

Compilación de Jurisprudencia sobre el derecho a la LIBERTAD DE EMPRESA

Sentencias del Tribunal Constitucional

Alex R. Zambrano Torres

Jurisprudencia



Alex R. Zambrano Torres

Compilación de Jurisprudencia sobre el derecho a la LIBERTAD DE EMPRESA

----- ∞ -----
(Sentencias del Tribunal Constitucional)



Editorial:
AZ Todo Derecho

**Compilación de
Jurisprudencia sobre el derecho a la
LIBERTAD DE EMPRESA
(Sentencias del Tribunal Constitucional)**

Autor: Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, diciembre 2025

Editado por:

AZ Todo Derecho E.I.R.L.

Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima

RUC: 20602641091

Diseño y pintura de cubierta:

Alex Ricardo Z.T.

Libro electrónico disponible en:

<https://librosalexzambrano.webnode.pe>

RUL: CJSdle14122025.10:32

CIL: AZ1040

© Derechos de Autor:

Queda autorizada la reproducción
total o parcial del siguiente libro
previa mención al autor

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	25
LIBERTAD DE EMPRESAJURISPRUDENCIA PENAL.....	25
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LIBERTAD DE EMPRESA.....	25
EXP. N.º 0008-2003-AI/TC.....	25
<i>En el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, en la parte de sus fundamentos, numeral 1. 1. Delimitación del petitorio, se señala: “1. Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, alegando que éste fue expedido fuera de los supuestos establecidos en el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, dado que –según afirman- no existía ninguna situación extraordinaria o excepcional en materia económica o financiera que lo justifique. Asimismo, refieren que la disposición cuestionada contraviene diversos dispositivos constitucionales que consagran el modelo económico adoptado por la Carta Fundamental, toda vez que “(...) no existe libre competencia, ni libertad de empresa, y mucho menos economía de mercado, si es el Estado quien impone las condiciones contractuales en aspectos tan importantes como el precio o valor de los bienes y servicios (...)”. / Sostienen que no existe sustento ni justificación razonable para que el Poder Ejecutivo desconozca las libertades y derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad. / Adicionalmente, señalan que la norma cuestionada está viciada de inconstitucionalidad por permitir que un decreto supremo sea el instrumento jurídico mediante el cual se decidan medidas extraordinarias.”</i>	
EXP. N.º 034-2004-PI/TC	26
EXP. N.º 2329-2004-PA/TC.....	26
EXP. N.º 2736-2004-PA/TC.....	27
EXP. N.º 3315-2004-AA/TC.....	27
<i>“Los límites a la libre competencia</i>	
EXP. N.º 3330-2004-AA/TC.....	27
<i>“B. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA 31</i>	
<i>§1. Libertad de empresa y moral pública 31</i>	
<i>En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral §3. Libertad de empresa y seguridad pública, numeral 53. Configuración constitucional del derecho a la vida e integridad, se expresa:</i>	
EXP. N.º 4109-2004-AA/TC	35
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	35
ASUNTO.....	35
ANTECEDENTES.....	35

FUNDAMENTOS.....	36
HA RESUELTO.....	36
EXP. N.º 4170-2004-AA/TC	38
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	38
ASUNTO.....	38
ANTECEDENTES.....	38
FUNDAMENTOS.....	38
HA RESUELTO	39
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.</i>	<i>39</i>
EXP. N.º 4352-2004-AA/TC.....	40
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	40
ASUNTO	40
ANTECEDENTES	40
FUNDAMENTOS.....	40
HA RESUELTO.....	41
<i>Declarar INFUNDADA la demanda.</i>	<i>41</i>
EXP. 0001-2005-PI/TC.....	43
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	43
ASUNTO	43
DATOS GENERALES.....	43
I. NORMAS CUESTIONADAS	43
I. ANTECEDENTES.....	44
II. Materias constitucionalmente relevantes.....	46
III. FUNDAMENTOS	46
HA RESUELTO	56
EXP. N.º 1865-2005-PA/TC.....	58
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	58
ANTECEDENTES.....	58
FUNDAMENTOS.....	59
HA RESUELTO	60
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.</i>	<i>60</i>
EXP. N.º 2802-2005-PA/TC.....	61
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	61
ASUNTO.....	61
ANTECEDENTES.....	61
FUNDAMENTOS.....	61
HA RESUELTO	65
EXP. N.º 3191-2005-PA/TC.....	66
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	66
I. ASUNTO.....	66
II. ANTECEDENTES.....	66
III. FUNDAMENTOS.....	66
HA RESUELTO	67

<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.</i>	68
EXP. N.º 4408-2005-PA/TC	69
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	69
ASUNTO.....	69
ANTECEDENTES.....	69
FUNDAMENTOS.....	70
HA RESUELTO.....	74
1. <i>Declarar FUNDADA la demanda de amparo.</i>	74
EXP. N.º 4516-2005-PA/TC	75
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	75
ASUNTO.....	75
ANTECEDENTES.....	75
FUNDAMENTOS.....	76
HA RESUELTO.....	77
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.</i>	77
EXP. N.º 5093-2005-PA/TC	78
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	78
HA RESUELTO.....	79
<i>Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.</i>	79
EXP. N.º 7320-2005-PA/TC	80
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	80
ASUNTO	80
ANTECEDENTES	80
FUNDAMENTOS	81
<i>Petitorio de la demanda</i>	81
<i>El Rol del Estado en la Economía según la Constitución de 1993</i>	81
<i>Consideraciones Preliminares</i>	82
<i>El Principio de Subsidiariedad Económica del Estado</i>	82
<i>La Función Reguladora del Estado</i>	83
<i>Principio de Protección al Consumidor o Usuario</i>	83
<i>Procedencia del amparo contra normas legales autoaplicativas</i>	84
<i>Delimitación del Petitorio y Análisis del Caso Concreto</i>	86
<i>La alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley</i>	86
<i>La alegada violación del derecho a la libertad de contratar</i>	87
<i>La alegada violación del derecho a la libertad de empresa</i>	88
<i>Alegatos finales de la empresa demandante</i>	89
<i>Consideraciones Finales: El compromiso del Estado con el derecho a la vida</i>	90
HA RESUELTO.....	92
1. <i>Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.</i>	92
EXP. 9299-2005-PA/TC	94
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	94
ASUNTO.....	94
ANTECEDENTES.....	94

FUNDAMENTOS.....	95
HA RESUELTO.....	98
Declarar INFUNDADA la demanda.....	98
EXP. N.º 0003-2006-PI/TC.....	102
EXP. N.º 00245-2006-AA	199
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	199
ANTECEDENTES	199
EXP. N.º 00245-2006-AA.....	201
VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	201
Petitorio de la demanda.....	201
Titularidad de los derechos fundamentales.....	201
La Persona Jurídica.....	202
IMPROCEDENTE.....	204
EXP. N.º 00245-2006-AA.....	204
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ.....	205
EXP. N.º 00245-2006-AA.....	207
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO.....	207
EXP. N.º 00245-2006-AA.....	210
VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ	210
FUNDAMENTOS	210
DELIMITACIÓN DEL PETITORIO.....	210
AMPARO CONTRA NORMAS: AUTOAPLICABILIDAD DE LA NORMA	210
LIBERTAD DE TRABAJO.....	210
LIBERTAD DE EMPRESA.....	211
Análisis de la intervención en la libertad de trabajo y de empresa a la luz del principio de proporcionalidad:	211
Examen de idoneidad, necesidad y ponderación	212
Examen de idoneidad.....	213
Análisis de necesidad.....	213
FUNDADA, en parte, ...	214
EXP. N.º 00245-2006-AA.....	215
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN.....	215
EXP. N.º 00245-2006-AA.....	219
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA.....	219
EXP. N.º 0832-2006-PA/TC.....	221
EXP. N.º 1018-2006-PA/TC.....	228
EXP. N.º 1209-2006-PA/TC.....	233
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	233
ASUNTO.....	233
ANTECEDENTES.....	233
FUNDAMENTOS.....	234
HA RESUELTO.....	248
1) DECLARAR FUNDADA	248

EXP.1209-2006-PA/TC	249
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN	249
EXP. 01209-2006-AA/TC	250
FUNDAMENTO DE VOTO DEL DR. JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI	250
EXP. N.º 1209-2005-PA/TC.....	252
VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ALVA ORLANDINI Y LANDA ARROYO	252
EXP. N.º 1535-2006-PA/TC	258
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	258
ASUNTO	258
ANTECEDENTES	258
FUNDAMENTOS	259
<i>Petitorio de la demanda</i>	259
<i>Reclamo constitucional y jurisprudencia precedente</i>	259
<i>El rol del Estado en la economía según la Constitución de 1993</i>	259
<i>Consideraciones preliminares</i>	260
<i>El principio de subsidiariedad económica del Estado</i>	261
<i>La función reguladora del Estado</i>	261
<i>Principio de protección al consumidor o usuario</i>	262
<i>Procedencia del amparo contra normas legales autoaplicativas</i>	263
<i>Delimitación del petitorio y análisis del caso concreto</i>	264
<i>La alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley</i>	265
<i>La alegada violación del derecho a la libertad de contratar</i>	266
<i>La alegada violación del derecho a la libertad de empresa</i>	267
<i>La alegada vulneración a la libertad de trabajo</i>	267
<i>Alegatos finales de la empresa demandante</i>	268
<i>Consideraciones Finales : El compromiso del Estado con el derecho a la vida</i> ...	270
HA RESUELTO	271
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE AMPARO	271
EXP. N.º 1535-2006-PA/TC	272
VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI	273
FUNDAMENTOS	274
<i>Petitorio de la demanda</i>	274
<i>Reclamo constitucional y jurisprudencia precedente</i>	274
<i>El rol del Estado en la economía según la Constitución de 1993</i>	274
<i>Consideraciones preliminares</i>	274
<i>El principio de subsidiariedad económica del Estado</i>	275
<i>La función reguladora del Estado</i>	276
<i>Principio de protección al consumidor o usuario</i>	277
<i>Procedencia del amparo contra normas legales autoaplicativas</i>	278
<i>Delimitación del petitorio y análisis del caso concreto</i>	279
<i>La alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley</i>	279
<i>La alegada violación del derecho a la libertad de contratar</i>	281
<i>La alegada violación del derecho a la libertad de empresa</i>	281
<i>La alegada vulneración a la libertad de trabajo</i>	282
<i>Alegatos finales de la empresa demandante</i>	283

Consideraciones Finales : El compromiso del Estado con el derecho a la vida... 285

EXP. N.º 1963-2006-PA/TC	289
DECLARAR INFUNDADA LA PRESENTE DEMANDA DE AMPARO.....	301
EXP.4213-2006-PA.....	304
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA.	306
EXP. N.º 04370-2006-PA/TC.....	306
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	306
ASUNTO.....	306
ANTECEDENTES.....	306
FUNDAMENTOS.....	307
HA RESUELTO.....	308
Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.	308
EXP. N.º 4637-2006-PA/TC	309
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	309
ASUNTO.....	309
ANTECEDENTES.....	309
FUNDAMENTOS.....	310
HA RESUELTO.....	318
EXP. N.º 4972-2006-PA/TC.....	319
DECLARAR IMPROCEDENTE LA DEMANDA DE AMPARO INTERPUESTA.....	326
EXP. N.º 5005-2006-PA/TC.....	326
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	326
HA RESUELTO.....	329
Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.	329
EXP. N.º 5221-2006-PA/TC	330
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	330
ASUNTO.....	330
ANTECEDENTES.....	330
FUNDAMENTOS.....	330
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI	346
EXP. N.º 05961-2009-PA/TC.....	350
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN	351
EXP. N.º 06135-2006-PA/TC.....	361
DECLARAR FUNDADA	365
EXP. N.º 06570-2006-PA/TC.....	370
1. DECLARAR INFUNDADA.....	373
EXP. N.º 07644-2006-PA/TC.....	374
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA.	377
EXP. N.º 00013-2007-PI/TC	378

SENTENCIA.....	378
PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	378
SÍNTESIS	378
SUMARIO	380
EXP. N.º 408-2007-PA/TC	381
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	381
ASUNTO	381
ANTECEDENTES	381
FUNDAMENTOS	382
HA RESUELTO.....	383
<i>Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.</i>	383
EXP. N.º 01681-2007-PA/TC	384
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	384
ASUNTO.....	384
ANTECEDENTES.....	384
FUNDAMENTOS.....	384
HA RESUELTO.....	386
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA.	386
EXP. N.º 03048-2007-PA/TC.....	387
EXP. N.º 3578-2007-PA/TC.....	397
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	397
I. ASUNTO	397
II. ANTECEDENTES.....	397
<i>Demanda</i>	397
<i>Contestación</i>	398
III. FUNDAMENTOS.....	399
HA RESUELTO.....	400
<i>Declarar INFUNDADA la demanda.</i>	400
EXP. N.º 03620-2007-PA.....	402
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	402
ASUNTO	402
ANTECEDENTES	402
FUNDAMENTOS	402
HA RESUELTO.....	404
<i>Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.</i>	404
EXP. N.º 03620-2007-PA.....	405
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	405
<i>“Titularidad de los derechos fundamentales</i>	405
EXP. N.º 03925-2007-PA/TC.....	409
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	409
ASUNTO.....	409
ANTECEDENTES.....	409
FUNDAMENTOS.....	409

HA RESUELTO	410
Declarar INFUNDADA la demanda.	410
EXP. N.º 04466-2007-PA/TC	410
EXP. N.º 04611-2007-PA/TC	15
EXP. N.º 4656-2007-PA/TC.....	45
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	45
ASUNTO	45
ANTECEDENTES	45
DEMANDA	45
CONTESTACIÓN	46
PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA	46
PRONUNCIAMIENTO DE SEGUNDA INSTANCIA.....	46
FUNDAMENTOS	46
& Petitorio y Derechos Alegados.....	46
& Cuestiones Constitucionalmente Controvertidas.....	47
& Cuestiones de Procedencia - Amparo contra Normas.....	47
& Los alcances de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2004-AI/TC en relación con el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 140-2001.....	48
& Los alcances de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2004-AI/TC en relación con el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC.....	49
HA RESUELTO.....	50
1. Declarar FUNDADA.....	50
EXP. N.º 4739-2007-PHD/TC	52
EXP. N.º 00017-2008-PI/TC	55
SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ	55
PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	55
EXP. N.º 00017-2008-PI/TC	58
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	58
I. ASUNTO.....	58
II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS	59
III. ANTECEDENTES.....	60
IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES.....	62
V. FUNDAMENTOS.....	63
Primera parte: Constitución, educación y universidad.....	63
Segunda parte: Control de constitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28564.....	68
RÉGIMEN NORMATIVO PARA LA CREACIÓN DE FILIALES UNIVERISTARIAS	69
VI. FALLO	109
DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD;	109
EXP. N.º 00017-2008-PI/TC	113
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	113
FUNDAMENTOS	114

<i>Derecho Fundamental a la Educación</i>	114
<i>Las Universidades y su rol en la sociedad</i>	115
<i>Formadores de Profesionales e incidencia en la sociedad</i>	116
<i>El Rol del Estado en el servicio educativo</i>	116
<i>La Asamblea Nacional de Rectores (ANR) y el Consejo Nacional para la Autorización y Funcionamiento de Universidades (CONAFU)</i>	118
<i>¿Qué nos muestra nuestra realidad?</i>	119
EXP. N.º 00017-2008-PI/TC	121
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN.....	121
EXP. N.º 00017-2008-PI/TC	122
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ	122
a. <i>Sobre la función social de las universidades en un Estado constitucional de Derecho</i>	122
b. <i>Sobre la falta de representatividad de la Asamblea Nacional de Rectores como ente rector del sistema universitario en el Perú</i>	124
<i>UNIVERSIDADES QUE ESTÁN BAJO LA JURISDICCIÓN DE LA ANR</i>	124
EXP. N.º 00017-2008-PI/TC	129
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA.....	129
II. FUNDAMENTOS.....	130
§1. El derecho fundamental a la educación universitaria	130
§2. El derecho fundamental a la libre empresa	132
§3. Respecto a la Ley N.º 28564, que prohíbe la creación de filiales universitarias	133
III. CONCLUSIÓN	137
EXPS. N.ºS 00026-2008-PI/TC	142
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	142
ANTECEDENTES	142
FUNDAMENTOS	145
1. <i>§. Delimitación del petitorio y de la controversia constitucional</i>	145
2. <i>§. Delegación de facultades legislativas: Ley N.º 29157</i>	145
3. <i>§. Inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo N.º 1047</i>	146
4. <i>§. Inconstitucionalidad formal de los Decretos Legislativos N.ºS 1027 y 1084</i>	147
5. <i>§. Exp. N.º 00026-2008-PI/TC: Inconstitucionalidad material de los Decretos Legislativos N.ºS 1027 y 1084</i>	149
6. <i>§. Exp. N.º 00028-2008-PI/TC: Inconstitucionalidad material del Decreto Legislativo N.º 1084</i>	149
6.1. <i>§. Recursos naturales y límites de captura</i>	150
6.2. <i>§. Cuotas individuales de pesca y libertad de empresa</i>	151
6.3. <i>§. Límite máximo de captura por embarcación y derecho a no ser discriminado</i>	151
6.4. <i>§. Programas de Incentivos a la Reconversión Laboral y Promoción de Mypes</i>	153
§. DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO	153
§. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATAR.....	154
EXP. N.º 01735-2008-PA/TC	155
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	155

ASUNTO.....	155
ANTECEDENTES.....	155
FUNDAMENTOS.....	156
HA RESUELTO.....	159
Declarar FUNDADA la demanda.....	159
EXP. N.º 01735-2008-PA/TC.....	160
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO.....	160
I. FUNDAMENTOS.....	160
EXP. N.º 01738-2008-PA/TC.....	167
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	167
ASUNTO.....	167
ANTECEDENTES.....	167
FUNDAMENTOS.....	167
HA RESUELTO.....	169
Declarar INFUNDADA la demanda.....	169
EXP. N.º 03889-2008-PA/TC.....	170
EXP. N.º 00228-2009-PA/TC.....	173
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	173
ASUNTO.....	173
ANTECEDENTES.....	173
FUNDAMENTOS.....	174
§3. Cuestiones de fondo.....	184
3.2. La Constitución Económica y los derechos fundamentales económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada.....	186
3.3. El derecho de suscripción preferente de los accionistas. Finalidad y relevancia constitucional.....	190
3.4. La reducción a 0 (cero) del capital social y la operación “acordeón”. Características de su adopción e incidencia en los derechos fundamentales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación.....	194
§4. Análisis del caso concreto.....	202
§5. De los efectos de la sentencia en el presente caso.....	205
HA RESUELTO.....	206
1. Declarar FUNDADA.....	206
EXP. N.º 00228-2009-PA/TC.....	207
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	207
EXP. N.º 00228-2009-PA/TC.....	209
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO.....	210
EXP. N.º 00228-2009-PA/TC.....	213
VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS CALLE HAYEN Y URVIOLA HANI.....	213
EXP. N.º 00573-2009-PA/TC.....	217
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	217
ASUNTO.....	217
ATENDIENDO A.....	217
RESUELVE.....	217

1. REVOCAR.....	217
EXP. N.º 00607-2009-PA/TC.....	219
EXP. N.º 03006-2009-PA/TC.....	240
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	240
ASUNTO	240
ANTECEDENTES	240
FUNDAMENTOS	241
HA RESUELTO.....	242
<i>Declarar INFUNDADA la demanda de amparo por no haberse acreditado que la supuesta amenaza sea cierta e inminente.</i>	<i>242</i>
EXP. N.º 03116-2009-PA/TC.....	243
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	243
ASUNTO	243
ANTECEDENTES	243
FUNDAMENTOS.....	243
§.1. Procedencia de la demanda.....	244
§.2. Delimitación del petitorio y de la controversia.....	245
§.3. Análisis de la controversia.....	245
HA RESUELTO.....	250
EXP. N.º 03116-2009-PA/TC	251
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	251
EXP. N.º 03116-2009-PA/TC	254
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO.....	254
EXP. N.º 03116-2009-PA/TC	261
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN.....	261
FUNDAMENTOS.....	261
<i>Del apersonamiento del demandado al proceso.....</i>	<i>261</i>
<i>Sobre la idoneidad del proceso constitucional de amparo para evaluar la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158-2007- EF.....</i>	<i>261</i>
<i>Amparo contra normas autoaplicativas.....</i>	<i>262</i>
□ ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA	262
<i>Con relación a la libertad de empresa</i>	<i>262</i>
<i>Con relación a la libre competencia</i>	<i>264</i>
<i>Con relación a la igualdad ante la ley</i>	<i>265</i>
EXP. N.º 03816-2009-PA/TC.....	268
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	268
ASUNTO.....	268
ANTECEDENTES.....	268
FUNDAMENTOS.....	269
HA RESUELTO.....	272
<i>Declarar INFUNDADA la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados.</i>	<i>272</i>
EXP. N.º 04363-2009-PA/TC.....	274
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	274

ASUNTO.....	274
ANTECEDENTES.....	274
FUNDAMENTOS.....	275
Proceso de amparo contra normas.....	275
EXP. N.º 00015-2010-PI/TC	279
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA.....	295
EXP. N.º 00032-2010-PI/TC	296
SENTENCIA.....	296
PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD	296
SÍNTESIS	296
SUMARIO.....	297
I. ASUNTO	297
II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS	297
III. ANTECEDENTES.....	297
IV. FUNDAMENTOS	297
V. FALLO	297
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	297
I. ASUNTO	297
II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA	298
III. ANTECEDENTES	298
§1. Argumentos de la demanda.....	298
§2. Argumentos de la contestación de la demanda	299
§3. Argumentos de los amici curiae	301
IV. FUNDAMENTOS.....	304
§1. Delimitación del petitorio.....	305
§2. Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?.....	307
§3. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores ¿limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?	310
§4. ¿Qué finalidades persiguen las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos?	311
§5. Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?.....	314
§6. Reducir el consumo de tabaco como finalidad constitucionalmente obligatoria, a la luz del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.....	320
“Obligación principal u Objetivo:	322
Obligaciones generales (entre las más resaltantes):.....	322
Principios básicos para lograr el objetivo principal y los secundarios:	322
§7. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de idoneidad?.....	325
§8. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de necesidad?.....	328
§9. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?.....	335

§10. Imposibilidad de adoptar medidas futuras que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo.	341
V. FALLO	343
1. Declarar INFUNDADA la demanda.	343
EXP. N.º 00032-2010-PI/TC	344
FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ.....	344
§1. Delimitación de la controversia	344
§2. Sobre el paternalismo y el perfeccionismo como modos de intervención estatal en la autonomía de la persona	344
EXP. N.º 00032-2010-PI/TC	348
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA	348
Delimitación del petitorio	348
Consideraciones Preliminares: Fumar como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	348
Análisis del caso en concreto.....	353
Sobre la restricción de fumar tabaco en locales públicos cerrados destinados exclusivamente a fumadores.....	353
Sobre la restricción de fumar tabaco en espacios abiertos de instituciones educativas destinadas a un público adulto	354
PLENO JURISDICCIONAL 00034-2004-PI/TC	356
EXP. N.º 00239-2010-PA/TC	357
EXP. N.º 01405-2010-PA/TC	387
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	387
ASUNTO	387
ANTECEDENTES	387
De la demanda.....	387
De la contestación.....	388
FUNDAMENTOS	388
CONSIDERACIONES PREVIAS	388
SOBRE LA IDONEIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO PARA EVALUAR LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2º DEL DECRETO SUPREMO N° 158-2007- EF	388
AMPARO CONTRA NORMAS AUTOAPLICATIVAS.....	389
ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.....	389
SOBRE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ARANCELES Y EN PARTICULAR DEL DECRETO SUPREMO N.º 158-2007-EF	389
ANÁLISIS DE LOS PRESUNTOS DERECHOS VULNERADOS:.....	390
CON RELACIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	390
CON RELACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA	391
CON RELACIÓN A LA IGUALDAD ANTE LA LEY.....	392
HA RESUELTO.....	395
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE AUTOS.	395
EXP. N.º 01405-2010-PA/TC.....	396
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	396
EXP. N.º 01460-2010-PA/TC	399

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	399
ASUNTO	399
ANTECEDENTES	399
FUNDAMENTOS	400
HA RESUELTO.....	401
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE AMPARO, PORQUE NO SE HA ACREDITADO LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS ALEGADOS.....	401
EXP. N.º 02469-2010-PA/TC.....	403
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	403
ASUNTO.....	403
ANTECEDENTES.....	403
FUNDAMENTOS.....	404
HA RESUELTO.....	406
EXP. N.º 02485-2010-PA/TC.....	407
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	407
VISTO.....	407
ATENDIENDO A	407
RESUELVE.....	408
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.....</i>	<i>408</i>
EXP. N.º 03494-2010-PA/TC.....	409
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	409
VISTO.....	409
RESUELVE.....	410
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.....</i>	<i>410</i>
EXP. N.º 03769-2010-PA/TC.....	412
DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA.....	422
EXP. N.º 04160-2010-PA/TC.....	425
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	425
VISTO.....	425
ATENDIENDO A.....	425
RESUELVE.....	426
EXP. N.º 04173-2010-PA/TC.....	427
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	427
ASUNTO	427
ANTECEDENTES	427
FUNDAMENTOS	428
HA RESUELTO.....	430
<i>Declarar INFUNDADA la demanda.....</i>	<i>430</i>
EXP. N.º 00302-2011-PA/TC.....	432
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	432
VISTO.....	432
ATENDIENDO A	432

RESUELVE.....	433
DECLARAR IMPROCEDENTE LA DEMANDA.....	433
EXP. N.º 00316-2011-PA/TC.....	434
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	434
ASUNTO	434
ANTECEDENTES	434
FUNDAMENTOS.....	435
<i>Petitorio</i>	435
<i>Cuestiones previas</i>	435
<i>Derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado en Madre de Dios</i>	435
<i>El amparo y derecho a un ambiente adecuado y equilibrado</i>	437
<i>Prohibición de las dragas y derecho de propiedad</i>	438
<i>Sobre los derechos adquiridos</i>	439
HA RESUELTO.....	441
<i>Declarar INFUNDADA la demanda.</i>	441
EXP. N.º 00316-2011-PA/TC.....	442
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	442
EXP. N.º 00316-2011-PA/TC.....	443
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ.....	443
EXP. N.º 01091-2011-PA/TC.....	445
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	445
ASUNTO	445
ANTECEDENTES	445
FUNDAMENTOS.....	446
<i>Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda</i>	446
<i>Análisis de la sentencia dictada en el proceso contencioso administrativo,</i> <i>impugnada en autos</i>	446
<i>La actuación de la Administración, antes y después del proceso contencioso</i> <i>administrativo</i>	447
<i>La mutación del petitorio</i>	448
<i>La libertad de empresa</i>	449
<i>La interdicción de la de la arbitrariedad</i>	450
<i>Análisis del caso de autos</i>	450
HA RESUELTO.....	450
2. <i>Declarar FUNDADA</i>	451
EXP. N.º 01091-2011-PA/TC.....	452
VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI Y CALLE HAYEN	452
EXP. N.º 01091-2011-PA/TC.....	454
VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI	454
EXP. N.º 01273-2011-PHC/TC	456
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	456
ATENDIENDO A	456
RESUELVE.....	458
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus.</i>	458

EXP. N.º 01772-2011-PA/TC.....	459
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	459
VISTO.....	459
ATENDIENDO A.....	459
RESUELVE.....	460
EXP. N.º 02111-2011-AA/TC.....	461
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	461
ASUNTO.....	461
ANTECEDENTES.....	461
FUNDAMENTOS.....	461
EXP. N.º 02111-2011-AA/TC	464
VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI.....	464
Interdicción de la arbitrariedad	465
Derecho a la libertad de empresa.....	466
Libre iniciativa privada.....	466
Por estas razones, debe declararse INFUNDADA la demanda.....	466
EXP. N.º 02111-2011-AA/TC	467
VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI	467
POR LAS RAZONES EXPUESTAS Y CONCORDANDO CON EL VOTO DEL JUEZ	
CONSTITUCIONAL URVIOLA HANI, MI VOTO ES PORQUE SE DECLARE INFUNDADA LA	
DEMANDA DE AMPARO PROPUESTA.	468
EXP. N.º 02111-2011-AA/TC	469
VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN.....	469
Por los fundamentos expuestos, y aunándome al voto del	
magistrado Urviola Hani, el cual comparto, mi voto también es porque se	
declare INFUNDADA la demanda	470
EXP. N.º 02111-2011-AA/TC	471
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ETO CRUZ	471
EXP. N.º 02458-2011-PA/TC.....	476
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	476
VISTO.....	476
ATENDIENDO A	476
RESUELVE, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se	
agrega.....	477
EXP. N.º 02458-2011-PA/TC.....	478
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	478
EXP. N.º 02788-2011-PA/TC.....	481
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	481
ASUNTO.....	481
ANTECEDENTES.....	481
FUNDAMENTOS.....	482
HA RESUELTO.....	487
EXP. N.º 02788-2011-PA/TC.....	489
VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y CALLE HAYEN.....	489
EXP. N.º 02788-2011-PA/TC.....	495

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO	496
EXP. N.º 02788-2011-PA/TC.....	497
VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ	497
EXP. N.º 03075-2011-PA/TC.....	499
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	499
VISTO.....	499
ATENDIENDO A	499
RESUELVE.....	500
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.</i>	500
EXP. N.º 03479-2011-PA/TC.....	501
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	501
ASUNTO	501
ANTECEDENTES	501
FUNDAMENTOS	502
<i>Delimitación del petitorio</i>	502
<i>Sobre la afectación de los derechos a la libertad de empresa y a la libre</i>	
<i>competencia consagrados en los artículos 59º y 61º de la Constitución</i>	502
HA RESUELTO.....	504
<i>Declarar INFUNDADA la demanda.</i>	504
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	505
EXP. N.º 03636-2011-PA/TC.....	507
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	507
ASUNTO	507
ANTECEDENTES	507
FUNDAMENTOS	507
HA RESUELTO.....	508
<i>Declarar INFUNDADA la demanda.</i>	508
EXP. N.º 03828-2011-PA/TC.....	510
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	510
ASUNTO.....	510
ANTECEDENTES.....	510
FUNDAMENTOS.....	510
HA RESUELTO.....	513
<i>Declarar INFUNDADA la demanda.</i>	513
EXP. N.º 03828-2011-PA/TC.....	514
VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ.....	514
EXP. N.º 03828-2011-PA/TC.....	515
VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS.....	515
EXP. N.º 03828-2011-PA/TC.....	518
VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	518
EXP. N.º 03970-2011-PA/TC.....	523
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	523
ATENDIENDO A.....	523

RESUELVE.....	524
EXP. N.º 04058-2011-PA/TC.....	526
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	526
VISTO.....	526
ATENDIENDO A.....	526
RESUELVE.....	527
EXP. N.º 04217-2011-PA/TC.....	529
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	529
VISTO.....	529
ATENDIENDO A.....	529
RESUELVE, ...	530
EXP. N.º 04217-2011-PA/TC	531
VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI Y ETO CRUZ.....	531
EXP. N.º 04217-2011-PA/TC	534
VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN.....	534
EXP. N.º 04217-2011-PA/TC	535
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	536
EXP. N.º 04243-2011-PA/TC.....	538
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	538
ASUNTO.....	538
ANTECEDENTES.....	538
FUNDAMENTOS.....	539
Amparo contra normas autoaplicativas.....	539
Análisis del caso sometido a controversia.....	539
Aplicación del test de proporcionalidad.....	540
HA RESUELTO	541
EXP. N.º 04243-2011-PA/TC.....	542
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA	542
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	544
ASUNTO.....	544
ANTECEDENTES.....	544
FUNDAMENTOS.....	545
HA RESUELTO	546
EXP. N.º 04592-2011-PA/TC.....	547
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	547
VISTO.....	547
ATENDIENDO A	547
RESUELVE, ...	548
Declarar IMPROCEDENTE la demanda.	548
EXP. N.º 04592-2011-PA/TC	549
FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI	549
EXP. N.º 00210-2012-PA/TC.....	551
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	551

VISTO.....	551
ATENDIENDO A.....	551
RESUELVE.....	553
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.....</i>	<i>553</i>
EXP. N.º 01106-2012-PA/TC.....	554
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	554
VISTO.....	554
ATENDIENDO A	554
1. <i>REVOCAR la resolución recurrida de fecha 15 de julio de 2011 y la resolución del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil del Callao de fecha 18 de enero de 2011.....</i>	<i>555</i>
EXP. N.º 01106-2012-PA/TC.....	556
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI.....	556
EXP. N.º 01106-2012-PA/TC.....	560
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA	560
EXP. N.º 02289-2012-PA/TC.....	562
EXP. N.º 02417-2012-PA/TC.....	569
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	569
VISTO.....	569
ATENDIENDO A	569
RESUELVE.....	570
DECLARAR IMPROCEDENTE LA DEMANDA.....	570
EXP. N.º 02698-2012-AA/TC.....	571
EXP. N.º 02871-2012-PA/TC.....	579
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	579
ASUNTO.....	580
ANTECEDENTES.....	580
FUNDAMENTOS.....	581
HA RESUELTO.....	581
EXP. N.º 02871-2012-PA/TC.....	582
VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI	582
EXP. N.º 02871-2012-PA/TC.....	583
VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN.....	584
EXP. N.º 02871-2012-PA/TC.....	587
VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI	587
EXP. N.º 02871-2012-PA/TC.....	592
VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ, ETO CRUZ Y ÁLVAREZ MIRANDA.....	592
ANTECEDENTES	592
FUNDAMENTOS.....	593
§. <i>Delimitación del petitorio.....</i>	<i>593</i>
§. <i>Consideraciones previas.....</i>	<i>594</i>

§. Sobre el ejercicio abusivo de los derechos de Talingo Corporation en relación a su porcentaje accionarial respaldado en las altas mayorías previstas en los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA	597
§. Sobre la remisión de cartas por parte de Talingo Corporation a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras y su incidencia en la continuidad y normal desenvolvimiento de SIMSA	601
§. Sobre la actuación inmediata de la sentencia de primer grado.....	604
EXP. N.º 02879-2012-PA/TC	606
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	606
VISTO.....	606
ATENDIENDO A	606
RESUELVE, CON EL FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI, QUE SE AGREGA	608
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.....</i>	<i>608</i>
EXP. N.º 02879-2012-PA/TC.....	609
EXP. N.º 03276-2012-PA/TC	611
EXP. N.º 04161-2012-PA/TC	612
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	612
VISTO.....	612
ATENDIENDO A.....	613
RESUELVE.....	614
EXP. N.º 04559-2012-PA/TC	615
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	615
VISTO.....	615
ATENDIENDO A.....	615
RESUELVE.....	616
<i>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.....</i>	<i>616</i>
EXP. N.º 01177-2013-PA/TC	617
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	617
RESUELVE.....	618
EXP. N.º 01779-2013-PA/TC	621
EXP. N.º 02655-2013-PA/TC	623

INTRODUCCIÓN

Libertad de Empresa Jurisprudencia penal

El presente es solo una compilación de sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la libertad de empresa. No tiene mayor mérito que el de la difusión, para el trabajo que desee el lector.

Lo más importante está en la argumentación que en los referidos textos jurídicos se describen. Hay entonces historia, filosofía, moral, ética y evidentemente derecho en los textos, pero también hay nociones intrínsecas de política. Por lo tanto los trabajos son solo expresiones de una cultura y de un tipo de época. Marcan a los juzgadores, a los juzgados y a la propia sociedad.

Queda libre el escenario como instrumento de trabajo y análisis.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LIBERTAD DE EMPRESA

EXP. N.º 0008-2003-AI/TC

En el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, en la parte de sus fundamentos, numeral 1. 1. Delimitación del petitorio, se señala: “1. Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, alegando que éste fue expedido fuera de los supuestos establecidos en el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, dado que – según afirman- no existía ninguna situación extraordinaria o excepcional en materia económica o financiera que lo justifique. Asimismo, refieren que la disposición cuestionada contraviene diversos dispositivos constitucionales que consagran el modelo económico adoptado por la Carta Fundamental, toda vez que “(...) **no existe libre competencia, ni libertad de empresa, y mucho menos economía de mercado, si es el Estado quien impone las condiciones contractuales en aspectos tan importantes como el precio o valor de los bienes y servicios (...)**”. / Sostienen que no existe sustento ni justificación razonable para que el Poder Ejecutivo desconozca las libertades y derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad. / Adicionalmente, señalan que la norma cuestionada está viciada de inconstitucionalidad por permitir que un decreto supremo sea el instrumento jurídico mediante el cual se decidan medidas extraordinarias.”

Asimismo, en el numeral 5. Libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico (**Exp. N.º 0008-2003-AI/TC**), en su acápite b), señala: “**d) La libertad de empresa.- Consagrada por el artículo 59º de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. / La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a**

su accionar. / Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.”.

EXP. N.º 034-2004-PI/TC

En el numeral 30 de los fundamentos del expediente N° 034-2004-PI/TC, se establece:

“30. Asimismo, el artículo 59° de la Constitución recoge una cláusula de garantía para las libertades de trabajo, **empresa**, comercio e industria; pero, a la vez, establece un mandato, cual es, *“brindar oportunidades de superación a aquellos sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”*. / A juicio de este Tribunal, dicha cláusula no sólo determina un rol negativo para el legislador, de no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas, sino que al mismo tiempo le otorga un margen de actuación a fin de garantizar condiciones materiales de igualdad.”

De acuerdo con el numeral titulado “El principio de igualdad, la libertad de empresa y la libre iniciativa”, del Expediente N° 034-2004-PI/TC, numeral 48, se establece:

“48. Lo primero a tomar en cuenta es que las supuestas afectaciones constitucionales a la **libertad de empresa y la libre iniciativa privada** alegadas por los demandantes, se dan supuestamente contra mandatos que establecen deberes de promoción en general o garantías a determinadas actividades. Conforme se ha señalado de manera precedente (fundamentos 27 y 28, *supra*), no se trata de cláusulas constitucionales respecto de las cuales no sea posible establecer un mandato efectivo, pues qué duda cabe de que vinculan concretamente la acción del legislador; sin embargo, lo cierto es que para tal efectivización, el legislador cuenta con libre configuración. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede invadir tal esfera de decisión política e imponer específicas medidas de implementación, sino, evaluar si determinada acción legislativa concreta –en este caso la Ley N.º 26271–, cumple o contraviene las finalidades de actuación dispuestas a estos efectos en el texto constitucional.

49. En la STC N.º 3330-2004-AA/TC, este Colegiado señaló que el contenido esencial de la libertad de empresa comprende tanto la libertad de creación y acceso al mercado, como la libertad de organización, la libertad de competencia y de cese de actividades. De lo dispuesto en la Ley N.º 26721, no puede concluirse en abstracto una afectación inminente a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, toda vez que, al no concebírseles como libertades absolutas, es perfectamente admisible que el Estado establezca requisitos para su ejercicio.”

EXP. N.º 2329-2004-PA/TC

En los Fundamentos del Expediente N° 2329-2004-PA/TC, numeral 5, se establece:

5. De otro lado, en cuanto al otorgamiento de licencias de funcionamiento y clausura de locales comerciales, este Colegiado, en la STC 3330-2004-AA, ha precisado que se vulnera la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa (...)” (fundamento 28), y que, en ese sentido, “(...) para poder determinar la existencia, o no, de afectación de la libertad de trabajo (...) tendrá que determinarse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa (...)” (fundamento 31), concluyendo que la demanda será declarada necesariamente improcedente si es que un derecho fundamental no asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...)”; y que, por tanto, “(...) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido [si no se tiene] la

licencia correspondiente de parte de la autoridad municipal. Por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, el afectado deberá recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental" (fundamento 25)."

EXP. N.º 2736-2004-PA/TC

En los fundamentos del Expediente N° 2736-2004-PA/TC, numeral 14. b), se establece:

- b) El demandante cuestiona que las entidades autorizadas por la SBS sean empresas privadas cuyo objeto es el lucro comercial. Empero, ello no puede ser considerado como un elemento que determine la invalidez de la incidencia generada sobre la libertad de contratación. Debe recordarse que la libertad de empresa también es un bien constitucionalmente protegido y la generación de riqueza, un objetivo que, lejos de ser obstaculizado, debe ser promovido y estimulado por el Estado (artículo 59° de la Constitución) en la medida, claro está, de que en ningún caso la sociedad corporativa se aleje de la función social que le viene impuesta desde que el artículo 43° de la Constitución reconoce al Perú como una República social y el artículo 58° dispone que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado.

EXP. N.º 3315-2004-AA/TC

En el numeral 16 de los fundamentos del Expediente N° 3315-2004-AA/TC, se establecen los límites a la libre competencia:

“Los límites a la libre competencia

16. El concepto de libre competencia al que apunta la Constitución Política del Perú se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica. Como tal supone dos aspectos esenciales:

- a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos.
- b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado.

Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones autodeterminativas, esto es, sin que nadie (ni el Estado ni el resto de agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación.

Desde la segunda perspectiva, es evidente que tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda.

EXP. N.º 3330-2004-AA/TC

En el punto D. Materias Constitucionalmente relevantes, numeral 8, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se señala:

- “¿Resulta legítima la afectación de los derechos fundamentales del demandante con relación al funcionamiento de la discoteca Calle Ocho? En tal supuesto, se debe analizar:
 - ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad de empresa?
 - ¿El análisis del acceso al mercado es parte de la libertad de empresa?
 - ¿Cómo se relaciona, desde la perspectiva constitucional, la libertad de trabajo y la libertad de empresa?
- ¿Se puede supervisar o controlar el ejercicio de la libertad de empresa en virtud de bienes jurídicos constitucionales? Es menester de este Colegiado, por tanto, explicar:
 - La moral pública como límite de la libertad de empresa.
 - La salud pública como límite de la libertad de empresa.
 - La seguridad pública como límite de la libertad de empresa.
- ¿Cómo se integran legítimamente el ejercicio de la libertad empresarial de la discoteca Calle Ocho con la obligación de la Municipalidad Metropolitana de Lima de garantizar la certeza en los servicios de recreación en la comunidad? En tal sentido,

- ¿Cómo se presentan los límites entre tales derechos?
- ¿Cuál es la competencia municipal para realizar tal ponderación de derechos?
- ¿Bajo qué condiciones se entregará una licencia de funcionamiento?

En el punto A. El derecho a la libertad de empresa, numeral 10, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se señala:

“De esta forma, advierte la supuesta afectación de derechos fundamentales de los cuales es titular, por intermedio de normas infraconstitucionales. Sin embargo, este Colegiado debe llegar a determinar la validez de los derechos invocados sobre la base de uno esencial, cual es la libertad de empresa, a fin de establecer su verdadera dimensión, en la que se deben anotar los límites a su contenido accidental.

En el numeral 1. Libertad de empresa y ejercicio constitucional, y el numeral 1.11. Configuración constitucional del derecho a la libertad de empresa, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se expresa:

“La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual.

Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59, reconoce que

“el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”.

De otro lado, porque la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual, a su vez, es una manifestación del derecho fundamental al trabajo.

Es así como este Colegiado, en la Sentencia del Expediente 0018-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, manifiesta que

“la expresión ‘empresa’ alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo”.

En el numeral 12. Libertad de empresa como parte de la economía social de mercado, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se expresa:

“12. Libertad de empresa como parte de la economía social de mercado

Sobre la base de la configuración constitucional de la libertad de empresa, es básico señalar que en la libertad de empresa no se encuentra

“una relación de causa a efecto, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la propiedad cuyo ejercicio se condiciona al cumplimiento de una función social, sino una cualificación o valoración del propio ejercicio en sentido positivo o valorativo”^[3].

Según está dispuesta la libertad de empresa, esta también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la economía social de mercado, arquetipo que, tal como se presenta en el país, se exhibe como

“un esquema intermedio en que el Estado tiene la facultad de intervenir con el fin de velar por la conservación y el buen funcionamiento del mercado, así como de superar y corregir las desigualdades sociales existentes [...] para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general”^[4],

siendo este también el fin al cual debe atenderse la libertad empresarial.

Al respecto, no hay que olvidar que este Colegiado ha explicado con claridad, como parte del fundamento 16 de la Sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, cuál es el verdadero significado constitucional de la forma de la economía social de mercado, pues

“dado el carácter ‘social’ del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria

e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos”.

En el numeral 13. Contenido de la libertad de empresa, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se expresa:

13. Contenido de la libertad de empresa

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades^[5], las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis *infra*.
- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
- En tercer lugar, está la libertad de competencia.
- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

De otro lado, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

En el numeral 14, La libertad empresarial a través de una discoteca, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se expresa:

“14. La libertad empresarial a través de una discoteca

Poner en funcionamiento una discoteca es una de las formas en que una persona puede ejercer su derecho a la libertad de empresa. En este punto, este Colegiado concuerda con el fundamento esgrimido por el demandante con respecto a la discoteca Calle Ocho.

En tal sentido, en la normatividad municipal (artículo cuarto de la Ordenanza 235-MML), se entiende que una discoteca es un

“establecimiento acondicionado especialmente para reuniones donde se realizan bailes públicos y espectáculos en vivo, pudiéndose expendir bebidas alcohólicas, refrescos y comidas, abonándose o no derecho de ingreso”.

Una cuestión respecto a la discoteca misma. A través del presente amparo, por más que se esté permitiendo analizar el pedido de licencia de funcionamiento definitiva, se va a tener que examinar cuál es la actividad real que realiza la discoteca, pues esta sí se ha encontrado funcionando en los últimos años gracias a un mandato judicial. Es más, la presente sentencia se sustentará en la constatación fáctica de los operativos del local de baile cuestionado, que fuera realizada tanto por la propia municipalidad demandada, en un operativo conjunto entre la Fiscalía y la Policía Nacional, como del propio Ministerio Público.”

En el numeral 2. Libertad de empresa y la libre iniciativa privada, 2.16, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se expresa:

§2. Libertad de empresa y libre iniciativa privada

16. Libertad de empresa y creación de empresa

Como bien se señala constitucionalmente, en el artículo 58, “la iniciativa privada es libre”.

Sobre esta base, y relacionándola con la estudiada libertad de empresa, el acceso al mercado empresarial aparece como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de trabas.

La creación de empresas no significa que al titular del derecho no se le pueda exigir requisito alguno, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere, es imprescindible que se reconozca lo que razonablemente sea necesario.

En este marco, tal como lo señala el artículo 195, inciso 8, de la Constitución, es imprescindible reconocer que las municipalidades son competentes para

“regular actividades y/o servicios en materia de recreación”,

y es sobre esta base en que es ejercida la libertad de empresa. Solo podrá existir un verdadero derecho a la libertad de empresa si es que para abrir del rubro de recreación, existe una previa intervención municipal, según la Constitución le ha reconocido.

En el numeral 23. Funcionamiento posterior a la licencia provisional, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se expresa:

“Por tal motivo, el actual proceso de amparo debe versar básicamente sobre la legitimidad o ilegitimidad en el otorgamiento de la licencia de funcionamiento definitiva, pues ella es la constitutiva del derecho a la libertad de empresa, según el pedido realizado por el recurrente en marzo del 2001, independientemente de las supuestas afectaciones al debido procedimiento administrativo en el caso de la licencia provisional.”

En el numeral 25. La improcedencia del amparo presentado, del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se expresa:

Como se ha podido analizar, no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido al demandante, al no tener la licencia correspondiente de parte de la autoridad municipal. Por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, el afectado deberá recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 26. Análisis del fondo respecto al pedido de licencia, se expresa:

“Considera este Colegiado que existe sustracción de la materia, pues el pedido posterior de la licencia definitiva desdice tal argumentación. Por lo tanto, sólo se podrá analizar en la presente sentencia si la negativa de parte de la autoridad municipal de otorgarle la licencia de funcionamiento definitiva al recurrente constituye o no una afectación a su derecho a la libertad de empresa, en el extremo de la creación de empresa y acceso al mercado.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 3. Libertad de empresa y libertad de trabajo, numeral 28, se expresa:

“§3. Libertad de empresa y libertad de trabajo

28. Conexión entre libertad de empresa y libertad de trabajo

Se ha señalado que el Estado no solo debe limitarse a garantizar el derecho de las personas de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, también, debe garantizar la libertad de empresa.

Entonces, en el caso concreto, y esta lógica se aplica a muchos de los pedidos de supuestos atentados contra el trabajo de los accionantes, se entiende que este es vulnerado si es que no se les permite ejercer su derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar. A pesar de este planteamiento, ¿a eso se refiere la norma constitucional cuando reconoce el derecho a la libertad de trabajo?

Por tanto, para este Colegiado (fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2633-2002-AA/TC, Caso Hilda Anaya Cárdenas),

“aunque es cierto que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley, no lo es menos que este derecho no es irrestricto y que debe estar sujeto al cumplimiento de las disposiciones de cada municipio, como en el presente caso, en el que para el inicio de una actividad comercial se deberá

obtener previamente la licencia de funcionamiento respectiva; caso contrario, la Municipalidad tiene la facultad de clausurar el local y de sancionar”.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 31. Libertad de trabajo como parte del derecho al trabajo, se expresa:

“Entonces, para poder determinar la existencia o no de afectación de la libertad de trabajo del demandante tendrá que determinarse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa, según los parámetros presentados anteriormente.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, letra B. Los límites del derecho a la libertad de empresa, numeral 32, se expresa:

“B. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

32. La autorrestricción de la libertad de empresa

Por más que no se ha llegado a determinar específicamente la existencia de un correcto ejercicio del derecho a la libertad de empresa del demandante, y que amerita que esta demanda deba ser declarada improcedente, no cabe duda de que, al haber estado funcionando, la discoteca ha venido permitiendo hasta el día de hoy, el ingreso de adolescentes, el poco control de su personal encargado de bebidas y alimentos, la falta de seguridad y el desorden en la comunidad. Es así como se ha ejercido ilegítimamente tal derecho, de manera cuestionable. Por tales consideraciones, este Colegiado considera pertinente desarrollar los límites de tal derecho, pues sobre esta base deberá determinarse la validez o no de la licencia de funcionamiento definitiva que desea le sea otorgada.

Cuando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa

“no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”,

no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, y que se convierte en

“un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres”^[17].

La realización práctica de la dignidad del ser humano conlleva la admisión de un *status activus processualis*, al contener un efecto vinculante en tanto categoría jurídico-positiva y valorativa.

Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

En el caso de locales como discotecas, su funcionamiento debe ordenarse por normas especiales. Sobre ellos, en el artículo 1° de la Ordenanza 235-MML se ha expuesto que se deben

“regular los aspectos técnicos y administrativos que deben observar los establecimientos de esparcimiento y distracción destinados a discotecas, salones de baile, boites y similares; a fin de evitar que su funcionamiento altere la tranquilidad de los vecinos, ponga en riesgo la vida y la salud de los usuarios o vulnere la integridad física o moral de los niños y adolescentes”^[18].

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 1. Libertad de empresa y moral pública, numeral 33, se expresa:

§1. Libertad de empresa y moral pública

33. La moral pública

La moral es un concepto de contenido abierto que debe ser concretizado en casos específicos. Relacionada básicamente con las buenas costumbres, su efectividad

constitucional puede encontrarse reconocida básicamente en forma de límites, tal como aparece también en el caso del derecho a la libertad religiosa (artículo 2, inciso 3, de la Constitución):

“el ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral”.

Justamente, la existencia de este límite a la libertad de empresa en el caso concreto se puede encontrar cuando los vecinos expresan una preocupación latente y directa sobre el respeto de la moral en la discoteca:

“corre oposición a la entrega de licencia de apertura por los vecinos de las zonas circundantes al local ‘Calle 8’ manifestando que la actividad que realizan causa malestar a los vecinos, permitiendo el ingreso de menores de edad para consumir licor, generando escándalos y actos reñidos contra la moral y buenas costumbres, más aún si se tiene en cuenta que en los alrededores funcionan centros educativos”^[19].

Así, en una jurisprudencia de este Tribunal (fundamento 3 de la Sentencia del Expediente 0168-2002-AA/TC, Caso Carlos Hildebrando La Rosa Santos), se ha señalado que es conveniente que una autoridad municipal haya

“verificado que en el establecimiento del demandante se venían realizando actividades que contravienen el orden público y las buenas costumbres, lo cual motivó a que se dispusiera la clausura del local”.

Por tanto, en el presente caso se debe analizar qué extremo de la moral pública constitucionalmente reconocida merece intervención de este Colegiado a fin de encontrar el verdadero confín de la libertad de empresa.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 36. El deber municipal de proteger a los niños y adolescentes, cuarto párrafo, se expresa:

Por tanto, es necesario reforzar que cualquier tipo de actividad económica relacionada con la libertad de empresa no puede contravenir el ‘interés superior del niño y del adolescente’, a la cual están obligadas las municipalidades, según lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los [...] Gobiernos Locales [...] se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”^[22].

Es por ello que la Municipalidad Metropolitana de Lima está sujeta a la protección de los niños y adolescentes en cada una de las actividades en las que ella es competente.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 37. Exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios, se expresa:

De ahí que este Colegiado considere que no puede alegarse, legal ni legítimamente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, cuando de dicho ejercicio se derive la exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios e injustificados que pudieran afectar su salud, integridad, libre desarrollo y su bienestar en general.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 42. Forma de protección a través de horarios, se expresa:

“el horario de atención al público contraviene lo dispuesto por el literal f) del artículo Séptimo de la Ordenanza 235”^[35], es decir, se configura una afectación más al derecho de los niños y adolescentes, y consiguientemente, del respecto a la moral, en el abusivo ejercicio de la libertad de empresa por parte del demandante.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral §2. Libertad de empresa y salud pública, 43. Doble análisis de la salud pública, se expresa:

Analizando el caso concreto, se puede observar que la libertad de empresa pretendida por el demandante debe verse restringida, básicamente, en dos supuestos, los mismos que van a ser materia de estudio particular^[37].

De un lado, se analizará la salud física de los concurrentes a la discoteca. De otro, se observará la salud psicopatológica de los vecinos que puede verse afectada por la contaminación acústica. Y son estos temas los que serán materia de análisis en las siguientes líneas.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral §3. Libertad de empresa y seguridad pública, numeral 53. Configuración constitucional del derecho a la vida e integridad, se expresa:

Como último aspecto a ser desarrollado como parte de los límites de la libertad de empresa, existe el respeto de la seguridad pública, concepto altamente relacionado con los derechos a la vida e integridad, señalados en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

El Estado social y democrático de derecho no tiende a proteger la vida bajo cualquier tipo de condiciones; por el contrario, el Estado debe proveer las condiciones necesarias para que el derecho a la vida de las personas se realice con un mínimo de condiciones que la tornen digna. En otras palabras, se protege la vida, pero con dignidad. En esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones; de ahí que la vida ya no es posible de ser entendida tan solo como un límite frente a los poderes públicos, sino también del poder privado.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 56. El control de la capacidad de personas, se expresa:

“la capacidad máxima deberá estar de acuerdo con lo dispuesto en el RNC Título III Capítulo XIV, no debiendo superar las 500 personas, sin embargo en el ingreso al local se indica la capacidad de 800 personas”^[54].

De esta forma, tanto con la falta de medidas de seguridad como con el exceso de concurrentes al local, se estaría sobrepasando el ejercicio de la libertad de empresa, al no respetarse otro límite más: la seguridad pública.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, letra C. **LOS LÍMITES AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA REFLEJADOS EN LA NEGATIVA DEL OTORGAMIENTO DE UNA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO, numeral 57. Relacionando derechos y bienes jurídicos tutelados en la Constitución, se expresa:**

En este punto se busca justificar, en un caso concreto como el presentado, cómo derechos relacionados con la expectativa pecuniaria han debido encontrar sus límites en derechos fundamentales.

Sin embargo, para poder analizarlos correctamente en una resolución administrativa, se debe explicar cómo una municipalidad asume un rol especial en el otorgamiento o no de una licencia de funcionamiento. Es decir, partiendo de una correcta interpretación constitucional se debe encontrar la adecuada actuación municipal en el caso concreto.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 58, se establece:

Tras haber analizado el derecho a la libertad de empresa del demandante, es preciso advertir que él no es, en modo alguno, absoluto; muy por el contrario, ejercerlo supone el respeto de principios, valores y otros derechos que la Constitución ha consagrado. En ese sentido, es correcto afirmar que la economía social de mercado, que es el fundamento de la libertad de empresa, es también su límite, en tanto que es el marco en el que ella se reconoce^[55].

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 61. La vocación unificadora de la Constitución, se expresa:

Esta forma de interpretación asume un rol peculiar cuando se refiere a un criterio interpretativo como es el de la unidad de la Constitución. Cuando se buscan entender las normas de los derechos fundamentales, estas deben aparecer como optimizadoras de todo el cuerpo normativo, en un sentido de vocación integradora. Solamente facilitando la eficacia de todos los derechos fundamentales, puede permitirse la aptitud realizadora de uno de ellos.

Es decir, no puede solicitarse que se proteja la libertad de empresa del demandante, sobrepasando y transgrediendo la moral, la salud y la seguridad públicas, pertenecientes a la colectividad.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, , numeral 62. El respeto de los derechos de los vecinos, se expresa:

Como se ha logrado observar *supra*, son los vecinos de la comunidad los que se encuentran afectados con un ejercicio abusivo del derecho de la libertad de empresa, tal como ocurre en el presente caso. Felizmente, las normas municipales (artículo 20 de la Ordenanza 282-MML) permiten que los vecinos estén en la capacidad de oponerse a que se otorgue la licencia de apertura de establecimiento.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 67. Búsqueda de respeto constitucional y autonomía municipal, se expresa:

Por tal sentido, en el presente caso se debe reconocer la capacidad que tiene la municipalidad para el análisis de la libertad de empresa del demandante, respecto a la creación de empresa, según el marco de las competencias que fluyen de la autonomía asignada. Por tal sentido, este Colegiado reconoce plena validez a las actuaciones realizadas por las municipalidades en el marco de sus atribuciones, por ser de su competencia.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 68. Supremacía constitucional y autonomía municipal, se expresa:

“si bien la Administración puede participar en la ordenación jurídica de la libertad de empresa, y en ese sentido, puede disponer medidas o intervenciones sobre la misma, dicha potestad sólo podrá ejercerse en el marco de sus competencias, con base en los requisitos y condiciones previstas por la norma legal que autoriza la reglamentación administrativa y guardando en su disposición el principio de razonabilidad que se orienta, además, por virtud del principio general de libertad”^[65].

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 77, Control adecuado sobre la libertad de empresa, se expresa:

77. Control adecuado sobre la libertad de empresa

Entonces, la validez jurídica de las normas de intervención sobre la libertad de empresa debe estar guiada por sus finalidades, principios u objetivos que persigue la municipalidad, y que justifican la imposición de tales medidas. Así se configura el alcance de esta libertad, en tanto es derecho y es garantía institucional.

Así, en el presente caso, al haberse demostrado un interés general en sentido estricto de proteger a la comunidad y a los concurrentes a la discoteca, este debe prevalecer sobre el interés particular del demandante^[75]. Es decir,

“con la inserción del principio de proporcionalidad en el juicio de constitucionalidad de las intervenciones sobre la libertad de empresa, se está poniendo de presente la noción de interés general en sentido amplio, en tanto con él se procura evitar la contradicción integral entre intereses públicos y privados en juego, y en su evento reducir o controlar al máximo sus efectos”^[76].

En tal sentido, de lo expuesto a lo largo del presente caso, queda claramente establecido que el demandante pretende que se otorgue licencia definitiva a un local que ha traspasado claramente los límites impuestos por la propia Constitución, en tanto ejercicio de su libertad de empresa: se afectó la moral, la salud y la seguridad públicas.

En el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, numeral 78. Inexistencia de protección de la libertad de empresa e improcedencia de la demanda, se expresa:

“Según el artículo 37, inciso 25, del Código Procesal Constitucional, puede ser materia de protección a través de un amparo un derecho constitucional como el previsto en el artículo 59 de la Constitución, respecto a la libertad de empresa.

Sin embargo, de todo lo expresado anteriormente, se puede colegir que no se encuentra ejerciendo correctamente un derecho a la libertad de empresa, tanto por no haber podido

acceder correctamente al mercado (no cuenta con licencia de funcionamiento, según lo ha determinado, dentro de sus funciones, la Municipalidad Metropolitana de Lima) como por haber excedido los límites que su ejercicio conlleva (respecto a la moral, seguridad y salud públicas).

Por tanto, es de aplicación el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, según el cual “no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no esté referido a los constitucionalmente protegidos del mismo”,

situación que nos lleva ineludiblemente a declarar la improcedencia de la presente demanda, más aún si se ha considerado en el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, lo siguiente:

“No proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

EXP. N.º 4109-2004-AA/TC

LA LIBERTAD

FLOR ALICIA

PISFIL DE LA CRUZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de enero de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Flor Alicia Pisfil de la Cruz contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 149, su fecha 20 de octubre de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 12 de enero de 2004, interpone acción de amparo contra la

Municipalidad Provincial de Chepén, alegando la inminente violación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y al libre comercio; y que es objeto de amenazas verbales y presión psicológica, lo cual atenta contra el normal desarrollo de su actividad. Refiere que estos actos se presentan por el probable desalojo que se cierne sobre los comerciantes de La Parada de Chepén; que el alcalde pretende la construcción de un mercado, pese a que el procedimiento para su edificación es totalmente irregular, mencionando, entre otras razones, que los responsables de dicha edificación se encuentran inhabilitados por el Colegio de Ingenieros del Perú, el cual ha sostenido en un pronunciamiento público que una parte del terreno que está siendo afectado y donde se pretende edificar la construcción es de propiedad de terceros, ya que no se ha culminado con el saneamiento legal correspondiente. Agrega que el terreno es un relleno sanitario no apto para la construcción de dicho mercado, y que el alcalde pretende reubicar a los comerciantes en una zona inadecuada para el desarrollo de sus actividades.

La emplazada contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que la Municipalidad es la legítima propietaria del bien inmueble donde se pretende construir el mercado, y que en esa condición está facultada para ejecutar sus planes y programas correspondientes; agregando que dentro de ese marco ha decidido el mejoramiento y ampliación de la Parada cumpliendo con la Ley de Adquisiciones y Licitaciones del Estado. Por otro lado, refiere que lo que pretende la amparista es que se suspenda la ejecución de las obras de ampliación de La Parada de Chepén, lo que no se condice con la protección de los derechos constitucionales alegados en la demanda.

El Juzgado Mixto de Chepén, con fecha 27 de febrero de 2004, declaró infundada la demanda, considerando que la controversia planteada en la demanda radica en establecer si la

ejecución de la obra de ampliación y mejoramiento de La Parada de Chapén afecta los derechos constitucionales de la recurrente relativos a la libertad de trabajo, libre comercio y libertad de empresa, y si con este propósito se están ejerciendo actos de coacción y amedrentamiento a la recurrente, concluyendo que los cuestionamientos de las especificaciones técnicas, la falta de estudios sobre el suelo, así como la carencia de requisitos para edificar la obra requeriría de estación probatoria, de la cual carece la acción de amparo.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Concretamente, la controversia se ha suscitado a consecuencia de que la emplazada, pretende la construcción ampliación del mercado conocido como La Parada de Chapén, alegándose que para la implementación de esta construcción los trámites han sido irregulares; que existen cuestionamientos sobre la propiedad donde se pretende realizar la construcción; y, además, que la eventual desocupación de la comerciante de su puesto actual a otro lugar no le brinda las garantías necesarias para poder desarrollar su actividad comercial de manera normal.
2. Con respecto a las dos primeras pretensiones, este Tribunal ha reiterado en innumerables pronunciamientos que no existe estación probatoria en el amparo porque en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sí sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El amparo sólo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tiene una finalidad eminentemente restitutoria.
3. En efecto, a través de estos procesos no se puede, en principio, determinar la propiedad del terreno sobre el cual se planea construir La Parada de Chapén o si esta propiedad pertenece, como alega la recurrente, a más personas; del mismo modo, todos aquellos cuestionamientos de índole técnica así como las condiciones de construcción, entre los que se arguye que es un relleno sanitario o no se ha realizado el saneamiento físico legal, deben dilucidarse en una vía más lata.
4. Asimismo, las alegaciones respecto a que se están vulnerando los derechos al trabajo y a la libre empresa de la recurrente por el eventual desalojo o reubicación, deben también desestimarse, puesto que no se puede dilucidar en esta vía si el lugar en el cual será reubicada es el idóneo para el desarrollo de su actividad comercial; apreciándose, además, que tal medida no se ha ejecutado y que la recurrente no ha podido acreditar las supuestas irregularidades en las que se hubiere incurrido.
5. No obstante, se deja a salvo el derecho de la recurrente a efectos de que pueda acudir a la vía ordinaria para hacer efectivo el derecho que pudiera corresponderle.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la acción de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 4170-2004-AA/TC**LA LIBERTAD****CARLOS HUMBERTO YRIGOYEN**

MEDINA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de febrero de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Humberto Yrigoyen Medina contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 146, su fecha 21 de octubre de 2004, que declara infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 14 de enero de 2004, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chepén, alegando la inminente violación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y al libre comercio, agregando, además, ser objeto de amenazas verbales y presiones psicológicas, que atentan contra el normal desarrollo de su actividad. Refiere que estos actos se presentan por el probable desalojo que se cierne sobre los comerciantes de La Parada de Chepén, y que el alcalde pretende la construcción de un mercado bajo un procedimiento totalmente irregular. Menciona, entre otras razones, que los responsables de dicha edificación se encuentran inhabilitados por el Colegio de Ingenieros del Perú, el cual ha sostenido en un pronunciamiento público que una parte del terreno que está siendo afectado para edificar la construcción, es parte de la propiedad de terceros, y que además no se ha culminado con el saneamiento legal correspondiente. Añade que el terreno ha sido destinado a relleno sanitario, no apto para la construcción de dicho mercado; y que el alcalde pretende reubicarlo en una zona no apta para el desarrollo de sus aludidas actividades.

La emplazada contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que la Municipalidad es la propietaria del bien inmueble sobre el que se pretende construir el mercado en referencia; que, en esa condición, está facultada para ejecutar planes y programas de su competencia y, dentro de ese marco, ha decidido el mejoramiento y ampliación del lugar conducido por el recurrente y otros, cumpliendo para dicho objeto con la Ley de Adquisiciones y Licitaciones del Estado; y que el actor pretende la suspensión de las obras de ampliación de La Parada de Chepén, lo que no se condice con la protección de los derechos constitucionales alegados en la demanda.

El Juzgado Mixto de Chepén, con fecha 27 de febrero de 2004, declaró infundada la demanda, considerando que la pretensión planteada, dirigida a que se dilucide si la ejecución de la obra de ampliación y mejoramiento de La Parada de Chepén afecta los derechos constitucionales del demandante, relativos a la libertad de trabajo, libre comercio y libertad de empresa, por su naturaleza controversial, no puede ventilarse en esta vía, por carecer de estación probatoria.

La recurrida por los mismos fundamentos, confirmó la apelada quedando establecido por las instancias inferiores la improcedencia de la demanda de amparo ante la imposibilidad de comprobaciones de hecho que sólo podría obtenerse partiendo de una estación probatoria que no se da en esta clase de procesos.

FUNDAMENTOS

1. La presente controversia se ha suscitado porque la emplazada pretende la construcción y ampliación del mercado conocido como La Parada de Chepén, y el demandante considera que para la implementación de esta construcción los trámites han sido irregulares, que

existen cuestionamientos sobre la propiedad de terceros en la que se pretende realizar la construcción y, además, que frente a la eventual desocupación de su puesto actual y traslado a otro lugar, no se le brindan las garantías necesarias para poder desarrollar su actividad comercial de manera normal.

2. Este Tribunal ha reiterado en innumerables pronunciamientos que en los procesos constitucionales no existe estación probatoria porque en ellos no se declaran ni constituyen derechos, lo que sí se da en procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El amparo sólo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional conculcado o amenazado; esto es, tiene una finalidad eminentemente restitutoria.
3. Por lo expuesto, en estos procesos constitucionales no se puede establecer la propiedad de ningún bien ni la identificación del propietario, como pretende el recurrente. Del mismo modo, todos aquellos cuestionamientos de índole técnica como las condiciones de la construcción, si el terreno conforma un relleno sanitario o si se ha realizado el saneamiento físico legal, llevan al debate, comprobación y decisión en un proceso ordinario en el que esté prevista la requerida estación probatoria señalada precedentemente.
4. Por otra parte, las alegaciones del actor en cuanto expresan vulneración a su derecho al trabajo y a la libre empresa por el eventual desalojo o reubicación, deben también desestimarse puesto que, como se ha dejado establecido, corresponde por ley a los gobiernos locales ejecutar las obras consideradas dentro del planeamiento urbano de cada localidad.
5. No obstante ello, se deja a salvo el derecho del recurrente a efectos de que pueda acudir a la vía ordinaria.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 4352-2004-AA/TC**LA LIBERTAD**

EDGAR CARLOS

NEGREIROS PIZÁN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de marzo de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Edgar Carlos Negreiros Pizán, en representación de la Empresa de Transportes “Turismo Negreiros S.A.”, contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 114, su fecha 3 de noviembre de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de setiembre de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Trujillo, solicitando que se deje sin efecto la Resolución N.º 01 del Expediente de Ejecución Coactiva N.º 224-2002-EC-MPT, de fecha 12 de setiembre de 2002, que ordena clausurar el local de su representada, alegando que con dicho acto se vulnera su derecho constitucional a la libertad de empresa.

La emplazada contesta la demanda señalando que la resolución cuestionada es consecuencia de la Resolución Directoral N.º 1144-2001-DLF/MPT de fecha 16 de noviembre de 2001 que dispuso, además de la multa correspondiente, la clausura del establecimiento de la empresa que representa el accionante, sito en prolongación Vallejo y Zarumilla N.º 1355, urbanización Rázuri, Trujillo, por haberse detectado que venía funcionando como terminal de embarque y desembarque de pasajeros, cuando la licencia municipal otorgada sólo lo autorizaba al giro de oficina administrativa de venta de pasajes, encomiendas y giros interprovinciales.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, con fecha 30 de julio de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que la resolución cuestionada y las resoluciones en que ésta se sustenta han sido expedidas por la demandada dentro del marco de las atribuciones administrativas que explícitamente le confiere el artículo 194º de la Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica de Municipalidades.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. La controversia del presente proceso se centra en determinar si con la emisión de la Resolución N.º 01 recaída en el Expediente de Ejecución Coactiva N.º 224-2002-EC-MPT, que dispone requerir al accionante a fin de que dentro del plazo de siete días hábiles de notificado cumpla con clausurar por cuenta propia el establecimiento con giro de empresa de transportes ubicado en la Prolongación Vallejo y Zarumilla N.º 1335, interior 199, Urbanización Rázuri, Trujillo, se vulnera su derecho constitucional a la libertad de trabajo.
2. De autos se advierte que:
 - a) La demandada otorgó Licencia de Funcionamiento Provisional a la Empresa de Transportes “Turismo Negreiros S.A.” para el giro de “oficina administrativa de venta de

pasajes, encomiendas y giros interprovinciales", en la dirección mencionada en el fundamento precedente.

- b) Al haberse constatado que el local se utilizaba también para el embarque y desembarque de pasajeros, mediante Resolución Directoral N.º 325-2000-DACPLE/MPT del 1 de marzo de 2000, se resolvió desestimar la solicitud de Autorización Municipal, disponiéndose que la empresa se abstenga de realizar dicha actividad comercial, bajo apercibimiento de iniciarse las acciones correspondientes.
 - c) Presentado el recurso de reconsideración contra la resolución antes mencionada, éste fue declarado infundado mediante Resolución Directoral N.º 631-2000-DLF/MPT, del 13 de abril de 2000.
 - d) Mediante Resolución Directoral N.º 1144-2001-DLF/MPT del 16 de noviembre de 2001, se le impone a la demandante la sanción de multa por continuar realizando actividades comerciales distintas a las autorizadas por la Licencia Municipal, disponiéndose al mismo tiempo la clausura del establecimiento.
 - e) Interpuesto el recurso de apelación, éste fue declarado infundado mediante Resolución de Alcaldía N.º 1435-2002-MPT del 15 de julio de 2002; acto administrativo que justamente fundamenta la resolución cuestionada en el presente proceso.
3. En reiterada jurisprudencia este Colegiado ha precisado que las municipalidades están facultadas legalmente para controlar el funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales, estando comprendidas dentro de estas facultades todas aquellas que garanticen el cumplimiento de las normas legales existentes, pudiendo, en caso de contravención, ordenar su clausura definitiva, atribuciones que se desprenden de la Constitución y de la Ley Orgánica de Municipalidades.
 4. La clausura definitiva ordenada por la demandada está justificada técnicamente, pues actuó de conformidad con lo dispuesto por los artículos 68º, inciso 7), y 119º de la Ley N.º 23853 (Orgánica de Municipalidades), vigente al momento de los hechos, en virtud de los cuales, corresponde a las municipalidades otorgar licencias de apertura de establecimientos comerciales e industriales y de actividades profesionales, y controlar su funcionamiento; así como ordenar la clausura transitoria o definitiva de establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente y constituya peligro, o sean contrarios a las normas reglamentarias, o produzcan olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario.
 5. Debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que el derecho a libertad de empresa alegado por el actor tiene protección constitucional, no lo es menos que este derecho no es ilimitado y que debe sujetarse al cumplimiento de ciertas exigencias administrativas dispuestas por cada municipio. En otros términos, para el inicio de toda actividad comercial se deberá obtener, previamente, la licencia de funcionamiento respectiva, caso contrario la municipalidad estará facultada para clausurar el local e, independientemente, proceder a sancionar, como ha ocurrido en el presente caso. Consecuentemente, no se ha acreditado la vulneración de ninguno de los derechos constitucionales invocados en la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

**GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

EXP. 0001-2005-PI/TC

LIMA

JOSÉ ALFREDO

CHINCHAY SÁNCHEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por don José Alfredo Chinchay Sánchez, Procurador Público Municipal del Gobierno Provincial de Huarmey, antes Municipalidad Provincial de Huarmey, contra los artículos 29° y 30° de la Ley N.° 27181, por contravenir los artículos 194° (antes artículo 191°), 58°, 59°, e inciso 14) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

DATOS GENERALES

Tipo de proceso	: Proceso de Inconstitucionalidad.
Demandante	: José Alfredo Chinchay Sánchez, Procurador Público Municipal del Gobierno Provincial de Huarmey.
Normas sometidas a control	: Artículos 29° y 30° de la Ley N.° 27181.
Bienes demandados	: Las normas constitucionales referidas a la autonomía de los gobiernos locales (artículo 194° de la Constitución); a la libre iniciativa privada (artículo 58° de la Constitución); a la libertad de empresa (artículo 59° de la Constitución) y a la libertad de contratación (inciso 14, del artículo 2° de la Constitución).
Petitorio	: Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 29° y 30° de la Ley N.° 27181.

I. NORMAS CUESTIONADAS

Artículos 29° y 30° de la Ley N.° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 29°.- De la Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Artículo 30°.- Del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito

30.1 Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, según los términos y montos

establecidos en el reglamento correspondiente. Su aplicación es progresiva, de acuerdo al reglamento respectivo.

30.2 El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubre a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito.

30.3 Lo dispuesto en los puntos precedentes no enerva la obligatoriedad de contar con los seguros especiales que establezcan los reglamentos correspondientes para el transporte público, según la naturaleza del servicio”.

I. ANTECEDENTES

1. Consideraciones previas respecto de la pretensión de autos

Si bien es cierto que, de conformidad con la resolución de fecha 25 de enero de 2005, este Tribunal admitió, en parte, la demanda de autos, en el extremo que solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 29° (responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito) de la Ley N.º 27181, toda vez que mediante la STC N.º 0010-2003-AI/TC se confirmó la constitucionalidad del artículo 30° (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito), sin embargo, para este Colegiado queda claro que entre ambas disposiciones existe una relación indisoluble.

En tal sentido y aun cuando no es el propósito reiterar lo que ya ha quedado dicho respecto del artículo 30° de la Ley N.º 27181, cuya constitucionalidad ha sido confirmada, el Tribunal Constitucional estima conveniente precisar que, para efectos de revisar la constitucionalidad del artículo 29°, referido a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito, será necesario ampliar algunos conceptos respecto al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (artículo 30°), dado que el demandante considera, en esencia, que ambas disposiciones resultan contrarias a la autonomía municipal en materia política, económica y administrativa que la Constitución otorga a las municipalidades provinciales, específicamente en lo que toca a la regulación del servicio público de transporte urbano e interurbano.

2. Argumentos de la demanda

El demandante plantea demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 29° y 30° de la Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, que prescriben la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito y la obligatoriedad del seguro de accidentes de tránsito, respectivamente, alegando, esencialmente, que dichas normas vulneran la Constitución en lo referido a la autonomía de los Gobiernos Locales (artículo 194° de la Norma Fundamental).

Manifiesta que el artículo 29°, referido a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito (como el artículo 30°, referido al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito), atenta contra el artículo 194° de la Constitución (autonomía municipal), toda vez que la materia desarrollada en dicha norma es de competencia de las municipalidades y, por ende, su regulación, conforme lo establece el párrafo 1.2 del artículo 81° de la Ley Orgánica de Municipalidades N.º 27972.

En efecto, sostiene que atenta contra la autonomía de las municipalidades en las funciones que son de su competencia exclusiva (artículo 29°, sobre responsabilidad civil, y artículo 30°, sobre seguro obligatorio de accidentes de tránsito) ya que deja sin posibilidad alguna de poder normar y reglamentar el servicio público terrestre de cualquier municipalidad de acuerdo a sus realidades y necesidades, que resultan diferentes en cada región y/o provincia del país.

Expresa que la adquisición de pólizas de seguro de accidentes de tránsito (SOAT) constituye un alto costo para los transportistas, propietarios y responsables solidarios de indemnizar los perjuicios ocasionados por los accidentes de tránsito.

Asimismo, indica que se debe respetar el artículo 194° de la Constitución y el acápite 1.2 del artículo 81° de la Ley Orgánica de Municipalidades, estableciéndose la posibilidad de que la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito se cubra con una póliza de seguros, un fondo intangible de cobertura contra accidentes de tránsito o cualquier otro medio alternativo de cobertura contra accidentes de tránsito, que debería ser regulado y normado por las municipalidades dentro de su jurisdicción; agrega que, de no procederse así, resultaría inviable la autonomía administrativa municipal, así como la función de normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción.

De otro lado, argumenta que la prescripción de que todo vehículo automotor cuente con una póliza vigente de seguro obligatorio de accidentes de tránsito podría ocasionar el surgimiento de un monopolio, por cuanto la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, N.º 26702, exige como uno de los requisitos para la constitución de empresas de seguros un capital de tres y medio millones de nuevos soles, que sólo puede ser cubierto por las grandes aseguradoras, por lo que la adquisición del citado seguro resulta onerosa para la realidad de las distintas ciudades del país, lo cual implica una vulneración de la libertad de contratación.

Por lo demás, el recurrente alega que, como consecuencia de dicha exigencia, se promueve la creación de monopolios en perjuicio de los propietarios de vehículos automotores para la contratación de las pólizas de seguros, lo que supone una afectación de los derechos a la libertad de empresa, a la libre iniciativa privada y a la libertad de contratación.

3. Argumentos de la contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República solicita que la demanda sea declarada improcedente, pues conforme al inciso 6) del artículo 203° de la Constitución, en concordancia con el artículo 99° del Código Procesal Constitucional, son los concejos municipales los que posibilitan al Alcalde, mas no al recurrente, en su calidad de Procurador Público Municipal, a interponer una demanda de inconstitucionalidad en materia municipal. En consecuencia, al no haber un acuerdo del Concejo Municipal de Huarmey que autorice expresamente a su Alcalde plantear la demanda, el recurrente carece de legitimidad para obrar, pues ninguna autoridad municipal, excepto el alcalde, está legitimado para ello. Agregar que en la Ordenanza Municipal N.º 033-2004-GPH emitida por la Municipalidad de la Provincia de Huarmey, se aprecia que el Concejo Municipal autorizó al Procurador Público Municipal, mas no al Alcalde de la Municipalidad.

En cuanto al fondo de la controversia, manifiesta que si bien la Ley Orgánica de Municipalidades establece que es competencia de las municipalidades normar y regular el servicio de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, ello no es óbice para que el Estado, en su calidad de ente rector de las políticas públicas, establezca los lineamientos generales, económicos, organizacionales y reglamentarios del transporte y tránsito terrestre para todo el territorio de la República, más aún cuando el artículo 195° de la Constitución dispone que “los gobiernos locales promueven (...) la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad en armonía con las políticas y planes nacionales (...)”. En ese sentido, el otorgar discrecionalidad a los municipios provinciales respecto de la posibilidad de regular la cobertura de los accidentes de tránsito tiene el perjuicio e inconveniente de la heterogeneidad, debido a que cada municipio establecería su propio sistema de seguros sin que sea posible garantizar a todos los ciudadanos una cobertura homogénea válida para todo el territorio nacional, lo que incluso resultaría impracticable, pues para que un vehículo automotor pueda circular tendría que cumplir con cada una de las coberturas de accidentes que existan por cada municipalidad provincial del país.

Asimismo expresa que si bien la Ley Orgánica de Municipalidades establece que es competencia de las municipalidades normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, no les asigna como competencia la creación de un seguro obligatorio de accidentes de tránsito. Además, refiere que las acciones que pueden emprenderse a nivel local no garantiza la creación de un SOAT que proteja a las víctimas de la imprudencia de los conductores y procure un servicio adecuado a las personas, acorde con su dignidad y sus derechos a la vida, integridad moral, psíquica y física.

Respecto al argumento de que la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito debería cubrirse con una póliza de seguros, un fondo intangible de cobertura contra accidentes de tránsito o cualquier otro medio alternativo de cobertura contra accidentes de tránsito y regulado por las Municipalidades, manifiesta que debido a que el transportador en un contrato de transporte se encuentra obligado a instalar al pasajero sano y salvo, también se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios que sufran los pasajeros en su integridad física o personal, o en los daños que ocasione su tardanza, en el caso de no cumplir con esta obligación. Enfatiza que el SOAT beneficia a las víctimas de los accidentes de tránsito y les asegura una indemnización, aunque el conductor responsable de una obligación de resultado sea insolvente, e incluso beneficia al conductor responsable, pues elimina el gravamen que pesa sobre su patrimonio al tener que indemnizar por cumplir su obligación y crea una situación de cobertura que beneficia a la sociedad en su conjunto. En consecuencia, considera que el SOAT no es un problema de competencia exclusiva de la autoridad administrativa local, sino que tiene un carácter nacional, ya que involucra la acción del Poder Legislativo para asegurar que las víctimas perciban la indemnización que corresponda.

Por lo demás, sostiene que el Estado no prohíbe el monopolio, sino el abuso de la posición monopólica en el mercado, así como los monopolios legales que restringen la competencia y expropián el derecho de los consumidores a elegir y decidir.

II. Materias constitucionalmente relevantes

El Tribunal Constitucional estima conveniente precisar que el análisis de constitucionalidad del artículo 29° de la Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, debe centrarse en los siguientes temas:

1. La legitimidad para obrar del demandante.
2. El principio de unidad del Estado y la autonomía municipal.
3. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito conforme al Código Civil.
4. El Sistema de Seguros Obligatorios.
5. El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT).
6. El SOAT y la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratación.

III. FUNDAMENTOS

§ La legitimidad para obrar del demandante

1. Según se desprende de la contestación de la demanda, el apoderado del Congreso de la República ha cuestionado la legitimidad para obrar del demandante, esto es, del Procurador Público Municipal, alegando que de conformidad con los artículos 203° inciso 6) de la Norma Fundamental y 99° del Código Procesal Constitucional, el Alcalde debió ser autorizado por Acuerdo de Concejo Municipal para interponer la demanda.

2. El artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que “(...) Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación (...)”.

3. La calificación de una demanda de inconstitucionalidad se efectúa mediante autos debidamente motivados, a través de los cuales se examinan las cuestiones de forma (admisibilidad) y de fondo (improcedencia) prescritas por ley; emitidos y notificados a la parte demandada, sólo pueden ser cuestionados mediante el recurso de reposición y dentro del plazo de tres días establecido en el Código Procesal Constitucional, según lo expuesto en el Fundamento N.º 2, *supra*.

4. En el caso de autos se advierte que el auto admisorio de la demanda fue notificado el 8 de abril del 2005, fecha a partir de la cual se inició el cómputo del mencionado plazo de tres días para cuestionarlo. Así, es dentro de dicho plazo, y a través del recurso de reposición, que el emplazado pudo cuestionar la legitimidad del demandante. Sin embargo, se advierte que

recién con fecha 13 de mayo de 2005, y a través de la contestación de la demanda, el apoderado del Congreso de la República cuestionó dicho auto admisorio. Consecuentemente y, habiendo el emplazado dejado de este modo transcurrir la oportunidad para debatir las cuestiones de forma del mismo, dicha etapa precluyó.

§ El principio de unidad del Estado y la autonomía municipal

5. Las cuestiones relativas al principio de unidad del Estado y la autonomía municipal no son materias nuevas para este Tribunal. En efecto, en la STC N.º 0013-2003-AI/TC, entre otras tantas, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, estableciendo que el principio de unidad del Estado se encuentra consagrado tanto en el artículo 43º de la Constitución Política, que declara que “(...) El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”; como en el artículo 189º –modificado por la Ley N.º 27680, de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV, sobre Descentralización–, que prescribe que “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establecen la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”.

6. Por su parte, la garantía institucional de la autonomía municipal está prevista en el artículo 194º de la Constitución Política, modificado por la Ley N.º 27680, que establece que “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativas en los asuntos de su competencia (...)”.

7. El concepto de garantía institucional alude a la constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales del ordenamiento constitucional. Es el caso de la autonomía municipal, por medio de la cual se busca proteger la esfera propia de actuación de los gobiernos locales frente a la actuación de otros órganos del Estado, de manera tal que la institución se mantenga «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar», imagen que se identifica con el núcleo esencial de la institución protegida por la Constitución, y que debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, entre otros^[1].

8. En el caso de la autonomía municipal, se “(...) hace referencia a una Administración cuyos objetivos se cumplen y cuya actividad se realiza por los propios destinatarios de esa actividad y bajo su responsabilidad, a la vez que supone una técnica de organización jurídico-política al servicio de una división vertical del poder (la autoadministración permite descargar de tareas a la instancia administrativa superior correspondiente) y del principio democrático, al ser un modo de conectar la sociedad con el Estado”.^[2]

9. Desde tal perspectiva, si bien es cierto que los gobiernos regionales, los gobiernos locales, los provinciales y distritales poseen autonomía, también lo es que forman parte de un ordenamiento presidido por la Constitución, de modo que sus relaciones deben respetar las reglas inherentes al principio de «lealtad constitucional», que impone a cada sujeto institucional el deber de ejercitar sus propias competencias teniendo en cuenta los efectos que sus decisiones pueden ocasionar en otros niveles de gobierno.

10. Así, este Tribunal tiene establecido que a través de la autonomía municipal se garantiza a los gobiernos locales que puedan desenvolverse con plena libertad en dichos ámbitos, esto es, se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos administrativos, económicos y políticos que constitucionalmente les atañen, ejerzan las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, siempre que lo hagan respetando el orden jurídico.^[3]

11. Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. “No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En

consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél”.^[4]

12. La Constitución garantiza a los gobiernos locales, entonces, una autonomía plena para el cumplimiento de aquellas competencias y atribuciones que le han sido conferidas. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto de aquellas que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene necesariamente que graduarse en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también, según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales.^[5]

13. En síntesis, la garantía institucional de la autonomía municipal no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado, porque si bien este otorga sentido a sub ordenamientos que no deben encontrarse en contraposición con el ordenamiento general, éstos resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades locales del Estado.

14. Precisamente, la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre N.º 27181 –que conforme a su artículo 1º establece los lineamientos generales económicos, organizacionales y reglamentarios del transporte y tránsito terrestre que rige en todo el territorio de la República– establece, en su artículo 11º, que la competencia normativa, en materia de transporte y tránsito terrestres, le corresponde, de manera exclusiva, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y los gobiernos locales se limitan a emitir las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial, sin transgredir ni desnaturalizar la mencionada Ley ni los reglamentos nacionales.

15. Asimismo, el artículo 81.º, numeral 1.2, de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, dispone que es función específica exclusiva de la municipalidad el “Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia”.

16. En tal sentido, si bien es la propia Constitución la que otorga autonomía administrativa, económica y política a las Municipalidades Provinciales, ésta debe ser ejecutada de acuerdo al ámbito de su competencia, dentro del cual no se encuentra la regulación de la responsabilidad civil que se origina como consecuencia de accidentes de tránsito, según se advierte del propio artículo 81º de la Ley Orgánica de Municipalidades y que, en todo caso, por encontrarse íntimamente ligada a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud, corresponde ser materia de análisis y regulación por parte del Poder Legislativo.

§ La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito

17. La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de *responsabilidad civil contractual*, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de *responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones*. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del *deber jurídico genérico de no causar daño a otro*, nos encontramos en el ámbito de la denominada “responsabilidad civil extracontractual”^[6].

18. El daño que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como *toda lesión a un interés jurídicamente protegido*, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán *daños patrimoniales* las lesiones a derechos

patrimoniales, y *daños extrapatrimoniales* las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por ende merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. Del mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales por tratarse de intereses jurídicamente protegidos, reconocidos como derechos extrapatrimoniales ^[7].

19. En nuestra legislación se han recogido dos criterios en materia de responsabilidad civil (subjettiva y objetiva) aplicables a nivel contractual y extracontractual, a fin de procurar el resarcimiento de la víctima del daño causado por la conducta lesiva.

20. Así, en materia de responsabilidad civil contractual, el criterio subjettivo de responsabilidad (culpa) se encuentra regulado en el artículo 1321° del Código Civil, ligado a la inejecución de las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; mientras que en materia de responsabilidad civil extracontractual, se encuentra regulado en el artículo 1969° del mismo cuerpo legal, conforme al cual, todo daño producido por dolo o culpa resulta pasible de indemnización. Es así que en cada caso, el juzgador analiza –dentro de cada criterio– los elementos de la responsabilidad civil a fin de establecer el monto indemnizatorio correspondiente.

21. De otro lado, el criterio objetivo de responsabilidad (artículo 1970° del Código Civil) resulta aplicable a supuestos de responsabilidad extracontractual sobre la base del riesgo creado, que se constituye como el factor objetivo de atribución de responsabilidad, mediante el cual “(...) basta acreditar el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común y que por ello mismo merecen la calificación de *riesgosos*”^[8].

22. En los últimos años es evidente el incremento de vehículos de transporte público y privado, con el consiguiente crecimiento desmedido del parque automotor, lo cual implica muchos riesgos para la vida, la integridad y la salud de los usuarios, acrecentándose la posibilidad de sufrir daños. Por tales razones es que resultó conveniente favorecer la situación de las víctimas, estableciéndose un supuesto de responsabilidad civil extracontractual basado en la noción de riesgo creado consagrada en el numeral 1970° del Código Civil.^[9]

23. La noción de riesgo creado alude a la idea de que todos los bienes que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las necesidades suponen un riesgo común u ordinario; empero, también hay actividades que suponen un riesgo adicional, como es el caso de los vehículos automotores, para lo cual no es necesario examinar la culpabilidad del autor, pues bastará con acreditarse el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad riesgosa.^[10]

24. En estos términos, queda claro que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos criterios de responsabilidad civil bajo los cuales toda acción o conducta que genera daños y perjuicios, dependiendo de la existencia de una obligación o sin ella, así como del cumplimiento de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil (antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución), trae como consecuencia el resarcimiento indemnizatorio a favor de la víctima, por lo que sólo bajo estos criterios se desarrollan fórmulas indemnizatorias.

25. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que el artículo 29° de la Ley N.º 27181, que establece que la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, conforme al Código Civil, no resulta inconstitucional toda vez que, por un lado, la Constitución no ha reservado a favor de las municipalidades la facultad de establecer un sistema de responsabilidad civil por accidentes de tránsito; y, por otro, en nuestro ordenamiento jurídico subsisten dos criterios de responsabilidad civil –objetivo y subjettivo– bajo los cuales se genera el resarcimiento de los daños ocasionados, siendo incluso que de no haberse efectuado dicha mención en el cuestionado artículo 29°, y por el sólo hecho de encontrarnos frente al uso de un bien riesgoso (vehículos automotores), opera en forma automática el criterio de responsabilidad objetiva consagrado en el artículo 1970° del Código Civil frente al perjudicado, a fin de lograr el resarcimiento correspondiente de acuerdo al daño causado.

26. En efecto, entiende este Tribunal que en situaciones en que ocurre un accidente de tránsito que causa un daño a la vida, la integridad o la salud de la persona resulta, por decir lo menos, conveniente indemnizarla, lo cual está plenamente justificado cuando un sujeto causa un daño de tal naturaleza. Si algo de constitucional se encuentra en el artículo 1970° del Código Civil es, precisamente, la reparación del daño, en la medida que con dicha protección se otorga dispensa a los derechos a la vida e integridad y a la salud, reconocidos por los artículos 2.1° y 7°, respectivamente, de la Norma Fundamental. De esta forma, sin duda, es posible cumplir con el objetivo primordial de la responsabilidad civil, cual es, auxiliar o beneficiar a la víctima a través de la reparación del daño que hubiere sufrido.

27. Sin embargo, vistos los alegatos del demandante y teniendo en cuenta que la revisión de constitucionalidad del artículo 29° de la Ley N.° 27181 se encuentra directamente relacionada con el artículo 30° de la misma ley, respecto del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), pero cuya constitucionalidad ya ha sido confirmada mediante la STC N.° 0010-2003-AI/TC, este Colegiado estima pertinente ampliar algunos conceptos sobre el particular, a fin de exponer las razones por las cuales la creación de este seguro obligatorio resulta plenamente constitucional, al perseguir la protección de valores y derechos constitucionalmente superiores.

§ El Sistema de Seguros Obligatorios

28. En nuestro ordenamiento se ha venido regulando diversas fórmulas relativas a la responsabilidad civil extracontractual cuyo propósito ha sido disminuir las consecuencias de los daños ocasionados en supuestos expresamente determinados en una norma legal, evitando, de un lado, un perjuicio superior al ocasionado, al otorgarse un determinado monto dinerario como forma de resarcimiento inmediato (lo que no significa el agotamiento de la responsabilidad civil de quien lo causa), mientras se recurre al proceso judicial correspondiente –siempre que el resarcimiento otorgado resulte insuficiente frente al daño causado– a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que determine la responsabilidad del causante del daño y la correspondiente indemnización. De otro lado, promueve una cultura de previsión frente a situaciones que generan daños a derechos de carácter extrapatrimonial. A este tipo de previsiones se denomina Sistemas de Seguros Obligatorios, los cuales se crean generalmente para cubrir daños resultantes de actividades que son consideradas riesgosas, como por ejemplo el uso de vehículos automotores, o la exposición a condiciones riesgosas para la vida o la integridad personal, entre otras, pero que la sociedad considera permisibles.

29. Los sistemas de seguros obligatorios se orientan a asegurar que la víctima perciba la indemnización que le corresponde por los daños ocasionados, por lo que cumple una finalidad de carácter social.

30. El seguro obligatorio puede ser entendido, sea como un régimen general que cubre todo tipo de accidentes personales, sea como un régimen que comprende riesgos específicos. En muchos países existen seguros específicos de acuerdo al tipo de riesgos. Así por ejemplo, en el ámbito laboral, los seguros obligatorios por accidentes de trabajo o por responsabilidad profesional; en el campo del transporte, los seguros obligatorios para el transporte público de pasajeros; en el campo de actividades recreativas y deportivas, los seguros obligatorios en carreras de automóviles, competencias deportivas, entre otros.

31. Un seguro obligatorio bastante generalizado en el mundo es el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, respecto del cual nos ocuparemos posteriormente, y que en el Perú se funda en la responsabilidad objetiva, esto es, que no considera al responsable o la culpa; lo esencial es que hay una víctima a la que hay que ayudar a través de la reparación del daño sufrido.

32. En nuestro país, los seguros obligatorios se constituyen en normas de aplicación y resarcimiento inmediato dependiendo de las formas de pago como se ejecuten. Así, por ejemplo, el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo –regulado por el artículo 19° de la Ley N.° 26790 y los Decretos Supremos N.°s 009-97-SA y 003-98-SA– que dependiendo de la

prestación (de salud o económica), se otorga en forma paulatina a los beneficiarios; el Seguro de Vida del personal de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas, regulado por el Decreto Ley N.º 25755, que actúa en forma inmediata mediante el resarcimiento frente a la producción del fallecimiento o invalidez en acto de servicio o como consecuencia de éste del personal policial o militar.

33. Asimismo, mediante la Ley N.º 24522, modificada por la Ley N.º 24796, se creó el Seguro Obligatorio de Riesgos Profesionales para periodistas que laboren dentro del régimen laboral privado o público, mediante el que se otorga un seguro por invalidez permanente o muerte ocurrida a consecuencia del desempeño de sus labores, y que corresponde ser contratado por el empleador a favor del trabajador a partir del inicio de la relación laboral; producida la contingencia, el capital de la póliza se otorga a los beneficiarios en forma inmediata, de conformidad con el Decreto Supremo N.º 021-86-TR.

34. De lo expuesto queda claro que los seguros obligatorios como fórmulas legislativas en materia de responsabilidad extracontractual vienen a ser mecanismos preventivos frente a la producción de daños y perjuicios previstos por las normas correspondientes, y que resultan eficientes frente al resarcimiento inmediato –total o parcial– de los mismos.

§ El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)

35. Como hemos visto, el sistema de seguros obligatorios de responsabilidad civil se viene aplicando en nuestro ordenamiento jurídico en materias determinadas en la normas correspondientes. El primer antecedente legislativo registrado se encuentra en el proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, mediante el cual se propuso introducir el sistema de seguros obligatorios a través del artículo 1988º, que establecía que “La Ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y características de tal seguro.”

36. En materia de seguros obligatorios para daños producidos como consecuencia de accidentes de tránsito, el primer antecedente legislativo regulado se encuentra en el Capítulo III del Título IV del Código de Tránsito y Seguridad Vial –Decreto Legislativo N.º 420–, en el que se estableció la obligatoriedad de contratar pólizas de seguros para vehículos que prestaran servicios públicos o privados de transporte, incluyéndose a los de transporte escolar, a fin de cubrir la responsabilidad civil derivada de daños ocasionados por vehículos automotores. Sin embargo, tales disposiciones no fueron materia de reglamentación posterior.

37. Con la expedición de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre N.º 27181, y del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito –aprobado por el Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC– se creó el sistema de responsabilidad civil aplicable a los daños ocasionados por accidentes de tránsito, el cual tiene por objeto cubrir a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito.

38. Sobre el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, Manuel Broseta Pont comenta que el considerable aumento del parque de automóviles y el aumento de la densidad de la circulación viaria, han convertido el uso y la circulación de los vehículos de motor en un verdadero peligro social (estado de riesgo) para los automovilistas y para quienes sin serlo son sus frecuentes víctimas, peligro que ha inducido en casi todos los países (...) a imponer individualmente a todo titular o conductor de un automóvil la obligación de estipular un seguro que cubra, en forma total o parcial, los daños que su circulación pueda generar a los terceros, de los que sus conductores sean jurídicamente responsables. El seguro obligatorio de automóviles así introducido, beneficia a las víctimas, al asegurarles una indemnización, aunque el conductor responsable sea insolvente o no sea hallado; beneficia al conductor responsable, pues elimina el gravamen que sobre un patrimonio representa la obligación de indemnizar a la víctima; y, en definitiva, crea una situación colectiva de cobertura que beneficia a todos.

39. Por otra parte, en la STC N.º 2736-2004-PA/TC, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la finalidad del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), la que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 30º de la Ley N.º 27181, tiene como propósito proteger los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud, reconocidos en el inciso 1) del artículo 2º y en el artículo 7º de la Constitución, respectivamente. De otro lado, tal como se advierte de los Decreto Supremos N.ºs 049-2000-MTC y 024-2002-MTC, que lo regulan –en especial los artículos 14º de ambos– el seguro ha sido configurado como una medida idónea y pronta para otorgar debida protección a los referidos derechos fundamentales.

40. El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) tiene pues, por objeto, asegurar el pago de un monto dinerario ante los supuestos de lesiones o muerte ocasionadas por tales accidentes, tanto así, que el numeral 14º del Decreto Supremo N.º 049-2000-MTC que lo regula dispone que el pago de los gastos e indemnizaciones del seguro se hará sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, bastando la sola demostración del accidente y de las consecuencias de muerte o lesiones que éste originó a la víctima, independientemente de la responsabilidad del conductor, propietario del vehículo o prestador del servicio, causa del accidente o de la forma de pago o cancelación de la prima, lo cual deberá constar expresamente en el contrato de la póliza de seguro.^[11]

§ El SOAT y la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratar

41. El recurrente alega que el artículo 30º de la Ley N.º 27181 vulnera la libertad de contratación y promueve la creación de prácticas monopólicas, toda vez que la Ley N.º 26702 exige como uno de los requisitos para la constitución de empresas de seguros un capital de tres y medio millones de nuevos soles, que sólo puede ser cubierto por las grandes aseguradoras, agregando que, por ello, la adquisición del citado seguro resulta oneroso para la realidad de las distintas ciudades del país.

42. Sobre el particular, corresponde a este Colegiado analizar, de un lado, el hecho de que mediante la cuestionada disposición se presente una posible afectación a la libertad de empresa, debido a que sólo sociedades con grandes capitales pueden acceder a la creación de empresas aseguradoras y, por ende, para ofertar pólizas del SOAT; y, por otro, que como consecuencia de dicha exigencia se promueva la creación de monopolios en perjuicio de los propietarios de vehículos automotores para la contratación de las pólizas de seguros, lo que supondría una afectación a la libre iniciativa privada y a la libertad de contratación.

43. En este punto, y siguiendo la línea jurisprudencial establecida por este Tribunal, resulta oportuno reiterar lo expuesto en anteriores pronunciamientos respecto de los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación.

44. Así, este Tribunal ha establecido que otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la **libre iniciativa privada**, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2º del mismo texto, el cual consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia.^[12]

45. Por otra parte, la **libertad de empresa**, consagrada por el artículo 59º de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y,

simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.^[13]

46. Asimismo, este Colegiado ha establecido que el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- i) En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
- ii) En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
- iii) En tercer lugar, está la libertad de competencia.
- iv) En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

Por otra parte, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.^[14]

47. De otro lado, también se ha precisado que el derecho a la **libre contratación** previsto por el artículo 2.14° de la Constitución, se concibe 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, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.^[15]

48. Desde tal perspectiva, y atendiendo al cuestionamiento del demandante, importa precisar que, si bien es cierto, que se exigen requisitos específicos para la constitución de empresas dedicadas al rubro de aseguradoras establecidos en el artículo 16° de la Ley N.° 26702, estos se encuentran destinados a exigir que aquella persona jurídica que reúna estos requisitos y pretenda constituirse como empresa de seguros, cuente con el respaldo económico suficiente a fin de generar solidez y confianza en el Sistema Financiero y de Seguros, y le permita cumplir su finalidad de cubrir a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito.

49. En tal sentido, la restricción a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, por el hecho de que se exija un capital mínimo para el ingreso al mercado de seguros, no resulta inconstitucional, toda vez que su objetivo es afianzar, dentro de nuestro sistema económico, el

mercado de las empresas aseguradoras, las que ofrecen productos –que en el caso del SOAT, el legislador ha considerado su contratación como obligatoria– cuya finalidad persigue salvaguardar fines y valores constitucionales superiores, como la vida, la integridad personal y la salud, reconocidos en los artículos 2.1º y 7º, respectivamente, de la Norma Fundamental.

50. Con relación a la restricción al derecho fundamental a contratar libremente, el demandante aduce que el artículo 30º de la Ley N.º 27181 vulnera la libertad de contratación y promueve la creación de prácticas monopólicas, toda vez que la Ley N.º 26702 exige como uno de los requisitos para la constitución de empresas de seguros un capital de tres y medio millones de nuevos soles, que sólo puede ser cubierto por las grandes aseguradoras, por lo que la adquisición del citado seguro resulta oneroso para la realidad de las distintas ciudades del país.

51. Lo expuesto en el Fundamento N.º 47, *supra*, constituye la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, lo que no quiere decir que sea un contenido oponible en todo tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, pues ello implicaría una lectura aislada del texto constitucional que, en tanto unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica, esto es, “(...) sin ‘sacrificar’ ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional (...) se encuentra reconducido a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)”.[16]

52. Por ello, en atención a que el artículo 2.14º de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, “siempre que no contravenga leyes de orden público”, este Tribunal ha precisado que “(...) es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos”.[17]

53. Así las cosas, el orden público al que hace alusión el numeral 2.14º de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que supone que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva : prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora, en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación, y de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales.[18]

54. De acuerdo a lo expuesto en el Fundamento N.º 39, *supra*, el objeto del SOAT previsto en el artículo 30º de la Ley N.º 27181 consiste en “cubrir a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito”. En ese sentido, resulta evidente que su finalidad se encuentra orientada a proteger los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud, reconocidos en los artículos 2.1º y 7º, respectivamente, de la Constitución, habiendo sido configurado como una medida idónea y pronta para otorgar debida protección a los referidos derechos fundamentales.

55. Sin embargo, toda vez que el artículo 11º de los Decretos Supremos N.ºs 049-2000-MTC y 024-2002-MTC que lo regulan, imponen la contratación del seguro con las compañías de seguros autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) a todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República, corresponde analizar si dicha medida cumple en su totalidad con el *test* de razonabilidad y, por ende, si ésta no afecta más allá de lo estrictamente

necesario el derecho fundamental a la libertad de contratación, y si en el estudio integral de la problemática, los derechos fundamentales comprometidos resultan optimizados en su conjunto.

56. El *test* de razonabilidad o proporcionalidad se realiza a través de tres subprincipios: 1º subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2º subprincipio de necesidad; y 3º subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las STC N.ºs 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

- a) *Subprincipio de Idoneidad o Adecuación* : De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
- b) *Subprincipio de Necesidad* : Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
- c) *Subprincipio de Proporcionalidad strictu sensu* : Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.^[19]

57. El Tribunal Constitucional considera que la restricción al derecho fundamental a contratar libremente resulta plenamente constitucional por los siguientes motivos :

- a) En principio, el artículo 11º de los mencionados Decretos Supremos no exige que la contratación del SOAT se efectúe con una entidad específica, sino con cualquiera de las compañías de seguros autorizadas por la SBS, lo que ciertamente otorga un amplio margen al contratante para seleccionar a su contraparte.
- b) El demandante cuestiona que las entidades autorizadas por la SBS sean empresas privadas cuyo objeto es el lucro comercial. Empero, ello no puede ser considerado como un elemento que determine la invalidez de la incidencia generada sobre la libertad de contratación. Debe recordarse que la libertad de empresa también es un bien constitucionalmente protegido y la generación de riqueza un objetivo que lejos de ser obstaculizado, debe ser promovido y estimulado por el Estado (artículo 59º de la Constitución), en la medida, claro está, de que en ningún caso la sociedad corporativa se aleje de la función social que le viene impuesta desde que el artículo 43º de la Constitución reconoce al Perú como una República social y el artículo 58º dispone que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado.
- c) Asimismo, distintos factores evidencian que el Estado ha procurado garantizar que la restricción de la libertad contractual a través de la contratación del seguro no se aleje de su objetivo de proteger los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud;^[20] Así :
 - i) Las compañías de seguro deben informar al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (MTCVC) y a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), el monto de las primas contratadas, el monto de los gastos de administración, gastos de producción, recargo comercial, tributos y otros similares, y el monto de los siniestros desembolsados; debiendo, dicha información, ser compatible con la documentación contable de la compañía aseguradora^[21].

- ii) Es el MTCVC, en coordinación con la SBS, el que aprueba el formato único y el contenido de la póliza del SOAT^[22].
- iii) La SBS evalúa anualmente el nivel de las indemnizaciones efectivamente otorgadas por las compañías de seguros, y el MTCVC puede introducir las modificaciones que resulten necesarias en el contenido de la póliza a efectos de garantizar el cumplimiento de los objetivos del referido seguro, siendo tales modificaciones vinculantes para las compañías^[23].
- iv) El incumplimiento de las obligaciones que corresponden a las compañías de seguros derivadas del SOAT y de la normativa pertinente son sancionadas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y por la SBS, con arreglo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N.º 716 y la Ley N.º 26702, respectivamente. Asimismo, a elección del interesado, pueden formularse quejas ante la Defensoría del Asegurado, teniendo los pronunciamientos de esta entidad carácter vinculante para las compañías de seguros^[24].
- v) Un ejemplo claro de esta función sancionadora la encontramos en el pronunciamiento del Indecopi derivado del procedimiento de oficio iniciado por la Comisión de Libre Competencia, y recaído en la Resolución N.º 0224-2003/TDC-INDECOPI, mediante la que se sancionó a diversas empresas aseguradoras que habían infringido los artículos 3º y 6º, inciso a), del Decreto Legislativo N.º 701, incurriendo en prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, por haber concertado el precio de las primas de las pólizas correspondientes al SOAT durante el periodo comprendido entre diciembre del 2001 y abril del 2002.

58. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la restricción de la libertad contractual generada por la obligación de contratar el SOAT no afecta el contenido esencial del derecho. Por el contrario, aprecia que la protección que a través de ella se dispensa a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud, optimiza el cuadro material de valores de la Constitución del Estado, presidido por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

[1] Sosa Wagner, Francisco. *Manual de Derecho Local*, Arazandi, España, Cuarta Edición, 1999, pp. 55-56.

[2] Luciano Parejo, Alfonso. *La autonomía local en la Constitución*, en Tratado de Derecho Municipal, Tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pp 26.

[3] Cfr. STC N.ºs 0007-2002-AI/TC, 0007-2001-AI/TC, 0015-2003-AI/TC.

[4] Cfr. STC N.º 0007-2001-AI/TC, Fundamento N.º 6.

[5] Cfr. STC N.º 0013-2003-AI/TC, Fundamento N.º 9.

[6] Taboada Córdova, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Editorial Grijley, primera edición, junio 2001, pp 25 y 26.

[7] Ibídem. pp 55 y 56.

[8] Ibídem. pp 90.

[9] En efecto, el número de víctimas de accidentes de tránsito fatales o no fatales, así como de accidentes de tránsito se ha visto incrementado en forma alarmante en los últimos años. Así por ejemplo, en el año 2001 se registraron 30,955 víctimas, mientras que en el año 2005 dicha cifra llegó a 43,814 víctimas. De igual manera, en el año 2002 se registraron 74,221 accidentes de tránsito fatales y no fatales, mientras que en el año 2005 dicha cifra llegó a los 75,012 accidentes de tránsito. Al respecto, puede verificarse dicha información en www.mtc.gob.pe/portal/estadísticas/circulación.asp.

[10] Sobre el tema pareciera no existir consenso y, por el contrario, hay un amplio debate a nivel doctrinario. Puede revisarse el texto de Gastón Fernández Cruz y Leysser León Hilario, *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*. En, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – N.º 58, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, pp. 9 a 75.

[11] Cfr. STC N.º 2736-2004-PA/TC, Fundamento N.º 8.

[12] Cfr. STC N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamentos N.ºs 17 y 18.

[13] Cfr. STC N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamento N.º 26, acápite d).

[14] Cfr. STC N.º 3330-2004-AA/TC, Fundamento N.º 16.

[15] Cfr. STC N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamento N.º 26, acápite b).

[16] Cfr. STC N.º 5854-2005-PA/TC, Fundamento N.º 12, acápite b).

[17] Cfr. STC N.º 2670-2002-AA/TC, Fundamento N.º 3.

[18] Cfr. STC N.º 2736-2004-PA/TC, Fundamento N.º 11.

[19] Cfr. STC N.º 0048-2004-PI/TC, Fundamentos N.ºs 64 y 65.

[20] Cfr. STC N.º 2736-2004-PA/TC, Fundamento N.º 14.

[21] Artículo 22º del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC.

[22] Artículo 25º del Decreto Supremo N.º 049-2000-MTC.

[23] Idem. loc. cit.

[24] Artículo 40º del Decreto Supremo N.º 049-2000-MTC.

EXP. N.º 1865-2005-PA/TC

**MOQUEGUA
CONSORCIO PESQUERO
RODRÍGUEZ S.A.
Y OTRO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de mayo de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Consorcio Pesquero Rodríguez S.A. y otro contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Ilo, de fojas 214, su fecha 24 de enero de 2005, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, con fecha 6 de abril de 2004, interponen demanda de amparo contra el Ministerio de la Producción a fin que se declare inaplicable el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 008-2004-PRODUCE, pues alegan que vulnera sus derechos a la libertad de empresa y al trabajo. Manifiestan que el Decreto Supremo N.º 017-1992-PE prohibió la realización de faenas de pesca industrial dentro de las cinco millas aledañas a la costa del todo el litoral del Perú, norma que fue posteriormente modificada por el Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE, que estableció un régimen especial de pesca para la zona de reserva marítima a 2.5, 1.5 y 1 milla aledañas a la costa. Sin embargo, sin justificación técnica emitida por el Instituto del Mar del Perú (IMARPE), y basándose en una reunión política con los Presidentes Regionales de Tacna, Moquegua y Arequipa, el Estado Peruano conviene en suspender la aplicación de dicho régimen provisional por el término de 90 días, afectando los derechos invocados.

El Procurador Público competente contesta la demanda manifestando que la suspensión del régimen especial de pesca se ha efectuado de acuerdo a las atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes relacionadas con el sector, con el único fin de promover la actividad pesquera y asegurar el aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, optimizando los beneficios económicos en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad. Expresa, además, que dicho régimen se encuentra supeditado a evaluaciones periódicas respecto del impacto que podría producir la explotación de recursos perecibles y no renovables, con el objeto de evitar una inadecuada explotación de los recursos hidrobiológicos.

El Segundo Juzgado Mixto de Ilo, con fecha 1 de julio de 2004, declaró infundada la demanda, por estimar que la cuestionada norma fue expedida tomándose en cuenta los resultados generales de las actividades pesqueras generadas durante la aplicación del régimen general de pesca; que los informes de IMARPE no tienen fuerza vinculante frente al Estado; que la motivación insuficiente de la norma cuestionada no enerva sus efectos ni la facultad de decisión del Estado frente a los recursos hidrobiológicos; y que la libertad de empresa no es un derecho absoluto ni irrestricto, sino que debe ejercerse en armonía con los derechos que la Constitución reconoce al Estado y a los particulares.

La recurrida confirmó la apelada, por estimar que la norma legal cuya inaplicación se solicita es de carácter temporal, dependiendo su vigencia de las condiciones en que se encuentre el sector pesquero, y porque el derecho a la libre empresa debe ejercitarse en armonía con las demás libertades o derechos y en función del bien común.

FUNDAMENTOS

1. Los recurrentes pretenden que este Tribunal declare inaplicable el artículo 1° del Decreto Supremo N.° 008-2004-PRODUCE, pues alegan que resulta inconstitucional y violatorio de sus derechos a la libertad de empresa y al trabajo. Sustentan su demanda manifestando que la cuestionada norma –que dispone la suspensión de la aplicación del régimen especial de pesca– constituye una medida política carente de un sustento técnico y especializado emitido por el IMARPE u otra institución técnica de investigación de recursos hidrobiológicos, y que se les viene perjudicando económicamente al restringirse las operaciones extractivas de sus embarcaciones dentro de las cinco millas marítimas.
2. Si bien el artículo 59° de la Constitución Política del Perú establece que “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria [...]”, no puede dejar de apreciarse que el artículo 66° también precisa que “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares [...]”. En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 67° y el artículo 68° disponen, respectivamente, que el Estado “promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”, y “[...] está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.”
3. Como es de verse, del propio Texto Constitucional se desprende la facultad del Estado –a través de sus órganos competentes– de formular mecanismos o políticas destinadas a promover la libertad de empresa y la iniciativa privada en el sector pesquero, en cuanto a la explotación de recursos hidrobiológicos se refiere, pero de manera sostenible, a fin de velar por la conservación de los recursos marinos. En ese sentido, debe entenderse por uso sostenible de los recursos naturales, a “(...) la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras” [Último párrafo del artículo 2° del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro, de junio de 1992, ratificado mediante la Resolución Legislativa N.° 26181, del 12 de mayo de 1993].
4. Consecuentemente, este Tribunal estima que los recurrentes no pueden pretender que se limite la atribución del Estado en su rol de protección de los recursos naturales, al exigir que el ejercicio de dicha facultad debe encontrarse respaldada con los informes técnicos especializados emitidos por el IMARPE, cuando, por un lado, el régimen especial de pesca resulta una excepción al desarrollo de la pesca industrial en el país; y, por otro, porque el principio de Precaución recogido en el Convenio a que se ha hecho referencia en el Fundamento N.° 3, *supra*, dispone que “[...] cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”, por lo que tal argumento carece de sustento y procura desnaturalizar el referido régimen especial.
5. No obstante lo anterior, y conforme a las características de temporalidad y provisionabilidad del Régimen Especial de Pesca –que en sí mismo resulta una excepción al Régimen General de Pesca, regulado por el Decreto Ley N.° 25977– la demanda debe ser desestimada por haberse tornado en irreparable la alegada vulneración de los derechos invocados, resultando aplicable al caso de autos el inciso 5) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.
6. En efecto, en la actualidad, el citado régimen carece de vigencia, pues fue creado como un mecanismo de promoción a la explotación del recurso de anchoveta por parte de la industria pesquera dentro de las 5 millas marítimas destinadas a la pesca artesanal, y con duración específica de un año –esto es, entre el 22 de diciembre del 2003 y el 21 de diciembre del 2004– habiendo sido, además, derogado en forma expresa por el artículo 7° del Decreto Supremo N.° 012-2005-PRODUCE, vigente desde el 9 de marzo de 2005.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI**

EXP. N.º 2802-2005-PA/TC

PIURA
JULIA MABEL
BENAVIDES GARCÍA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Julia Mabel Benavides García contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 86, su fecha 10 de febrero de 2005, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de octubre de 2004, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Piura solicitando que se deje sin efecto el acta de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, levantada por la entidad demandada de manera arbitraria, vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso. Sostiene que en el mes de agosto de 2004 solicitó a la municipalidad emplazada el otorgamiento de una licencia provisional de funcionamiento para su establecimiento comercial “Así es mi tierra”, ubicado en la Av. Las Gardenias N.º 300, así como el correspondiente certificado de zonificación, el cual tuvo un retardo indebido en su entrega, razón por la cual su local fue multado en dos ocasiones y, posteriormente, clausurado.

La Municipalidad Provincial de Piura contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que el local de la recurrente fue clausurado por carecer de la autorización municipal de funcionamiento, de acuerdo al Reglamento de Aplicación de Sanciones aprobado mediante Ordenanza N.º 026-2004-C/PPP.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Piura, con fecha 24 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda, por considerar que la recurrente no acredita contar con licencia municipal de funcionamiento, y que la vía del amparo no es la adecuada para otorgar derechos, pues solo protege los ya existentes, agregando que de lo actuado se advierte, que la municipalidad demandada ha actuado en ejercicio de sus funciones, desvirtuándose toda arbitrariedad.

La recurrida confirma la apelada, por considerar que la clausura cuestionada en el presente proceso constituye una sanción administrativa por el incumplimiento de disposiciones municipales, y que, en ese sentido, estas debieron previamente impugnarse.

FUNDAMENTOS

1. La parte demandante denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, y, por ello, solicita que se deje sin efecto el acto de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, ordenado por la municipalidad emplazada.

§ 1. *La libertad de trabajo como derecho accesorio a la libertad de empresa*

2. Respecto a la libertad de trabajo, este Colegiado ha precisado, en la STC N.º 3330-2004-AA/TC, que es una manifestación del derecho al trabajo, y que se define como el derecho a elegir libremente una profesión u oficio. Por ello, el Estado no sólo debe garantizar el derecho de las personas a acceder a un puesto de trabajo o proteger al trabajador frente al despido arbitrario (artículo 27.º de la Constitución), sino que, además, debe garantizar la libertad de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para la subsistencia; es decir, debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce.

3. A su vez, la libertad de empresa, conforme lo ha considerado este Tribunal Constitucional en la referida sentencia, es el derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; precisando que “(e)llo es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59.º reconoce que «el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria».

De la mencionada sentencia se desprende que el derecho a trabajar libremente, en el ámbito del otorgamiento de una autorización municipal para el funcionamiento de un establecimiento comercial, resulta siendo accesorio respecto al derecho a la libertad de empresa. Es en dicho ámbito que, a lo largo del desarrollo de la presente sentencia, la libertad de trabajar libremente será considerada como derecho accesorio de la libertad de empresa.

4. La libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en su artículo 195.º, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para “(d)esarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”; es decir, en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal.
5. En ese sentido, teniendo en cuenta la naturaleza accesorio del derecho a la libertad de trabajo, este Supremo Tribunal en la citada sentencia N.º 3330-2004-AA/TC, estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...)”. La sentencia precisaba, además, que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.
6. Asimismo, este Tribunal consideró, en concordancia con lo establecido por el artículo 9.º del Código Procesal Constitucional, que si existen dudas acerca de la actuación de los

gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, la cual cuenta con una adecuada estación probatoria. Es decir, sólo en los casos en que se sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental, se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo.

§ 2. La libertad de empresa y la regulación de actividades y servicios de competencia municipal

8. Como se ha señalado en el fundamento N.º 5, *supra*, las municipalidades, por mandato constitucional, son competentes para regular actividades y servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, cultura, recreación y deporte, dentro del marco legal correspondiente. En ese sentido, en el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial, como pueden ser, a guisa de ejemplo: el otorgamiento de autorización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales; licencia o concesión de ruta para el transporte de pasajeros; certificado de compatibilidad de uso; licencia de construcción, remodelación o demolición; declaratoria de fábrica; certificado de conformidad de obra; licencia de funcionamiento; certificado de habilitación técnica y/o licencia para la circulación de vehículos menores.
9. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que siempre que en los casos reseñados en el fundamento N.º 8, *supra*, se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los actuados no se constata una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado–, serán aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios vertidos en los fundamentos N.ºs 4 a 8, *supra*. Dichos criterios serán también aplicables a las demandas en las que se solicite la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, derivadas de la falta de la correspondiente autorización municipal.

§ 3. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

10. Con relación a la presunta afectación del derecho a la libertad de trabajo de la recurrente, según ella misma lo reconoce expresamente en su escrito de demanda, su local comercial no cuenta con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal; en consecuencia, en concordancia con lo expuesto en el fundamento N.º 6, *supra*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente en dicho extremo.
11. En cuanto a la alegada vulneración del derecho de petición, debe tenerse en cuenta que en la STC N.º 1042-2002-AA/TC, este Colegiado subrayó que su contenido esencial está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido inevitablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.
12. Al respecto, este Tribunal considera que de lo actuado no se acredita fehacientemente que la administración municipal se haya negado a otorgar una respuesta a la solicitud de la recurrente, debido a que no ha adjuntado el documento que acredite la petición realizada, pues la fotocopia de la solicitud para licencia municipal presentada como anexo del escrito de demanda, obrante a fojas 15 de autos, se encuentra sin llenar; no contiene, por tanto,

dato alguno referente a la recurrente. Por tal motivo, en cuanto a la invocada vulneración del derecho de petición de la recurrente, la demanda también debe declararse improcedente.

13. Por otro lado, la demandante sostiene que la municipalidad emplazada ha vulnerado su derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, aduciendo que ha clausurado su establecimiento sin que exista una resolución expedida por el órgano correspondiente dentro de un proceso administrativo. Al respecto, previamente este Colegiado considera pertinente recordar que el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos. Este enunciado ha sido recogido por el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional, que define la tutela procesal efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio y a la igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previos por la ley; a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución.
14. Según se desprende del acta de clausura de establecimiento obrante a fojas 14 de autos, el 16 de octubre de 2004, fecha en que se produjo, el demandante no contaba con licencia de funcionamiento, razón por la cual le era perfectamente aplicable la Ordenanza N.º 026-2004-C/PPP de fecha 27 de agosto de 2004. La mencionada ordenanza, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones, establece la sanción de clausura a aquellos locales que no cuenten con la autorización de funcionamiento correspondiente (artículo 36.º). Asimismo, el artículo 16.º de la referida ordenanza dispone que no ameritan notificación previa las infracciones cometidas por omisión de trámites que son de conocimiento general, como es el caso de la autorización municipal, la cual debe obtenerse antes de abrir un establecimiento comercial.
15. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que la recurrente tampoco ha acreditado en autos que la actuación de la emplazada haya vulnerado sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, definidos en el fundamento N.º 13, *supra*; razón por cual la demanda también resulta improcedente en dichos extremos.

§ 4. Remisión de lo actuado a la vía contencioso-administrativa

16. Sin perjuicio de lo antes señalado, y teniendo en cuenta que la recurrente alega haber cumplido con todos los requisitos para obtener la licencia de funcionamiento solicitada, y que, pese a ello, la administración edil de manera arbitraria no expide dicho documento, este Colegiado considera, de conformidad con el criterio vertido en el fundamento N.º 7, *supra*, que la presente demanda debe ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual, para dirimir la controversia, cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes.
17. Por lo tanto, tomando en consideración que la demanda debe derivarse a la vía contencioso-administrativa, son aplicables al presente caso, *mutatis mutandis*, las reglas procesales establecidas en los fundamentos N.ºs 53 a 58 de la STC N.º 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005.

§ 5. Precedente vinculante

18. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N.ºs 4 a 17, *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la vía en la que

corresponderá que se atiendan las acciones de amparo comprendidas en los suéostos de improcedencia, siendo de aplicación inmediata a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes, debiendo ser encausadas, conforme a los criterios expuestos, en la vía contencioso-administrativa

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

- 1. Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.**
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme lo dispone el fundamento N.º 17, *supra*.
3. Declarar que la presente sentencia asume la eficacia de precedente vinculante respecto de los fundamentos N.ºs 4 a 17, conforme a lo señalado en el fundamento N.º 18, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 3191-2005-PA/TC**CALLAO****MANUEL ELMER****CARRANZA HOLGUÍN****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 23 días del mes de agosto de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Elmer Carranza Holguín contra la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas 88, su fecha 2 de febrero de 2005, que declaró infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 4 de mayo de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de la Perla, solicitando que se declare inaplicable la Resolución de Concejo N.º 007-2004-MDLP, del 7 de abril de 2004, que declara improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Directoral N.º 801-2003-MDLP-GM, del 10 de setiembre de 2003, y dispone la clausura definitiva de su local comercial ubicado en la calle Julio Felipe Artilleros N.º 154, block "C-15", de la urbanización Astete, del distrito de la Perla, Callao, y se ordene a la emplazada que le otorgue la licencia de funcionamiento definitiva, argumentando que se han violado sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Municipalidad Distrital de la Perla deduce la excepción de litispendencia y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que el recurrente, pese a no contar con la respectiva autorización municipal, procedió a abrir su local comercial, razón por la cual se determinó su clausura mediante la Resolución Directoral N.º 218-2003-MDLP-GM, de fecha 19 de marzo de 2003.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, con fecha 3 de junio de 2004, declaró infundadas la excepción y la demanda planteada, por considerar que, para la obtención de una licencia, el administrado debe someterse a la decisión de la autoridad competente y que, en el presente caso, la Municipalidad ha actuado en ejercicio regular de sus atribuciones, infringiéndose de las resoluciones cuestionadas que el local comercial que venía conduciendo el recurrente ha sido clausurado en reiteradas oportunidades, por funcionar como bar o cantina, ocasionando malestar entre los vecinos.

La recurrida confirma la apelada, por considerar que, si bien es cierto que el artículo 32.º de la Ley N.º 27268, vigente en el momento de ocurridos los hechos, disponía que vencido el plazo de doce meses de otorgada la licencia de funcionamiento provisional, la municipalidad respectiva que no hubiera detectado ninguna irregularidad o que habiéndola detectado, hubiera sido subsanada, debía emitir la licencia municipal de funcionamiento definitiva, también lo es que dicho otorgamiento no es automático, sino que estaba sujeto a la calificación de la entidad edil, conforme al artículo 78.º de la Ley Orgánica de Municipalidades, y que, en tal sentido, las resoluciones cuestionadas fuesen emitidas conforme a ley.

III. FUNDAMENTOS

1. Evaluando el presente caso a la luz de la normativa del Código Procesal Constitucional, se advierte que ella no encaja en alguno de los supuestos de excepción contemplados en su Segunda Disposición Final y no restringe derechos del demandante, por lo que la aplicación de este *corpus* normativo resulta adecuada.
2. La controversia del presente proceso se centra en determinar si con la clausura del local del recurrente, dispuesta por la Resolución Directoral N.º 218-2003-MDLP-DM, del 19 de marzo de 2003 y confirmada por la Resolución de Concejo N.º 007-2004-MDLP, del 7 de abril de 2004 –que a su vez declara improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Directoral N.º 801-2003-MDLP-GM, de fecha 10 de setiembre de 2003–, se vulneran sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.
3. Este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que si bien es cierto que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley, no lo es menos que este derecho no es irrestricto y que debe estar sujeto al cumplimiento de las disposiciones de cada municipio, como en el presente caso, en el que para iniciar una actividad comercial se debe obtener previamente la licencia de funcionamiento respectiva; caso contrario, la municipalidad tiene la facultad de clausurar el local, en virtud de las atribuciones otorgadas en el artículo 192º de la Constitución Política del Perú y en la Ley N.º 23853, Orgánica de Municipalidades, vigente en el momento de los hechos.
4. Al respecto, la facultad de clausurar establecimientos que prestan servicios a terceros es una atribución que se encuentra expresamente regulada en el artículo 119º de la referida ley orgánica, cuando su funcionamiento está prohibido legalmente y constituye peligro o sean contrarios a las normas reglamentarias, o produzcan olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario.
5. De lo actuado se advierte que el demandante no contaba con licencia de funcionamiento para el local comercial ubicado en la calle Julio Felipe Artilleros N.º 154, block “C-15”, de la urbanización Astete, del distrito de la Perla, Callao. Asimismo, de la propia Resolución de Concejo N.º 007-2004-MDLP, se desprende que el local del recurrente “(...) ha sido clausurado en reiteradas oportunidades debido a la solicitud y queja de los vecinos ya que (...) funciona como bar o cantina ocasionando malestares, perturbando la tranquilidad de los vecinos de la urbanización” (fojas 16 de autos).
6. Con relación al otorgamiento de licencias de funcionamientos y clausura de locales comerciales, este Colegiado, en la STC N.º 3330-2004-AA, ha precisado que se vulnera la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa (...)” (fundamento N.º 28), y que, en ese sentido, “(...) para poder determinar la existencia o no de afectación de la libertad de trabajo (...) tendrá que determinarse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa (...)” (fundamento N.º 31), concluyendo que la demanda será declarada necesariamente improcedente si es que un derecho fundamental no asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38º del Código Procesal Constitucional “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...)” y que, por tanto, “(...) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido [si no se tiene] la licencia correspondiente de parte de la autoridad municipal. Por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, el afectado deberá recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental.” (fundamento N.º 25).
7. En consecuencia, al no contar el recurrente con la autorización municipal correspondiente, la presente demanda deviene en improcedente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 4408-2005-PA/TC

LAMBAYEQUE

EMPRESA DE COMERCIANTES

MAYORISTAS DE PRODUCTOS

HIDROBIOLÓGICOS S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de setiembre de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados AlvaOrlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Comerciantes Mayoristas de Productos Hidrobiológicos S.A. contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 74, su fecha 15 de abril de 2005, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de marzo de 2004, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Santa Rosa solicitando que se inaplique el artículo 5.º de la Ordenanza Municipal N.º 002-004-A/GDSR, en cuanto se refiere a “camionetas de carga y chinchorros”, alegando que dicha disposición lesiona la libertad de trabajo, de empresa y a la igualdad ante la ley.

Afirma la recurrente que se trata de una empresa cuyo objeto es la comercialización de productos hidrobiológicos, condición que la ubica en el ámbito de la Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos. Sostiene que las camionetas de carga y de chinchorros resultan ser usuarios de la empresa recurrente; que los “chinchoreros” se dedican a la comercialización de pescado en el mercado de propiedad de la recurrente, y que los vehículos de carga ingresan al mercado para comprar el pescado y cumplir su labor de abastecimiento y desabastecimiento (sic) del mismo. Manifiesta que es a este conjunto de personas a quienes se les obliga a cambiarse hacia el local municipal con el propósito de desestabilizar su empresa y trasladar el movimiento económico que su empresa ha generado hacia el terminal de su propiedad, con la finalidad de “apropiarse” de la “clientela asegurada”, como resultado de su esfuerzo permanente e inversión. Sostiene asimismo que el acto de la Municipalidad es monopólico debido a que mediante la citada Ordenanza pretende apropiarse de su clientela para desabastecer a su empresa y, así, dar movimiento económico al Mercado Mayorista, situación contraria al principio de libre competencia, debido a que pretende establecer un monopolio con ventaja de su posición dominante, en contravención a lo prescrito en el artículo 61.º de la Constitución. Afirma que presta el servicio de parqueo a sus usuarios para la comercialización de productos hidrobiológicos, razón por la que todos los operadores de su unidad económica resultan afectados, debido a que los “chinchoreros” abastecen al mercado mayorista con el producto y venden a comerciantes minoristas, que se han visto impedidos de ingresar a su mercado y obligados a trasladarse al Mercado Municipal.

La Municipalidad demandada afirma que la Ordenanza cuestionada fue expedida en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 20.º de la Ley Orgánica de Municipalidades, con el propósito de ordenar el flujo vehicular y el comercio ambulatorio que se despliega en los alrededores de los mercados mayoristas existentes, que atenta, por lo general, contra la seguridad, higiene y salud de la población.

El Cuarto Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 15 de diciembre de 2004, declara infundada la demanda por considerar que Ordenanza cuya inaplicación se solicita es una norma general, que no es autoaplicativa, por lo que no procedería el amparo y que, por otra parte, no hay acto alguno de aplicación de dicha norma para su correspondiente inaplicación.

La recurrida confirma la apelada estimando que al haber actuado la Municipalidad en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley Orgánica de Municipalidades no se ha lesionado derecho alguno.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto del presente proceso consiste en que se inaplique el artículo 5.º de la Ordenanza Municipal N.º 002-004-A/GDSR, en cuanto se refiere a "camionetas de carga y chinchorro", la cual dispone lo siguiente:

Establecer los paraderos para colectivos, camionetas rurales, camionetas de carga, chinchorros y todo vehículo de servicio público o carga de pasajeros en el interior del Mercado Mayorista Municipal.

La demandante solicita que se declare inaplicable esta disposición en la parte que se refiere a "camionetas de carga, chinchorros".

2. Conforme a esta norma, el paradero para "camionetas de carga y chinchorros" se encuentra en el interior del Mercado Mayorista Municipal de la ciudad de Santa Rosa. De la disposición se deriva una norma que establece un mandato, según el cual: *las camionetas de carga y chinchorros sólo pueden ser estacionadas en el interior del Mercado Mayorista Municipal*. Correlativamente, se configura una norma que establece una prohibición, según la cual: *está prohibido el estacionamiento de camionetas de carga y chinchorros fuera del Mercado Mayorista Municipal*. En consecuencia, no está permitido el estacionamiento de los mencionados vehículos en áreas externas al mismo.
3. El recurrente sostiene que el Mercado de su propiedad está ubicado en área cercana al Mercado Mayorista Municipal, aproximadamente a 100 metros (fojas 68), extremo que no ha sido cuestionado por la demandada. En el segundo considerando de la Ordenanza se da también a entender una cercanía entre ambos mercados. Esto implica que los propietarios de este tipo de vehículos que frecuentan el mercado de la empresa demandante están prohibidos de estacionarlos en las áreas contiguas a dicho mercado. En consecuencia, la prohibición establecida por la norma alcanza a "camionetas de carga y chinchorros" que acuden al mercado de la recurrente. Esta prohibición ocasiona el desaliento de los propietarios de dichos vehículos en emplear los servicios de la empresa demandante. Esta afirmación no significa una valoración del fondo de la controversia que luego se efectuará; por el contrario, sólo pretende esclarecer los efectos de la norma impugnada.

Amparo contra normas: autoaplicabilidad de la norma

4. Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el amparo contra normas procede cuando la norma cuya inaplicación se solicita es de carácter autoaplicativo. Una norma reviste tal condición "cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma" (STC 2302-2003-AA/TC, Fundamento 7, primer párrafo).
5. En el presente caso, el artículo 5.º de la Ordenanza Municipal N.º 002-004-A/GDSR, en el extremo impugnado, reviste carácter autoaplicativo debido a que la prohibición del estacionamiento de "camionetas de carga y chinchorros" trae consigo correlativamente la disminución de las posibilidades de prestación de servicios por parte de la demandante. La mengua de su libertad de trabajo aparece como consecuencia de la prohibición establecida por la ordenanza cuestionada. El efecto sobre la situación jurídica de la demandante se origina directamente por la ordenanza cuestionada, no existiendo acto de aplicación ulterior

necesario para que tal efecto se materialice. Por tal razón, la disposición cuestionada constituye una norma autoaplicativa y, por consiguiente, procede el amparo contra la misma.

6. El problema reside en que la prohibición de que las unidades antedichas puedan estacionarse en el Mercado de propiedad de la empresa demandante ocasiona que ésta pierda a los clientes que posee. Evidentemente, debido a la prohibición de estacionar en el Mercado de la demandante, los usuarios de los citados vehículos se verán obligados a desplazarse al Mercado Mayorista de la Municipalidad o, al menos, los desalentará continuar empleando los servicios del Mercado de la demandante. En síntesis, la consecuencia de la norma será la pérdida de clientes habituales por parte del Mercado de la empresa demandada. Ahora bien, tal pérdida de clientes no sería relevante en sí si es que no se advierte que ello implica una restricción del acceso igual al mercado al que tiene derecho la empresa recurrente. En efecto, una disminución de los clientes potenciales del servicio que presta la empresa demandante significa una disminución del “mercado” del que ella dispone para la provisión de sus servicios. Así las cosas, ¿lesiona la libertad de trabajo de la empresa demandante el que se restrinja su acceso al mercado en los términos antes expuestos?

Libertad de trabajo: acceso igual al mercado como uno de sus contenidos constitucionales

7. La libertad de trabajo constituye un derecho fundamental reconocido por el artículo 2, inciso 15, de la Constitución. El contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental constituye el libre ejercicio de *toda* actividad económica. A este respecto, el Tribunal Constitucional alemán, ya el 11 de junio de 1958, en la célebre y pionera sentencia sobre libertad de trabajo, el *caso de las Farmacias*^[1], ha enfatizado respecto a la forma amplia de comprender la libertad de trabajo. Ha sostenido que este derecho “garantiza a la persona adoptar como ‘oficio’ toda actividad para la cual ella se considere apta, es decir, para el sustento de su vida”^[2]. Desde esta perspectiva, el concepto “trabajo” ha de interpretarse de la manera más amplia. Él comprende no sólo aquellas ocupaciones tradicionales y típicas, sino también aquellas atípicas que la persona libremente adopta^[3]. En este contexto, el contenido de la libertad de trabajo puede ser entendido como la facultad de ejercer *toda* actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona.
8. Sin embargo, la libertad de trabajo y la libertad de empresa no son sólo permisiones de actividad sin injerencias, sino, además, garantizan permisiones que deben satisfacer presupuestos que, si no son cumplidos, el sentido de la libertad de trabajo y de empresa resulta limitado o vaciado de su real ámbito de protección. Tales presupuestos vienen a ser los principios que conforman la Constitución económica, en especial los principios de libre competencia, prohibición de monopolio y de posición dominante. Se arriba a esta interpretación a partir de la relación indisoluble entre las libertades de trabajo y empresa y los principios de la Constitución económica. Estas libertades garantizan un acceso al mercado; la libre actividad que ellas garantizan se traduce en el acceso al mercado, más precisamente un acceso libre e igual al mismo. Ahora bien, este acceso, libre e igual, está garantizado justamente por los principios que rigen la Constitución económica. Conforme a esta interpretación, una restricción o limitación que incida en la libertad de trabajo y de empresa sin observar estos principios resultan lesivos de tales libertades.
9. En este contexto, una distorsión de alguno de los principios que posibilitan el acceso al mercado repercutirá también negativamente en la optimización o realización de la libertad de trabajo y de la libertad de empresa. Tal es el caso, por ejemplo, de la distorsión de condiciones que resulten contrarias al principio de libre competencia. Este principio ha sido interpretado como “libertad de acceso y de participación en el mercado” (STC en el Exp. N.º 17-2004-AI/TC, Fundamento 7). En otra ocasión se ha afirmado que la “libre iniciativa privada y, concomitantemente, la libre competencia y demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado, presuponen necesariamente”, entre otros requisitos, “La igualdad de los competidores ante la ley.” (STC en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamento 33). En este sentido, el principio de libre competencia garantiza la igualdad de condiciones para la participación en el mercado de todos los agentes. En consecuencia, una distorsión de esta igualdad carente de sustento

constitucional resultará contraria a la libertad de trabajo y, ciertamente, a la libertad de empresa.

10. Como se dejó establecido precedentemente, el problema en el presente caso consiste en determinar si la rémora de las posibilidades de acceder al mercado para ejercer una actividad de provisión de servicios lesiona la libertad de trabajo de la empresa recurrente. En el presente caso, la prohibición de que determinados vehículos puedan estacionarse. Planteado en estos términos corresponde analizar si la norma cuestionada contraviene la igualdad de los agentes del mercado y, concretamente, la igualdad entre el Mercado Mayorista Municipal y el Mercado de propiedad de la recurrente. Para tal efecto, ha de emplearse el principio de proporcionalidad, conforme a la estructura de este principio ya definida por este Tribunal en la STC 0045-2004-PI/TC (fundamentos 33 ss.).

Análisis de la infracción del acceso igual al mercado a la luz del principio de proporcionalidad

11. *La intervención en la igualdad.* Por intervención se entiende el establecimiento de una prohibición, un mandato o una permisión que ocasiona un trato diferenciado entre los destinatarios de la norma. Para la determinación de este aspecto resulta necesario precisar cómo se ocasiona el trato diferenciado originado por la norma impugnada.
12. La demandante ha afirmado que los propietarios de “camionetas de carga y de chinchorros” son usuarios de su mercado. En el primer caso, se trata de “propietarios de vehículos que ingresan a [su] mercado para comprar pescado y cumplir su labor de abastecimiento y desabastecimiento” del mismo. En el segundo, los “chinchorreros”, se dedican a la comercialización de pescado en el mercado de propiedad de la recurrente (f. 12). En otro escrito, precisa que en el mercado de su propiedad, en relación con los vehículos de carga, se les presta el “servicio de parqueo a vehículos que transportan (abastecedores) productos hidrobiológicos (pescado) para ser comercializados” en su mercado (f. 56) para trasladar el pescado adquirido. Por su parte, en cuanto a los “chinchorreros”, se afirma que “son grupos de personas naturales que se dedican a realizar una actividad de pesca artesanal (...), teniendo que realizar un acto de comercio de este y tener que venderlo a otros comerciantes, sean estos mayoristas o minoristas, personas que se encuentran al interior de [su] local comercial (...) lugar donde estas personas naturales (comerciantes) realizan sus actos de comercio por más de ocho años” (ff. 68 y 55). En resumen, en el caso de las camionetas de carga y, en general, vehículos de carga –por ejemplo, el caso de los vehículos con cámaras frigoríficas– que son empleados para el transporte de los productos adquiridos en el mercado y, seguro, también para el traslado del producto que ha de venderse en el mercado. En el caso de “chinchorros” se infiere que se trata de vehículos donde sus propietarios transportan pescado al mercado para su venta.
13. En suma, en el mercado se comercializan productos hidrobiológicos y a él acuden tanto vendedores como compradores de dichos productos. El servicio prestado por el mercado es, entonces, el uso de sus instalaciones para la realización de actividades comerciales (compra y venta) de productos hidrobiológicos, tanto entre comerciantes mayoristas como minoristas. En tal contexto, se requiere el empleo de camionetas de carga y, en general, vehículos de carga –por ejemplo, el caso de los vehículos con cámaras frigoríficas– para el transporte de los productos adquiridos en el mercado y, seguro, también para el traslado o ingreso del producto que ha de venderse en el mercado. En el caso de “chinchorros” se infiere que se trata de vehículos donde sus propietarios transportan pescado al mercado para su venta, por lo que su empleo, a efectos de tomar los servicios del mercado, también es indispensable. En conclusión, el empleo de vehículos de carga destinados al transporte de los productos hidrobiológicos es consustancial a las actividades comerciales que se realizan en el mercado y, por ello, el servicio prestado por el mercado implica necesariamente que sus clientes puedan emplear vehículos de carga y, en lo aquí es relevante, que los servicios que presta el Mercado a sus clientes supone que estos puedan estacionar sus vehículos en el mismo.
14. Conforme se analizó en el fundamento 2, la norma cuestionada puede ser enunciada así: *está prohibido el estacionamiento de camionetas de carga y chinchorros fuera del*

Mercado Mayorista Municipal. Esta prohibición alcanza a los usuarios del mercado de la recurrente. Dentro de los usuarios se encuentran los propietarios de “chinchorros” y los usuarios que emplean vehículos de carga. La consecuencia es que estos no pueden emplear los servicios del mercado de la recurrente a causa de la prohibición. Correlativamente, el mercado de la recurrente ya no puede prestar sus servicios a este tipo de usuarios.

15. Según esto, en el caso, la *intervención en la igualdad* consiste en el trato diferenciado que, como consecuencia de la norma, recibe el Mercado de la Municipalidad, que puede prestar sus servicios y efectuar transacciones con los propietarios de “chinchorros” y los usuarios que emplean vehículos de carga; mientras que el Mercado de la recurrente no puede efectuarlo. Esto implica una restricción del acceso al mercado en igualdad de condiciones a que tiene derecho en tanto proveedor de un servicio.
16. *La finalidad de la intervención.* En los considerandos de la Ordenanza impugnada (segundo considerando) se menciona que “en el Terminal Privado Ecomphisa y el Mercado Mayorista Municipal en la parte externa existe espacio ocupado por conductores de vehículos de uso particular y de uso público[,] tales como camionetas de carga, chinchorros, camionetas rurales, colectivos, autos, mototaxis que se estacionan en dicho espacio *generando desorden vehicular* sin respetar las señales de tránsito (...)” (énfasis agregado). En la misma Ordenanza se afirma que para resolver tal problema “todos los vehículos de uso público deben ingresar a dicho mercado [el de la Municipalidad] por existir espacio suficiente para su zona de parqueo; a excepción de los vehículos menores (mototaxis) y vehículos de uso particular, a quienes se les asignará sus paraderos respectivos.” (cuarto considerando). Se advierte que la *occasio legis* es el problema de un desorden vehicular en la parte externa aledaña al mercado de la recurrente y al mercado de la Municipalidad. En este contexto, el propósito de la norma impugnada es la ordenación vehicular en los alrededores de los mercados de la recurrente y de la Municipalidad.
17. A este respecto, la demandada ha afirmado en su contestación que el propósito de la ordenanza ha sido “ordenar el flujo vehicular en la ciudad y el comercio ambulante (...) que se despliega en los alrededores de los mercados mayoristas existentes, en que más de las veces atenta contra la seguridad, higiene y salud de la población” (f. 23 del cuaderno principal).
18. Lo anterior permite concluir que el *objetivo* de la norma sería la ordenación del flujo vehicular en los alrededores de los mercados de la recurrente y de la Municipalidad. Aunque no se halla identificado, el fin de la intervención residiría en el principio de orden público en el sentido clásico de orden de las calles. La ordenación vehicular conforma el orden público de las ciudades en cuanto principio. Desde tal perspectiva, el *objetivo* pretendido por la Ordenanza impugnada se justifica en la prosecución de un fin: el principio de *orden público*.
19. *Análisis de idoneidad.* La medida introducida –estacionamiento de los vehículos de transporte dentro del mercado de la Municipalidad– es adecuada para la ordenación vehicular. Es decir, el estacionamiento obligatorio de camionetas de carga y chinchorros en el interior del mercado de la Municipalidad es conducente a la ordenación vehicular en la zona antes mencionada.
20. *Análisis de necesidad.* Aun cuando la medida cuestionada es idónea, ella resulta innecesaria dado que el objetivo de la Municipalidad –la ordenación vehicular– podía alcanzarse a través de medidas que no afectaran la igualdad de posibilidades de acceder al mercado; es decir, podía lograrse la ordenación vehicular sin que para ello sea necesaria la prohibición cuestionada. Una ordenación de tal naturaleza se puede conseguir, por ejemplo, con una regulación que establezca límites y condiciones estrictamente indispensables para mantener un orden vehicular en las áreas contiguas al mercado y con el control correspondiente de la Policía Municipal; piénsese, por ejemplo, en restricciones de número de vehículos, restricciones de estacionamiento en horas de congestión. De esta forma, se logra una concordancia práctica entre la igualdad de acceso al mercado exigida por la libertad de trabajo y el principio de orden público inherente a las funciones de la Municipalidad.

21. En consecuencia, en tanto la norma cuestionada no supera el test de necesidad, se concluye que ella lesiona al recurrente en su libertad de trabajo al afectar el acceso al mercado en condiciones de igualdad. La restricción del acceso al mercado aquí analizada resulta discriminatoria con respecto a la empresa demandante debido a que infringe el imperativo de *igualdad* de acceso que debe existir entre ésta y el mercado de la Municipalidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo.
2. Declarar inaplicable el artículo 5.º de la Ordenanza Municipal N.º 002-004-A/GDSR, en cuanto se refiere a “camionetas de carga y chinchorros”.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO**

^[1] *Apotheken-Urteil* (“Sentencia sobre las farmacias”): BVerfGE 7, 377. Sentencia de 11 de junio de 1958, expedida por la 1.ª Sala del Tribunal Constitucional alemán.

^[2] BVerfGE 7, 377 (p. 397).

^[3] BVerfGE 7, 377 (p. 397).

EXP. N.º 4516-2005-PA/TC

MOQUEGUA

EMPRESA PESQUERA

SAN MARTÍN DE PORRES

S.R.L. Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Empresa Pesquera San Martín de Porres S.R.L. y otros contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 379, su fecha 24 de mayo de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de noviembre de 2004 la Empresa Pesquera San Martín de Porres S.A., conjuntamente con la Empresa Pesquera Virgen de las Peñas S.R.L., Empresa Pesquera Astrid S.R.L., don Ricardo Gutiérrez Ballón como apoderado judicial de don Hans Jurgen Wagner Stefansky y la Empresa Los Molinos S.R.L., interponen demanda de amparo por la presunta afectación de sus derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad de sus recursos naturales y a la libertad de tránsito dentro del mar territorial peruano, la que es dirigida contra el Ministerio de la Producción, planteando como primera pretensión principal, que se declare inaplicable para las embarcaciones pesqueras de su propiedad los Decretos Supremos N.ºs 008-2004, 015-2004 y 020-2004-PRODUCE, así como el literal a.3 del artículo 4º de la Resolución Ministerial N.º 378-2004-PRODUCE. Del mismo modo, plantean como primera pretensión accesorio, la restitución de la vigencia de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE y, como segunda pretensión principal, el cese de toda amenaza contra los derechos precitados.

El Procurador Público competente contesta la demanda manifestando que la suspensión del régimen especial de pesca se ha efectuado de acuerdo a las atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes relacionadas con el sector, con el único fin de promover la actividad pesquera y asegurar el aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, optimizando los beneficios económicos en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad. Expresa además que dicho régimen se encuentra supeditado a evaluaciones periódicas respecto del impacto que podría producir la explotación de recursos perecibles y no renovables, con el objeto de evitar una inadecuada explotación de los recursos hidrobiológicos.

El Segundo Juzgado Mixto de Ilo, con fecha 25 de febrero de 2004, declara infundada la demanda, por estimar que las cuestionadas normas fueron expedidas tomándose en cuenta los resultados generales de las actividades pesqueras generadas durante la aplicación del régimen general de pesca, lo cual constituye la facultad de decisión del Estado frente a los recursos hidrobiológicos.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Los recurrentes pretenden que este Tribunal declare inaplicables el Decreto Supremo N.º 008-2004-PRODUCE, del 1 de abril de 2004, que deja en suspenso por 90 días los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE –que establecía un Régimen Especial de pesca del recurso de anchoveta–, el Decreto Supremo N.º 015-2004-PRODUCE, del 30 de junio de 2004, que prorroga la suspensión por 90 días de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE y el Decreto Supremo N.º 020-2004-PRODUCE, del 29 de setiembre de 2004, que prorroga por 90 días más la suspensión de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE. Pretenden, además, que se declare la inaplicabilidad del artículo 4º, literal a3) de la Resolución Ministerial N.º 378-2004-PRODUCE, del 21 de octubre de 2004. Consecuentemente, solicitan la restitución de la vigencia de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE y el cese de toda amenaza contra sus derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad de sus recursos naturales (sic) y a la libertad de tránsito dentro del mar territorial peruano.
2. Manifiestan que mediante las cuestionadas normas –que disponen la suspensión de la aplicación del régimen especial de pesca– se les viene perjudicando económicamente, pues se han restringido las operaciones extractivas de sus embarcaciones dentro de las cinco millas marítimas.
3. Si bien es cierto que el artículo 59º de la Constitución Política del Perú establece que “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria [...]”, sin embargo, no puede dejar de advertirse que el artículo 66º también precisa que “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares [...]”. En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 67º, y el artículo 68º disponen, respectivamente, que el Estado “promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”, y “[...] está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.
4. Como es de verse, del propio texto constitucional se desprende la facultad del Estado –a través de sus órganos competentes– de formular mecanismos o políticas destinadas a promover la libertad de empresa y la iniciativa privada en el sector pesquero, en cuanto a la explotación de recursos hidrobiológicos se refiere, pero de manera sostenible, a fin de velar por la conservación de los recursos marinos. En ese sentido, debe entenderse por uso sostenible de los recursos naturales a “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.^[1]
5. Consecuentemente, los recurrentes no pueden pretender que se limite la atribución del Estado de proteger de los recursos naturales, e invocar un supuesto “derecho de propiedad de nuestros recursos naturales”, pues ello no se condice con lo dispuesto por el artículo 66º de la Norma Fundamental. En este punto conviene enfatizar que los cuestionados Decretos Supremos N.ºs 008-2004-PRODUCE, 015-2004-PRODUCE y 020-2004-PRODUCE, tienen como objeto que se explote cuidadosamente el recurso de anchoveta a fin de contribuir con su desarrollo sostenido. Así, debe tenerse presente, de un lado, que el régimen especial de pesca resulta una excepción al desarrollo de la pesca industrial en el país, y de otro, que el principio de precaución recogido en el convenio a que se ha hecho referencia en el fundamento 4, *supra*, y que sustenta los cuestionados decretos supremos, dispone que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas que eviten o reduzcan al mínimo esa amenaza, por lo que no puede pretenderse desnaturalizar el referido régimen especial de pesca.
6. No obstante y conforme a las características de temporalidad y provisionalidad del Régimen Especial de Pesca –que en sí mismo resulta una excepción al Régimen General de Pesca, regulado por el Decreto Ley N.º 25977–, la demanda debe ser desestimada por haberse tornado en irreparable la alegada vulneración de los derechos invocados, resultando aplicable

al caso de autos el inciso 5) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

7. En efecto ello es así toda vez que a la fecha de vista ante este Tribunal :

a) Los cuestionados Decretos Supremos N.ºs 008-2004-PRODUCE, 015-2004-PRODUCE y 020-2004-PRODUCE, que prorrogaban la suspensión por 90 días de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE, dejaron de surtir efectos al haberse vencido los plazos en ellos establecidos.

b) La pretendida restitución de la vigencia de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 037-2003-PRODUCE carece de sustento, al haber sido derogados en forma expresa por el artículo 7º del Decreto Supremo N.º 012-2005-PRODUCE, vigente desde el 9 de marzo de 2005.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI**

[1] Cfr. Último párrafo del Artículo 2º del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro, de junio de 1992, ratificado mediante la Resolución Legislativa N.º 26181, del 12 de mayo de 1993

EXP. N.º 5093-2005-PA/TC

**TACNA
CARMEN LUZMILA
SAICO CURACA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de setiembre de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Luzmila Saico Curaca contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 120, su fecha 25 de mayo de 2005, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de julio de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Tacna solicitando que se deje sin efecto la Resolución Gerencial N.º 0893-04-AT/GAEF/MPT, de fecha 9 de julio de 2004, en virtud de la cual se ordena la clausura definitiva de su local denominado Club Nocturno "MELISA", ubicado en el parque industrial Mz 1 Lt 1. Manifiesta que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, de empresa y al debido proceso.

La emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare infundada, alegando que, luego de la verificación respectiva, se determinó que el establecimiento del demandante, destinado ilegalmente a *cabaret*, no contaba con la licencia respectiva, razón por la cual se le requiere para que se abstenga de seguir funcionando; posteriormente se comprueba que continúa funcionando sin haber efectuado el trámite de su licencia, por lo que se le impone una multa.

El Segundo Juzgado Civil, con fecha 2 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda por considerar que el local comercial materia de la demanda de amparo funcionaba sin la licencia municipal correspondiente infringiendo las disposiciones legales.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto la Resolución de Gerencia N.º 0893-2004-AT/GAEF/MPT, de la Municipalidad Provincial de Tacna, que ordena en su primer artículo la clausura definitiva del establecimiento de la demandante, por lo que la actora denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo y de empresa, al debido proceso, y la legítima defensa.
2. Respecto a la libertad de trabajo, este Colegiado ha precisado en la STC N.º 3330-2004-AA/TC que la libertad de trabajar será considerada como derecho accesorio de la libertad de empresa y que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal.
3. Teniendo en cuenta la naturaleza accesorio del derecho a la libertad de trabajo, este

Supremo Tribunal en la citada sentencia N.º 3330-2004-AA/TC estimó que en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...)”. La sentencia precisaba además que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental.

4. Según se desprende de la Papeleta de Multa del establecimiento obrante a fojas 2 de autos, el 19 de julio de 2004, fecha en que se impuso la sanción, la demandante no contaba con licencia de funcionamiento, razón por la cual le era perfectamente aplicable la misma y las sanciones posteriormente, por lo que la recurrente tampoco ha acreditado en autos que la actuación de la emplazada haya vulnerado su derecho de defensa y al debido proceso; razón por cual la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 7320-2005-PA/TC**LIMA****EMPRESA DE TRANSPORTES
Y TURISMO PULLMAN
CORONA REAL S.R.L.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 23 días del mes de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 136, su fecha 3 de mayo de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de mayo de 2004, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, pues lo considera violatorio de sus derechos fundamentales de irretroactividad de la Ley, libertad de empresa y libertad de contratación consagrados en la Constitución. Solicita, como pretensión accesorias, que cese la amenaza que impide la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la Resolución Directoral N.º 1973-2000-MTC/15.18, del 9 de noviembre de 2000, y de las tarjetas de circulación de los vehículos de placa de rodaje N.ºs VG-5639, VG-5472, VG-5531, VG-5345, VG-4872, VG-4859, VG-4817 y VG-5811.

Sustenta su demanda manifestando que hasta mayo del año 2000 estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión, y que el emplazado expidió hasta el año 2001 Tarjetas de Circulación a ómnibus carrozados. Alega que por Resolución Directoral N.º 1973-2000-MTC/15.18, del 9 de noviembre de 2000, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones le otorgó, por diez años, la concesión de la ruta Lima-Huancayo y viceversa para prestar el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, y que, en virtud de dicha resolución, la Dirección General de Circulación Terrestre expidió las Tarjetas de Circulación Vehicular N.ºs 016490, 012853, 012854, 012852, 011505, 011504 y 011503, correspondientes a las placas de rodaje N.ºs VG-5639, VG-5472, VG-5531, VG-5345, VG-4872, VG-4859 y VG-4817. Sin embargo, en forma inexplicable, con la publicación en el diario oficial *El Peruano* del inconstitucional Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC se lesiona el principio de irretroactividad legal al “precisar” que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, cuando hasta antes de su entrada en vigencia no hubo norma expresa que lo prohibiera. Expresa, además, que la cuestionada disposición lesiona su derecho a la libertad de contratar, pues se afectan los contratos celebrados en su oportunidad –según las normas vigentes– de compra de vehículos con chasis de camión para carrozados, así como su derecho a la libertad de empresa, que lo faculta a constituir e implementar empresas de acuerdo a las normas vigentes.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone las excepciones de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Alega que la demandante no ha precisado cuáles son los actos u omisiones de cumplimiento obligatorio que, supuestamente, han violado sus derechos constitucionales; que ninguna autoridad, funcionario o trabajador del ministerio que representa ha realizado ningún acto o ha omitido un acto de cumplimiento obligatorio que amenace o haya amenazado los derechos constitucionales que invoca. Manifiesta, además, que no hay amenaza alguna, pues al otorgarse la autorización para prestar el servicio de transporte terrestre interprovincial de personas mediante la Resolución Directoral N.º 1973-2000-mtc/15.18, y expedirse las respectivas tarjetas de circulación para su flota operativa, los funcionarios de su representada no han hecho otra cosa que actuar en ejercicio de sus atribuciones y, por tanto, no existe violación de derecho constitucional alguno.

El Cuadragésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 28 de setiembre de 2004, desestimó las excepciones propuestas, y declaró improcedente la demanda, por estimar que el emplazado no ha vulnerado los derechos constitucionales invocados, sino que ha ponderado dos valores constitucionales : por un lado, el principio de la iniciativa privada que protege la actividad económica de las empresas legalmente constituidas cuyo objeto social sea lícito; y, por otro, la seguridad e integridad de los usuarios de los servicios de transporte público, adoptando una solución acorde con la Constitución, esto es, permitir por plazo determinado la continuidad de la prestación del servicio de transporte de pasajeros siempre que las empresas concesionarias de rutas cuenten con ómnibus carrozados sobre chasis de camión que cumplan las normas técnicas, a fin de no poner en riesgo la vida de los usuarios. Asimismo, porque la demandante ha pretendido cuestionar el decreto supremo en abstracto, lo que no está permitido por la Constitución.

La recurrida confirmó la apelada por considerar que, a las fechas de inscripción de los vehículos de propiedad de la recurrente, las cuales datan de entre el 18 de abril de 2000 y el 28 de agosto de 2001, no se encontraba permitida la circulación de ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, pues los derogados Decretos Supremos N.ºs 013-98-MTC y 034-2001-MTC, vigentes en dichas fechas, regulaban tal prohibición.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, pues la actora lo considera violatorio de sus derechos constitucionales de irretroactividad de la Ley, libertad de empresa y libertad de contratación consagrados en la Constitución. Solicita, como pretensión accesorio, que cese la amenaza que impida la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la Resolución Directoral N.º 1973-2000-MTC/15.18, del 9 de noviembre de 2000, y de las tarjetas de circulación de los vehículos de placa de rodaje N.ºs VG-5639, VG-5472, VG-5531, VG-5345, VG-4872, VG-4859, VG-4817 y VG-5811.

El Rol del Estado en la Economía según la Constitución de 1993

2. En la STC N.º 0008-2003-AI/TC, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular, analizando el modelo económico consagrado por la Constitución, los principios constitucionales que informan el modelo económico –Estado social y democrático de derecho, dignidad de la persona humana, igualdad, economía social de mercado, libre iniciativa privada y actuación subsidiaria del Estado en la economía–, las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico –los derechos a la propiedad y a la libre contratación, las libertades de trabajo, de empresa, de comercio y de industria–, los derechos de los consumidores y los usuarios, la función vigilante, garantista y correctora del Estado y, el rol de los organismos reguladores.
3. Teniendo en cuenta que, en la referida sentencia, el modelo económico consagrado por la Carta de 1993 ha sido desarrollado en forma por demás extensa, no es el objetivo de este

Colegiado reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, remitirse a aquellas pautas de interpretación de los principios que inspiran nuestro régimen económico y que resultan pertinentes para efectos de resolver la controversia de autos.

Consideraciones Preliminares

4. De conformidad con los numerales 3º y 43º de la Constitución de 1993, el Estado peruano presenta las características del Estado Social y Democrático de Derecho; conforme a ellas, pretende conseguir la mayor efectividad de los principios y derechos básicos del Estado de Derecho –tales como libertad, seguridad, propiedad e igualdad ante la ley– dotándolos de una base y contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino que, por el contrario, guardan recíproca implicancia.
5. Así, la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere no sólo de la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos –lo que exige una relación directa de las posibilidades reales y objetivas del Estado con la activa participación de los ciudadanos en el quehacer estatal– sino, además, su identificación con los fines de su contenido social, a efectos de que pueda evaluar tanto los contextos que justifiquen su accionar, como aquellos que justifiquen su abstención, evitando convertirse en un obstáculo para el desarrollo social.
6. En tal contexto, conforme al artículo 58º de la Ley Fundamental, nuestro régimen económico se ejerce dentro de una economía social de mercado representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia y, por tanto, compatible con los fundamentos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho.

El Principio de Subsidiariedad Económica del Estado

7. Conforme a lo anotado precedentemente y, dado el carácter *social* del modelo económico consagrado por la Carta de 1993, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, sino que, como se explicará con posterioridad, también cuenta con una función supervisora y correctiva o reguladora. Sin embargo, ello no quiere decir, en modo alguno, que pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.
8. En efecto, conforme al Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, consagrado en el artículo 60º de la Constitución, dicho principio implica, de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado.
9. Sobre el particular, este Tribunal estableció que el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones: una vertical, y otra horizontal. Conforme a la segunda de ellas, se impide que el Estado actúe en el ámbito que es propio de la sociedad civil, concepto que apoya la libertad de empresa y de mercado, y que sólo reserva al Estado la función de supervisor y corrector.
10. Ello es así, pues el fundamento del principio de subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo.
11. De este modo, la Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes

económicos en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos.

La Función Reguladora del Estado

12. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.
13. Así, vale reiterar lo establecido por este Colegiado en el Fundamento N.º 35 de la STC N.º 0008-2003-AI/TC, en el sentido que conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que "el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado", y que, "ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima "lealtad de las masas". (*Neoliberalismo y Estado*. Op. cit., pág. 34-35).
14. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, cuyo tenor es que "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado *orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de* promoción de empleo, salud, educación, seguridad, **servicios públicos** e infraestructura". Dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado.
15. Por su parte, el artículo 59º establece que "El Estado estimula la creación de riqueza y *garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas [...]*".
16. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, el Estado también tiene una función orientadora, cuyo propósito es el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.
17. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: **a)** el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; **b)** los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, **c)** el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.
18. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y propiciador de los procesos económicos.

Principio de Protección al Consumidor o Usuario

19. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda; es decir, al consumidor o al usuario.
20. El consumidor –o usuario– es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la

utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

21. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor –independientemente de su carácter público o privado–; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio. En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento. El proveedor, por su parte, es aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos o servicios.
22. La Constitución prescribe, en su artículo 65°, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios a través de un derrotero jurídico binario; vale decir que establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, *tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios*. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, *apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario*, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.
23. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, *el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas*, a saber:
 - a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
 - b) *Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.*

Procedencia del amparo contra normas legales autoaplicativas

24. Este Tribunal ha sostenido, en la STC N.° 2308-2004-AA/TC, que el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación, que pretende impedir que, a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales, se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley.
25. De otro lado, también se ha establecido que una interpretación sistemática de los alcances de la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 200°, inciso 2), de la Constitución, debe entenderse en el sentido de que no cabe, efectivamente, que mediante una demanda de amparo se cuestione una ley cuando el propósito de ésta sea cuestionar su validez en abstracto, habida cuenta de que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de Inconstitucionalidad o el popular, cuyo objeto precisamente es preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado.
26. En la misma sentencia, este Colegiado también advirtió la necesidad de distinguir entre lo que es propiamente un supuesto de amparo contra leyes de lo que es, en rigor, un supuesto de amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley.

27. Así, en relación al primero de ellos, la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata; esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia.
28. En tal caso, y siempre que éstas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino, además, porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión.
29. Con relación al segundo supuesto, basado en la procedencia de procesos de amparo contra actos basados en la aplicación de un ley, se ha establecido que, en la medida de que se tratan de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los criterios que se indican a continuación.
30. Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, ésta habrá de ser cierta y de inminente realización. Cierta, ha dicho este Tribunal, quiere decir, posible de ejecutarse, tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea también de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo; es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación; y, de otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizar actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que éstos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
31. **En el caso en concreto**, la actora cuestiona el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC que, según alega, retrotrae al año 1995 la prohibición de utilizar ómnibus carrozados sobre chasis de camión y, por ende, resulta autoaplicativo, pues no se encuentra condicionado a la realización de algún tipo de acto.
32. Sin embargo y, si bien es cierto que, del tenor de la demanda, se aprecia que la empresa recurrente cuestiona, en su totalidad, el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, fluye de autos que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicho decreto.
33. El artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece:

“Precísese que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida por el artículo 11 del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo del 2002”.
34. Por su parte, el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece:

“Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N° 05-95-MTC, derogado por el

Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición”.

35. Respecto de la naturaleza de las normas impugnadas, este Tribunal concuerda con lo alegado por la recurrente, en la medida que *se trata de normas operativas o denominadas también de eficacia inmediata*; esto es, aquellas que están dirigidas a destinatarios específicos y cuya aplicabilidad no se encuentra sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquieren su eficacia plena en el mismo momento en que entran en vigencia.

Delimitación del Petitorio y Análisis del Caso Concreto

36. Conforme a lo expuesto en el Fundamento N.º 32, *supra*, aún cuando del tenor de la demanda se aprecia que la empresa recurrente cuestiona el íntegro del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, de autos se advierte que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicha norma legal. Por ende y, dada su evidente naturaleza autoaplicativa, es respecto de tales disposiciones que el Tribunal Constitucional emitirá un pronunciamiento de fondo.

La alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley

37. Al respecto, la recurrente alega que los artículos 1º y 2º del cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC vulneran el principio de irretroactividad de la ley, pues pretenden establecer una supuesta prohibición de la actividad de prestar servicios de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión desde el 16 de abril de 1995. Expresa que las normas vigentes en aquel entonces –Decretos Supremos N.ºs 05-95-MTC, 040-2001-MTC y 022-2002-MTC– así como los actos administrativos expedidos por el Itintec –hoy, Indecopi–, la SUNARP y el propio Ministerio emplazado, destinados a expedir las Tarjetas de Circulación y la resolución de Concesión de Ruta, no establecían la prohibición expresa de dicha forma de prestación de servicios.
38. Conforme se aprecia de los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC –cuyo tenor ha sido consignado en los Fundamentos N.ºs 33 y 34, *supra*–, tales dispositivos regulan dos supuestos relacionados con la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, a saber:
- a) De un lado, la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, la cual se encuentra prohibida por el artículo 11º del Decreto Supremo N° 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo del 2002.
 - b) Y, de otro, la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, la cual se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo N° 05-95-MTC.
 - c) Así, la recurrente cuestiona la fecha de prohibición del ejercicio de tales actividades, a partir de la remisión a otros dispositivos legales –de los años 1995 y 2002– tras considerar retroactiva la aplicación de los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.
39. Respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, conviene señalar que el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, su fecha 19 de mayo del 2002, estableció en forma expresa la prohibición del ejercicio de dicha actividad, impedimento que estuvo vigente a partir del 20 de mayo del año 2002.
40. En tal sentido, lo alegado por la recurrente –en el sentido que se está aplicando retroactivamente el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC– carece de sustento, toda vez que, conforme a lo expuesto, desde el 20 de mayo de 2002 estaba prohibida la

actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros.

41. En cuanto a la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, cabe señalar que los incisos p) y u) del artículo 1º; el inciso a) del artículo 17º; el inciso b) del artículo 27º; el artículo 39º; así como el inciso b) del artículo 74º del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, vigente desde el 16 de abril de 1995, disponían que la prestación del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera sólo podría realizarse en aquellos ómnibus habilitados para tal efecto, estableciendo que se efectuaría mediante *un vehículo autopropulsado, diseñado y construido exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial*, y que debía tener un peso seco no menor de 8,500 k. y un peso bruto vehicular superior a los 12,000 k.
42. Tales características constituían un presupuesto específico aplicable para el otorgamiento y ejercicio de todo tipo de concesión de rutas de transporte público interprovincial de pasajeros desde el 16 de abril del año 1995, y fueron recogidas en los mismos términos por la normatividad expedida con posterioridad al decreto supremo *in comento*.
43. En tal sentido, para este Tribunal queda claro que, desde el 16 de abril del año 1995, fecha de entrada en vigencia del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros sólo podía ser efectuado mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para tal finalidad, más no por vehículos ensamblados sobre chasis de camión. Por tal razón, lo alegado por la actora, respecto de una supuesta aplicación retroactiva del impugnado artículo 2º del decreto supremo, carece de sustento.
44. En efecto, los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC no son de carácter retroactivo, toda vez que las precisiones en ellos contenidas tienen sustento en los Decretos Supremos N.ºs 022-2002-MTC, del 19 de mayo de 2002, y 05-95-MTC, del 15 de abril de 1995, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la vigencia del decreto supremo materia de autos. Así, de conformidad con la Teoría de los hechos cumplidos, recogida en el artículo 103º de la Constitución y en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existente, desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, por lo que las normas a las que hace remisión el Decreto Supremo cuestionado resultaban plenamente aplicables a la recurrente.
45. Consecuentemente con lo expuesto, y al no haberse acreditado la invocada afectación del principio de irretroactividad de la ley, tal extremo de la demanda debe ser desestimado.

La alegada violación del derecho a la libertad de contratar

46. La empresa demandante alega que se vulnera su derecho a la libertad de contratar, pues mediante una norma posterior se afectan contratos celebrados en su oportunidad acordes con las disposiciones vigentes; esto es, se afecta el contrato de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados, cuando antes eran actividades lícitas. De igual manera, se afecta su contrato de constitución, cuyo objeto era dedicarse a la actividad de transporte de personas sobre ómnibus carrozados, cuando la autoridad del Estado peruano otorgaba las habilitaciones para prestar dicho servicio (sic).
47. Consagrado en el inciso 14) del artículo 2º de la Constitución, el derecho a la libre contratación se concibe 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 posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan 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, la materia objeto de regulación contractual.
48. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que los artículos 1º y 2º de la norma impugnada no tienen incidencia respecto de los contratos que en su oportunidad haya celebrado la recurrente, pues tales disposiciones no hacen sino reiterar las prohibiciones, de un lado, respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas; y, de otro, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión.
 49. En efecto, lo alegado por la recurrente carece de sustento, en la medida que las cuestionadas disposiciones no contienen referencia alguna respecto de la licitud, o ilicitud de los contratos de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados.
 50. En cuanto a la supuesta afectación del contrato de constitución de la empresa, importa señalar que, de fojas 4 a 6 de autos, corre copia certificada de la Partida Electrónica N.º 11211326 del Registro de Personas Jurídicas correspondiente a la actora, de la que se aprecia que su objeto social es, principalmente, el servicio de transporte público, privado, urbano e interprovincial turístico de pasajeros a nivel nacional e internacional, no habiéndose establecido, en forma específica, las características –originales o carrozados sobre chasis de camión– con las que debían contar los vehículos (ómnibus) destinados a la prestación del servicio.
 51. Consecuentemente y, al no haberse acreditado la invocada afectación del derecho a la libre contratación, tal extremo de la demanda debe ser desestimado.

La alegada violación del derecho a la libertad de empresa

52. Expresa la demandante que se lesiona su derecho a la libertad de empresa, por cuanto con una disposición posterior se le está prohibiendo continuar la actividad empresarial que comenzó a realizar de conformidad con las normas vigentes al momento de constituir su empresa, adquirir los vehículos y ofrecer el servicio de transporte.
53. Consagrado por el artículo 59º de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como *la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios*. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, *dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce*.
54. Como ya ha sido explicado con anterioridad, los artículos 1º y 2º del decreto supremo materia de autos reiteran las prohibiciones anteriormente establecidas en el Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, desde el 16 de abril de 1995, y en el Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, desde el 20 de mayo de 2002, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, respectivamente.
55. Sin embargo, conforme se aprecia de la Partida Electrónica N.º 11211326 (fojas 4), la recurrente se constituyó como una sociedad comercial de responsabilidad limitada por escritura pública de fecha 25 de agosto de 2000, siendo su objeto social el servicio de transporte público, privado, urbano, e interprovincial turístico de pasajeros a nivel nacional e

internacional, rubro que a la fecha de su constitución sólo podía ser realizado mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para el transporte de pasajeros –más no mediante ómnibus carrozados sobre chasis de camión–, actividad comercial que resultaba acorde con su objeto social, y que no se ha visto modificada por los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.

56. De otro lado, como también ya ha sido anotado, las cuestionadas disposiciones tampoco prohíben la adquisición de ómnibus carrozados sobre chasis de camión, sino que restringen su utilización en la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros, así como la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión –que no es precisamente el objeto social de la empresa recurrente–.
57. Tales restricciones no suponen, además, la eliminación del marco jurídico-comercial de la actividad de ofrecer la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas, a la que se dedica la empresa recurrente, ya que puede continuar ofreciendo el servicio –en ómnibus diseñados y contruidos exclusivamente para tal efecto–, por lo que sus alegatos deben ser desestimados.
58. Por tanto, no estando acreditada la invocada afectación del derecho a la libertad de empresa, tal extremo de la demanda también debe ser desestimado.

Alegatos finales de la empresa demandante

59. Al interponer el recurso de agravio constitucional, la recurrente manifiesta que las instancias precedentes han realizado una interpretación restrictiva de las normas referidas a la definición de ómnibus y de los vehículos destinados al servicio de transporte, pues ni el inciso p) del artículo 1º del Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, el artículo 8º del Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, el inciso 3.20) del artículo 3º del Decreto Supremo N.º 013-98-MTC, como tampoco el inciso 1) del artículo 14º del Decreto Supremo N.º 034-2001-MTC contienen una prohibición expresa para la prestación del servicio de pasajeros, **por lo que dicho criterio atenta directamente contra el principio de legalidad**, que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
60. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), al establecer que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.
61. Sobre esta base, en la STC N.º 0010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, también se estableció, en la STC N.º 2050-2002-AA/TC, “[...] que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador [...]”. (Fundamento Jurídico N.º 8).
62. En la misma STC N.º 2050-2002-AA/TC también dispuso que “[...] no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta [...]”. El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita

comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

63. En lo que al caso concreto se refiere, el artículo 2° del derogado Código de Tránsito y Seguridad Vial, Decreto Legislativo N.° 420, del 4 de mayo de 1987, vigente a la fecha de constitución de la empresa recurrente, establecía que **“El tránsito de personas, animales y vehículos en las vías de uso público es libre, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades competentes, para garantía y seguridad de los habitantes”**.
64. Asimismo, el artículo 78° de la misma norma disponía que **“No deben circular los vehículos cuyas características y condiciones atenten contra la seguridad de las personas, bienes y la propia carga que transportan”**; mientras que el artículo 79° precisaba que **“Todo vehículo de transporte de personas y de carga debe reunir las condiciones básicas de seguridad siguientes: a) Poseer parachoques delantero y posterior conforme a las disposiciones que establece el reglamento, o que su carrocería esté construida en función de la seguridad”**.
65. Por su parte, la vigente Ley General de Transporte Terrestre N.° 27181, del 8 de octubre de 1999, dispone en su artículo 3° que “ La acción estatal en materia de transporte terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto”; asimismo, el numeral 4.3 del artículo 4°, establece que “El Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente”.
66. Conforme se aprecia de la normatividad antes reseñada, en materia de regulación del transporte de pasajeros, el Estado cuenta con un mayor campo de actuación, dado que persigue la preservación de otros valores constitucionales, como lo son, en el caso concreto, el cuidado de la salud, integridad física, seguridad y la vida misma de los usuarios. Así fluye de todas aquellas disposiciones regulatorias del transporte terrestre de personas, cuyos objetivos constituyen un parámetro bajo el cual se regula su ejercicio.
67. En tal sentido, entiende este Tribunal que resulta válido que mediante normas de inferior jerarquía a la Ley General de Transporte se disponga de medidas que conduzcan o procuren la protección de tales objetivos, tanto más, cuando dichas disposiciones tienden a optimizar los derechos a la seguridad e integridad física de los usuarios, respecto de los cuales, la referida ley promueve su protección.
68. Así, las normas aludidas por la empresa recurrente en el Fundamento N.° 59, *supra*, no resultan violatorias del principio de legalidad, pues tanto el derogado Código de Tránsito y Seguridad Vial, como la vigente Ley General de Transporte Terrestre establecían, de modo suficientemente claro y preciso, no sólo el marco de actuación, sino también las características y condiciones básicas de seguridad que debían reunir aquellos vehículos destinados al transporte de pasajeros.

Consideraciones Finales: El compromiso del Estado con el derecho a la vida

69. Conforme a lo expuesto en la STC N.° 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.
70. Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto

ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos.

71. En anterior oportunidad –STC N.º 0318-1996-HC/TC– este Tribunal también ha expuesto que la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales el derecho a la vida resulta ser de primerísimo orden e importancia, y se halla protegido inclusive a través de tratados sobre derechos humanos que obligan al Perú. Como es de verse, el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental; es, a decir de Enrique Bernales Ballesteros, el centro de todos los valores y el supuesto básico de la existencia de un orden mínimo en la sociedad (*La Constitución de 1993 – Análisis Comparado; Lima, ICS Editores, 2a. Edición, 1996, pp. 88*).
72. En el caso *sublitis*, en el que se cuestiona la actividad estatal en materia de transporte terrestre de personas, por haber expedido el cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, queda claro que, si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la persona está consagrada como un valor superior y, por ende, el Estado está obligado a protegerla, el cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida.
73. En tal sentido y, si bien es cierto, los individuos y las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado –recuérdese que conforme al artículo 58º de la Constitución, la iniciativa privada es libre–, sin embargo, ello no quiere decir que dicha libertad sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora. En tal sentido, este Tribunal estima que, –ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa el servicio de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y los innumerables accidentes ocurridos– en materia de transporte el Estado cuenta con un mayor campo de actuación, en la medida que de por medio se encuentran otros valores constitucionales superiores como la seguridad, la integridad y, por último, el derecho a la vida misma, el cual resulta ser de primerísimo orden e importancia, pues es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental.
74. Así, en vista de la controversia materia de estos autos, para el Tribunal Constitucional queda absolutamente claro, y por ello es necesario reiterar, que no sólo no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, sino que, conforme a lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 7 a 18, y 69 a 71, *supra*, el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares –cuando la colectividad y los grupos sociales, a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención, no están en condiciones de hacerlo–, a fin de garantizar otros bienes constitucionales –en el caso, la integridad, la seguridad y la vida– que pueden ponerse en riesgo –y de hecho, así ha sucedido– ante las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere. No debe perderse de vista, pues, que la actividad del Estado en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades e intereses de los usuarios y procura el resguardo y cuidado de las condiciones de seguridad y la vida misma.
75. Y aunque ello no quiere decir, en modo alguno, que el Estado pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado, en principio, a los agentes económicos, es justamente en virtud de dicho postulado que, como consecuencia de la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, se constituyó, en el año 2003, una Comisión *ad hoc* encargada de estudiar y proponer alternativas viables para solucionar tal situación, la cual estuvo integrada por representantes del emplazado Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de las Universidades Católica del Perú y Nacional de Ingeniería, del SENATI, de los propios gremios de transportistas y de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios.

76. Dicha comisión determinó –según fluye de la parte considerativa del decreto supremo cuestionado– que la utilización de un chasis de camión para la fabricación de un ómnibus representa un alto riesgo para la seguridad en perjuicio de los usuarios del transporte y los propios transportistas, a lo que se agrega que no existe industria automotriz que apruebe, acepte y garantice un producto de ómnibus partiendo de la fabricación preconcebida para un uso distinto, coincidiendo además la mayoría de sus miembros en que tanto la prestación del servicio de transporte de pasajeros en este tipo de vehículos como la actividad industrial del carrozado de ómnibus en chasis originalmente destinado al transporte de mercancías se encuentran prohibidas por las normas vigentes. Por tales razones, resultó necesario expedir las normas conducentes para viabilizar las recomendaciones de la Comisión, a fin de solucionar la problemática derivada de ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga sobre la base de las conclusiones a las que se arribó.
77. Así, es precisamente el propio Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, su fecha 25 de febrero de 2004, que dispuso el empadronamiento –previa inspección técnica estructural ante una entidad certificadora designada por la Dirección General de Circulación Terrestre– de aquellos vehículos que hayan sido carrozados sobre chasis de camión, los cuales podían permanecer en el servicio por el plazo que se recomiende en el Certificado de Inspección Técnica Estructural, el cual no podía exceder de un año.
78. El Estado, pues, no ha actuado ni arbitraria ni injustificadamente, sino que, por el contrario, ante la problemática presentada, que ponía en riesgo la seguridad y la vida misma de los usuarios, las imperfecciones del mercado y la falta de soluciones de parte de los agentes económicos y los grupos sociales, designó previamente una comisión en la que incluso participaron los propios gremios de transportistas, dispuso la obligación de pasar una inspección técnica estructural y otorgó un plazo prudencial para su permanencia en el servicio. Tal actuación justifica su intervención en la medida que, por un lado, de por medio están otros valores constitucionales, y, por otro, su accionar en materia de transportes está orientado al resguardo de las condiciones de seguridad y la vida misma de los usuarios, razones, todas, por las cuales la demanda no puede ser estimada.
79. No obstante haber actuado regularmente y, en vista de lo alegado por los Procuradores Públicos competentes durante la audiencia pública, en el sentido de que se habrían otorgado, aunque aisladamente, permisos de circulación a las empresas que prestan el servicio de transporte de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión en forma irregular, el Tribunal Constitucional no puede dejar de expresar su preocupación por tales hechos y, por ende, estima pertinente disponer que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones efectúe las investigaciones administrativas pertinentes a fin de que se determine las responsabilidades a que hubiera lugar, así como se remita copia de la presente sentencia al Ministerio Público a efectos de que, en su calidad de titular de la acción penal y, de ser el caso, realice las investigaciones correspondientes.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.
2. Disponer que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones proceda conforme a lo expuesto en el Fundamento N.º 79, *supra*.
3. Remitir copia de la presente sentencia a la Fiscal de la Nación, para los efectos a que se contrae el Fundamento N.º 79, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

**GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

EXP. 9299-2005-PA/TC**JUNÍN****E.T.C.P. CARMELITAS****BUS S.R.L.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 6 días del mes de marzo de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L. contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 157, su fecha 3 de agosto de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de mayo 2004, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando la inaplicación, a su caso, del Decreto Supremo 006-2004-MTC y que, por consiguiente, se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos constitucionales y cese la amenaza a la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la entidad demandada. Aduce que la citada disposición lesiona sus derechos a la libertad de contratar, libertad de empresa e irretroactividad de la ley.

La recurrente es una empresa cuyo objeto es realizar servicio público de transporte terrestre; señala que mediante Resolución Directoral 182-96-MTC/15.18, de fecha 24 de abril de 1996, la entidad demandada le otorgó la concesión de la ruta Huancayo-Lima; que el 25 de febrero de 2004 se publicó el Decreto Supremo 006-2004-MTC, que prohíbe la prestación del servicio de transporte a los ómnibus carrozados, precisando, en su artículo 2, que esto ya se encontraba expresamente prohibido desde el 6 de abril de 1995, lo cual no sería cierto, ya que de una lectura de las normas de esa época y de los actos administrativos de Intitec y Sunar y el mismo ministerio, se demuestra que estaba permitido prestar servicio de transporte utilizando dichas clases de ómnibus, por lo que la resolución mencionada se estaría aplicando retroactivamente.

El ministerio emplazado opone las excepciones de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y afirma que la demanda carece de objeto, ya que no se ha precisado cuáles son los actos u omisiones de cumplimiento obligatorio que han violado los derechos constitucionales invocados; asimismo, señala que la acción de amparo no es la vía procedimental válida para pretender dejar sin efecto la vía administrativa, y que la Constitución Política ha dispuesto, en su artículo 200, que no procede la acción de amparo contra normas legales emanadas de un proceso regular.

El Primer Juzgado Civil de Huancayo, con fecha 21 de febrero de 2005, declara infundadas las excepciones y la demanda considerando que la prohibición cuestionada ya preexistía al decreto supremo que se impugna. Argumenta también que el informe final de la comisión, de fecha 6 de octubre de 2003, determina que la utilización de chasis de camión para la fabricación de ómnibus representa un alto riesgo para la seguridad y que, por tal motivo, el juez constitucional establece la primacía del derecho a la vida frente al derecho a la libertad de trabajo.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda arguyendo que no es posible declarar inaplicable una norma en forma abstracta, sino como resultado de la existencia de una situación concreta de hechos, y que la vía pertinente sería la acción popular.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable el Decreto Supremo 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004. Se solicita, como pretensión accesorio, que cese la amenaza a la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la Resolución Directoral 182-96-MTC/15.15, del 24 de abril de 1996, y de las tarjetas de circulación de los vehículos de placa de rodaje UN-1345, UP-3651, UQ-4274, UP-3573, UP-3417, UN-1347, UN-1341, UR-1110-UR-3699, UP-3685, UP-3580.
2. En el petitorio de la demanda se solicita la inaplicación del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC. Sin embargo, de la lectura de las disposiciones contenidas en tal decreto y de la demanda, se infiere que la pretensión de la recurrente es que se declare la inaplicación de la disposición que prohíbe la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados. Se trata del artículo 2 de dicho decreto, cuyo texto establece lo siguiente:

Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición (énfasis añadido).

3. En la sentencia recaída en el Exp. 7320-2005-PA/TC, caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. (fundamentos 27 y 28), se ha recordado que el amparo contra normas procede cuando éstas son autoaplicables. En esta misma sentencia el Tribunal Constitucional ha afirmado que la disposición cuya inaplicación se solicita en el presente caso tiene “eficacia inmediata” o autoaplicativa en tanto se encuentra dirigida a “destinatarios específicos” y el despliegue de sus efectos no está condicionado “a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa”, mientras que la prohibición por ella establecida adquiere “eficacia plena en el mismo momento en que entran en vigencia” (fundamento 35).
4. La excepción de falta de agotamiento de la vía previa propuesta debe ser desestimada debido a que el acto cuya inaplicación se solicita es un acto normativo y no uno administrativo. La vía previa tiene como objeto la impugnación de actos administrativos y de autos del poder público respecto a situaciones individuales del administrado, pero no respecto de normas. En tanto la demanda tiene por objeto la inaplicación de una norma, no procede la exigencia del tránsito por la vía previa.
5. Tampoco cabe estimar la excepción de caducidad debido a que la demanda fue interpuesta contra la amenaza de la aplicación de la norma antes citada. Esto es, contra la amenaza de que la administración le impida a la demandante la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial a consecuencia de la aplicación del citado artículo 2 del Decreto Supremo. En tal supuesto, en tanto dicho acto aún no haya sido expedido por la administración, se está ante una amenaza cierta e inminente de un acto de aplicación futuro, pero todavía no acontecido. El plazo de 60 días para interponer una demanda de amparo es para actos ya acontecidos, pero no para actos que aún no han sucedido y que representan más bien una amenaza.
6. En cuanto al fondo, la recurrente ha alegado que la prohibición establecida en la referida disposición infringe el principio de retroactividad de las normas, con la consiguiente lesión de la libertad de contratación y la libertad de empresa.
7. En la sentencia recaída en el Exp. 7320-2005-PA/TC, caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L., el Tribunal Constitucional examinó el problema de si la disposición impugnada es contraria o no al principio de irretroactividad y si afecta o no la libertad de empresa y a la libertad de contratación. En tal sentido, habiendo sido examinada

la norma cuya inaplicación se pretende, carece de sentido volver a analizar un problema ya abordado y resuelto por este Tribunal. Por ello, respecto a las razones de aquella decisión se citará las expuestas en dicha sentencia.

8. Se ha alegado que la aplicación del decreto supremo cuestionado contraviene el principio de irretroactividad. Sin embargo, conforme se sostuvo en la citada sentencia, la aplicación de dicha norma no infringe dicho principio, sustentándose ello en los fundamentos de dicha sentencia, que aquí se reproducen:

41. En cuanto a la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, cabe señalar que los incisos p) y u) del artículo 1; el inciso a) del artículo 17; el inciso b) del artículo 27; el artículo 39; así como el inciso b) del artículo 74 del derogado Decreto Supremo 05-95-MTC, vigente desde el 16 de abril de 1995, disponían que la prestación del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera sólo podría realizarse en aquellos ómnibus habilitados para tal efecto, estableciendo que se efectuaría mediante *un vehículo autopropulsado, diseñado y construido exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial*, y que debía tener un peso seco no menor de 8.500 k y un peso bruto vehicular superior a los 12.000 k.

42. Tales características constituían un presupuesto específico aplicable para el otorgamiento y ejercicio de todo tipo de concesión de rutas de transporte público interprovincial de pasajeros desde el 16 de abril del año 1995, y fueron recogidas en los mismos términos por la normativa expedida con posterioridad al decreto supremo *in comento*.

43. En tal sentido, para este Tribunal queda claro que, desde el 16 de abril del año 1995, fecha de entrada en vigencia del derogado Decreto Supremo 05-95-MTC, la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros sólo podía ser efectuada mediante vehículos diseñados y construidos exclusivamente para tal finalidad, mas no por vehículos ensamblados sobre chasis de camión. Por tal razón, lo alegado por la actora, respecto de una supuesta aplicación retroactiva del impugnado artículo 2 del decreto supremo, carece de sustento.

44. En efecto, los impugnados artículos 1 y 2 del Decreto Supremo 006-2004-MTC no son de carácter retroactivo, toda vez que las precisiones en ellos contenidas tienen sustento en los decretos supremos 022-2002-MTC, del 19 de mayo de 2002, y 05-95-MTC, del 15 de abril de 1995, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la vigencia del decreto supremo materia de autos. Así, de conformidad con la Teoría de los Hechos Cumplidos, recogida en el artículo 103 de la Constitución, y en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, desde su entrada en vigencia, y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, por lo que las normas a las que hace remisión el decreto supremo cuestionado resultaban plenamente aplicables a la recurrente.

9. La demandante sostiene que el decreto supremo cuestionado lesiona la libertad de contratar en razón de que “mediante norma posterior se afecta contratos celebrados en su oportunidad de conformidad con la normativa entonces vigente; se afecta el contrato de compra de vehículos que adquiri[ó] con chasis de camión para carrozados, cuando era una actividad lícita; (...)” (escrito de demanda, f. 25).

10. Con respecto a tal alegación, se ha afirmado que

48. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que los artículos 1 y 2 de la norma impugnada no tienen incidencia respecto de los contratos que en su oportunidad haya celebrado la recurrente, pues tales disposiciones no hacen sino reiterar las prohibiciones, por un

lado, respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas; y, por otro, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión.

49. En efecto, lo alegado por la recurrente carece de sustento, en la medida en que las cuestionadas disposiciones no contienen referencia alguna respecto de la licitud, o ilicitud de los contratos de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados.

11. La recurrente aduce que se afecta su contrato de constitución para dedicarse a la actividad de transporte sobre ómnibus carrozado cuando el Estado otorgaba habilitaciones para prestar tal servicio.
12. Con respecto a tal alegación, siguiendo la argumentación a este respecto en la citada sentencia, se advierte que en la escritura de constitución de la recurrente se precisa que tiene por objeto “dedicarse al transporte público de pasajeros, giros, encomiendas, cartas en la ruta Lima-Huancayo y viceversa, así como otros afines” (f. 51 del cuaderno principal), “no habiéndose establecido, en forma específica, las características –originales o carrozados sobre chasis de camión– con las que debían contar los vehículos (ómnibus) destinados a la prestación del servicio.” (Fundamento 50, de la sentencia citada).
13. La recurrente argumenta, asimismo, que las disposiciones cuestionadas afectan la libertad de empresa debido a que con una disposición posterior se le está prohibiendo continuar la actividad empresarial que comenzó a realizar de conformidad con normas vigentes al momento de constituir su empresa, adquirir los vehículos y empezar el servicio de transporte.
14. La Constitución garantiza, en su artículo 59, la libertad de empresa. Este derecho “se define como la *facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios*. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, *dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–*, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce” (fundamento 53 de la sentencia citada).
15. La norma según la cual se prohíbe el servicio de transporte interprovincial en ómnibus carrozados se halla establecida desde abril de 1995. El artículo 2 del decreto supremo de febrero de 2004 solo precisa que dicha prohibición se encuentra vigente desde abril de 1995. En tal sentido, el citado artículo 2 no constituye una prohibición que pretenda ser aplicada retroactivamente al caso de la recurrente.
16. En este orden de consideraciones, debe precisarse que, existiendo una prohibición expresa desde abril de 1995, no puede alegarse, después de transcurridos 10 años de estar vigente tal prohibición, que la recurrente no haya, hasta el momento, adecuado a dicha normativa sus unidades vehiculares.
17. Por otra parte, como se afirmó en la sentencia citada: “Tales restricciones no suponen, además, la eliminación del marco jurídico-comercial de la actividad de ofrecer la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas, a la que se dedica la empresa recurrente, ya que puede continuar ofreciendo el servicio –en ómnibus diseñados y contruidos exclusivamente para tal efecto–, por lo que sus alegatos deben ser desestimados.” (Fundamento 57 de la sentencia citada). Por esta razón, el artículo 2 no afecta la libertad de empresa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Sentencias Normativas

Sentencia	00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC
Caso	Límites Máximos de captura de anchoveta
Fecha de publicación	05/04/2010
Norma cuestionada	El Decreto Legislativo N.º 1027, que modificó los artículos 9º y 44º de la Ley General de Pesca; el Decreto Legislativo N.º 1047, que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción; y, el Decreto Legislativo N.º 1084, que aprobó la Ley sobre límites máximos de captura por embarcación.
Temas relevantes	Recursos naturales y límites de captura El Estado ejercerá la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y emprenderá las acciones orientadas a propiciar la equidad social. El Estado, impulsado por tal imperativo, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones. A tenor de lo expuesto, se estimó que el Límite Máximo Total de Captura Permisible y el Límite Máximo de Captura por Embarcación, previstos en el Decreto Legislativo N.º 1084, constituye una medida adecuada para tutelar el aprovechamiento razonable y sostenible de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca, pues las actividades de captura y extracción de este recurso natural deben sujetarse a límites razonables y objetivos. Cuotas individuales de pesca y libertad de empresa Este Tribunal consideró que las cuotas individuales de pesca introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1084 son conformes con la Constitución, por cuanto el derecho a la libertad de empresa es un derecho que se encuentra limitado, entre otras cosas, por la promoción y protección el medio ambiente, razón por la cual no resulta razonable que los agentes económicos que se dediquen al mercado de la industria pesquera tengan la posibilidad de capturar y extraer sin limitación alguna el recurso de anchoveta y anchoveta blanca, pues ello podría generar la depredación de dicho recurso natural y la afectación del ecosistema. Límite máximo de captura por embarcación y derecho a no ser discriminado

La fórmula de cálculo del porcentaje máximo de captura por embarcación prevista en el artículo 5° del Decreto Legislativo N.º 1084 no contraviene el principio-derecho a la igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, pues desde el punto de vista de la norma todas las embarcaciones son iguales para determinar el límite máximo de captura por embarcación, es decir, que no existe un tratamiento legal desigual entre las embarcaciones.

(...) si bien la capacidad de bodega de la embarcación es un factor para calcular el límite máximo de captura por embarcación, dicho dato fáctico no es determinante ni concluyente para establecer que dichas embarcaciones están siendo tratadas de una manera desigual, pues, como se ha señalado, la fórmula de cálculo de los límites de captura es de aplicación general para todas las embarcaciones.

Programas de Incentivos laborales y derecho a la libertad de trabajo

La regulación de los programas de Reconversión Laboral y Promoción de Mypes, es conforme con la Constitución, por que no afecta al derecho de trabajo, pues el trabajador mantiene la libertad de adoptar la decisión de continuar trabajando o de renunciar.

Programas de Incentivos laborales y derecho a la libertad de contratar

Respecto de la prohibición de otorgamiento de una nueva libreta de embarco durante el plazo de cinco años para los trabajadores que deciden acogerse a los beneficios de los programas de incentivos establecidos por el Decreto Legislativo N.º 1084, se sostuvo que no constituye una medida irrazonable que restrinja el derecho a libertad de contratar, pues dicha prohibición es de naturaleza temporal y no permanente.

Cuando el trabajador decida acogerse libremente a los beneficios de los programas de incentivos no sólo debe asumir las ventajas que estos le ofrecen, sino también las desventajas implícitas en la aceptación del beneficio elegido, por ende esto no se restringe el derecho a la libertad de contratar.

Responsabilidades del Estado frente al trabajo

El deber estatal de brindar atención prioritaria al trabajo en sus diversas modalidades no incluye la obligación de que el Estado provea efectivamente de fuentes de trabajo a todas las personas, como tampoco la obligación de mantener a los trabajadores en determinados cargos o puestos de trabajo por tiempo indefinido. Por el contrario, el deber estatal sí conlleva la prohibición de que el Estado establezca restricciones arbitrarias e irrazonables para obtener un medio de sustento. En ese sentido, se consideró que los beneficios de los programas de incentivos

establecidos mediante el Decreto Legislativo N.º 1084 no infringen los deberes estatales de brindar atención prioritaria al trabajo en sus diversas modalidades y de fomentar el empleo productivo; y, por el contrario, ellos mismos tienen por finalidad fomentar el trabajo.

Así se tiene que el Programa de Incentivos a la Reconversión Laboral regulado por el artículo 18.1 del Decreto Legislativo N.º 1084 tiene como objetivo favorecer la reinserción de los trabajadores hacia otras actividades dependientes, razón por la cual incluye, entre otros beneficios, el de la capacitación en carreras técnicas para facilitar la reinserción en otros sectores productivos.

Fallo
URL

Infundada

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00026-2008-AI%2000028-2008-AI.html>

[Regresar](#)

EXP. N.º 0003-2006-PI/TC

SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 19 de septiembre de 2006

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Más de 5000 ciudadanos contra el Congreso de la República

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra el artículo 37º de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos—.

Magistrados firmantes:

GARCÍA TOMA
GONZÁLES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 0003-2006-PI/TC
LIMA
MÁS 5 MIL CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de septiembre de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados García Toma, Presidente; Gonzáles Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra el artículo 37º de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP)—.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	: Proceso de inconstitucionalidad.
Demandantes	: Más de 5000 ciudadanos.
Norma sometida a control	: Artículo 37º de la Ley N.º 28094.
Normas constitucionales cuya vulneración se alega	: Artículos 2º 4, 2º 16, 23º, 35º, 59º y 70º.
Petitorio	: Se declare la inconstitucionalidad del artículo 37º de la Ley N.º 28094.

III. NORMA CUESTIONADA

Artículo 37º de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos—, publicada el 1 de noviembre de 2003:

“Artículo 37.- Franja electoral

Desde los treinta días hasta los dos días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito, de acuerdo a lo establecido en esta ley, a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral.

El Estado compensa a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético.

El Estado pone a disposición de los partidos su infraestructura de radio y televisión para la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral.”

IV. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 16 de enero de 2006, más de 5000 ciudadanos, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37° de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP)—, por considerar que contraviene los artículos 2º 4, 2º 16, 23º, 35º, 59º y 70º de la Constitución. Solicitan que la declaración de inconstitucionalidad alcance a todos los preceptos a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. Sustentan la inconstitucionalidad de la disposición impugnada en las siguientes consideraciones:

En el artículo 35º de la Constitución sólo se reconoce el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación social de propiedad del Estado, más no a los de propiedad privada.

Afecta el derecho de propiedad y la libertad de empresa, impidiendo la continuación de las actividades empresariales de las entidades de radiodifusión, pues incide sobre la única fuente de ingresos que tienen (publicidad).

Atenta contra los trabajadores de las referidas empresas y sus familias, desconociendo el derecho a recibir una retribución por el servicio que se presta.

Genera negativas consecuencias para el ejercicio de la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, consagradas en el artículo 2º 4 de la Norma Fundamental.

Existen normas en el ordenamiento jurídico de jerarquía superior a la LPP, como el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N.º 013-93-TCC y la Ley N.º 28278 —Ley de Radio y Televisión—, que establecen el destino de los ingresos recaudados por concepto del pago del canon que deben abonar los medios de comunicación por el uso del espectro electromagnético, por lo que la norma impugnada no puede dar un destino distinto a esa recaudación.

Vulnera el artículo 194º de la Ley N.º 26859 —Orgánica de Elecciones— que establece que la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) adquiere de acuerdo a la tarifa correspondiente al horario, los espacios que serán puestos a disposición de los partidos políticos, alianzas de partidos y listas independientes. Afirman que esta norma, al ser una ley orgánica, tiene mayor jerarquía que la impugnada, lo cual genera que ésta incurra en una inconstitucionalidad por la forma.

Es un despropósito pretender que con el ingreso recaudado por el cobro del canon se cubran los costos del espacio destinado a la franja electoral, por cuanto aquella suma es muy inferior.

Contestación de la demanda

Con fecha 13 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por las siguientes consideraciones:

La disposición cuestionada no afecta el artículo 35º de la Constitución, por cuanto resulta erróneo afirmar que establezca la obligación de los medios de comunicación privados de difundir publicidad de los partidos políticos de forma gratuita. Los medios son compensados, de un lado, con la reducción proporcional en el pago del canon por el empleo del espectro radioeléctrico, y de otro, con los abonos en efectivo que realice el Estado a través de la ONPE, de conformidad con el artículo 27º del Reglamento de Financiamiento y Supervisión de Fondos Partidarios, aprobado por Resolución Jefatural N.º 060-2005-J-ONPE. Ello es ratificado por la Ley N.º 28679, en la que se establece que el Estado se encarga de cumplir con la contratación de los medios de comunicación privados, para lo cual la ONPE contará con S/. 20'000,000 (veinte millones de soles).

La franja electoral concede a los partidos políticos la oportunidad de poder presentar sus propuestas y ejercer la participación política; atenúa las desigualdades presupuestarias existentes entre los partidos, de conformidad con los artículos 2º 2 y 44º de la

Constitución; y permite impartir educación cívica a la ciudadanía al explicar la importancia del derecho al sufragio, la forma de ejercerlo correctamente, y poder informarse y generarse una opinión pública libre y responsable. De conformidad con el artículo 14º de la Constitución los medios de comunicación social públicos y privados tienen el deber de contribuir con tales objetivos.

La labor de comunicación social exige la explotación del recurso natural denominado espectro radioeléctrico, por tanto debe quedar diferenciado el derecho de propiedad que ejercen los medios de comunicación social privados sobre los bienes estrictamente bajo su dominio del espectro electromagnético que es patrimonio de la Nación y que se constituye como recurso natural de dominio público, correspondiéndole al Estado regular su forma de explotación, acorde con el artículo 66º de la Constitución. El espectro radioeléctrico debe ser aprovechado y regulado por el Estado en armonía con el interés nacional y el bien común de la sociedad que resulta beneficiada con la difusión de la franja electoral, y no en base al interés de lucro de los medios de comunicación privados.

Los medios de comunicación social privados brindan un servicio privado de radiodifusión de interés público y por tal motivo están sometidos al cumplimiento de una serie de obligaciones —como consolidar la participación política, la igualdad de oportunidades y garantizar la información necesaria y oportuna para ejercer el derecho de sufragio— y a determinadas restricciones sustentadas en dicho interés público.

El derecho a la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés público y el bien común, y conforme al contenido social que integra la libertad de empresa y la libre iniciativa privada en el marco del Estado social y democrático de derecho. Se debe legislar teniendo en cuenta no sólo el derecho de propiedad, sino también la forma de explotación del espectro electromagnético, en armonía con el principio de solidaridad, y el limitado presupuesto del Estado.

La norma impugnada no afecta ninguna de las dimensiones de la libertad de empresa, pues no se impide su creación ni su acceso al mercado, no se vulnera la libertad de organización del empresario en ninguna de sus manifestaciones, ni se afecta la libertad de dirección de la empresa.

En el desarrollo de una economía social de mercado, el interés general se centra en la necesidad de contar con la participación de medios de comunicación social en la promoción del principio democrático y de participación ciudadana, contribuyendo a formar una opinión pública informada, lo que redundará en el ejercicio pleno de los derechos de participación política.

El precepto impugnado lejos de vulnerar las libertades de información, expresión y opinión, la promueve, pues la franja electoral permite ejercer el derecho a la libertad de expresión de todos aquellos partidos políticos y candidatos en contienda electoral, y promueve el derecho de opinión y de información de los ciudadanos, ya que así podrán estar informados del proceso electoral. De esta manera se busca fomentar la conducta democrática y cumplir con la obligación de adoptar las disposiciones legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana.

La franja electoral como espacio que se contrata en una etapa del proceso electoral por el Estado no puede equipararse o compararse con la publicidad política contratada de manera particular con los partidos políticos para los cuales sí pueden los demandantes hacer sus respectivos cálculos en puro afán lucrativo.

No existe un desvío del destino del canon, ya que lo que se dispone es que antes de que los medios de comunicación social hagan efectivo el pago del canon, el Estado extinga la obligación de pago o la reduzca en compensación por el uso del espectro radioeléctrico. Incluso en el supuesto negado de que la LPP haya modificado el destino de los fondos recaudados por concepto de canon por el empleo del espectro radioeléctrico, fijado por la Ley N.º 28278 —Ley de Radio y Televisión—, dicha modificación sería constitucional, ya que se trataría de una simple modificación hecha por una ley posterior. El principio que rige las relaciones entre la ley orgánica y la ley ordinaria no es el de jerarquía, sino el de

competencia. De conformidad con la Constitución, el tema referido a la propaganda electoral a través de la franja electoral, no es una materia que corresponda ser regulada por ley orgánica, por tal motivo, la LPP ha derogado tácitamente en todo cuanto se le oponga o contravenga, el artículo 194º de la Ley Orgánica de Elecciones.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES.

A) Sobre la supuesta afectación de la disposición cuestionada a disposiciones infraconstitucionales:

Determinar si modifica los fines hacia los que se encuentra destinado el canon recaudado a los medios de comunicación social por el uso de espectro radioeléctrico.

Determinar si el artículo 17º del capítulo II complementario del Decreto Legislativo N.º 702 y el artículo 62º de la Ley N.º 28278 —Ley de Radio y Televisión—, tienen una jerarquía superior a la disposición impugnada.

Determinar si las leyes orgánicas tienen superior jerarquía que las leyes ordinarias.

Determinar si establecer el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación de radiodifusión en una franja electoral, y la reducción proporcional del canon en compensación a los medios de comunicación por el uso por parte de los partidos políticos del espectro electromagnético, son materias reservadas a la ley orgánica.

B) Sobre cuestiones constitucionales de fondo:

Determinar si la disposición impugnada vulnera el artículo 35º de la Constitución en cuanto dispone que los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación de propiedad del Estado, para cuyo efecto será indispensable determinar la función que los partidos políticos cumplen en un Estado social y democrático de derecho, en el marco de un pluralismo democrático ejercido en condiciones de igualdad, y la función social de los medios de comunicación.

Determinar si la disposición cuestionada vulnera los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información.

Determinar si la disposición cuestionada vulnera el derecho fundamental de propiedad.

Determinar si la disposición cuestionada afecta el derecho fundamental a la libertad de empresa.

VI. FUNDAMENTOS

1. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO.

Los recurrentes solicitan que se declare la inconstitucionalidad del artículo 37º de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos— (en adelante, LPP), en el extremo en que establece que desde los 30 hasta los 2 días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de radiodifusión de propiedad privada y pública en una franja electoral, para cuyo efecto el Estado compensará a los medios de comunicación privados a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético. Consideran que la referida disposición vulnera el artículo 35º de la Constitución que sólo reconoce el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación social de propiedad del Estado. Asimismo, lo consideran contrario al derecho de propiedad (artículos 2º 16 y 70º), a la libertad de empresa (artículo 59º), a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2º 4), y al derecho de no prestar trabajo sin retribución (artículo 23º de la Constitución).

Por otra parte, se alega en la demanda que, además de vulnerar la Constitución, la disposición incoada contraviene otras normas del ordenamiento jurídico peruano de “jerarquía superior”¹. Dichas normas, a criterio de los recurrentes, son el artículo 101º del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N.º 013-93-TCC (en adelante, TUOLT), el artículo 62º de la Ley N.º 28278 —Ley de Radio y Televisión— (en adelante, LRT), y el artículo 194º de la Ley N.º 26859 —Ley Orgánica de Elecciones— (en adelante, LOE). En vista de que —según refieren los demandantes— esto daría lugar a una inconstitucionalidad por la forma de la disposición cuestionada, será éste el primer punto materia de pronunciamiento.

2. SOBRE LA SUPUESTA INCOMPATIBILIDAD DE LA DISPOSICIÓN CUESTIONADA CON OTRAS DISPOSICIONES INFRACONSTITUCIONALES.

2.1 Supuesta afectación de los fines a los que debe ser destinado el canon por el uso del espectro electromagnético.

§1. Consideraciones de los demandantes.

En primer término, los demandantes refieren lo siguiente:

“Normas del ordenamiento jurídico peruano, en algunos casos de jerarquía superior a la ley que impugnamos, establecen [la] aplicación de los ingresos recaudados por concepto del canon a fines específicos”².

Para sustentar dicha afirmación hacen alusión al artículo 101º del TUOLT, el cual dispone que

“Los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas, luego de la aplicación a los fines específicos que se considera en esta Ley, serán destinados exclusivamente al desarrollo de las telecomunicaciones, al control y monitoreo del espectro radioeléctrico y a sufragar las obligaciones contraídas con los organismos internacionales de telecomunicaciones.”;

y al artículo 62º de la LRT, en cuya parte pertinente se señala que

“Para el cumplimiento de los fines que se encarga al Consejo Consultivo de Radio y Televisión, se empleará parte de los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas a que se refiere el artículo 101 de la Ley de Telecomunicaciones.”

En suma, a criterio de los recurrentes, en vista de que estas disposiciones establecen los fines a los que son destinados los montos recaudados como consecuencia del cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico, el artículo 37º de la LPP, cuya entrada en vigencia es posterior, no puede modificarlos, puesto que —a decir de los demandantes— tiene menor jerarquía que aquéllas.

§2. Consideraciones del demandado.

Sobre el particular, el apoderado del Congreso de la República, alega lo siguiente:

“...contrario a los que sostienen los demandantes, no existe un desvío del canon, ya que lo que se dispone es que antes de que los medios de comunicación social privados hagan efectivo el pago del canon, el Estado en ejercicio de su potestad de regular la forma de pago del canon, de acuerdo al artículo 60º del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, regula que la forma de extinguir dicha obligación de pago o de parte de ella es compensando a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético a que hace referencia el artículo 37º de la Ley.

Incluso, en el supuesto negado de lo que afirman los demandantes que por la Ley N.º 28094 se haya dispuesto una modificación en el destino de los fondos recaudados por concepto de canon por el empleo del espectro radioeléctrico, dicha modificación sería constitucional, ya que se trataría de una simple modificación hecha por una Ley posterior —en este caso la Ley de Partidos Políticos, Ley 28094— a disposiciones de leyes anteriores como lo son la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º

¹ Cfr. p. 26 de la demanda, a fojas 26 de autos.

² Ibid loc cit.

28278, y el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. N° 013-93-TCC.”³

§3. Consideraciones del Tribunal Constitucional.

El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Es una franja de espacio a través de la cual se desplazan las ondas electromagnéticas capaces de portar y transportar diversos mensajes sonoros o visuales, a corta y larga distancia. Es un recurso natural⁴ de dimensiones limitadas⁵. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66° de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio.

Dada su condición de bien escaso o limitado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe ser particularmente eficiente al ejercer las funciones de administración, asignación de frecuencias y control del espectro electromagnético, que le han sido confiadas por el artículo 61° del Decreto Legislativo N.º 702. De ahí que resulten sumamente preocupantes las recientes denuncias expuestas en un medio de comunicación escrito, relacionadas con el uso ilegal de las ondas electromagnéticas por parte de determinadas personas y entidades en el norte del país⁶. Es deber del referido Ministerio y demás autoridades competentes, adoptar las medidas de control y sanción que pudieran corresponder.

Como ha precisado este Tribunal, los recursos naturales pueden ser definidos como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el ser humano⁷.

Que los recursos naturales, *in totum*, sean patrimonio de la Nación, implica que su explotación en ningún caso puede ser separada del interés nacional y el bien común, por constituir una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto, por lo que queda proscrita su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos.

Los recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídico-política de la Nación. Reconocer que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66° de la Constitución), significa que es bajo su *ius imperium* y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce⁸.

Así pues, los recursos naturales en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual, conforme refiere el artículo 66° constitucional, cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por ley orgánica (además de las regulaciones específicas previstas en leyes

3 Cfr. p. 40 de la contestación de la demanda, a fojas 139 de autos.

4 Vid. literal e) del artículo 3° de la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—.

5 Vid. artículo 60° del Decreto Legislativo N.º 702 y artículo 11° de la LRT.

6 Vid. editorial del diario *El Comercio*, publicación del 18 de agosto de 2006.

7 Cfr. STC 0048-2004-PI, Fundamento 28.

8 Op. cit, Fundamento 29.

especiales⁹), y teniendo en cuenta —se insiste— que, en ningún caso, dicho aprovechamiento sostenible puede quedar librado de la búsqueda del bienestar general, como núcleo instrumental y finalista derivado no sólo de su condición de patrimonio nacional (artículo 66º), sino de principios fundamentales informantes de todo el compendio constitucional formal y sustantivo. Tales principios son: la fórmula “social” atribuida a la República peruana por el artículo 43º de la Constitución, y de la que deriva su condición de Estado social y democrático de derecho; el reconocimiento de que toda actividad económica se ejerce en una economía social de mercado (artículo 58º), esto es, bajo el umbral de los valores de la solidaridad y de la justicia social; y, finalmente, el deber instituido por el artículo 44º de la Norma Fundamental, conforme al cual le corresponde al Estado, inexcusablemente, “...promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.”

Ha sido el artículo 20º de la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales—, el encargado de establecer, en cumplimiento del artículo 66º de la Constitución, una de las condiciones más importantes para autorizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales por parte de particulares. Dicho artículo dispone:

“Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.”

Es así que el artículo 60º del TUOLT, recogiendo lo previsto en el artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 702, ha establecido que la utilización del espectro radioeléctrico dará lugar al pago de un canon que deberán satisfacer los titulares de estaciones radioeléctricas emisoras y también las meramente receptoras que precisen de reserva radioeléctrica. Mientras que en su artículo 101º, se han establecido determinadas finalidades a las que debe ir destinada la recaudación del canon, tales como el desarrollo de las telecomunicaciones, el control y monitoreo del espectro radioeléctrico, y coadyuvar en el cumplimiento de las obligaciones asumidas con los organismos internacionales de telecomunicaciones. Por su parte, el artículo 62º de la LRT, dispone que parte de los ingresos recaudados por concepto de canon serán dirigidos a colaborar con las funciones del Consejo Consultivo de Radio y Televisión.

Como se mencionó, a criterio de los recurrentes, el destino del canon recaudado a los medios de comunicación por el uso del espectro radioeléctrico, fijado por el artículo 101º del TUOLT y por el artículo 62º de la LRT, ha sido alterado por la disposición impugnada, por lo que incurre en un vicio de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional no comparte esta posición. En primer lugar, porque resulta erróneo afirmar que el destino del canon haya sido modificado por la norma incoada. En efecto, el artículo 37º de la LPP en ningún momento ha modificado el destino del cobro del canon. Simplemente, ha establecido que dicho monto dinerario será reducido proporcionalmente en compensación a los medios de comunicación por el uso del espectro electromagnético por parte de los partidos políticos a través de la franja electoral.

Dicho de otra manera, *stricto sensu*, variar el destino del canon supondría efectuar su cobro y dirigirlo a propósitos distintos a los previamente establecidos. Sin embargo, en

⁹ Cfr. artículos 19º a 30º de la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales—, y STC 0048-2004-AI, Fundamentos 41 a 47.

este caso, dicha variación no existe, pues el único objeto que persigue la disposición impugnada es que los medios de comunicación privados paguen un monto menor por concepto de canon, en compensación por el uso por parte de los partidos políticos de la denominada franja electoral.

En segundo término, aún en el supuesto (negado) de que el artículo 37º de la LPP en efecto hubiese modificado el destino del canon, dicha alteración no daría lugar a vicio alguno de inconstitucionalidad. Debe recordarse que tal como establece el artículo 75º del Código Procesal Constitucional (CPConst), el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a las infracciones contra su jerarquía normativa. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que “La validez en materia de justicia constitucional (...) 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)”¹⁰.

Ello sin perder de vista que cuando por imperio de la Constitución algunas de sus disposiciones o de las normas con rango de ley, delimitan el ámbito competencial de los distintos órganos constitucionales y/o de determinadas fuentes formales del derecho, además del principio de jerarquía normativa, el principio de competencia es medular para determinar la validez o invalidez constitucional de las normas; máxime en aquellos Estados que, como el nuestro, son unitarios y descentralizados (artículo 43º de la Constitución)¹¹. Tal es el sentido del artículo 79º del CPConst., al establecer que “Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado (...)”.

Sin embargo, incluso en aquellas ocasiones en las que el orden competencial viene asignado por normas con rango de ley, el principio de competencia es tributario del de jerarquía, pues si una entidad estatal puede incurrir en la expedición de una norma inválida por invadir esferas competenciales previstas como ajenas por otra norma de su mismo rango, es porque la *Norma Normarum* (Constitución), fuente normativa jerárquicamente superior a cualquier otra, reservó en ésta la capacidad de regular la distribución competencial¹².

En otras palabras, la invalidez constitucional en la que pueda incurrir una norma con rango de ley, siempre surge de una infracción directa (derivada de un análisis de compatibilidad directo con la Constitución) o indirecta (derivada de un previo análisis de compatibilidad con una norma de rango legal a la que la Constitución ha conferido una determinada delimitación) de una norma de superior jerarquía; a saber, la Constitución del Estado (artículo 75º del CPConst).

Empero, los demandantes no han sustentado de qué manera la disposición cuestionada vulnera la Constitución, sea directa o indirectamente. Y no podrían haberlo hecho, puesto que su alegato parte de una premisa absolutamente incorrecta, consistente en afirmar que los artículos 101º del TUOLT y el artículo 62º de la LRT, tienen una “jerarquía superior” al artículo 37º de la LPP.

¹⁰ Cfr. SSTC 0004-2004-AI (acumulado), Fundamento 2; 0047-2004-AI, Fundamentos 58 y 73; y, 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados), Fundamento 20.

¹¹ Cfr. STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados), Fundamento 20.

¹² Cfr. SSTC 0047-2004-AI, Fundamento 64; y 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados), Fundamento 15.

El artículo 101º del TUOLT deriva del texto expreso del artículo 17º de uno de los capítulos complementarios del Decreto Legislativo N.º 702, incorporado mediante Decreto Ley N.º 26096. Tanto el artículo 17º del capítulo II complementario del Decreto Legislativo N.º 702, como el artículo 62º de la LRT, tienen el mismo rango que el artículo 37º de la LPP, esto es, rango de ley (artículo 200º 4 de la Constitución). Por ende, incluso en el supuesto negado de que exista incompatibilidad entre sus contenidos normativos, dicha incompatibilidad —a diferencia de lo sostenido por los demandantes— no podría ser resuelta apelando al principio de jerarquía, sino a los distintos modos de solución de antinomias entre disposiciones de igual rango (principios de plazo de validez, posterioridad, especificidad, favorabilidad, envío, subsidiariedad, complementariedad, suplementariedad, ultractividad expresa y competencia excluyente¹³).

Por otra parte, la materia de la que se ocupan los artículos 17º del capítulo II complementario del Decreto Legislativo N.º 702, y el artículo 62º de la LRT, es decir, la determinación de los objetivos a los que deben ser destinados los montos que sean recaudados por concepto de canon a los medios de comunicación, no ha sido reservada por la Constitución a una determinada fuente del derecho, por lo que tampoco podría alegarse una supuesta inconstitucionalidad del artículo 37º de la LPP por afectación del principio de competencia.

De este modo, y en resumidas cuentas, el Tribunal Constitucional comparte plenamente el criterio del demandado, pues no sólo resulta que no existe incompatibilidad normativa entre los referidos artículos, sino que, en caso existiera, al no encontrarse afectados los principios de jerarquía o competencia, dicha incompatibilidad resultaría ajena a los supuestos de conflicto normativo propios de un proceso de inconstitucionalidad.

2.2 Supuesta superioridad jerárquica de las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias.

§4. Consideraciones de los demandantes.

De otra parte, los demandantes también acusan la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, alegando su disconformidad con el artículo 194º de la LOE. Sobre el particular, afirman lo siguiente:

“...el artículo 194º de la Ley Orgánica de Elecciones N.º 26859, es una ley vigente y de mayor jerarquía que el artículo 37º de la Ley de Partidos Políticos, por tratarse justamente de una ley orgánica que regula la estructura y funcionamiento de una entidad del Estado prevista en la Constitución, según el artículo 106º de la Constitución Política del Estado. Consecuentemente, el artículo 37º de la Ley de Partidos Políticos es inconstitucional también por la forma, porque contraviene expresamente un artículo de una ley orgánica...”¹⁴

§5. Consideraciones del demandado.

Al respecto, el demandado sostiene:

“Las leyes orgánicas no tienen una jerarquía superior por ser objeto de una votación calificada o por la materia que regulan, sino que dichas particularidades son consecuencia de su singular naturaleza, prevista en la Constitución Política en su artículo 106º. (...).

...la inconstitucionalidad de una ley, sea ordinaria u orgánica, no resulta de su supuesta ‘inferioridad’ jerárquica, sino de la vulneración de los principios competenciales asignados por la Constitución. (...).

En caso de que una norma ordinaria invada la competencia de una ley orgánica, aquella queda inválida; y si alguna norma que compone una ley orgánica regula un tema a regularse por ley ordinaria, dicha norma pierde su carácter de orgánica, adquiriendo el carácter de ordinaria.

¹³ Cfr. STC 0047-2004-AI, Fundamento 54.

¹⁴ Cfr. p. 29 de la demanda, a fojas 29 de autos.

En ese sentido, la Ley Orgánica de Elecciones no tiene mayor jerarquía que la Ley de Partidos Políticos.”

§6. Consideraciones del Tribunal Constitucional.

Por distintos motivos, el Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los demandantes. En primer término, porque a efectos de sustentar la supuesta contrariedad entre el artículo 194º de la LOE y el artículo 37º de la LPP, citan el texto originario del referido artículo 194º de la LOE¹⁵, el cual fuera modificado por el artículo 20º de la Ley N.º 27369, publicada el 18 de noviembre de 2000, y cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 194.- En las elecciones presidenciales y parlamentarias habrá espacios en los canales de televisión de señal abierta y estaciones de radio, públicos y privados, de cobertura nacional. Estos espacios se pondrán a disposición y se distribuirán equitativamente entre los partidos políticos, agrupaciones independientes o alianzas participantes en el proceso electoral, sin costo alguno, por un espacio diario de diez (10) minutos, desde sesenta (60) días antes del día y la hora señalados en el Artículo 190. El Jurado Nacional de Elecciones cautelará la existencia y utilización de tales espacios.

Dichas franjas electorales se transmitirán dentro de un mismo bloque en todos los canales y dentro de una misma hora en las estaciones de radio. Las horas de transmisión para la televisión y para la radio serán establecidas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Estas franjas se asignarán rotativamente y con base en un sorteo, de modo que ningún canal o estación de radio sea utilizado por la misma organización política durante dos días consecutivos. El sorteo se realizará en la sede central de la ONPE, en presencia de personeros, observadores y representantes de los medios de comunicación. En caso de una segunda vuelta, las franjas aquí mencionadas se regularán por las mismas normas.

La publicidad, la información y los programas políticos de radio y televisión respetarán el principio de no discriminación y otorgarán tarifas preferentes a todas las organizaciones políticas participantes.

El Jurado Nacional de Elecciones dictará las normas reglamentarias que complementen el presente artículo y fijen los límites en duración, frecuencia y valor a la publicidad política durante el proceso electoral.”

De otra parte, aducen los recurrentes que las leyes orgánicas son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias. Pretenden derivar dicha superioridad del artículo 106º de la Constitución, el cual dispone:

“Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.”

Dicho artículo dispone dos requisitos especiales para que una fuente del derecho expedida por el Congreso de la República pueda ser considerada una ley orgánica: uno de orden material, referido a la exigencia de que se ocupe de la materia que le ha sido constitucionalmente reservada; y otro de carácter formal, relativo al número de votos necesario para su aprobación.

15 Texto original (derogado) del artículo 194º de la LOE.- “En las elecciones presidenciales y parlamentarias, la Oficina Nacional de Procesos Electorales adquiere espacios en los medios de comunicación del Estado, los mismos que se ponen a disposición de los partidos políticos inscritos o de las alianzas de partidos o de las listas independientes, sin costo alguno, por un espacio diario de treinta (30) minutos en sus programas, desde un mes antes hasta el día y la hora señalados en el Artículo 190.

Los espacios de dichos programas estarán comprendidos entre las dieciséis (16:00) y veintitrés (23:00) horas. Las fechas y horas son asignadas a los partidos, alianzas y listas independientes, por sorteo, el cual se efectúa en la sede central de la Oficina Nacional de Procesos Electorales en presencia de los personeros y bajo fe notarial.”

En tal sentido, tal como ha precisado este Tribunal en repetidas oportunidades¹⁶, el referido artículo constitucional no establece una supuesta relación de jerarquía entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, sino, simplemente, de competencia material. En efecto, no se genera, *per se*, un problema de inconstitucionalidad cada vez que una ley ordinaria colisiona con una ley orgánica. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria haya infringido directamente el artículo 106° de la Constitución, al regular una materia reservada a ley orgánica, sin haber sido aprobada con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, mayoría exigida por el artículo 106° constitucional.

Asimismo, la inexistencia de una relación jerárquica entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, surge de una interpretación sistemática del artículo 51° de la Norma Fundamental que consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, y que sitúa a la ley (sin distinción) en el segundo rango del sistema normativo nacional, después de la Constitución; con el artículo 200° 4 de la Constitución que establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas); y con el artículo 102° 1, en cuanto dispone que es atribución del Congreso de la República dictar las leyes.

Por tanto, conforme al sistema de fuentes diseñado por la Constitución en sus artículos 51°, 102° 1, 106° y 200° 4, y en sentido contrario a lo sostenido por los demandantes, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes orgánicas, las cuales tienen la misma jerarquía jurídica.

Es por ello que, con razón meridiana, Ignacio de Otto afirmaba lo siguiente con relación a las leyes orgánicas:

“...lo específico de esas normas, que no es más que su mayor rigidez, es algo que *sólo les corresponde en cuanto regulen la materia de que se trate*. (...). No hay diversas *clases* de leyes, sino una sola ley, la parlamentaria, con distintos requisitos de aprobación, reforma y derogación, según la materia de que se ocupe; las denominaciones ley ordinaria y ley orgánica son en puridad incorrectas y en todo caso irrelevantes. Lo que la Constitución pretende con las leyes orgánicas (...) se habría conseguido igualmente diciendo que las leyes que versaran sobre esas materias tendrían que ser aprobadas — sin nombre específico — de un modo distinto a de los demás casos.”¹⁷

La distribución de materias que, como quedó dicho, existen entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, obedece a criterios de taxatividad y residualidad, respectivamente, puesto que para que una materia deba ser regulada por ley orgánica, dicha previsión debe encontrarse expresamente prevista en la Constitución, y debe, además, ser interpretada en sentido restrictivo¹⁸; mientras que las materias que no han sido inequívocamente confiadas a las leyes orgánicas, corresponden ser reguladas por ley ordinaria.

En atención a ello, el Tribunal Constitucional ha precisado las materias que por mandato constitucional han sido reservadas a la ley orgánica. Así, en atención a lo previsto en el artículo 106° de la Constitución, relativo a la regulación de la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado, dicha reserva no sólo alcanza a aquellas entidades expresamente mencionadas en el texto constitucional (artículos 82°, 84°, 143°, 150°, 161°

16 *Cfr.* SSTC 0007-2002-AI, Fundamento 7; 0013-2003-AI, Fundamentos 19 a 21; 0022-2004-AI, Fundamentos 12 a 16; 0047-2004-AI, Fundamento 16; 0048-2004-AI, Fundamento 39; 0002-2005-PI, Fundamento 97; y 0020-2005-PI / 0021-2005-PI, Fundamentos 20 y 22 b).

17 *Cfr.* Otto, Ignacio De. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 7ma. Reimpresión, 1999, pp. 112 – 113.

18 *Cfr.* STC 0048-2004-AI, Fundamentos 39 y 40.

y 198°), sino a aquellas a las que debe hacerse extensiva debido a su relevancia constitucional. En suma, dichas entidades son: el Poder Ejecutivo —Presidencia de la República y Consejo de Ministros—, el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, la Superintendencia de Banca y Seguros, la Contraloría General de la República y el Banco Central de Reserva.

Las otras materias sujetas a reserva de ley orgánica a que se refieren los artículos 31º, 66º y 200º de la Constitución son: el derecho de ser elegido y de elegir libremente a sus representantes, las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales y los procesos constitucionales, respectivamente¹⁹.

Así las cosas, atendiendo a la distribución de la competencia material existente entre las leyes orgánicas y las ordinarias, el artículo 37º de la LPP, en relación con el punto analizado, sólo podría resultar inconstitucional en el supuesto de que, sin ostentar la categoría de ley orgánica, se hubiese ocupado de una materia reservada a ésta. Inconstitucionalidad que, por cierto, en caso de existir, no derivaría de su incompatibilidad con alguna ley orgánica (infracción indirecta de la Constitución), sino con el artículo de la Constitución que hubiese reservado la materia a ley orgánica (infracción directa de la Constitución).

Tal como fue expuesto, el artículo 37º de la LPP se encarga de establecer el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de radiodifusión, de propiedad privada y del Estado, en una franja electoral, y la reducción proporcional del canon en compensación a los medios de comunicación por el uso del espectro electromagnético que realizan los partidos políticos.

Como resulta evidente, tal materia no se encuentra entre las que han sido expresamente reservadas a la ley orgánica por la Constitución. En efecto, más allá de la relación que la materia tiene con el proceso electoral, el asunto en modo alguno podría considerarse vinculado con el establecimiento de las condiciones y el procedimiento para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo (materia reservada a ley orgánica por el artículo 31º de la Constitución). Tampoco, por cierto, tiene alguna vinculación con el establecimiento de las condiciones en que debe ser utilizado o concedido en uso el espectro radioeléctrico a los medios de comunicación. Las condiciones generales para el otorgamiento y el aprovechamiento de los recursos naturales a particulares, se encuentran previstas en los Títulos IV y V de la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales—, respectivamente. El Estado peruano, a través de la disposición cuestionada, no determina ninguna condición de uso del espectro radioeléctrico por parte de los medios de comunicación, sino que, en ejercicio del *ius imperium*, el dominio y la soberanía que ejerce sobre los recursos naturales (artículo 66º de la Constitución), se limita a reservar parte de su uso para los partidos políticos, estableciendo además que, en compensación por ello, los medios de radiodifusión que fueron autorizados para su regular utilización, verán reducido el canon que deben pagar al Estado.

Por otra parte, el hecho de que la LOE haya recibido el *nomen iuris* de “Orgánica”, no significa que todas y cada una de sus disposiciones adopten ese carácter, puesto que habiendo sido aprobada con más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, sólo aquellas que se ocupen de una materia reservada a ley orgánica, adoptarán este carácter.

¹⁹ Cfr. STC 0047-2004-AI, Fundamento 16, párrafos 18 a 20.

No es ese el caso del artículo 194º de la LOE, dado que, como fue expuesto, dicho artículo, al igual que parte del artículo 37º de la LPP, se ocupa de la regulación de la franja electoral, materia propia de la ley ordinaria.

En consecuencia, y en definitiva, tanto el artículo 194º de la LOE, como el artículo 37º de la LPP, en atención a la materia de la que se ocupan, carecen de carácter orgánico. Por tanto, no tiene sustento alegar que la disposición incoada ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad al ocuparse de una materia reservada a ley orgánica por la Constitución; y menos aún puede sostenerse que su supuesto vicio de invalidez constitucional reside en ser incompatible con el mandato del artículo 194º de la LOE que versa sobre materia ordinaria.

Las eventuales antinomias entre estos preceptos no pueden ser resueltas apelando al principio de jerarquía, o acaso, al de competencia, sino a los distintos modos de solución de antinomias entre disposiciones de igual rango (principios de plazo de validez, posterioridad, especificidad, favorabilidad, envío, subsidiariedad, complementariedad, suplementariedad, ultractividad expresa y competencia excluyente²⁰), asunto ajeno al proceso de inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75º del CPConst.

3. ANÁLISIS MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.

3.1 Financiamiento indirecto de los partidos políticos, libertades de expresión e información, y función social de los medios de comunicación.

§7. Consideraciones de los demandantes.

Los demandantes consideran que la disposición impugnada vulnera el artículo 35º de la Constitución. En ese sentido, sostienen:

“...el artículo 37º de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos— contraviene expresamente lo señalado por la Constitución Política del Perú en su artículo 35, al imponer la obligación a los medios de comunicación privados de difundir publicidad de los partidos políticos de forma gratuita durante períodos electorales.”²¹

Asimismo, alegan que el artículo incoado genera

“...negativas consecuencias para el ejercicio de la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento consagrado en el artículo segundo de la Constitución, más aún cuando lo que se requiere son medios sólidos e independientes para que no se repitan los deplorables hechos de la década pasada.”²²

§8. Consideraciones del demandado.

Por su parte, el Congreso de la República sostiene lo siguiente:

“El artículo 37º de la Ley de Partidos Políticos dispone que el Estado para proporcionar la franja electoral en los medios de comunicación privados, procede a contratar dichos espacios. Con tal motivo procede a compensar a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico. Pero, de ningún modo puede entenderse que los espacios de franja electoral que se contraten serán retribuidos exclusivamente con cargo al canon por el empleo del espectro radioeléctrico. (...).

...el Estado para cumplir con el fin de brindar educación —en este caso cívica y de fomento de la cultura democrática— contrata con los medios de comunicación social privados para ejecutar la franja electoral y cuenta, como presupuesto para retribuir por tales servicios, con los montos que se compensarán haciendo una reducción proporcional con cargo al canon por el uso del espectro

²⁰ Cfr. STC 0047-2004-AI, Fundamento, 54.

²¹ Cfr. pp. 12 y 13 de la demanda, a fojas 12 y 13 de autos.

²² Cfr. p. 26 de la demanda, a fojas 26 de autos.

radioeléctrico y además con S/. 20'000,000 (veinte millones de nuevos soles) de presupuesto aprobado a tal efecto para la ONPE, de acuerdo a lo que manda la Ley N° 28679..."²³

Y con relación a la supuesta afectación a las libertades de expresión e información afirma: "La franja electoral (...) permite ejercer el derecho a la libertad de expresión de todos aquellos partidos políticos y ciudadanos candidatos en contienda electoral, cumpliendo el deber del Estado de proporcionar los medios para que puedan ejercer su derecho de participación política, y se cumple y promueve el derecho de opinión y el derecho de información de las personas, ya que por intermedio de la franja electoral podrán precisamente los ciudadanos estar correctamente informados respecto del proceso electoral a fin de tener la capacidad de ejercer el derecho de sufragio estando informados."²⁴

§9. Consideraciones del Tribunal Constitucional.

Son distintas las razones que llevan a este Colegiado a discrepar de la posición de los demandantes, y, antes bien, a participar de buena parte de las consideraciones expuestas por el demandado. Tales razones se encuentran vinculadas con la función de los partidos políticos, el deber de garantizar el pluralismo democrático en igualdad, la naturaleza y configuración de la franja electoral, el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de información expresión, y la función social de los medios de comunicación. De ellas se ocupan detenidamente los fundamentos siguientes.

9.a Partidos políticos, pluralismo y franja electoral.

El artículo 43° de la Constitución califica a la República peruana como democrática. En efecto, Constitución y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la Constitución bien podría ser definida como la *juridificación* de la democracia²⁵. La Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace el pluralismo ejercido en condiciones de igualdad.

En ese sentido, el principio democrático no sólo fundamenta el Estado social y democrático de derecho, en general, sino que, de manera más concreta, articula las relaciones entre los ciudadanos, las organizaciones partidarias, las entidades privadas en las que subyace el interés público y las entidades públicas.

Ello ha sido expuesto por este Colegiado en estos términos:

"...el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa 'en la vida política, económica, social y cultural de la Nación', según reconoce y exige el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución. (...).

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45° de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de

²³ Cfr. pp. 2 y 5 de la contestación de la demanda, a fojas 101 y 104 de autos.

²⁴ Cfr. p. 31 de la contestación de la demanda, a fojas 130 de autos.

²⁵ Cfr. Aragón Reyes, Manuel. Estado y democracia. En: AA. VV. *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 31-45.

organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º, inciso 17 y 30º a 35º (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2º, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2º, inciso 5), de reunión (artículo 2º, inciso 12) y de asociación (artículo 2º, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, ‘herida de muerte’.

Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35º de la Constitución.”²⁶

Tal como expresa el artículo 35º de la Constitución, los partidos políticos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Representan el tránsito de una concepción individualista a una idea comunitaria y social de la representación. Por ello, son pilar fundamental como expresión del pluralismo político y democrático organizado.

El Estado Constitucional surge y se explica como el resultado de una opción libre y plural de varias posibilidades. En otras palabras, el pluralismo representa el espacio de libertad para la toma de decisiones que legitima el orden valorativo plasmado en la Constitución. En razón de ello, Tribunal Constitucional considera al valor del pluralismo como inherente y consubstancial al Estado social y democrático de derecho²⁷.

Los partidos políticos, como expresión de un pluralismo organizado, tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior de las entidades estatales representativas, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país²⁸. Dichas organizaciones políticas son, en fin, como expresa una feliz concretización de los artículos 2º 17 y 35º de la Constitución, prevista en el artículo 1º de la LPP, “...instituciones fundamentales para la participación política y base del sistema democrático.”

De esta manera, no constituye una simple posibilidad, sino un deber constitucional, que en tiempos de elecciones, el Estado adopte las medidas razonables para que los medios de radiodifusión coadyuven en difundir las propuestas democráticas de las fuerzas partidarias. Y es que, como ha expuesto la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegiado comparte,

“Lo esencial de la práctica política consiste en la labor de persuasión de los votantes en torno a unas ideas o personas específicas. La utilización de los medios de comunicación social es un instrumento

²⁶ Cfr. 0030-2005-PI, Fundamentos 22 y 23.

²⁷ Op. cit, Fundamento 14.

²⁸ Op. cit, Fundamento 13.

—quizás el más importante— para la realización de los objetivos buscados por la práctica política. Los partidos y movimientos políticos dependen hoy más que nunca de la publicidad. Buena parte de la lucha política actual se manifiesta en términos publicitarios o de imagen. Impedir esta posibilidad es tanto como truncar la participación.”²⁹

La franja electoral puede ser definida como el espacio en estaciones de radio y de televisión de propiedad privada y del Estado, al que tienen acceso de manera gratuita y proporcional, todos los partidos políticos o alianzas que participan en un proceso electoral, y que opera desde los 30 días anteriores a la realización de los comicios, hasta los 2 días previos al acto electoral, con una duración de entre 10 y 30 minutos diarios³⁰.

En atención a lo expuesto, la referida franja es un instrumento imprescindible en los medios de comunicación de señal abierta, pues resulta de vital importancia para que el pluralismo político, traducido en las propuestas democráticas de los partidos políticos y expuesto en vía de un pluralismo informativo, llegue a las masas ciudadanas y permita el ejercicio de un derecho de voto (artículo 31º de la Constitución) informado, razonado y, por ende, responsable. De ahí que la franja electoral sirva también como medio para aminorar las desigualdades “naturales” con las que los partidos políticos pueden ingresar a la campaña electoral, pues es un mecanismo que permite a todos —bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad— ingresar en contacto con el electorado, concretizando el principio-derecho de igualdad reconocido en el artículo 2º 2 de la Constitución.

En tal medida, en lo que a la franja electoral respecta, el Tribunal Constitucional interpreta que cuando el artículo 35º de la Constitución dispone que los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación del Estado, no significa que tales partidos tengan obligación de pagar los costos de la franja electoral en los medios de radiodifusión privada, sino tan sólo que mientras en el caso de los medios de radiodifusión estatal, el Estado no tiene el deber de pagar dichos costos (el Estado no tiene obligación de pagarse a sí mismo), en el caso de los privados, *prima facie*, algún pago o compensación debe verificarse.

Para los partidos políticos, sin embargo, en todos los casos (se trate de medios de radiodifusión públicos o privados), el acceso a la franja electoral debe ser gratuito.

Los demandantes, en estricto, no se oponen a que en la disposición cuestionada se hayan incluido a los medios de comunicación privados entre aquellos obligados a publicitar la franja electoral. Se oponen, tan sólo, a que, en el caso de dichos medios, dicha difusión opere de modo gratuito, es decir, sin que las compañías de radio y televisión privadas reciban una contraprestación por permitirla. Apoyan su posición, como fue expuesto, en el hecho de que el artículo 35º de la Constitución sólo hace mención al acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación social de propiedad del Estado. En efecto, la parte pertinente del segundo párrafo del artículo 35º de la Constitución, prevé lo siguiente:

“La ley establece normas orientadas a asegurar (...) el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado...”

Sucede, sin embargo, que, como bien ha advertido el demandado, los recurrentes incurren en un error de interpretación del artículo 37º de la LPP. Y es que una cosa es que dicho precepto disponga el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación privada, y otra, muy distinta, que éstos no vayan a recibir una compensación en razón del uso que los partidos hagan de la franja electoral. La disposición cuestionada es meridianamente clara al disponer que

²⁹ Cfr. Sentencia No. T-059/95, Fundamento 3.2.

³⁰ Cfr. artículos 37º y 38º de la LPP.

“El Estado compensa a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético.”

De esta manera, es el Estado el que, en cumplimiento del deber de promover y garantizar el funcionamiento democrático de los partidos políticos (artículo 35º de la Constitución), actúa como intermediario, compensando económicamente a los medios de comunicación con la reducción del canon por el uso de la franja electoral que realicen dichos partidos, sin que a éstos les irroge gasto alguno.

Se trata de una fórmula de financiamiento público *indirecto* de los partidos políticos por parte del Estado, a la que en ordenamientos comparados se suma, por ejemplo, la subvención por los gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral (Argentina, España, México...), o las exenciones fiscales o exoneraciones impositivas relacionadas a importación o exportación de bienes o a donaciones (Argentina, Brasil México, Nicaragua...).

En el caso peruano, a la franja electoral como medio de financiamiento público indirecto, se suma, de un lado, el financiamiento público directo, equivalente al 0.1 % de la Unidad Impositiva Tributaria por cada voto emitido para elegir representantes al Congreso (artículo 29º de la LPP), y, de otro, el financiamiento privado, manifestado en las cuotas y aportes en dinero de sus afiliados, los productos de las actividades propias del partido político y los rendimientos provenientes de su propio patrimonio, créditos, legados, etc. (artículo 30º de la LPP).

Debe tenerse en cuenta que tal financiamiento debe realizarse en el marco de la más absoluta transparencia, por lo que la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, tiene el deber de actuar de forma eficiente, no sólo exigiendo a todos los partidos que presenten sus informes financieros en la forma y tiempo previstos en la ley, sino también asegurándose de modo particular de que ninguna entidad de derecho público o gobiernos extranjeros participen con contribuciones indebidas, de conformidad con el artículo 30º de la LPP.

Asimismo, atendiendo a que la democracia bien puede ser definida como “el gobierno del público en público” (Norberto Bobbio), los partidos políticos y la ONPE, se encuentran proscritos de oponer limitaciones al ejercicio válido del derecho fundamental de acceso a la información pública, previsto en el artículo 2º 5 de la Constitución, pues sólo de ese modo quedará plenamente garantizada la participación y control ciudadanos en el desarrollo de las actividades y financiamiento de los partidos políticos; debiéndose tener en cuenta que, como bien ha dispuesto el artículo 31º de la LPP, “Salvo prueba en contrario, los aportes no declarados por los partidos políticos se presumen de fuente prohibida.”

Es evidente, entonces, que si por el uso por parte de los partidos políticos de la franja electoral los medios de comunicación privada verán reducido proporcionalmente el canon que deben abonar por el uso del espectro electromagnético como recurso natural de dominio estatal —canon que se encuentra previsto en el artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 702 y reglamentado por los artículos 210º, 212º, 213º, 214º, 215º, 216º y 216º A del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N.º 06-94-TTC, y, más recientemente, por la Resolución Ministerial N.º 390-2006-MTC-03, que aprobó el “Procedimiento para la compensación a los medios de comunicación contratados por la Oficina Nacional de Procesos Electorales para la difusión de la Franja Electoral en las Elecciones Generales 2006 con la reducción proporcional del canon”—, en modo alguno podría afirmarse —como erróneamente hacen los

recurrentes— que tales medios se ven obligados a permitir dicha difusión de modo gratuito.

Cuestión distinta es —como bien afirma el demandado³¹— que los recurrentes consideren “insuficiente” dicha compensación. En efecto, según se sostiene en la demanda: “...es un despropósito pretender que con el ingreso de lo recaudado por el concepto de canon que pagan [] los medios de comunicación social se pretenda pagar el importe del costo por los espacios de franja electoral establecido en el artículo 37º de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, por cuanto es una suma muy inferior lo que se paga por canon.”³²

Para sustentar su afirmación los demandantes acompañan a la demanda cuadros comparativos de los costos publicitarios generados por el uso de la franja electoral con los costos que para los medios de comunicación privados derivan del pago del canon, elaborados por las gerencias comerciales y generales de Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (Frecuencia Latina), Andina de Radiodifusión S.A.C. (ATV) y Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (América). En dichos cuadros, se observa que, en efecto, los costos del canon para los medios de comunicación privados, son bastante menores que los costos publicitarios que supondría el uso de la franja electoral.

Al respecto, el Tribunal Constitucional aprecia que al razonar en dicho sentido, los recurrentes no han tenido en cuenta que la reducción del canon no es la única compensación que los medios de comunicación reciben por el uso por parte de los partidos políticos de la franja electoral. En efecto, el Estado, en decisión que ingresa dentro del marco de lo constitucionalmente posible, aunque no de lo constitucionalmente exigible, ha dictado la Ley N.º 28679, mediante la cual se ha facultado a la ONPE a efectuar las acciones necesarias para la contratación de los espacios para la difusión de la franja electoral en medios de radiodifusión sonora y por televisión, de propiedad privada y del Estado, para lo cual se le autoriza a destinar S/. 20'000,000.00 (veinte millones de soles) con cargo a su presupuesto institucional.

Por lo demás, esta sola constatación, desvirtúa la afirmación de los recurrentes, conforme a la cual la disposición cuestionada vulnera el derecho en mérito del cual nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, previsto en el artículo 23º de la Constitución.

Asimismo, según se fundamenta a continuación, en la posición de los demandantes subyace un desconocimiento o error de interpretación del rol de las libertades de información y de expresión, y de la función social de los medios de comunicación en el Estado social y democrático de derecho.

9.b Las libertades de información y expresión.

El artículo 2º 4 de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información. Aún cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido artículo constitucional las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un contenido protegido propio. De ahí que el Tribunal Constitucional tenga expuesto que

“Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la

³¹ Cfr. p. 34 de la contestación de la demanda, a fojas 133 de autos.

³² Cfr. p. 7 de la demanda, a fojas 7 de autos.

Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la *difusión* del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz.”³³

Las libertades de la comunicación del discurso, tienen una doble dimensión, ambas condicionadas recíprocamente: una individual y otra social. Como bien ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la primera consiste en que nadie pueda ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, libertad que no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o a escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. Por su parte, la dimensión social, de contenido institucional, se encuentra orientada a garantizar el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, implicando también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos o noticias. Para el ciudadano tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia³⁴.

Las libertades *in comento*, son pues, garantía de la difusión del pensamiento y la información, por ende, base inseparable del pluralismo democrático. Se tratan, por tanto, no sólo de derechos fundamentales, sino de garantías institucionales para la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática.

A criterio del Tribunal Constitucional, resulta evidente que cuando los recurrentes han efectuado los cálculos a efectos de pretender demostrar que la compensación con la reducción del canon resulta insuficiente para cubrir los costos de la franja electoral, lo han hecho desde una perspectiva única y exclusivamente rentista o de lucro comercial, es decir, atendiendo a los costos de la publicidad televisiva y radial en el mercado. Olvidan, en consecuencia, que la franja electoral no puede ser concebida como si tuviera por objeto difundir ante la población peruana un producto o servicio más de los muchos que se distribuyen en el mercado bajo las reglas de la oferta y demanda, sino que se trata, a la luz de lo expuesto, de un medio para canalizar el pluralismo político, garantizar la igualdad y situar a las fuerzas partidarias en el más directo contacto con la mayor cantidad posible de ciudadanos, en momentos en los que la necesidad de viabilizar la información política partidaria alcanza su máxima expresión, esto es en los días más próximos al acto de sufragio.

Tal como ha expuesto la CIDH,

“...en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un verdadero instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los diferentes candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión. (...).

El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los

³³ Cfr. STC 0905-2001-AA, Fundamento 9.

³⁴ Cfr. Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú. Serie C – N.º 74, del 6 de febrero de 2001, párrafos 146 a 148.

candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En ese sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.”³⁵

En definitiva, lejos de compartir el criterio de los demandantes conforme al cual la franja electoral genera consecuencias negativas en la efectiva vigencia de las libertades de expresión e información, este Tribunal considera que la disposición impugnada, al instituir la franja electoral, optimiza el contenido constitucionalmente protegido de dichas libertades, permitiendo que el electorado conozca, valore y divulgue las propuestas e ideas de los distintos partidos políticos y sus más representativos candidatos, en aras de fortalecer la cultura democrática de nuestra sociedad, la institucionalidad de las organizaciones políticas y la responsabilidad debida en el ejercicio del derecho de voto.

9.c La función social de los medios de comunicación.

Los medios de comunicación cumplen un rol de vital importancia en el Estado social y democrático de derecho. No sólo permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo inherente a una sociedad democrática, sino que, a su vez, por su cada vez mayor alcance difusivo, se convierten en potencial instrumento de integración social. Dichos medios deben encontrarse orientados a asegurar la plena vigencia de las libertades de expresión e información, y del pluralismo democrático; de ahí que el Constituyente haya previsto no sólo que los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación (último párrafo del artículo 2º 4 de la Constitución), sino también que

“La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado o de los particulares.”³⁶

La captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión de la información y de la expresión, sean escritas, visuales o auditivas, coarta la libre formación del pensamiento, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, sea consensual o disidente. La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías.

Prueba de cuanto se afirma es que la incautación de los medios de comunicación, sea abierta (como en el período 1968 – 1980) o subrepticia (1992 – 2000), ha sido en nuestra historia reciente signo inequívoco de supresión de la democracia, y con ella, de diversos derechos fundamentales de la persona, haciendo de la Constitución una mera propuesta semántica y carente de eficacia, en los términos de Lowenstein.

Por otra parte, así como existen monopolios comunicativos impuestos por gobiernos autoritarios de turno, es deber fundamental de los medios de comunicación no ceder ante

³⁵ Cfr. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Etapa de fondo, Serie C –N.º 111, del 31 de agosto de 2004, párrafos 88 y 90.

³⁶ Vid. Artículo 61º de la Constitución.

una suerte de monopolio “natural”, producto del eventual e inadecuado ejercicio del poder que les viene asignado en las sociedades de nuestro tiempo.

Así, por ejemplo, el reconocido profesor Pedro de Vega considera que “...el proceso de mundialización del mercado y de cosmopolitización de la vida social y política, se ha visto acompañado por la aparición de los grandes monopolios de la comunicación y la información, capaces no sólo de crear las llamadas culturas del uniformismo, sino de generar una opinión pública también uniforme, manipulada e impuesta, y que nada tiene que ver con la opinión libre y racional con la que soñara el primer liberalismo. (...) [L]a agenda (...) ya no viene determinada por los hechos y las circunstancias que realmente acaecen, sino por los criterios, intereses y conveniencias de esos monopolios, dueños de los centros generales de información. (...) No es la opinión pública el gran tribunal social que controla al poder, sino que es el poder [privado] el que no sólo controla la opinión pública, sino que, además, la crea. (...). La gran cuestión no puede ser ya la de cómo justificar el poder del representante sin que traicione la voluntad del representado, sino la de cómo legitimar el poder público frente al poder privado, al Estado frente al mercado.”³⁷

El Tribunal Constitucional considera que estos peligros pueden ser debidamente evitados, si los medios de comunicación privados cumplen con el deber que les viene asignado por la Constitución, consistente en colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la sociedad (artículo 14º de la Constitución), además de las otras obligaciones propias de la función social que cumplen en el Estado social y democrático de derecho y que se encuentran debidamente concretizadas en el Artículo II del Título Preliminar de la LRT; a saber, la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad, garantizar la libertad de expresión, de pensamiento y de opinión, el respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural, la defensa del orden jurídico democrático y de los derechos fundamentales, garantizar la libertad de información veraz e imparcial, la protección y formación integral de los niños y adolescentes, la promoción de los valores y la identidad nacional, el respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar, y el respeto al derecho de rectificación.

En atención a lo expuesto, así como la franja electoral no puede ser analizada a manera de producto o servicio mercantil, tampoco los medios de comunicación pueden ser concebidos como comunes entidades empresariales, máxime si éstas, de por sí, tienen una responsabilidad social en el Estado social y democrático de derecho. En efecto, el Tribunal Constitucional ha destacado que

“...la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Lo ‘social’, se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.”³⁸

37 Cfr. Vega, Pedro De. Democracia, representación y partidos políticos. En: *Pensamiento Constitucional*. N.º 2, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 24 a 25.

38 Cfr. STC 0048-2004-PI, Fundamentos 15 y 16.

En el caso de los medios de comunicación social, el razonamiento no sólo no puede ser distinto, sino que, en su caso, como quedó dicho, el compromiso social viene impuesto expresa y específicamente por la propia Constitución, en su artículo 14º, y por la legislación dictada conforme a ella. A lo que cabe añadir que la defensa de la Constitución y, consecuentemente, la del sistema democrático, es un deber de “todos los peruanos” (artículo 38º de la Constitución).

Es así que los medios de comunicación tienen un deber social inherente que les obliga a relativizar sensiblemente (sin extinguirlo) su ánimo de lucro cuando de coadyuvar con la consolidación de los valores constitucionales y democráticos se trata, entre los que se encuentra, sin duda, el pluralismo político en condiciones de igualdad. En efecto, siendo la franja electoral un medio de efectivizar la información y participación políticas, tanto partidaria (a nivel activo), como ciudadana (a nivel pasivo), promueve la educación política y contribuye a crear una moral pública en compromiso con los valores democráticos. Por ello, de una adecuada interpretación del artículo 14º de la Constitución, deriva el deber de los medios de comunicación social privados y públicos de difundir la franja electoral.

Y es que como ha tenido ocasión de destacar la CIDH:

“...si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuo o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.”³⁹

En suma, en observancia de lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que la disposición incoada no atenta contra las funciones que los medios de radiodifusión privados cumplen en un Estado social y democrático de derecho. Por el contrario, resulta plenamente compatible con ellas, optimizándolas.

3.2 Sobre la supuesta afectación de la propiedad privada.

§10. Consideraciones de los demandantes.

El argumento en virtud del cual los demandantes consideran que la disposición impugnada afecta el derecho de propiedad, resulta bastante escueto. Afirman que “Como se puede apreciar de una lectura del artículo 35º de la Constitución de 1993 lo que se reconoce es el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado y no a los medios de radiodifusión y televisión de propiedad privada como lo establece el artículo 37 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, que de esta forma contraviene por el fondo la Constitución de 1993.”⁴⁰

§11. Consideraciones del demandado.

Al respecto el demandado sostiene lo siguiente:

“...los medios de comunicación social privados, ostentan un derecho de propiedad sobre todo lo correspondiente a sus instalaciones e infraestructura que les permite realizar la labor de comunicación social en el país. Sin embargo, lo que no consideran los demandantes es que el derecho de propiedad que ejercen se reduce estrictamente a sus instalaciones y bienes particulares, y que la labor de comunicación social obedece al carácter de servicio de radiodifusión de interés

³⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 34.

⁴⁰ Cfr. p 24 de la demanda, a fojas 24 de autos.

público que prestan a la comunidad nacional y a la explotación del recurso natural, patrimonio de la nación, que es el denominado espectro radioeléctrico que el Estado les ha autorizado a explotar.”

§12. Consideraciones del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional comparte el criterio del demandado, pues como correctamente ha afirmado, los medios de comunicación privados no ejercen propiedad alguna sobre el espectro electromagnético. Su derecho de propiedad se reduce al dominio ejercido sobre la infraestructura que les permite dispensar el servicio público de telecomunicación (estación de televisión o equipos técnicos, por ejemplo), la que, por lo demás, no es utilizada para difundir la franja electoral, puesto que, tal como dispone el propio artículo 37º de la LPP,

“El Estado pone a disposición de los partidos su infraestructura de radio y televisión para la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral.”

Como ha sido expuesto en esta sentencia, el espectro radioeléctrico o electromagnético, es un recurso natural. En ese sentido, de conformidad con el artículo 66º de la Constitución, es patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Es por ello que el artículo 11º de la LRT establece que

“Corresponde al Ministerio [de Transportes y Comunicaciones] la administración, la atribución, la asignación, el control y en general cuanto concierne a la gestión del espectro atribuido a dicho servicio, así como la representación del Estado ante la Unión Internacional del Telecomunicaciones.”

Asimismo, en tanto recurso natural y bien de dominio público, el uso del espectro radioeléctrico se atribuye y se ejerce en armonía con el interés público y el bienestar de la sociedad toda. Es así que el Estado puede autorizar a los medios de radiodifusión su uso, pero en ningún caso transmitir el dominio que sobre él ejerce, manteniendo para sí la supervisión y un control general del espectro en aras de garantizar que sus fines en ningún caso disientan del interés público y social que le es inherente.

La regulación de la franja electoral —como quedó dicho—, al permitir el acceso de los partidos políticos a la señal que utilizan los medios de comunicación privados, comulga con tales objetivos, por lo que este Tribunal, lejos de considerarla inconstitucional, tiene el deber de promoverla y garantizarla.

Sin perjuicio de lo antedicho, es pertinente recordar la función social que viene reconocida a la propiedad por el artículo 70º de la Constitución, la cual ha sido abordada por el este Tribunal en los siguientes términos:

“Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares (...), sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. (...). [C]uando el artículo 70º de la Constitución establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, presupone, de un lado, que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por

otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común.”⁴¹

3.3 Sobre la supuesta afectación de la libertad de empresa.

§13. Consideraciones de los demandantes.

Finalmente, los demandantes aducen que la disposición impugnada atenta contra la libertad de empresa, reconocida en el artículo 59º de la Constitución. En tal sentido, refieren:

“...las consecuencias directas de la aplicación del inconstitucional artículo 37º de la Ley que impugnamos son de tal magnitud que no solamente afecta derechos de propiedad sino también atenta contra la subsistencia de [] las empresas de radio y televisión impidiendo la continuación de actividades empresariales de radiodifusión. (...).

La norma vulnera derechos constitucionales, pues restringe la única fuente de ingresos que se tiene, justamente lo obtenido de la publicidad que se comercializa. Con ello se atenta en contra de los trabajadores y las familias que éstos sostienen; poniendo en serio riesgo la participación en el mercado...”⁴²

§14. Consideraciones del demandado.

Al respecto, el demandado replica lo siguiente:

“...son múltiples las manifestaciones de la actividad económica en las cuales se ejerce la libertad de empresa. Empero ellas pueden ser clasificadas en tres dimensiones básicas:

Libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado: referido a libertad de emprender actividades económicas, de fundar empresas y de acceder al mercado de bienes y servicios.

Libertad de organización del empresario: libertad de elección de formas, nombre o identidad de la empresa, libre emplazamiento, constitución interna, entres otros.

Libertad de dirección de la empresa: libertad de ejercicio de la actividad empresarial: libertad de tomar decisiones y de competir en el mercado libre. Se refiere, entre otros, a la libertad de producción, de inversión de fijación de una política o estrategia comercial, libertades de distribución y venta, entre otros.

Ninguna de estas dimensiones de la libertad de empresa son vulneradas por el artículo 37º de la Ley de Partidos Políticos.”⁴³

§15. Consideraciones del Tribunal Constitucional.

La libertad de empresa, consagrada por el artículo 59º de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado es el fundamento de su actuación y, simultáneamente, el que impone los límites de su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la Constitución y la ley —siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan del interés público, el bien común, la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente—, y su ejercicio debe respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce⁴⁴.

Asimismo, este Colegiado tiene establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, está determinado, a su vez, por cuatro tipo de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

⁴¹ Cfr. STC 0048-2004-AI, Fundamentos 78, 79, 80 y 84. El criterio también ha sido expuesto *in extenso* en el Fundamento 26 a. de la STC 0008-2003-AI.

⁴² Cfr. pp. 5 y 13 de la demanda a fojas, 5 y 13 de autos.

⁴³ Cfr. p 45 de la contestación de la demanda, a fojas 124 de autos.

⁴⁴ Cfr. SSTC 0008-2003-AI, Fundamento 26 d, y 0001-2005-PI, Fundamento 45.

En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno⁴⁵.

Atendiendo a lo expuesto por los recurrentes, éstos consideran que la disposición impugnada vulnera la primera de las dimensiones de la libertad de empresa, pues consideran que las consecuencias directas de su aplicación, al restringir lo que denominan “la única fuente de ingresos” de las empresas de radiodifusión (haciendo alusión a la publicidad), impedirán la permanencia de sus actividades y, consecuentemente, su concurrencia en el mercado.

Resulta claro que el deber social de los medios de comunicación privados en el Estado social y democrático de derecho, desarrollado en fundamentos precedentes de esta sentencia, no podría suponer exigir a tales empresas que restrinjan su margen de utilidades hasta el extremo de poner en riesgo su permanencia en el mercado del servicio público de radiodifusión. Siendo ello así, de ser acertado el alegato de los recurrentes, en efecto, la disposición incoada incurriría en una afectación del derecho a la libertad empresarial, reconocida en el artículo 59º de la Constitución.

Sucede, empero, que a la luz del análisis de los ingresos que la publicidad comercial genera para los medios de comunicación privados, y que los propios recurrentes han puesto en conocimiento de esta sede, el Tribunal Constitucional encuentra imposible que el argumento de los recurrentes resulte acertado.

En efecto, de conformidad con la documentación anexada a la demanda, y por sólo citar un ejemplo, por 10 minutos al día de publicidad comercial entre las 19:50 horas y las 20:00 (durante los días lunes a viernes), Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (Frecuencia Latina), Andina de Radiodifusión S.A.C. (ATV) y Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (América), reciben entre \$ 26,660.00 (veinte seis mil seiscientos sesenta dólares americanos) y \$ 30,000.00 (y treinta mil dólares americanos)⁴⁶. Esto quiere decir que sólo por 10 minutos del día, en el horario indicado, tales medios no facturan menos de \$ 9'500,000.00 (nueve millones quinientos mil dólares) al año por concepto de publicidad.

Siendo ello así, considerar que una franja electoral que sólo toma entre 10 y 30 minutos durante 28 días del año, y que no se difunde todos los años, pueda situar en riesgo financiero a las empresas radiodifusoras, es un argumento que carece de todo sustento, y que sólo podría encontrar asidero en una perspectiva netamente utilitarista, ajena (aisladamente considerada) a la función social que los medios de comunicación deben cumplir en un Estado social y democrático de derecho como el peruano (artículo 43º de la Constitución).

En tal sentido, y finalmente, el Tribunal Constitucional tampoco considera que la disposición cuestionada afecte la libertad de empresa, reconocida en el artículo 59º de la Constitución.

⁴⁵ Cfr. STC 0001-2005-PI, Fundamento 46.

⁴⁶ Vid. Cuadros de costos publicitarios, obrantes a fojas 59, 60 y 61 de autos.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

EXP. N.º 0003-2006-PI/TC

LIMA

MÁS 5 MIL CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Considero mi deber explicitar algunas razones adicionales a las que contiene la sentencia.

La persona humana tiene, objetiva y subjetivamente, valores consagrados internacionalmente por tratados que, al haber sido celebrados por el Estado, forman parte del derecho nacional y, además, están constitucionalmente reconocidos.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos asegura que

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley.

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa, en lo que se refiere a la protección de la honra y la dignidad, que

11.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

11. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

11.3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Los derechos humanos constitucionalmente protegidos no son absolutos ni ilimitados. Respecto al ámbito de los derechos fundamentales, Enrique Álvarez Conde ("Curso de Derecho Constitucional", Vol. I, 3.^a Edición- Tecnos, pag. 296) comenta que

Así, pues, hay límites expresos e inmanentes que afectan al propio contenido esencial del derecho, planteando el problema del papel atribuido al legislador en el desarrollo de esos límites, en el sentido de que si se encuentra o no constitucionalmente habilitado para crearlos. Es decir, el simple reconocimiento constitucional de los derechos y libertades implica la existencia de los mismos, siendo únicamente legítimos los que vengan normativamente determinados (L. Aguiar). Cuestiones tales como la existencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, la interdicción del abuso del derecho y el ejercicio antisocial de los mismos son suficientemente reveladoras.

Junto a esos límites expresos e inmanentes, hay que señalar que el sistema de relaciones entre los derechos y libertades conduce, necesariamente, que todos los derechos encuentran un límite en los derechos de los demás. A tal efecto, pueden establecerse las siguientes premisas:

Cuando hay una colisión entre dos derechos fundamentales, hay que acudir a un sistema de ponderación, que históricamente ha cristalizado en la teoría de las libertades preferentes, y que nuestra jurisprudencia constitucional ha predicado de la libertad de expresión.

Cuando hay una colisión entre un derecho fundamental y otro no fundamental, lógicamente hay que admitir la prevalencia de aquél.

Finalmente, cuando se produce la colisión entre un derecho, sea fundamental o no, y un bien constitucionalmente protegido, la solución general debería ser la prevalencia del derecho. Sin embargo, nuestra jurisprudencia constitucional, como ya veremos, ha establecido importantes excepciones que, en algún caso, pueden suponer la prevalencia del bien constitucionalmente protegido sobre el derecho fundamental en cuestión.

Así, pues, la idea de derecho fundamental tiene un carácter contingente y su proceso de configuración ha de tener en cuenta tantos criterios sustanciales como formales. Estaríamos, pues, en presencia de un derecho fundamental cuando el mismo, por responder a unos planteamientos valorativos socialmente aceptados, es reconocido como tal por el ordenamiento jurídico, reconocimiento que implica un cierto grado de

prevalencia sobre los demás y acentúa su condición de derecho subjetivo, en el sentido de ser directamente accionable ante los jueces y tribunales, y estar dotado de una protección jurisdiccional determinada.

En el Perú, don José de San Martín, por decreto del 8 de setiembre de 1820, declaró, entre otros conceptos, que

Revestido de la autoridad suprema por el imperio de las circunstancias en estos momentos difíciles, y responsable ante los ojos de la Patria del ejercicio de ella, me abstendré, por sentimientos y por deber, de ser tirano y de ser débil. Mas como el depósito que se me ha confiado es tan precioso, exige en todas mis operaciones un grado de energía capaz de producir el bien; y por tanto, después de una meditación detenida haré ejecutar irrevocablemente las medidas que me hubieren parecido oportunas, y a las cuales protesto que presidirán siempre la moral y la justicia.

Específicamente, en lo concerniente a nuestra Nación, el general San Martín fue consciente de que, a pesar de que para alcanzar su independencia, el Perú requería ejercer plenamente el poder político, debía actuar con cautela para no violar innecesariamente los derechos de sus habitantes.

En el Estatuto Provisional, dado el 8 de octubre de 1821, el general San Martín expresó que

Mientras existan enemigos en el país, y hasta que el pueblo forme las primeras nociones del gobierno de sí mismo, yo administraré el poder directivo del estado, cuyas atribuciones, sin ser las mismas, son análogas a las del poder legislativo y ejecutivo. Pero me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo; y nada importa que se ostenten máximas exquisitamente filantrópicas, cuando el que hace la ley o el que la ejecuta, es también el que la aplica.

El pensamiento de San Martín mantiene vigencia en momentos en que se debate la eventual intervención en el Poder Judicial, cuya autonomía fue mellada por los avatares políticos y, especialmente, durante el último decenio dictatorial.

Las ideas libertarias fueron compartidas, con entusiasmo, por los peruanos. Es por ello que, a partir de 1821, se publican en Lima, eventualmente, “El Satélite Peruano”, “El Peruano Liberal”, “El Verdadero Peruano”, el “Boletín del Ejército Unido”, “El Triunfo de la Nación”, “El Americano”, “Los Andes Libres”, “El Sol del Perú”, entre otros.

En 1827, aparecen “El Peruano”, “El Telégrafo de Lima”, en apoyo al general La Mar; y “El Mercurio Peruano”, dirigido por José María Pando, que apoyaba a Gamarra. En 1837, se publica “El Comercio”.

Aunque entre la normatividad y la normalidad constitucionales el divorcio ha sido constante, conviene recordar que, en cuanto a la denominada libertad de expresión, existen precedentes constitucionales que la amparan.

Así, en las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, de 17 de diciembre de 1823, se dispuso que

La Constitución debe proteger:
La libertad de imprenta

En el Artículo 193 de la Constitución de 1823 se declararon inviolables, entre otros derechos, los de

La buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.

La libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle.

Es, pues, esta Carta la primera que, en el Perú, hace referencia, como garantías constitucionales, sujetas al desarrollo legislativo, a los derechos al honor, a la presunción de inocencia y a la libertad de expresión.

Es, igualmente, pertinente remarcar que el Artículo 5 de la Constitución de 1823 señaló enfáticamente que

La Nación no tiene facultad para decretar leyes que atenten a los derechos individuales.

El Decreto del Congreso Constituyente, de 11 de noviembre de 1823, declaró que

Queda en suspenso el cumplimiento de los Artículos constitucionales que sea incompatibles con la autoridad y facultades que residen en el Libertador, y con las que asisten al gobierno para dictar las providencias más enérgicas y eficaces que son indispensables para la salvación del país; hasta que las circunstancias de la presente guerra hayan variado a juicio del Congreso, y desaparezca la necesidad de tan inevitable medida.

Por lo tanto, quedó en suspenso –vale decir, no rigió- la Constitución de 1823.

Además, la ley de 12 de noviembre de 1823 -con 8 títulos y 91 Artículos- reglamentó la libertad de prensa.

El Artículo 143 de la Constitución de 1826 garantizó que

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa; pero bajo la responsabilidad que la ley determine.

La libertad de expresión, de acuerdo con la norma transcrita, no estaba sujeta a censura previa; pero la ley de desarrollo constitucional –que no se expidió- debía determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.

El presidente Santa Cruz expidió el Reglamento de Imprenta de 17 de diciembre de 1826; y la ley de 26 de julio de 1827 puso en vigencia, nuevamente, la de 12.11.1823.

Dentro de las disposiciones generales (Título Noveno) de la Constitución de 1828, los Artículos 153 y 164, respectivamente, disponían que

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa, pero bajo la responsabilidad que determine la ley.

Todo ciudadano tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a ley.

Se repitió, pues, el precepto 143 de la Carta precedente, y se reincorporó la norma referida al honor de los ciudadanos.

El Título Noveno de la Constitución de 1834 se denominó “Garantías Constitucionales”, y los Artículos 14 y 160, respectivamente, establecían que

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, o publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa; pero bajo la responsabilidad que determine la ley.

Todo ciudadano tiene derecho a conservar su buena reputación, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes.

Puede observarse que mientras se mantiene el texto relacionado con la libertad de expresión, no ocurre lo mismo en cuanto al derecho al honor que es condicionado a los talentos y virtudes de los ciudadanos.

Las garantías individuales formaban parte de las garantías constitucionales en la Constitución de 1839, y sus Artículos 156 y 166 repitieron los respectivos textos de la Carta de 1834.

Castilla, por decreto de 25 de mayo de 1855, dispuso la competencia de los jueces ordinarios para conocer los juicios de imprenta.

En la Constitución de 1856 se advierte que, después de los Títulos I y II referentes a la Nación y a la Religión, el Título III trató de las Garantías Constitucionales, que las Cartas anteriores dejaron al final. Sin embargo, entre las garantías individuales, el Artículo 20 indicaba que

Todos pueden hacer uso de la imprenta sin censura previa, bajo la responsabilidad que determine la ley.

Varió la forma del precepto, pero su esencia fue semejante a los precedentes.

Conviene, empero, hacer notar que las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839 establecieron determinados requisitos para ser ciudadanos. No todas las personas humanas eran ciudadanos.

Con la reforma introducida por la ley de 26 de marzo de 1884, los Artículos 16 y 21 de la Constitución de 1860, dispusieron, respectivamente, que

La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión

Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos sin censura previa, pero bajo la responsabilidad que determina la ley.

Por leyes de 25 de mayo de 1861 y 20 de diciembre de 1868, se declaró vigente, nuevamente, la ley de 12 de noviembre de 1823.

La efímera Constitución de 1867 consagró en su Artículo 20 que

Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos, sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general.

En las publicaciones sobre asuntos personales, se hará efectiva la responsabilidad de los autores y editores conforme a lo dispuesto, para esta clase de asuntos, en la ley que instituye el jurado.

Toda publicación que ataque la vida privada de los individuos, será firmada por su autor.

Esta norma fue más explícita que las anteriores, pues hace la distinción entre asuntos de interés general y asuntos personales. Respecto de los primeros, no existía ninguna responsabilidad; pero en cuanto a los segundos –los personales–, la responsabilidad era compartida. Finalmente, las publicaciones con ataque al honor de las personas requerían firma del autor.

La Constitución de 1920 clasificó las garantías en nacionales, individuales y sociales. Entre las garantías nacionales, el Artículo 21 señalaba que

La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la Patria, en los casos que determine la ley.

Parece impropio que, como garantía nacional, se incluyera el derecho al honor de las personas.

Como garantías individuales, los Artículos 23 y 34, respectivamente, consagraron los principios según los que

Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ciencias.

Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos sin censura previa, bajo la responsabilidad que determina la ley.

La Constitución de 1933 enfatizó en sus Artículos 63 y 64 que

El Estado garantiza la libertad de prensa. Todos tienen el derecho de emitir libremente sus ideas y sus opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión, bajo la responsabilidad que establece la ley. La responsabilidad concierne al autor y al editor de la publicación punible, quienes responden solidariamente de la indemnización que corresponda a la persona damnificada.

Los tribunales ordinarios conocerán en los delitos de imprenta.

Asimismo, el Artículo 69 de esa misma Carta señaló que

Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus.

Incluso, las garantías reconocidas por los Artículos 63 y 64 de la Constitución de 1933 no podían ser suspendidas por el Poder Ejecutivo, por no estar enumerada por el Artículo 70 de dicha Carta.

Puede advertirse que, por vez primera, la Constitución de 1933 usa la frase “o de cualquier otro medio de difusión”, por cuanto estaban ya en uso en el Perú las estaciones de radiodifusión sonora.

Empero, la realidad que padeció la República durante la vigencia de la Constitución de 1933, como se verá más adelante, fue totalmente distinta.

La Constitución de 1979 tiene un diseño diferente. Empieza con un Preámbulo que preconiza la primacía de la persona humana y de sus atributos iguales y de validez universal.

El Artículo 1 declaraba que

La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y de protegerla.

El Artículo 2, entre los derechos y deberes fundamentales de la persona, consignó los referidos

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

También es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

Al honor y buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley.

Se incorporó, pues, como derecho constitucional, el de rectificación de informaciones inexactas o agravantes, en forma gratuita, y sin perjuicio de las responsabilidades de ley (que pueden ser penales o civiles).

Los Artículos 21 y 22 de la misma Constitución de 1979, en cuanto a educación y cultura dispusieron, respectivamente, que

El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana. La educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad. Se inspira en los principios de la democracia social. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza.

La educación fomenta el conocimiento y la práctica de las humanidades, el arte, la ciencia y la técnica. Promueve la integración nacional y latinoamericana; así como la solidaridad internacional.

La formación ética y cívica es obligatoria en todo proceso educativo. La educación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia. Es determinada libremente por los padres de familia.

La enseñanza sistemática de la Constitución y de los Derechos Humanos es obligatoria en todos los centros de educación civiles, militares y policiales en todos los niveles.

Igualmente, el Artículo 37 de esa Carta ordenó que

Los medios de comunicación social del Estado se hallan al servicio de la educación y la cultura.

Los privados colaboran a dichos fines de acuerdo a ley.

En cuanto a la Constitución de 1993, actualmente vigente, el Artículo 1 declara que

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Ese precepto –fundamento básico de la arquitectura constitucional– está complementado con el Artículo 2 conforme al cual toda persona tiene derecho

(2.2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;

(2.4) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización o censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

(2.7) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Tal como lo hiciera, primero, la Constitución de 1933, y, después, la Carta de 1979, la vigente Constitución usa la frase “por cualquier medio de comunicación”, la que incluye, por ende, a la prensa escrita, las estaciones de radiodifusión sonora, la televisión y la informática. Se pueden considerar, también, como tales a los carteles que se exhiban públicamente o a los equipos sonoros colocados en plazas, vías públicas o en vehículos.

Los medios de comunicación social son, pues, de diversa naturaleza. Nuestro derecho constitucional es, a este respecto, amplio.

La prensa escrita ha evolucionado -¿o revolucionado?- significativamente en los últimos sesenta años con el uso de la tecnología. La circulación de diarios y revistas es masiva e inmediata hasta lugares distantes.

La radiodifusión lleva la noticia y el comentario al instante y sin importar las fronteras.

La televisión es portadora no sólo del sonido sino también de la imagen “en vivo y en directo”.

La informática se introduce en hogares y en oficinas, incluso clandestinamente.

Mientras que no existe límite para fundar medios de comunicación escritos, el uso del espectro electromagnético es limitado y está sujeto –por ser recurso natural de propiedad de la Nación- a su concesión a particulares.

Es frecuente la grito de algunos medios de comunicación contra las autoridades que no son celosas en impedir el uso clandestino de frecuencias radiales o televisivas.

Adicionalmente, el Artículo 3 de la Constitución de 1993 posibilita la inclusión de otros derechos fundamentales implícitos o innominados.

Respecto a la protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional (STC N.º 1417-2005-AA, de 8/7/2005-F21) ha determinado que

Todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental

sólo resulta válido en la medida en que el contenido esencial se mantenga incólume. El contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de ese conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

Además, el TC (STC 2262-2004-HC, de 17/10/2006-F 13) ha precisado que

Si bien la Constitución señala en su Artículo 2, inciso 4, la existencia de “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”, en realidad existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues el derecho a la opinión sólo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en el que la comunicación puede llegar al público.

Es atributo de la libertad de información su veracidad. El TC (STC 0905-2001-AA, de 14/8/2002-F11) ha declarado que

El objeto protegido (por la libertad de información) es la comunicación libre, tanto la de los hechos como de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública.

Cuando un medio de comunicación falta a la veracidad informativa está obligado a hacer la correspondiente rectificación, si es pedida por el afectado. En tal sentido, el TC (STC 3262-2004-AA/TC, de 29/8/2006) ha indicado que

El fin que cumple en el espectro constitucional hace que el derecho fundamental a la rectificación deba estimarse como uno meramente relacional, al tratar de entablar una concomitancia entre los derechos comunicativos y el derecho al honor, y presentándose en una última instancia como forma de protección de este último, pero únicamente cuando se produce el ejercicio abusivo de los primeros. Partiendo de la base de la igualdad entre los derechos fundamentales, es la misma Constitución la que permite una fórmula para equipararlos, pero sólo en caso de que se produzca el avasallamiento de uno de ellos en detrimento del otro.

Asimismo, retomando la teoría procesal de los derechos fundamentales, podemos observar cómo la rectificación se exhibe como un mecanismo adecuado de salvaguardia del honor. Una de las maneras en que el derecho al honor de una persona puede ser amparado es a través de una utilización correcta y adecuada de la rectificación. Así, en el fundamento 23 de la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 29 de agosto de 1986, **Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 7/86)**, se ha señalado que

(...) la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al ‘respeto a los derechos o a la reputación de los demás’ (...).

Es así como la rectificación aparece como una vía para hacer valer la responsabilidad ante el ejercicio abusivo de los derechos comunicativos en desmedro del honor de los demás.

Por ello, fluye como un mecanismo idóneo y adecuado para que el derecho al honor, en un sistema de integración de derechos, pueda ser protegido ante un derecho comunicativo cuando éste es ejercido de manera inconstitucional, a través de datos inexactos ofrecidos y que afecten o agraven a las personas.

En tal sentido, aparece como un *derecho relacional* entre el honor y la información, aunque no por ello puede dejar de ser reconocido como un pleno derecho fundamental. Asimismo, la función de la rectificación, como *garantía procesal* de un derecho como es el honor, hace que la viabilidad de este último pueda quedar asegurada ante un ataque injustificado. Por lo tanto, rectificación es, al mismo tiempo, un derecho relacional y una garantía procesal.

De esta forma, sólo puede existir derecho a la rectificación relacionado con los derechos comunicativos. Entonces, sólo habrá rectificación si se manifiesta un exceso en el ejercicio de los derechos informativos. Respecto a ellos, su reconocimiento se encuentra, aparte de la norma constitucional (artículo 2.º, inciso 4), en los instrumentos internacionales (básicamente, artículo 19.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo IV de la Declaración Americana, artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 13.º de la Convención Americana).

Asimismo, como cualquier derecho fundamental, los derechos comunicativos deben resguardar en su ejercicio los derechos y libertades de los demás (artículo 29.º de la Declaración Universal y artículo XXVIII de la Declaración Americana). Pero más claro resulta el planteamiento del artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala, refiriéndose a la libertad de expresión, cuáles son sus límites:

El ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y por lo tanto pueden estar sujetas a restricciones establecidas por ley y que sean necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

En esta línea, sobre todo tomando en cuenta el acápite a) de la norma del Pacto, queda claro que los derechos comunicativos encuentran su límite (sobre todo, externo) en el honor de las personas, y es ahí donde toma fuerza el derecho a la rectificación.

Es pertinente remarcar –porque algunos parecen olvidar- que el artículo 1 de la Ley N.º 28301 dispone que

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su ley orgánica.

Por su parte, en concordancia con las normas de la Carta Política, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, según comunicado de 13 de enero de 2006, publicado en distintos diarios de Lima, ha expresado por unanimidad que

El Derecho Fundamental de opinión, protegido por el art. 2 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, no es absoluto y tiene límites, entre ellos el respeto al derecho – también constitucional- al honor y buena reputación de las personas, respeto que debe ser de la mayor exigencia y ponderación tratándose de un dignatario de alta investidura.

Francisco Eguiguren Praeli (“Libertades de Expresión e Información y otros derechos Fundamentales”, pag. 206, Palestra), precisando los alcances de los conceptos de honor y buena reputación, explica que

La distinción más difundida entre los derechos al honor y a la buena reputación radica en que el primero se refiere a la valoración personal o autoestima de la propia dignidad, condición y prestigio; mientras que el segundo se vincula al juicio valorativo, apreciación o percepción social que los demás o la comunidad tienen de la conducta o cualidades (personales, profesionales, morales) de una persona.

Por ello la vulneración a estos derechos se produce si se atribuyen o difunden informaciones o afirmaciones que indebidamente ofenden a una persona o menoscaban o dañan su consideración social, con mayor razón si tales imputaciones carecen de veracidad.

Todos los peruanos –incluidos los periodistas- tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico del país, según el Artículo 38 de dicha Ley Fundamental. Por ello es inaceptable que se pretenda la impunidad para hechos inequívocamente tipificados en la ley penal perpetrados en algunos medios de comunicación, los cuales deben ser reprimidos –al igual que los demás delitos- con las penas correspondientes.

Es pertinente recordar que el Artículo 374 del Código Penal de 1991, promulgado por el Decreto Legislativo 635, tipificó el delito de desacato ofensivo, conforme al texto que prescribe que

El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Empero, el referido Artículo 374 fue derogado por el Artículo 1 de la Ley 27975.

En consecuencia, la norma constitucional (2.4) tiene actualmente su desarrollo legal sólo en el Artículo 132 *in fine* del Código Penal, con arreglo al cual, si la difamación se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos días multa; y si el agente incurre en reincidencia o habitualidad se aplican, respectivamente, los Artículos 46-B o 46-C de ese Código; sin perjuicio de la reparación civil de acuerdo con los Artículos 99, 100 y 101 del propio Código Penal.

Este Tribunal Constitucional ha desestimado la demanda de inconstitucionalidad referida a la colegiación obligatoria de las personas que ejercen la profesión de periodistas, en cuanto considera que el ejercicio de la libertad de expresión/información constitucionalmente no está sujeta a tal condición. Es una libertad que puede ser ejercida por cualquier persona. Por lo tanto, la responsabilidad penal prevista por los Artículos 46-B (reincidencia) y 46-C (habitualidad) del Código Penal se aplica con prescindencia de la colegiatura del agente del delito. Admitir la tesis contraria, sería establecer una desigualdad ante la ley, proscrita por la Constitución.

Personas hay que, usando los medios de comunicación social, han observado una doble conducta en el afán de criticar al sistema democrático de gobierno: primero, atribuyeron al régimen del período 1963-68 haber actuado severamente contra los “guerrilleros”; y, después, en el lapso 1980-85, haber sido indolente ante la presencia de los “terroristas”.

En cuanto a lo primero, el régimen democrático actuó dentro de la ley. Defendió el orden público y le encomendó a la Policía Nacional y a las Fuerzas Armadas que debelaran el movimiento insurgente.

En lo que toca al terrorismo, éste se incubó e inició durante el gobierno militar. Sin embargo, como los medios de comunicación estaban bajo control de ese régimen de facto, el país no conoció los diversos atentados que ocurrieron y que, sucintamente, son los siguientes:

- El 18 de mayo de 1980, atentado contra el local electoral de Chuschi
- El 21 de junio de 1980, atentado contra el local de Acción Popular, en Ayacucho
- El 21 de junio de 1980, atentado contra el local de ElectroPerú, en Ayacucho
- El 6 de julio de 1980, explosión de un petardo de dinamita en la Dirección de Educación, de Ayacucho
- El 7 de julio de 1980, explosión de dos petardos de dinamita en el local de Acción Popular, en Ayacucho
- El 15 de julio de 1980, explosión de dos petardos de dinamita en la ciudad de San Miguel, en Ayacucho
- El 20 de julio de 1980, asalto y robo al polvorín del campamento del Ministerio de Agricultura y Alimentación, en Huanta
- El 25 de julio de 1980, atentado terrorista contra la Jefatura de Línea del distrito de Vilcashuamán, en Ayacucho
- El 25 de julio de 1980, asalto e incendio del local del agua potable del Ministerio de Vivienda y Construcción, en Ayacucho
- El 26 de julio de 1980, sabotaje contra el local del Concejo Provincial de Huamanga, en Ayacucho
- El 26 de julio de 1980, atentados contra el local del Concejo Provincial de Andahuaylas y la estación radial de la misma ciudad
- El 27 de julio de 1980, explosión de cartuchos de dinamita en la carretera Ayacucho-Aeropuerto.
- El 27 de julio de 1980, atentado terrorista durante el desfile escolar en la ciudad de Ayacucho
- El 27 de julio de 1980, se lanzan explosivos contra la torre metálica del sistema de alta tensión eléctrica, en Arequipa
- El 27 de julio de 1980, explosión de ocho bombas Molotov en el local de Ordelloreto, en Iquitos
- El 28 de julio de 1980, explosión de dinamita en el poste 631 de ElectroPerú, en el barrio Mantaro, en Huancayo
- El 28 de julio de 1980, dinamitan el local del Concejo Distrital de Huancapi, en Víctor Fajardo
- El 28 de julio de 1980, dinamitan el local del Concejo Provincial de Cangallo y la oficina de Correos y Telégrafos de la misma ciudad
- El 28 de julio de 1980, dinamitan la tubería del canal madre de agua de la planta de la mina Cerro Verde, en Arequipa
- El 28 de julio de 1980, dinamitan la planta retransmisora de Entel Perú, en Ayacucho
- El 28 de julio de 1980, dinamitan el local de Acción Popular en la ciudad de Cerro de Pasco
- El 28 de julio de 1980, arrojan cinco petardos de dinamita contra la parada militar, en Ayacucho
- El 28 de julio de 1980, asalto y robo de dinamita en el polvorín de la mina Atacocha, en Pasco
- El 28 de julio de 1980, dinamitan la tubería del agua potable de Huaraz
- El 28 de julio de 1980, asalto y robo de dinamita en el campamento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en Pomabamba, Ayacucho

Los atentados terroristas continuaron en los meses de agosto a diciembre de 1980.

Fueron esos hechos los que motivaron que el suscrito, como Senador de la República, presentara, entre otros, dos proyectos de ley: Uno, tipificando los delitos de terrorismo, que debían ser penalmente sancionados por los jueces del Poder Judicial; pero la iniciativa no encontró acogida en otros sectores parlamentarios y políticos. Otro, delegando facultades legislativas en el Presidente de la República, durante 90 días, para adecuar la legislación dictada durante el Gobierno militar a la nueva Constitución. Esta iniciativa, aprobada en ambas Cámaras del Congreso, fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 15 de diciembre de 1980, y permitió, entre alrededor de 220 otras normas, dictar, el 10 de marzo de 1981, el Decreto Legislativo N.º 46.

En respaldo a las iniciativas legislativas referidas, el presidente de la República, Fernando Belaunde Terry, en declaraciones formuladas a los periodistas el 11 de diciembre de 1980, al término de la ceremonia de clausura del año académico en el Instituto Pedagógico Nacional, expresó que “Quienes destruyen las riquezas del país son traidores a la Patria”.

Tales declaraciones aparecen publicadas en la primera página del diario oficial *El Peruano*, correspondiente al 12 de diciembre de 1980, y acreditan, por un lado, que es falsa la imputación que, reiterada y maliciosamente, se le hizo al ex mandatario de haber llamado “abigeos” a los terroristas; y, por otro lado, que el suscrito le brindó amplio apoyo para su labor de gobierno con la Ley N.º 23230. Empero, la separación de funciones es un concepto que incluye, también, los de defensa de las atribuciones propias y de respeto de las ajenas.

Los delitos de terrorismo quedaron tipificados y regulados con las normas según del

DECRETO LEGISLATIVO N.º 46

El Presidente de la República

Por cuanto:

El Congreso de la República, de conformidad con lo previsto en el Art. 188º de la Constitución Política del Estado, por la Ley 23230, promulgada el 15 de diciembre de 1980, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar Decretos Legislativos que deroguen o modifiquen, entre otras, la legislación expedida a partir del 3 de octubre de 1968, en relación con los Códigos Penal y de Procedimientos Penales; y,

Considerando:

Que por Decreto Ley 19049 se establecieron severas sanciones para quienes, con propósito de intimidación, alteraren la paz interna o el orden público, empleando explosivos o bombas hasta el extremo de poner en peligro la vida o la salud de las personas, o causarles la muerte;

Que, asimismo, por Decreto Ley 20828 fue invocada la necesidad de sancionar drásticamente los hechos delictuosos que sean perpetrados para introducir el terrorismo político en el país, cualquiera que fuere el medio atentatorio contra la vida de las personas o la integridad de las cosas que el agente utilizare;

Que, aún cuando no ha desaparecido la situación social de emergencia, que se aduce en uno de los considerandos del Decreto Ley 20898 con el fin de fundamentar la naturaleza intimidatorio y ejemplarizadora que se le asignaba a las penas en ese entonces señaladas, se hace ahora necesario acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del Derecho Penal Liberal que garanticen una justa aplicación de la ley punitiva, con mayor razón cuando la República ha retornado irrenunciablemente al cauce de su vida constitucional y democrática;

Que en ese sentido se hace necesario preceptuar, de una manera precisa e inequívoca, la descripción típica del delito de terrorismo y sus circunstancias agravantes, así como

prever las figuras delictivas con las que el terrorismo tuviere inmediata conexión, procurando graduar legalmente las penas en proporción a la importancia de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro y atendiendo a la culpabilidad del agente; Que es deber del estado garantizar convenientemente su propia estabilidad y seguridad frente a una forma de delincuencia perversa que arriesga y vulnera los intereses individuales y colectivos más preciados para la humanidad; Que la Constitución Política del Perú alude específicamente al terrorismo en sus Artículos 2º, inciso 20, párrafo g), y 190º, lo que redundaría en la necesidad de su adecuada y exacta tipificación legal;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

Artículo 1º.- El que, con propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella, cometiere actos que pudieren crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas, o encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías o medios de comunicación o transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas, valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado,, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de veinte años.

Artículo 2º.- La pena será:

De penitenciaría no menor de doce años, si el agente perteneciera a una organización o banda que para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo tipificado en el Artículo 1º.

De penitenciaría no menor de doce años, si como efecto del delito se produjere lesiones en personas o daños en bienes públicos o privados.

De penitenciaría no menor de quince años, si se hiciere participar a menores de edad en la comisión del delito.

De penitenciaría no menor de quince años, si el daño causado en bienes públicos o privados fuere considerable o afectare servicios públicos esenciales.

De internamiento, cuando se causare muerte o lesiones graves que el delincuente hubiera podido prever.

Artículo 3º.- El que, a sabiendas de que favorece la realización de actos de terrorismo, fabrique, adquiera, sustraiga, almacene o suministre armas de fuego, o sustancia u objeto explosivo, inflamable, asfixiante o tóxico, será reprimido con penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de diez años.

Artículo 4º.- El que para fines de terrorismo proporcione dinero, bienes, armas, municiones, explosivos u otras sustancias destructivas, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de quince años.

Artículo 5º.- El que formare parte de una organización o banda, integrada por tres o más personas, que contara entre sus medios con la utilización del terrorismo para el logro de sus fines mediatos o inmediatos, cualesquiera que sean, será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la organización, con penitenciaría no menor de dos años ni mayor de cuatro años.

Si el afiliado fuera cabecilla o dirigente de la organización o banda, la pena será de penitenciaría no menor de seis años ni mayor de doce años.

Artículo 6º.- El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social, incitare a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años ni mayor de ocho años.

Artículo 7º.- El que, públicamente, hiciere la apología de un acto de terrorismo ya cometido, o de la persona que hubiera sido condenada como su autor o cómplice, será reprimido con penitenciaría no menor de tres años ni mayor de cinco años.

Artículo 8º.- Cuando al ejecutar cualquiera de los delitos previstos en este Decreto Legislativo, el delincuente cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para

el concurso de hechos punibles que se indican en el Título XIII, del Libro Primero, del Código Penal.

Artículo 9º.- Para la investigación de los delitos tipificados en los Artículos 1º, 3º, 4º y 5º, las Fuerzas Policiales adoptarán las siguientes medidas, sin perjuicio de la iniciativa que les corresponde de acuerdo con sus respectivas Leyes Orgánicas:

Efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados como autores o partícipes, por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar inmediata cuenta por escrito al Ministerio Público y al Juez Instructor antes de vencerse las veinticuatro horas contadas desde la detención, o en el término de la distancia. La autoridad policial pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Poder Judicial, cuando así lo requiera el Juez Instructor;

Disponer el inmediato reconocimiento médico-legal del detenido, en el término de la distancia; sin perjuicio del reconocimiento por un médico particular que pudiere solicitar el propio detenido, su Abogado o cualquiera de sus familiares;

Trasladar al detenido de un lugar a otro de la República después de efectuados los reconocimientos médicos a que se refiere el inciso precedente, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el mejor éxito de la investigación policial o la seguridad del detenido. La autoridad que dispone el traslado informará, previamente y por escrito, al Juez Instructor competente, expresando las razones que justifiquen la adopción de esta medida. El traslado no podrá exceder del plazo señalado en el inciso a) de este Artículo. Asimismo, la autoridad pondrá el traslado en conocimiento del Ministerio Público del lugar de destino.

Artículo 10º.- Toda condena dictada en aplicación de los Artículos 1º, 3º, 4º y 5º llevará consigno la pena accesoria de multa de treinta a noventa remuneraciones mensuales mínimas vitales establecidas para la Provincia de Lima para el comercio, industria y servicios.

Artículo 11º.- Deróganse los Decretos Leyes Nos. 19049 y 20898, cuyas normas quedan sustituidas por el presente Decreto Legislativo..

Por tanto:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los diez días del mes de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

Fernando Belaúnde Ferry, Presidente de la República

Felipe Osterling Parodi, Ministro de Justicia.

Los atentados terroristas, antes y después del 28 de julio de 1980, estuvieron dirigidos contra varios medios de comunicación social, ora para destruir sus estructuras materiales, ora para infundir temor entre los hombres de prensa.

Los terroristas se apoderaron, también, transitoriamente de algunos de esos medios.

Igualmente, editaron varias publicaciones. Es por ello que el Artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 46 sanciona penalmente el uso de la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social para incitar “a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo”.

Como es de conocimiento público, las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 46, con sus modificaciones, fueron sustituidas por las contenidas en los Artículos 319 a 324 del Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N.º 635 y sustituido, a su vez, por los Decretos Leyes cuya constitucionalidad fue cuestionada por sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primero; y materia de la sentencia de 3 de enero de 2003 del Tribunal Constitucional. Sin embargo, supuestos especialistas en el tema de la lucha antisubversiva suelen hacer críticas al Tribunal Constitucional en relación con los alcances de esa sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad -promovido por

más de cinco mil ciudadanos- contra los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880. (Exp. N.º 010-2002-AI/TC).

En los fundamentos de dicha sentencia se explicó que

Teniendo en cuenta la trascendencia de la presente acción de inconstitucionalidad en la vida social y política del país, es necesario que el Tribunal Constitucional proceda a efectuar una explicación del tipo de sentencia que hoy dicta, con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecundo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional.

El Tribunal Constitucional por mandato de la Constitución del Estado, tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ya sea por vicios de forma o fondo; además, el artículo 35º de la Ley N.º 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los jueces, pues éstos, de conformidad con la primera disposición general de la ley acotada "(...) interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resultan de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos."

Aún cuando en "cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes" de sentencias (E. Aja y M. Gonzáles, *"Conclusiones Generales"*, en *"Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual"*, Barcelona, 1998, pág. 275) tradicionalmente según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias "estimatorias" o "desestimatorias"; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias.

Es el caso de las sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley. Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia de una disposición legal de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme a la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional dispone que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.

La referida sentencia de 3 de enero de 2003 hace el desarrollo de diversos otros tipos de sentencia usados por la jurisprudencia y el derecho constitucional comparados. Y, como corolario de los 231 fundamentos en que se apoya, declara inconstitucionales el artículo 7, el inciso d) del artículo 12, y el inciso h) del artículo 13 del Decreto Ley N.º 25475, así como determinadas frases que indica; y los artículos 1, 2, 3, 4, 5.f, 7 del Decreto Ley N.º 25708; así como los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N.º 25880 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Ley N.º 25744.

La propia sentencia decide sobre otros aspectos de la controversia y exhorta al Congreso de la República a reemplazar “la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos Nos. 190 y 194”, etc.

La sentencia de 3 de enero de 2003 dio solución al grave problema que afrontaba el Perú pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Petruzzi, párrafo 119) había cuestionado la validez de la legislación antiterrorista por deficiente tipicidad de los hechos delictuosos.

El problema no podía ser resuelto por el Congreso, habida cuenta de que las leyes – salvo cuando en materia penal son más benignas– rigen para el futuro.

El Tribunal dispuso que todos los procesados por delito de terrorismo fueran juzgados por los jueces naturales del Poder Judicial, ya que el fuero privativo militar no era competente; pero no dispuso la libertad de ninguno de ellos. De manera que, con osadía y mendacidad, ciertos oficiosos especialistas en temas de terrorismo tienen el atrevimiento de imputar al Tribunal resoluciones que no ha dictado; y, con más descaro, atribuir las decisiones del Colegiado a uno de sus integrantes. Se hace, así, abuso de la libertad de expresión, y se intenta menoscabar ante la opinión pública el concepto que ésta se ha formado del Tribunal Constitucional, que tiene ejemplar comportamiento jurisprudencial.

La respuesta a los arteros ataques contra este Colegiado está en el editorial del diario *La República*, edición del 17 de septiembre de 2006, según el que

ACABA JUICIO A CÚPULA SL

Con el alegato de la fiscal superior de terrorismo Luz Ibáñez Carranza contra la cúpula de Sendero Luminoso ha cumplido el penúltimo acto del megajuicio que a lo largo de varios meses se ha seguido a Abimaél Guzmán Reynoso y otros 10 integrantes del Comando Central de la organización terrorista. Sólo queda por delante el alegato del procurador para los casos de terrorismo Guillermo Cabala, y el tribunal quedará expedito para dictar sentencia, lo que podría ocurrir antes de un mes.

Seis horas llevó a la fiscal Ibáñez la enumeración de los crímenes y atentados cometidos a lo largo de casi dos decenios por el grupo fundamentalista, al final de la cual demandó cadena perpetua para Abimael Guzmán y sus cómplices Elena Iparraguirre, Oscar Ramírez Durand, Laura Zambrano,,, María Pantoja, Angélica Salas, Margie Clavo, Martha Huatay, Víctor Zavala Cataño, Juana Durán Araujo y Osmán Morote. También pidió 25 años para Hildebrando Pérez y otros 12 reos ausentes.

Hay que esperar, como lo hace el citado diario, que el aludido proceso concluya pronto con la condigna sentencia. Asimismo, hay que formular votos para que concluyan otros procesos por terrorismo y por corrupción de funcionarios. Esa es tarea del Poder Judicial. Las decisiones de los jueces que integran ese Poder son autónomas, y sus virtudes o sus defectos no pueden ser achacados al Tribunal Constitucional, que tiene otras atribuciones que algunos “especialistas” no alcanzan a comprender y otros tratan de recortar.

Debe recordarse que, a consecuencia de la exhortación contenida en la sentencia de 3 de enero de 2003, el Congreso de la República dictó la Ley N.º 27913, mediante la que

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DELEGA FACULTADES LEGISLATIVAS AL PODER EJECUTIVO PARA LEGISLAR EN MATERIA DE TERRORISMO

Artículo 1.- Aprueba delegar facultades legislativas

Delégase facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 010-2002-AI/TC), establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos b) y c), 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se tramitarán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre derecho penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con terrorismo.

Artículo 2.- Conformación de Comisión

Para los fines a que se refiere el artículo anterior, el Poder Ejecutivo creará una Comisión encargada de elaborar las propuestas correspondientes, a la que se integrarán dos representantes de la Comisión de Justicia del Congreso de la República. Mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Justicia, se establecerá el número de miembros de la Comisión y su organización interna.

Artículo 3.- Control de la legislación delegada

Encárgase a la Comisión de Justicia la revisión de los decretos legislativos que el Poder Ejecutivo promulgue al amparo de la presente ley. El Presidente de dicha comisión sustentará ante el Pleno en la primera sesión de la segunda legislatura el informe correspondiente.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ocho días del mes de enero de dos mil tres.

CARLOS FERRERO

Presidente del Congreso de la República

JESÚS ALVARADO HIDALGO

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los ocho días del mes de enero del año dos mil tres.

ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

LUIS SOLARI DE LA FUENTE

Presidente del Consejo de Ministros

El Poder Ejecutivo, ejerciendo las facultades delegadas por el Congreso, dictó los siguientes Decretos Legislativos:

921.- Decreto Legislativo que establece el Régimen Jurídico de la Cadena Perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la Pena para los delitos previstos en los artículos 2, 3, incisos "b" y "c", 4, 5 y 9 del D. LEY N° 25475

922.- Decreto Legislativo que conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 010-2002-AI/TC, regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la Patria y además establece normas sobre el proceso penal aplicable

923.- Decreto Legislativo que fortalece organizacional y funcionalmente la Defensa del Estado en delitos de terrorismo

924.- Decreto Legislativo que agrega párrafo al artículo 316 del Código Penal en materia de Apología del Delito de Terrorismo

925.- Decreto Legislativo que regula la colaboración eficaz en Delitos de Terrorismo

926.- Decreto Legislativo que norma las anulaciones en los procesos por delito de terrorismo seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta y por aplicación de la prohibición de recusación

927.- Decreto Legislativo que regula la ejecución penal en materia de Delitos de Terrorismo

El Poder Judicial asumió competencia sobre todos los casos de terrorismo que habían sido indebidamente tramitados en el fuero privativo militar, y, en los respectivos autos apertorios de instrucción, los jueces dispusieron que continuara la detención de los procesados. De manera que el Estado social y democrático de derecho funcionó con arreglo a los parámetros del derecho penal universal.

Se ha cuestionado, posteriormente, a las sentencias “exhortativas” del Tribunal Constitucional, cuando este Colegiado se pronunció sobre procesos de inconstitucionalidad vinculados a la corrupción y a procesos de amparo relacionados con casinos y máquinas tragamonedas.

Empero, los derechos fundamentales deben ser ejercidos con escrupulosa responsabilidad, de manera tal que todos los ciudadanos contribuyamos a consolidar y preservar el Estado social y democrático de derecho, fundado exclusivamente en la voluntad popular.

Cuando la pasión o la ambición obnubilan, a veces, a los protagonistas del quehacer social, se pone en riesgo la institucionalidad democrática, como lo demuestra la experiencia histórica. No se puede, ni debe, olvidar las lecciones del pasado. En efecto, a pesar de la normatividad constitucional –vigente y precedente–, nuestra República está ahíta de interrupciones del orden jurídico; o, si se quiere más objetividad, la historia del Perú enseña que son pocos los períodos en los cuales el pueblo ha sido la fuente del poder político. En la secuela de golpes de Estado ha tenido rol protagónico –activo y pasivo– la libertad de expresión, ora promoviéndolos, ora padeciéndolos.

Resulta, por lo tanto, evidente la necesidad de que todos los medios de comunicación coadyuven a la cultura cívica de los peruanos, para que estos tengan la convicción de que no hay mejor alternativa que el sistema democrático de gobierno, con las distintas opciones que ofrece.

El derecho a la información no es sólo del emisor, sino también -y fundamentalmente- del receptor. En efecto, el Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Decreto Ley N.º 22128) declara que

Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este Artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás:

La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El derecho a la información no es, ni debe ser, elitista. Los comunicadores sociales no pueden pretender, presumir o suponer ser inmunes al control de constitucionalidad; o, cuando son requeridos por los agraviados, eludir la rectificación de informaciones o afirmaciones ambiguas, falsas o agraviantes.

La concordancia práctica de los principios y valores, explícitos e implícitos, que se derivan de la dignidad de la persona humana persuaden que ninguno de ellos es absoluto y que su ejercicio no puede ni debe ser abusivo, en aplicación adicional del Artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que proscribe el abuso del derecho.

Un siglo después de la independencia del Perú, la dictadura de Leguía impulsó sucesivas reformas de la Constitución de 1920 para perpetuarse en el poder. Algunos medios de comunicación –no todos– aplaudieron la usurpación, y, más adelante, el derrocamiento del régimen del oncenio.

Las vicisitudes políticas y sociales no tuvieron descanso. El 8 de diciembre de 1931 fue instalado el Congreso Constituyente, para elaborar la décima Constitución Política del Perú. La confrontación de los partidos políticos emergentes y la intolerancia del régimen de Sánchez Cerro dio lugar a que se aplique la Ley de Emergencia (7479) a 22 representantes constituyentes del Partido Aprista y a uno del Partido Descentralista, quienes fueron apresados en el local del Congreso y sancionados por el Poder Ejecutivo con la pena de expatriación.

La separación de poderes, proclamada por el Artículo 10 de las Bases de la Constitución Peruana de 17 de diciembre de 1822 y recogida en todas las Constituciones, fue escarnecida por la dictadura de Sánchez Cerro y por las que le precedieron y le siguieron.

Con el objeto de “regularizar” la situación de los representantes expatriados, el Congreso Constituyente (instalado en 1931) designó una comisión, que emitió el siguiente ominoso dictamen:

Señor Presidente:

Vuestra Comisión, designada para resolver la situación parlamentaria de los Representantes a quienes el Poder Ejecutivo aplicó la ley 7479 llamada Ley de Emergencia, deportándoselos al extranjero, ha contemplado, con serenidad y espíritu justiciero, el problema sometido a su deliberación.

No puede olvidarse que la principal razón con la que el Poder Ejecutivo justificó la prisión de los Representantes, que hoy se encuentran deportados, fue que no era compatible con la conspiración contra el orden social y político de la República, la presencia de los más destacados elementos de esa conspiración dentro de las instituciones que estaban precisamente empeñados en destruir. Esa fue también la razón fundamental que tuvo la mayoría parlamentaria para aprobar la conducta del Poder Ejecutivo. No era, en efecto, admisible que el propio Congreso Constituyente se convirtiera en baluarte inexpugnable para los que estaban tramando su aniquilamiento. El principio de solidaridad institucional no podía ser aplicado a quienes conspiraban en la sombra contra la existencia de la institución que era su escudo y su tribuna.

Las actividades subversivas de la representación aprista tenían, además, sus antecedentes precisos y significativos. Es necesario recordar que el partido aprista propuso a la Junta de Gobierno que cometiera un monstruoso atentado contra la voluntad popular, solicitándole que declarara la nulidad de las elecciones generales realizadas el 11 de octubre de 1931, pretendiendo consumir, además, de esta manera, la destrucción del

Poder Electoral Autónomo, que ese mismo partido había defendido ardorosamente. No habiendo surtido efecto el pedido de nulidad, el aprismo pretendió impedir la ascensión al mando supremo de la Nación del señor Coronel Luis M. Sánchez Cerro, mediante la rebelión del 4 de diciembre de 1931, que estalló y fracasó en algunos lugares de la República y que estuvo a punto de producirse con los caracteres terroristas que el país conoce. El gobierno constitucional, inaugurado cuatro días después, fue indulgente, aún para aquellos Representantes que habían sido sorprendidos en flagrante delito de rebelión. Era propósito del nuevo Gobierno llevar a cabo una política de pacificación y de concordia. Pero la tolerancia se confundió con la debilidad. La conspiración siguió su curso. Se expidió la ley N° 7479 llamada Ley de Emergencia, como una voz de alerta a los conspiradores; pero la lenidad con que fue aplicada esa ley alentó la acción subversiva. En estas circunstancias, el Poder Ejecutivo no encontró otro camino que el de apresar a los conspiradores para detener el estallido de la rebelión. Los Representantes apresados fueron acusados de conspirar contra la organización social y política de la República. El Congreso Constituyente aprobó el procedimiento del Poder Ejecutivo, aceptando como evidente la acusación formulada contra los representantes apristas. Quedó solo pendiente la determinación del Congreso sobre la situación parlamentaria de los Representantes apresados.

El Congreso, procediendo con rigurosa lógica, pudo haber resuelto en la sesión inmediata declarar vacantes las representaciones ejercidas por los ciudadanos apresados, porque el Congreso no podía admitir que continuaran integrándolo aquellos que habían reconocido que habían conspirado contra su propia existencia. Este procedimiento habría sido justo y lógico. Sin embargo, la Comisión nombrada prefirió que su veredicto no se considerara como fruto de la precipitación o del apasionamiento. Prefirió esperar y que los acontecimientos viniera a darle nuevos e irrefutables argumentos con que hacer irrefutable la única tesis que racionalmente se puede sostener en este asunto.

No obstante haber transcurrido solo un poco más de cinco meses de la deportación de los representantes conspiradores, el tiempo ha sido pródigo en sucesos que justifican y hacen inaplazable la medida de declarar vacantes las representaciones ejercidas por esos ciudadanos. Enumeremos sucintamente los más principales de esos sucesos.

En primer término debemos recordar que apenas separados del territorio nacional, los representantes deportados hicieron circular un manifiesto subversivo exhortando a los institutos armados a sublevarse contra el régimen constitucional en toda su integridad. No necesita demostrarse que aquellos que públicamente propiciaron la destrucción de un organismo no pueden seguir integrándolo.

El atentado contra la vida del señor Presidente de la República, realizado en un templo, definió los métodos y las tendencias del partido aprista. Demostró hasta qué extremos estaba dispuesto a llegar este partido para destruir el régimen constitucional consagrado por la soberana voluntad popular.

El motín de los marineros, organizado y preparado desde el extranjero por los representantes deportados, fue una nueva demostración de que el partido aprista no abandona su objetivo de capturar el poder por la violencia.

Finalmente la revolución que acaba de ser sofocada en los Departamentos de La Libertad y Ancash, ha acabado de definir ante el Perú entero la orientación y los métodos del partido aprista, violatorios de tradicionales principios de moralidad y claramente incompatibles con nuestra actual organización social y política y con la subsistencia misma de nuestra nacionalidad.

La lógica de nuestra conducta al aprobar el procedimiento del Poder Ejecutivo, apresando y deportando a 23 representantes conspiradores y la solución imperativa que señalan los acontecimientos que brevemente acabamos de enumerar nos llevan a proponer al Congreso Constituyente que adopte el siguiente acuerdo:

EL CONGRESO CONSTITUYENTE:

Considerando:

Que los 23 representantes a quienes el Poder Ejecutivo, con aprobación del Congreso Constituyente, aplicó la ley N° 7479, llamada Ley de Emergencia, deportándolos al extranjero, han conspirado y continúan conspirando para destruir la organización social y política de la República y los principios básicos de la nacionalidad;

Acuerda:

Declarar que se hallan vacantes las siguientes representaciones: por el departamento de Lambayeque, las ejercidas por don Armando Alva Díaz, por don Luis E. Heysen y por don Agustín Vallejos Zavala; por el departamento de La Libertad, las ejercidas por don Manuel Arévalo, por don Carlos Manuel Cox, por don Carlos Godoy, por don Américo Pérez Treviño y por don Alcides Spelucín; por el departamento de Loreto, las ejercidas por don Julio Acosta Cárdenas, por don Héctor Morey Peña y por don César Pardo Acosta; por el departamento de Lima, las ejercidas por don Pedro E. Muñiz, por don Manuel Pérez León, por don Arturo Sabroso, por don Luis Alberto Sánchez y por don Manuel Seoane; por el departamento de Junín, la ejercida por don Víctor Colina; por el departamento de Huanuco, las ejercidas por don Alfredo Boluarte y por don Carlos Showing; por el departamento de Ayacucho, la ejercida por don Arístides Guillén Valdivia; por el departamento de Apurímac, la ejercida por don J. Raúl Cáceres; y por el departamento de Tacna, las ejercidas por don Juan Arce Arnao y por don Gustavo Neuhaus.

Salvo mejor parecer.

Sala de la Comisión.

Lima, 1º de agosto de 1932.

Alfredo Herrera. Luis Gonzales Orbegoso. Lucio Fuentes Aragón. Carlos Chirinos Pacheco.

El dictamen en minoría, suscrito por N. S. Vara Cadillo, opinó en el sentido de que, en tanto se aprobara la nueva Constitución, regía la de 1921; y, por lo tanto, debía el Congreso declarar insubsistentes las medidas adoptadas contra los representantes apristas y un descentralista; que se reincorporen al Congreso y que se formalicen por el Gobierno las acusaciones que tenga para que puedan ser juzgados respetándose el fuero parlamentario.

¿Es útil, para los efectos de este fundamento de voto, transcribir literalmente el dictamen que antecede? Lo considero necesario a fin de que las actuales y las nuevas generaciones adviertan hasta que punto fue degradada la función congresal y cómo los enconos y las pasiones perturbaron su ejercicio en el Congreso Constituyente de 1931.

Ese Congreso, servilmente, aprobó la ley propuesta por la aludida comisión dictaminadora y, como consecuencia, el Poder Ejecutivo promulgó el 29 de marzo de 1933 la

LEY N.º 7717

El Presidente de la República

Por cuanto: El Congreso Constituyente ha dado la ley que sigue:

EL CONGRESO CONSTITUYENTE

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Declárase vacantes las siguientes representaciones: por el departamento de Lambayeque, las ejercidas por don Armando Alva Díaz, por don Luis E. Heysen y por don Agustín Vallejos Zavala; por el departamento de La Libertad, las ejercidas por don Manuel Arévalo, por don Carlos Manuel Cox, por don Carlos Godoy, por don Américo Pérez Treviño y por don Alcides Spelucín; por el departamento de Loreto, las ejercidas por don Julio Acosta Cárdenas, por don Héctor Morey Peña y por don César Pardo Acosta; por el departamento de Lima, las ejercidas por don Pedro E. Muñiz, por don Manuel Pérez León, por don Arturo Sabroso, por don Luis Alberto Sánchez y por don Manuel Seoane; por el departamento de Junín, la ejercida por don Víctor Colina; por el departamento de Huánuco, las ejercidas por don Alfredo Boluarte y por don Carlos Showing; por el departamento de Ayacucho, la ejercida por don Arístides Guillén Valdivia; por el

departamento de Apurímac, la ejercida por don J. Raúl Cáceres; y por el departamento de Tacna, las ejercidas por don Juan Arce Arnao y por don Gustavo Neuhaus.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario a su cumplimiento.

Casa del Congreso, en Lima, a los 27 días del mes de marzo de 1933.

CLEMENTE J. REVILLA, Presidente del Congreso

Gonzalo Salazar, Secretario del Congreso

Andrés A. Freyre, Secretario del Congreso.

Al señor Presidente Constitucional de la República.

Por tanto: mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los 29 días del mes de marzo de 1933.

LUIS M. SÁNCHEZ CERRO

Chávez Cabello.

Los medios de comunicación social –no todos- respaldaron la decisión del Congreso y la promulgación de la Ley N.º 7717.

El Congreso Constituyente –mutilado- aprobó la Constitución de 1933, promulgada el 9 de abril de ese año, en cuyo Artículo 53 se declaró que

El Estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional.

Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función pública.

Los medios de comunicación social –no todos- se mostraron complacidos con la nueva Constitución.

Además, en reemplazo del presidente Luis M. Sánchez Cerro, asesinado el 30 de abril de 1933, el Congreso eligió Presidente de la República, por Ley N.º 7747, al general Óscar R. Benavides, quien convocó a elecciones conforme a la Ley de Elecciones Políticas (8252).

Respecto de las elecciones de 1936, Cristóbal Aljovín de Losada y Sinesio López (“Historia de las elecciones en el Perú”, Instituto de Estudios Peruanos, pag. 479), expresan que

En Lima la prensa no podía falsear los resultados que el Jurado Provincial de Lima iba entregando cada día, pero en provincias la situación era diferente. La cantidad y lejanía de las provincias donde se escrutaba hacían posible que los principales diarios de la capital las tomaran caprichosamente para favorecer la imagen de la facción de su preferencia. Por ello los principales diarios diferían escandalosamente cuando publicaban los resultados parciales.

En un primer momento, *El Comercio* hacía ganar a Luis Flores. Luego, cuando era inocultable la victoria de Eguiguren, este diario presentaba las cifras lo más ajustadas posible. Para ello, sólo recogía los resultados de las provincias que se acomodaban al deseo de sus dueños. Para *La Crónica*, en cambio, el ganador indiscutible de las elecciones era Jorge Prado. Todos los días, hasta que el escrutinio fue paralizado, este diario dio como ganador al candidato del Frente Nacional, aunque en sus editoriales daba a entender que podía ser Eguiguren. *La Prensa* fue un caso diferente. Desde el principio en este diario se percibió que su candidato había sido claramente derrotado. Imposible variar un escrutinio, cuando en Lima, el lugar que consideraba más auspicioso para su candidato, éste obtuvo resultados desastrosos- Entonces *La Prensa* trató de favorecer la candidatura de Flores. Con todo, este diario publicó cifras que se acercaban más a la verdad que las de los demás diarios.

El 21 de octubre de 1936 el Jurado Nacional de Elecciones suspendió, abrupta y arbitrariamente, el escrutinio de los votos para Presidente y Vicepresidentes de la República y para Senadores y Diputados, con el argumento de que habían participado electores pertenecientes a partidos políticos de organización internacional, proscritos por el Artículo 53 de la Constitución Política de 1933.

La nulidad de ese proceso fue declarada el 3 de noviembre de 1936 por la

Ley N.º 8459

Artículo único.- Declárase ilegales los sufragios emitidos en las elecciones del 11 de octubre último, a favor de las candidaturas a la Presidencia y Vice Presidencia de la República, Senadurías y Diputaciones presentadas por el Partido Social Demócrata, así como los que hubieren favorecido a candidatos que, encubiertos bajo diversas apariencias, se encuentren en idéntica situación, por estar comprendidos en las disposiciones de los Artículos 53º de la Constitución del Estado, 22º de la ley Nº 7780 y en la resolución del Jurado Nacional de Elecciones de 5 de setiembre del presente año.

Y, antes de expirar su período y clausurar sus sesiones, el Congreso Constituyente aprobó la inconstitucional

Ley N.º 8463

Artículo único.- Amplíase la ley Nº 7747, extendiendo el mandato presidencial del señor General de División don Oscar R. Benavides, hasta el ocho de diciembre de 1939, autorizándose al Poder Ejecutivo para ejercer las atribuciones que se expresan en los incisos 1º, 5º, 6º, 7º, 9º y 20º del Artículo 123º de la Constitución del Estado; las comprendidas en la Ley Orgánica de Presupuesto Nº 4598, menos la de aprobar la Cuenta general de la República; y para convocar, dentro de esta ampliación, a elecciones generales.

Los medios de comunicación social –no todos– participaron en la distorsión de los resultados de las elecciones políticas de 1936 y colaboraron en su inconstitucional anulación por el régimen autoritario de Benavides, y apoyaron y respaldaron la extensión de su “mandato” y la delegación de facultades legislativas no permitidas por la Constitución de 1933.

El propio dictador Benavides expidió el 19 de febrero de 1937 la draconiana Ley N.º 8505, que ambiguamente “tipificó” (Artículo 1, con 16 incisos) los delitos contra la tranquilidad pública; (Artículo 2, con 9 incisos) los delitos contra la organización y la paz interna de la República; y (Artículo 3) los delitos comunes “cuando se perpetran con el fin u ocasión de subvertir, variar o sustituir el Gobierno”. El juzgamiento de los autores de los delitos referidos en el Artículo 13 de tal ley correspondía a la Zona de Policía, siguiéndose el procedimiento establecido en el Código de Justicia Militar. El juzgamiento de los autores de los delitos mencionados en el Artículo 14 de la propia ley correspondía a las Cortes Marciales.

La Ley N.º 8528, igualmente promulgada por el general Benavides el 24 de abril de 1937, penalizó la propaganda de “doctrinas disociadoras” también con juzgamiento ante la Zona de Policía o las Cortes Marciales.

En el proceso electoral del 22 de octubre de 1939, realizado con arreglo a las leyes 8901 y 8932, participaron como candidatos a la Presidencia de la República los señores Manuel Prado y José Quesada. Se mantuvo la proscripción de los ciudadanos supuestamente

incursos en el Artículo 53 de la Constitución, para acceder a los cargos en los poderes Legislativo y Ejecutivo y, con la misma vocación autoritaria, se aplicaron las leyes de excepción.

Amainó el ostracismo en el proceso electoral de 1945. Fue elegido Presidente de la República el doctor José Luis Bustamante y Rivero. Retornaron al Congreso, como senadores, Luis E. Heysen, Alcides Spelucín, Julio Acosta Cárdenas, César Pardo Acosta, Manuel Seoane, Víctor Colina, Carlos Showing y Juan Arce Arnao; y, como diputados, Carlos Manuel Cox, Carlos Godoy, Pedro E. Muñiz y Luis Alberto Sánchez, a quienes se les despojó la representación en el Congreso Constituyente de 1931.

Los medios de comunicación –casi todos- apoyaron al candidato presidencial Eloy G. Ureta.

En 1945, la Ley N° 10221 derogó las leyes 8505 y 8528.

El golpe militar encabezado por el general Manuel A. Odría, del 27 de octubre de 1948, fue respaldado o aplaudido –con alguna excepción– por los medios de comunicación social, incluyendo radioemisoras.

En la edición del 30 de octubre de 1948, el diario *La Prensa* justificó, editorialmente, el golpe militar, expresando entre otros conceptos que

Nunca, en tan corto tiempo, sufrió el país desilusión más grande. Cuando se inauguró el régimen que surgió en 1945, confiaba en promesas que parecían sinceras, la ciudadanía creyó que se inauguraba una era de respeto a la ley, de exaltación de los más grandes valores morales y de afirmación de nuestra democracia. La masa popular, fervorosa, seducida por un programa de concordia nacional, de rectificación de los explicables errores del pasado, contribuyó con sus votos mayoritarios al triunfo de ese régimen que se iniciaba promisor, acompañado por las cálidas estrofas del himno patrio que vibraban como una afirmación de democracia.

...

Había que salvar al Perú, y a salvarlo dedicaron sus energías, su inteligencia y su valor. Su prestigio consiguió unificar las voluntades de los miembros de los institutos armados. Todos ellos respondieron cuando les hablaron del deber que tenían. Vibraron los corazones y las espadas. Y de allí este movimiento militar, puro, sin interferencias extrañas, que cierra el paréntesis de ineptitud y desconcierto que ha vivido el Perú por tres años.

El Decreto Ley N.º 11049, denominada “Ley de Seguridad Interior de la República”, aparte de otras normas draconianas, suprimió la libertad de expresión y todos los demás derechos fundamentales, reconocidos en la hechiza Constitución Política de 1933 y proclamados ya por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. Es copia casi literal de la Ley 8505, con penas agravadas.

La referida Ley 11049 tipificó los delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas (Artículos 1 y 2), con penas de prisión y expatriación; los delitos contra la Organización y Paz Interna de la República con pena de prisión, expatriación y muerte (Artículos 3 y 4). Además, en cuanto a la aplicación de las penas, se dispuso la competencia del fuero privativo militar y del Código de Justicia Militar (Artículos 5 a 10), y se precisaron los casos en que conocían los Prefectos, las Zonas Judiciales de Policía y las Cortes Marciales. El principio de separación de poderes fue totalmente soslayado y los ciudadanos quedaron inermes, a merced de la dictadura. Un Teniente Coronel y cuatro Capitanes tenían en sus

manos la vida y los bienes de los civiles. Y la realidad acreditó, en el período del ochenio odriísta, que miles de peruanos sufrieron la privación de su libertad y el exilio.

No existe huella de que los medios de comunicación social defendieran el Estado de Derecho.

Odría fue candidato único a la Presidencia de la República en 1950. Designó a tres de los siete miembros del Jurado Nacional de Elecciones. Los otros cuatro fueron elegidos por los 3 designados oficialmente. Obtuvo aproximadamente el 98% de los votos. No hubo personeros en las mesas de sufragio. Pero las cárceles estaban repletas de adversarios. Yo, uno de ellos.

La elección política del 17 de junio de 1956, con la manipulación palaciega y la docilidad del Jurado Nacional de Elecciones, exaltó a la Presidencia de la República, por segunda vez, al señor Manuel Prado. Al Parlamento accedió una variada representación, parte de la cual fue apoyada por la militancia de un partido que sólo recobró personería legal a partir del 28 de julio de ese año, fecha en la que, además, fue derogada la Ley de Seguridad Interior de la República. Retornó, también, la libertad de prensa.

Empero, el gobierno del señor Prado dictó las Resoluciones Supremas de 7 y 30 de septiembre de 1969, que prohibieron el ingreso al Perú de impresos relacionados con literatura subversiva, incluyendo manuales para preparar artefactos explosivos o incendiarios. Tales normas fueron derogadas por Resolución Suprema N.º 0191-68, de 10 de mayo de 1968. Previamente, el Perú debió afrontar y derrotar la insurgencia armada – denominada “guerrillas” – entre 1965 y 1966.

En el período comprendido entre el 18 de julio de 1962 y el 28 de julio de 1963 no se produjo recorte significativo de la libertad de prensa, y a partir de esta última fecha y el 2 de octubre de 1968, los medios de comunicación disfrutaron de la más amplia libertad de expresión.

El golpe militar del 3 de octubre de 1968 procedió a reducir la libertad de expresión, tras deponer al Presidente de la República y clausurar el Congreso. Los autores de ese golpe pretendieron justificarse en que se había “sustraído” la página once del convenio entre la Empresa Petrolera Fiscal y la Internacional Petroleum Company. Sin embargo, esa página no sólo no desapareció, sino que el Gobierno militar, a espaldas del pueblo, indemnizó a esa empresa extranjera con más de once millones de dólares.

La junta militar de gobierno (con minúsculas) dictó el siguiente

DECRETO LEY N.º 17063

CONSIDERANDO:

Que la Fuerza Armada ha asumido la dirección del Estado;

Que es necesario dictar el Estatuto conforme al cual el Gobierno Revolucionario debe normar sus funciones;

DECRETA:

Apruébase el Estatuto del Gobierno Revolucionario cuyo texto es el siguiente:

ESTATUTO DEL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

Artículo 1º.- La Fuerza Armada del Perú, recogiendo el anhelo ciudadano y consciente de la impostergable necesidad de poner fin al caos económico, a la inmoralidad

administrativa, a la improvisación, al entreguismo respecto a las fuentes naturales de riqueza y a su explotación en beneficio de grupos privilegiados, así como a la pérdida del principio de autoridad y a la incapacidad para realizar las urgentes reformas estructurales que reclama el bienestar del pueblo peruano y el desarrollo del país, asume la responsabilidad de la dirección del Estado, con el fin de encauzarlo definitivamente hacia el logro de los objetivos nacionales.

Artículo 2º.- El Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada tiene por finalidad principal, alcanzar los siguientes objetivos:

Transformar la estructura del Estado, haciéndola mas dinámica y eficiente para una mejor acción de gobierno.

Promover a superiores niveles de vida, compatible con la dignidad de la persona humana, a los sectores menos favorecidos de la población, realizando la transformación de las estructuras económicas, sociales y culturales del país.

Imprimir a los actos de gobierno un sentido nacionalista e independiente sustentado en la firme defensa de la soberanía y dignidad nacionales.

Moralizar al país en todos los campos de la actividad nacional y restablecer plenamente el principio de autoridad, el respeto a la Ley y el imperio de la Justicia.

Promover la unión, concordia e integración de los peruanos, fortaleciendo la conciencia nacional.

Artículo 3º.- La Fuerza Armada del Perú, identificada con las aspiraciones del pueblo peruano, y representada por los Comandantes Generales del Ejército, Marina y Fuerza Aérea, constituidos en Junta Revolucionaria, asume el compromiso de cumplir y hacer cumplir decididamente el Estatuto y el Plan del Gobierno Revolucionario.

Para este efecto, los Comandantes Generales de los tres Institutos de la Fuerza Armada serán al mismo tiempo Ministros de Estado en los Despachos de Guerra, Marina y Aeronáutica, respectivamente.

Artículo 4º.- La Junta Revolucionaria designara por unanimidad Presidente de la República a un miembro de la Fuerza Armada.

Los Ministros de Estado, con excepción de los de Guerra, Marina y Aeronáutica, serán designados por el Presidente de la República, con acuerdo de la Junta Revolucionaria, pudiendo ser miembros de la Fuerza Armada o civiles.

El Ministro de Guerra ejercerá la Presidencia del Gabinete.

Artículo 5º.- El Gobierno Revolucionario actuara conforme a las disposiciones del presente Estatuto y a las de la Constitución del Estado, Leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario.

Artículo 6º.- El Presidente de la República ejercerá las funciones que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros los del Poder Legislativo, mediante Decretos – Leyes expedidos conjuntamente con los miembros de la Junta Revolucionaria.

Artículo 7º.- El Gobierno Revolucionario respetara los tratados internacionales celebrados por la República Peruana.

Artículo 8º.- Cada Ministro tendrá un Asesor Técnico quien será su colaborador inmediato con el fin de asegurar la continuidad en la ejecución de los planes y programas del respectivo Portafolio.

Artículo 9º.- Los Comandantes Generales de los Institutos Armados continuaran rigiéndose, en lo que respeta a su situación militar, por las disposiciones legales vigentes. Al pasar a la situación de Retiro, la designación de su sucesor recaerá en el Oficial General de mayor antigüedad dentro de su respectivo Instituto.

Artículo 10º.- El Presidente de la República jurará el cargo y el cumplimiento del presente Estatuto ante la Junta Revolucionaria. Los Ministros de Estado lo harán ante el Presidente.

Artículo 11º.- El presente Estatuto no sufrirá modificaciones y será refrendado por los Comandantes Generales del Ejército, Marina y Fuerza Aérea al constituirse en Junta Revolucionaria.

Lima, 3 de Octubre de 1968.

Gral. Div. ERNESTO MONTAGNE S.
Comandante General del Ejército
V. Alm. RAUL RIOS PARDO DE ZELA
Comandante General de la Marina
Tte. Gral. FAP ALBERTO LOPEZ CAUSILLAS
Comandante General de Aeronáutica

Es pertinente recordar que el 4 de octubre de 1968 el diario *La Prensa* hizo pública la nota editorial en que expresó su protesta por la violación del orden constitucional, y, al día siguiente -premonitoriamente- indicó

Libertad de Prensa: Garantía Que No Admite Limitaciones

Al preguntársele si el régimen que encabeza va a respetar la libertad de prensa, el Presidente de la Junta Militar, General Velasco, respondió: “depende...depende”, agregando que cuando un periódico o una radio hable sin tener fundamento, sin tener base, “habrá limitaciones”. Tal afirmación reviste una gravedad que no es posible pasar por alto.

Una “libertad de prensa” que se deja sujeta al criterio de lo que los gobernantes consideren que tiene fundamento o tiene base, simplemente no es libertad de prensa, ya que el derecho ciudadano a la libre expresión queda limitado por juicios subjetivos que, por ser subjetivos, resultan arbitrarios.

La libertad de prensa es la columna sobre la que se sustenta el respeto a la dignidad de la persona humana, que es la esencia misma del sistema occidental y cristiano. Allí donde la libertad de prensa no existe, pasan en silencio todo género de arbitrariedades, los gobernantes pierden todo contacto con la opinión pública, y la falta de ese derecho fundamental o su recorte van acumulando en el pueblo el profundo resentimiento que lleva a los ciudadanos sensatos y moderados a los peores extremos.

La historia de nuestro continente está llena de ejemplos de los extremos a que conduce la instauración de limitaciones al ejercicio de la libertad de prensa. Puede afirmarse, sin exageración alguna, que hoy no puede silenciarse a la opinión pública sin que el régimen que recurre a esos procedimientos y, por desgracia, el país mismo, sufran las consecuencias.

En las últimas décadas la situación en este aspecto ha variado radicalmente con relación a lo que fue en el pasado. La Sociedad Interamericana de Prensa es un defensor denodado de la libertad de expresión. Basta que un diario del continente sea clausurado, sometido a la censura o que sufra cualquier recorte en la libertad de expresión, para que todos los órganos de expresión, de un extremo al otro del hemisferio, inicien una tenaz campaña en defensa del derecho conculcado.

Si se ha de defender, por encima de todo, el prestigio del Perú como un país donde se respetan las libertades básicas inherentes a la persona humana, ningún peruano puede ver sin alarma cualquier conato de supresión o recorte de la libertad que es la base del sistema occidental y cristiano: la libertad de prensa. Ninguna razón, ninguna disculpa, por elaborada que sea, puede justificar que se limite el derecho de la opinión pública a expresar sus puntos de vista, su posición y su crítica frente a los problemas comunes que a todos afectan. La verdadera garantía para todos, para gobernantes y gobernados, es que los asuntos públicos puedan tratarse a la luz pública. Nadie tiene el monopolio del acierto y solamente de la compulsión de las opiniones libremente expresadas es que puede lograrse una línea de acción positiva en beneficio del país. Hay que esperar, por ello, que sea cual fuere la posición de la Junta Militar, respete sin trabas ni limitaciones de ninguna clase el derecho de libre expresión, una libertad de prensa auténtica no sujeta en ningún caso a la calificación o censura directa o indirecta del gobierno.

El diario *El Comercio*, también el 4 de octubre de 1968, manifestó en su editorial sobre el pronunciamiento de la Fuerza Armada, entre otros conceptos que

En menos de veinticuatro horas la vida política del país ha dado un viraje por muchos sectores temido, ante la inexplicable acumulación de circunstancias que, poco a poco, distanciaron al Gobierno del Presidente Belaúnde de sus dos tradicionales columnas de respaldo: la opinión pública y la Fuerza Armada. Es inútil disfrazar la realidad con visiones o espejismos. El proceso que ha culminado con el derrocamiento del Presidente de la República y la clausura del Congreso no se ha incubado antier, ni una semana antes. Es el resultado penoso de un lento deterioro institucional que puso a prueba no sólo la habilidad política de los grupos dirigentes, que eso sería adjetivo y secundario, sino principios fundamentales para el equilibrio social del Perú cuales son la soberanía, la autoridad, la moralidad pública y el sentido de generoso desprendimiento que debe animar la conducta pública de los hombres que desempeñan una misión en el curso de una democracia.

.....

Espera el país que la Fuerza Armada cumpla las promesas solemnemente formuladas. Espera la ciudadanía que el problema de La Brea y Pariñas sea total y definitivamente saldada en armonía con las aspiraciones populares. Aguarda, asimismo, como lo expresa el “Estatuto del Gobierno Revolucionario”, que se logre la moralización pública y privada y la mejora de los niveles de vida, la defensa de la soberanía y dignidad nacionales. Igualmente, el respeto a los derechos inherentes a la libre y soberana dignidad del país como la libertad de prensa, garantía de diálogo entre gobernantes y gobernados. Todo esto hará posible el regreso a una Democracia con instituciones perfeccionadas y robustecidas a través de la indispensable reforma de la Constitución para evitar que se imponga el trajín, a menudo poco decoroso de los políticos, sobre el bienestar popular que es sinónimo de paz y de tranquilidad social. Los sectores ciudadanos deben mantener la calma y la serenidad para que el Perú salga triunfante de la crisis y no derrotado por el rencor político y la lucha de hermanos contra hermanos. La Patria nuestra y la Patria de nuestros hijos hay que reedificarla con sacrificio y desinterés para que el Perú sepa siempre vivir con honor y dignidad.

Los dos diarios –por aquel entonces– más importantes del Perú equivocaron notoriamente la apreciación de los hechos y de los propósitos del golpe militar del 3 de octubre de 1968. Indujeron, incluso, a la población a respaldar el delito de rebelión perpetrado.

Para el ejercicio arbitrario, sin sujeción al derecho, conculcando las libertades fundamentales, el Gobierno militar, so pretexto de reorganizar el Poder Judicial, cesó con

el beneplácito de varios medios de comunicación a los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema, mediante el

DECRETO LEY 18060

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno Revolucionario ha dado el Decreto-Ley siguiente:

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que es objetivo del Gobierno Revolucionario moralizar el país en todos los campos de la actividad nacional y restablecer plenamente el principio de autoridad, el respeto a la ley y el imperio de la justicia;

Que dentro de la acción renovadora de las instituciones nacionales asumida por el Gobierno Revolucionario constituye-materia de fundamental importancia la reforma general de la administración de Justicia;

Que la acumulación de procesos y el excesivo número de inculpados y acusados detenidos sin que judicialmente sea definida su situación, demuestra retardo en la administración de Justicia lo que debe ser superado;

Que la reforma ha de encarar primordialmente la tarea de configurar el Poder del Estado encargado de tal administración dentro de lineamientos que, asegurando básicamente su total e indispensable independencia, garanticen asimismo la idoneidad de su personal componente dentro de un sistema que, alentando el esfuerzo y la dedicación austera, excluya la permanencia en el cargo de los magistrados que no hubieran demostrado tal idoneidad para la función;

Que igualmente constituye factor básico de esa reforma la redistribución adecuada de los Tribunales y Juzgados que satisfaga las necesidades reales del país; así como la expedición de normas que dinamicen la administración de la Justicia;

Que, análogamente es indispensable proceder a una severa ratificación extraordinaria de todos los magistrados de Primera y Segunda Instancia de la República;

Que al asumir esta tarea el Gobierno Revolucionario plasma el clamor general de la ciudadanía, traduciendo con las medidas que adopta tanto la aspiración general de la opinión, como la de las instituciones profesionales especializadas;

En uso de las facultades de que esta investido; y,
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 1º.- Declarase en estado de reorganización el Poder Judicial, cesando a la fecha en sus cargos los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema.

Artículo 2º.- La Corte Suprema queda integrada por los magistrados elegidos en la fecha por Decreto-Ley, con el carácter de titulares.

Artículo 3º.- Toda elección de Vocales y Fiscal de la Corte Suprema será por un periodo de cinco años; siendo posible la reelección sucesiva.

Artículo 4º.- La Corte Suprema se compondrá de dieciséis Vocales y un Fiscal, con categoría de Ministros de Estado. Los primeros conformaran tres Salas de cinco miembros cada una y un Presidente. Las Salas se ocuparan de las materias de carácter civil la

primera, de las de carácter penal la segunda y de los asuntos contencioso-administrativos, laborales y de Derecho Público en general, la tercera.

En cada Sala actuara como Vocal ponente para cada asunto uno de sus miembros.

El Fiscal conocerá de los asuntos de orden administrativa, con las funciones que la ley vigente le asigna.

Artículo 5º.- Adicionalmente a sus atribuciones ordinarias, la Corte Suprema queda encargada de:

Pronunciarse en vía de ratificación extraordinaria y dentro del termino de noventa días a partir de la fecha, sobre la continuación o cese en el cargo de todos y cada uno de los Jueces y Vocales de la Republica, así como de los miembros del Ministerio Público;

Proceder a la modificación de la demarcación de los Distritos Judiciales, con el propósito de que esa distribución responda a las necesidades reales de la administración de Justicia, trasladando y creando las plazas que fueren necesarias por esta vez;

Elaborar la Tabla de Términos de Distancia, dentro del termino de noventa días a partir de la fecha;

Elaborar, dentro de igual término, el Arancel de Derechos Judiciales; y,

Dictar las medidas de urgencia que estime convenientes llamando, además, al personal suplente que sea necesario, y vigilar su riguroso cumplimiento a efecto de garantizar la observancia de los términos legales en todos los procesos y la oportuna atención de los recursos y notificaciones; sancionando severamente a los Jueces y auxiliares de Justicia responsables hasta obtener la extirpación de las deficiencias existentes.

Artículo 6º.- En todos los casos en que la acusación fiscal escrito pidiera pena no superior a seis años de penitenciaría, relegación o prisión; el juicio oral podrá llevarse a cabo con la intervención de un solo Vocal, llamándose en estos casos al Fiscal suplente y al personal auxiliar que fuere menester. Las Cortes Superiores organizaran turnos para la realización de audiencias matutinas y vespertinas hasta que desaparezca la actual congestión de procesos. Entretanto, los Vocales de los Tribunales Correccionales podrán también resolver unipersonalmente los incidentes y excepciones que se plantearan contra la acción penal.

Artículo 7º.- Crease el Consejo Nacional de Justicia, organismo que será integrado por los siguientes delegados: Dos del Poder Ejecutivo, dos del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados de Lima y uno por cada Programa Académico de Derecho de las dos Universidades Nacionales mas antiguas.

Artículo 8º.- Para ser Delegado ante el Consejo Nacional de Justicia se requerirá tener la nacionalidad peruana por nacimiento, título de abogado y ejercicio profesional no menor de 20 años. La función durara dos años, no siendo posible la reelección inmediata.

El Consejo elegirá su Presidente para un periodo de seis meses, no siendo posible, tampoco, la reelección inmediata. El quórum de la asamblea será de siete miembros, bastando el voto conforme de seis para hacer resolución. El Consejo elaborara su Reglamento.

Artículo 9º.- La función del Consejo Nacional de Justicia será la de elegir a los magistrados de todo el Poder Judicial de la Republica, con la excepción de los Jueces de Paz, y sujetándose al sistema de propuestas vigente.

Cuando lo estimara conveniente, el Consejo Nacional de Justicia podrá constituir Consejos Regionales de Justicia en los que se delegue la elección de los magistrados, de los Distritos Judiciales respectivos, fijando su reglamentación.

Artículo 10º.- El periodo de vacaciones judiciales será del 31 de enero al 12 de marzo de cada año. Si esta ultima fecha recayera en día inhábil, la apertura de tribunales se realizara el inmediato siguiente hábil.

Artículo 11º.- Dejase en suspenso el articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Nº 14605 en cuanto se oponga al presente Decreto-Ley y derogase el Artículo 8º del Decreto-Ley Nº 17110 y todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan al mismo.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los veintitrés días del mes de Diciembre de mil novecientos sesenta y nueve.

General de División EP. JUAN VELASCO ALVARADO, Presidente de la República
General de División EP. ERNESTO MONTAGNE SANCHEZ, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra.
Teniente General FAP, ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ, Ministro de Aeronáutica
Vice-Almirante AP ENRIQUEZ CABONEL CRESPO, Ministro de la Marina
Mayo General FAP. EDUARDO MERCADO JARRIN, Ministro de Relaciones Exteriores.
General de Brigada EP. ALFREDO ARRISUEÑO CORNEJO, Ministro de Educación
General de Brigada EP. ARMANDO ARTOLA AZCAZATE, Ministro del Interior
Mayor General FAP. JORGE CHAMOT BIGGS, Ministro de Trabajo
Contralmirante AP. JORGE DELLEPIANE OCAMPO, Ministro de Industria y Comercio
Contralmirante AP LUIS VARGAS CABALLERO, Ministro de Vivienda
General de Brigada EP. FRANCISCO MORALES BERMUDEZ CERRUTTI, Ministro de Economía y Finanzas
General de Brigada EP. JORGE BARANDIARAN PAGADOR, Ministro de Agricultura y Pesquería.
General de Brigada EP. ANIBAL MEZA CUADRA CARDENAS, Ministro de Transportes y Comunicaciones.
General de Brigada EP. JORGE FERNANDEZ MALDONADO SOLARI, Ministro de Energía y Minas.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Lima, 23 de Diciembre de 1969.

General de División EP. JUAN VELASCO ALVARADO
General de División EP. ERNESTO MONTAGNE SANCHEZ.
Teniente General FAP. ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ.
Vice-Almirante AP. ENRIQUE CARBONEL CRESPO.
General de División E.P. ERNESTO MONTAGNE SANCHEZ

La respuesta del régimen de facto a los medios de comunicación estuvo en el

DECRETO LEY N° 18075

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno Revolucionario ha dado el Decreto-Ley siguiente:

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que el Artículo 63º de la Constitución del Estado garantiza la libertad de prensa:

Que conforme al mismo numeral la libre emisión del pensamiento esta sujeta a la responsabilidad que establece la Ley:

Que a tenor del Artículo 64º de la Constitución, los Tribunales Ordinarios conocerán de los delitos de imprenta:

Que es imperativa la expedición de normas legales que adecue la libertad de prensa a las actuales aspiraciones de la comunidad peruana:

Que la prensa debe orientar la opinión publica con honestidad para contribuir a formar una verdadera conciencia nacional:

Que es indispensable la dación de un Estatuto de Libertad de Prensa inspirado en la idea de lograr el cabal ejercicio de la libertad de la persona para la expresión de su pensamiento en armonía con las exigencias del bien común, la paz y solidaridad sociales: Que vienen produciéndose comprobados casos de difamación calumniosa que no deben hacerse impunemente en nombre y al amparo de la libertad de prensa porque esta no puede ni debe ser empelada para atentar contra dignidad y el honor de las personas, así como contra el respeto que se debe al público lector:

Que la Ley N.º 10310, al modificar el Artículo 1º de la Ley N.º 10209 se refiere al derecho a la emisión libre de las ideas y opiniones por medio de la prensa bajo la responsabilidad que establece la ley, la que aun no está determinada:

Que en consecuencia se impone la necesidad de unificar y perfeccionar las leyes 10309, 10310 y 14949 ampliar al ámbito periodístico el contenido del Artículo 187º del Código Penal y establecer la responsabilidad a que se refiere la Ley N.º 10310:

En uso de las facultades de que esta es investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto – Ley siguiente:

ESTATUTO DE LIBERTAD DE PRENSA

CAPITULO I

De la libertad de prensa

Artículo 1º.- El derecho de la libertad de expresión de las ideas y opiniones por medio de la prensa, reconocido por el artículo 63º de la Constitución se ejercitara con arreglo a lo establecido en el presente Estatuto.

El Poder Ejecutivo garantizará el ejercicio de las libertades y derechos que en el se regulan.

Artículo 2º.- La libertad de expresión a que se refiere el artículo anterior no tendrá mas limitación que el respeto a la ley, la verdad y la moral, las exigencias de la Seguridad Integral del Estado y la Defensa Nacional, así como la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar.

Artículo 3º.- Las autoridades no podrán por ningún motivo exigir consulta previa ni aplicar censura salvo en caso de guerra.

Artículo 4º.- Las informaciones del Sector Público Nacional serán proporcionadas por sus organismos responsables.

CAPITULO II

De las publicaciones

Artículo 5º.- Son publicaciones periódicas las que aparecen diariamente o en periodos determinados, con su contenido informativo o de opinión.

Artículo 6º.- En las publicaciones periódicas se hará constar el lugar y fecha de su impresión, el nombre y apellidos del Director, el domicilio y razón social de la Empresa periodística y la dirección de sus oficinas de redacción y talleres.

Artículo 7º.- Se respetará clandestina toda publicación periódica en la que se admita o sean inexactos los requisitos a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 8º.- De toda publicación periódica se remitirá gratuitamente tres ejemplares a la Biblioteca Nacional.

Artículo 9º.- Un estatuto especial regulará la impresión, edición y difusión de publicaciones que, por su carácter, objeto o presentación aparezcan como principalmente destinadas a los niños y adolescentes.

CAPITULO III

De las empresas periodísticas

Artículo 10º.- Solo los peruanos de nacimiento, residentes en el Perú, que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles podrán constituir o participar en empresas que tengan por objeto editar publicaciones periódicas. Igual derecho tendrán las personas jurídicas constituidas en el País, con domicilio en el Perú, siempre que sus accionistas y miembros de su Directorio sean personas naturales, peruanas de nacimiento, igualmente residentes en el Perú.

Se considera residente a quien tenga permanencia continua en territorio nacional, por ejemplo no menor de seis meses al año.

Artículo 11º.- El Capital de las empresas periodísticas tendrá que pertenecer necesariamente a personas naturales o jurídicas de nacionalidad peruana. Entiéndese como tales a las empresas constituidas de conformidad con el Artículo precedente.

Artículo 12º.- Los derechos y acciones de las empresas periodísticas no podrán ser transferidos a extranjeros.

Artículo 13º.- El Objeto social de las empresas periodísticas será expresa y únicamente la publicación por cuenta propia de impresos periódicos y no podrán dedicarse a otras actividades que no tengan relación directa con las de carácter informativo y publicitario en general.

Artículo 14º.- Quedan exceptuados de lo dispuesto en los Artículos 10º, 11º y 12º las personas jurídicas que de acuerdo con sus finalidades propias, editen publicaciones exclusivamente de carácter técnico, científico o profesional.

Artículo 15º.- Las empresas periodísticas que publiquen varios periódicos aunque estos figuren como de personas jurídicas distintas serán considerados como una sola unidad económica si los accionistas de ellas son los mismos en mas del 40% y por tanto solidariamente responsables con la totalidad de su capital y o activo o de su patrimonio, en su caso.

Artículo 16º.- En Marzo y Setiembre de cada año las empresas periodísticas harán constar en espacio preferente de sus propias publicaciones, la nomina de sus accionistas y de su Directorio el monto de su capital, la participación accionaria de cada uno de los socios y cargos que desempeñan y la relación de los acreedores hipotecarios y prendarios si los hubiere con especificación del monto de cada crédito estando obligados a comprobarlo a requerimiento oficial. La publicación se hará cada vez que varíe la nomina de los accionistas.

CAPITULO IV

De la profesión periodística

Artículo 17º.- De conformidad con la Ley N.º 15630 se reconoce y ampara la profesión de periodista cuyo ejercicio debe encuadrarse en las normas del Código de Etica Profesional.

Artículo 18º.- Al frente de toda publicación periodística habrá un director peruano de nacimiento a quien corresponderá la orientación y la determinación del contenido de la misma así como su representación para los efectos del presente Estatuto.

Artículo 19º.- La publicidad sobre asuntos de interés publico y las cartas publicadas cualquiera que sea su contenido, deberán especificar el nombre y la dirección del anunciante o remitente cuya autenticidad deberá ser comprobada con la exhibición de instrumento de identificación fehaciente bajo responsabilidad del Director.

Artículo 20º.- El Director es responsable de toda publicación no firmada, así como de la obligación de aclarar y rectificar conforme a este Estatuto.

Capítulo V

Del derecho de aclaración y rectificación

Artículo 21º.- Toda persona natural o jurídica que se considere agraviada por cualquier información escrita o gráfica, inserta en una publicación periódica, podrá hacer uso del derecho de aclaración o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones que

contempla el presente Estatuto. Podrán también ejercitar este derecho los representantes de legales del agraviado, así como sus herederos.

Artículo 22°.- El Director del periódico tiene la obligación de insertar gratuitamente y en su integridad la aclaración o rectificación en el número sub - siguiente al día de su entrega, si se trata de publicación diaria, y en el primer número siguiente, si la publicación es de periodicidad dilatada.

Artículo 23°.- La aclaración o rectificación deberá estar redactada en lenguaje conveniente y circunscribirse al objeto de la aclaración o rectificación. Su inserción se realizará en la misma página y columnaje, con los mismos caracteres tipográficos con que se publico la información y, en su caso, con el gráfico pertinente. Si se omite cualquiera de estos requisitos se tendrá por no publicada la aclaración o rectificación. La aclaración de que se trate no podrá incluir en el mismo número comentarios o apostillas a la aclaración o rectificación.

Artículo 24°.- En el caso en que sea objetada la redacción o el lenguaje de la aclaración o rectificación el juez de primera instancia resolverá a la sola presentación de la solicitud del reclamante y dentro de las veinticuatro horas si procede o no modificar la redacción, ordenando su inmediata publicación. Esta resolución será inapelable. El ejercicio de este derecho no requiere firma de letrado, uso de papel sellado, papeletas mutuales, timbres, ni pago arancelario alguno.

Artículo 25°.- Contra la negativa del director a publicar una aclaración o rectificación, podrá el interesado acudir ante el juez instructor de turno, quien, dentro de las veinticuatro horas, notificará al director para que, dentro del mismo término improrrogable, presente su alegato. Con la absolución de dicho trámite o en su rebeldía. Dictará resolución, dentro del segundo día bajo responsabilidad. Esta resolución es inapelable, salvo para el solicitante en caso de denegatoria. Se tendrá como negativa del director el hecho de no publicar la aclaración o rectificación ordenada por el juez dentro de cuarentiocho horas de notificada la resolución. El ejercicio de este derecho tampoco requerirá de firma de letrado, papel sellado, papeletas, timbres, ni pago alguno.

Capítulo VI

De las infracciones, delitos y sanciones

Artículo 26°.- Constituyen infracciones al Estado de Libertad de Prensa, los hechos siguientes:

Las publicaciones de carácter clandestino, a que se refiere el Artículo 7°. Los responsables serán multados con una cantidad de un mil a cinco mil soles.

La omisión del envío de los ejemplares a que se refiere el Artículo 8°. Los responsables serán sancionados con apercibimiento la primera vez y multados con mil soles por cada vez que incumplan con dicha obligación.

La transferencia de acciones a extranjeros. Esta infracción será sancionada con la pérdida de las acciones indebidamente transferidas, las que pasaran, sin pago alguno, en un 40% a propiedad del denunciante que acredite el hecho y el 60 % al sindicato de empleados y obreros de la empresa; y en el caso de que no haya sindicato a la cooperativa de servidores que se formara con tal objeto. En igual forma se considerará las participaciones en los casos de empresas que no estén constituidas como Sociedades Anónimas.

Dejar de publicar en Marzo y Setiembre de cada año la información que dispone el Artículo 16°. Los responsables serán sancionados con multa de diez mil a cincuenta mil soles. Sin perjuicio de efectuar la publicación.

La publicación de avisos sin cumplir con los requisitos que dispone el Artículo 19.º. El Director será multado con el triple del precio que fija la tarifa del periódico.

Tratándose de cartas respecto a las que no se haya verificado su autenticidad, el Director será multado con un mil soles, multa que será duplicada cada vez que incurra en la misma infracción.

No insertar gratuitamente la aclaración o rectificación de conformidad con el Artículo 22.º, no obstante que esta haya reunido las condiciones que señala el Artículo 23.º; o publicarla omitiendo cualquiera de los requisitos señalados en este último Artículo y/o incluir comentarios o apostillas en cuyos casos, el Director será multado con diez mil soles. Esta multa será elevada al décuplo en el caso en que judicialmente se ordene la publicación sin modificaciones.

No publicar oportunamente en su integridad los comunicados oficiales emitidos por cualquier poder del Estado. El Director será multado con diez mil soles sin perjuicio de efectuar de inmediato dicha publicación. En caso de negativa la multa será aumentada a diez mil soles.

Artículo 27º.- Configura delito contra la libertad de prensa, los siguientes hechos:

Emplear testaferros en empresas periodísticas, representando acciones de extranjeros. El autor será sancionado con prisión no menor de tres meses y la pérdida de las acciones en las mismas condiciones establecidas en el inciso c) del Artículo 26º.

Incumplir la resolución judicial que ordena la publicación de una aclaración o rectificación. El Director responsable será penado con prisión no menor de tres meses.

Atribuir a una persona natural o jurídica, un hecho, cualidad o una conducta que perjudique el honor o la reputación de la primera o de las personas que componen o representan a la segunda.

El Director o autor, en su caso, será reprimido con prisión no menor de cuatro meses y multa de diez mil soles a cincuenta mil soles. Constituye circunstancia agravante si el perjudicado es autoridad, entidad pública o Institución Oficial. En estos últimos casos la pena no será menor de seis meses de prisión y multa de veinte mil soles a cien mil soles, salvo que el Director o autor compruebe a plenitud la veracidad de su dicho, caso en el que estará exento de pena.

Si por insolvencia del obligado el pago no puede hacerse efectivo, quedará inhabilitado para el ejercicio de la profesión de periodista hasta que pague la multa.

Publicar Artículos o crónicas cuyo autor se encuentre inhabilitado. El director será sancionado con multa de diez mil soles a cincuenta mil soles.

Publicar Artículos o crónicas en los que se emplee frases ofensivas al honor o reputación de una persona natural, jurídica o una corporación. El director o autor será sancionado con multa de cinco mil a treinta mil soles.

Constituye circunstancia agravante si el perjudicado es autoridad o entidad pública. En este caso, la pena no será no menor de seis meses de prisión y multa de diez mil soles a sesenta mil soles.

Publicar documentos fraguados, alterados, en forma esencial, o atribuidos inexactamente a personas naturales o jurídicas e instituciones oficiales.

El director o autor será sancionado con prisión no menor de tres meses.

Publicar documentos oficiales secretos, editoriales, Artículos o crónicas con las cuales se perjudique la seguridad integral del Estado y la defensa nacional.

El director o autor será sancionado con prisión no menor de un año.

Publicar Artículos, crónicas o imágenes que describan innecesariamente detalles lascivos, que evidencien la finalidad de excitar los bajos instintos y apetitos sexuales, o empleen palabras soeces o inconvenientes a la moral y las buenas costumbres.

El director o autor será multado con una suma de diez mil soles a cincuenta mil soles.

La apología de los delitos y/o de sus autores.

El director o autor será multado con una suma de un mil soles a diez mil soles.

La inserción de avisos que atenten contra la estabilidad monetaria y/o económica del país. El director será multado con el décuplo del valor de las tarifas del aviso insertado.

Artículo 28°.- Hay acción popular para denunciar las infracciones y delitos contemplados en el presente Estatuto.

Artículo 29°.- El juez instructor realizará en el término de ocho días una sumaria investigación y, luego, fallará dentro del término de cinco días, bajo responsabilidad. **Contra la resolución judicial hay recursos de apelación y de nulidad, excepto cuando ordene hacer rectificaciones. Tales recursos serán resueltos dentro del término de diez días, respectivamente.**

Artículo 30°.- Las sentencias que impongan sanciones, una vez ejecutoriadas, deberán insertarse en la misma publicación a que se refieran, en uno de los tres números inmediatamente posteriores a su notificación cuando se trate de diarios o en el número siguiente a su notificación, si se trata de publicación de periodicidad dilatada.

Artículo 31°.- Las infracciones de carácter administrativo serán sancionadas por el Prefecto del departamento con sujeción al procedimiento administrativo que señala el reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 006-SC de 11 de Noviembre de 1967, en cuanto sea pertinente. Las multas serán depositadas en el Banco de la Nación dentro del término de veinticuatro horas; en caso contrario, el cobro se hará por vía coactiva.

Capítulo VII

De la prensa extranjera y de la hablada y televisada

Artículo 32° - Por Resolución suprema refrendada por los ministerios del interior, Economía y Finanzas y Transportes y Comunicaciones se podrá prohibir el ingreso, circulación y venta de publicaciones extranjeras que atente contra el prestigio de los Poderes del estado y las Instituciones y economía nacionales.

Artículo 33° - Los espacios periodísticos e informativos y editoriales que transmiten las estaciones de radio y televisión están incursos dentro de los alcances del presente estatuto.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Artículo 34° - Dentro del término de ciento ochenta días los extranjeros tenedores de acciones de empresas periodísticas o los peruanos residentes en el extranjero las transferirán a personas naturales peruanas de nacimiento o personas jurídicas nacionales. Tendrán derecho preferencial en esta transferencia los sindicatos o cooperativas integrados por los servidores de las empresas cuyas acciones se transfieren.

Vencido el término indicado sin que se haya efectuado la transferencia, las acciones serán puestas en venta previa valorización justipreciada.

Los sindicatos o cooperativas de la empresa pueden ejercitar el derecho de retracto.

Artículo 35° - Por esta vez la publicación correspondiente a Marzo que ordena el Art. 16° se realizara en la primera edición siguiente al 8 de enero de 1970.

DISPOSICIÓN FINAL

Artículo 38º - Quedan derogadas las leyes 10309 10319 y 14949 así como todas las demás disposiciones que se opongan al presente estatuto.

Dado en la casa de gobierno en Lima a los treinta días del mes de Diciembre en mil novecientos sesentinueve.

General de División EP JUAN VELASCO ALVARADO, Presidente de la República.

General de División EP ERNESTO MONTAGNE SANCHEZ, Presidente del consejo de ministros y ministro de guerra.

Teniente General FAP ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ, Ministro de Aeronáutica.

Vicealmirante AP EDUARDO MONTERO ROJAS, Ministro de Salud.

General de Brigada EP EDGARDO MERCADO JARRIN, Ministro de Relaciones Exteriores.

General de Brigada EP ALFREDO ARRISUEÑO CORNEJO, Ministro de Educación.

General de Brigada EP ARMANDO ARTOLA AZCARATE, Ministro del Interior.

Mayor General FAP JORGE CHAMOT BIGGS, Ministro de Trabajo.

Contralmirante AP JORGE DELLEPIANE OCAMPO, Ministro de Industria y comercio.

Contralmirante AP LUIS VARGAS CABALLERO, Ministro de Vivienda.

General de Brigada EP FRANCISCO MORALES BERMUDEZ CERRUTTI, Ministro de Economía y Finanzas.

General de Brigada EP JORGE BARANDIARIAN PAGADOR, Ministro de Agricultura y Pesquería.

General de Brigada EP ANIBAL MEZA CUADRA CARDENAS, Ministro de Transportes y Comunicaciones.

General de Brigada EP JORGE FERNANDEZ MALDONADO SOLARI, Ministro de Energía y Minas.

POR TANTO:

Mando se publique y se cumpla.

Lima, 30 de Diciembre de 1969.

General de División EP. JUAN VELASCO ALVARADO.

General de División EP. ERNESTO MONTAGNE SANCHEZ.

Teniente General FAP. ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ.

Vicealmirante AP. ENRIQUE CARBONEL CRESPO.

General de Brigada EP ARMANDO ARTOLA AZCARATE.

Otra respuesta del Gobierno militar estuvo en el Decreto Ley 18169, de 3 de marzo de 1970, sobre "expropiación" de los diarios *Expreso y Extra*.

DECRETO LEY N.º 18169

El Presidente de la República

Por cuanto:

El Gobierno Revolucionario;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 1º.- Declárase de interés social, la expropiación de las acciones emitidas por Editora Nacional S. A.

Artículo 2º.- Compréndase en esta expropiación los bienes muebles e inmuebles de propiedad de terceros en actual posesión por la citada compañía mercantil y que se juzguen necesarios para el cumplimiento de su objeto.

Artículo 3º.- Autorízase al Ministerio del Interior para llevar adelante la expropiación, de conformidad con la Ley N° 9125, sus ampliatorias y los dispositivos del presente Decreto-Ley.

Artículo 4º.- Los servidores de Editora Nacional S. A. que voluntariamente lo deseen, constituirán una cooperativa, a la que se transferirá los bienes expropiados y que, por ello, asumirá la obligación del pago del precio correspondiente.

La cooperativa así constituida tendrá como finalidad principal la publicación de los diarios Expreso y Extra.

Artículo 5º.- Tómese posesión en la fecha de los bienes de Editora Nacional S. A. y encárgase, hasta que se constituya la cooperativa correspondiente, al Sindicato de Periodistas de Editora Nacional S. A. y al Sindicato Gráfico de Expreso la inmediata administración de Editora Nacional S. A., debiendo nombrarse un comité especial.

Artículo 6º.- Deposítase el valor nominal de las acciones de Editora Nacional S. A. en el Banco de la Nación, hasta que concluya el proceso expropiatorio y precise el Juez el valor real de las acciones y bienes expropiados.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los tres días del mes de Marzo de 1970.

General de División Juan Velasco Alvarado, Presidente de la República.

General de División Ernesto Montagne Sánchez, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra.

Teniente General FAB Rolando Gilardi Rodríguez, Ministro de Aeronáutica

Vicealmirante AP Manuel S. Fernández Castro, Ministro de Marina

General de División Edgardo Mercado Jarrín, Ministro de Relaciones Exteriores

Teniente General FAP Jorge Chamot Biggs, Ministro de Trabajo

General de Brigada Alfredo Arrisueño Cornejo, Ministro de Educación

General de Brigada Armando Artola Azcárate, Ministro del Interior

El Gobierno militar, aplaudido por varios medios de comunicación el 3 de octubre de 1968, continuó demoliendo la libertad de expresión y persiguiendo a los adversarios políticos, privándolos de libertad y exiliándolos del país. Dictó, entre otras normas, el Decreto Ley 20681, de 26 de julio de 1974, por el cual se “expropiaron a favor de la población organizada las acciones de los diarios “El Comercio”, “La Prensa”, “Correo”, “Ojo”, “Última Hora” y “Expreso”, según el texto siguiente

DECRETO LEY N° 20681

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno Revolucionario ha dado el Decreto-ley siguiente:

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que se ha promulgado en la fecha el Decreto-Ley 20680 que establece el Estatuto de Prensa:

Que conforme a dicho Estatuto corresponde a los diarios de distribución nacional ser verdaderos medios informativos, educativos y culturales por lo que debe considerárseles como un servicio social destinado a formar la conciencia nacional;

Que para ello su tenencia debe recaer en organizaciones que sean expresión real de la nueva sociedad:

Que es objetivo del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada realizar la transformación de las estructuras económicas, sociales y culturales del país.

Estando a lo dispuesto en el artículo 5º del Estatuto del Gobierno Revolucionario (Decreto-Ley 17063);

En uso de las facultades de que esta investido; y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 1º.- Declárase de necesidad nacional y de interés social la edición e impresión y difusión de los diarios de distribución nacional y en consecuencia expropiase, a favor de los Sectores de la población organizada que se indican en el artículo siguiente, las acciones emitidas por las empresas que editan e impriman los diarios “El Comercio”, “La Prensa”, “Correo”, “Ojo”, “Ultima Hora” y “Expreso”, así como sus suplementos, vespertinos y todas sus publicaciones adicionales.

Compréndese también en la expropiación a las empresas de distribución de los mencionados órganos de expresión que se consideren necesarias, las mismas que serán determinadas por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Trabajo.

Artículo 2º.- Las expropiaciones a que se refiere el artículo anterior se hacen a favor de los sectores organizados de la población que se indica a continuación:

“Empresa Editora “El Comercio” S.A.: a las organizaciones campesinas, tales como Cooperativas, SAIS, Ligas Federaciones, Confederaciones y otras análogas o similares;

“La Prensa” S.A.: a las Comunidades Laborales (Industriales, Pesqueras, Mineras, etc., incluyendo a los empresarios que tengan la calidad de comuneros)

Empresa Periodística Nacional S.A.: a las organizaciones profesionales y a las organizaciones culturales. En este caso el diario “Correo” se asignara a los profesionales (abogados, ingenieros, médicos, economistas, etc.); y el diario “Ojo” a los escritores, artistas e intelectuales en general;

Empresa Editora Lima S.A.: a las organizaciones de servicios, comprendiendo en estas a las cooperativas de servicios, mutuales, construcción civil, bancos, comercio, transportes y otros;

Editora Nacional S.A.: a las organizaciones educativas tales como universidades y comunidades educativas (trabajadores docentes y no docentes, alumnos y padres de familia de los centros educativos).

Artículo 3º.- Compréndese en esta expropiación los bienes muebles e inmuebles de propiedad de terceros en actual posesión de las empresas periodísticas.

Artículo 4º.- Autorízase al Ministerio de Trabajo a efectuar la expropiación siguiendo, en lo pertinente, el procedimiento que señalan la Ley 9125, sus ampliatorias, modificatorias y el presente Decreto-ley, debiendo interponerse la demanda antes el Juez de Primera Instancia en lo Civil de Turno del lugar donde se encuentre el domicilio de la empresa afectada.

Artículo 5º.- La forma de valorizar las acciones expropiadas será la que determine la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

Artículo 6º.- El valor de la expropiación será pagado en la siguiente forma:

El Diez (10) por ciento al contacto; y,

El saldo en 10 armadas iguales, anuales, que devengaran un interés anual del 6% al rebatir sobre los saldos deudores. Los intereses serán computados a partir de la fecha de expropiación.

Artículo 7º.- El patrimonio de las actuales Comunidades Industriales de las empresas expropiadas, será cancelado en la siguiente forma: el 50% en 1974 y el 50% en 1975. Las nuevas Comunidades Industriales participaran en la gestión y los beneficios en la forma usual para este tipo de empresas, sustituyéndose únicamente la participación en la propiedad por la entrega de valores de COFIDE en la cantidad correspondiente.

Artículo 8º.- Para los efectos del pago a que se refieren los dos Artículos anteriores, el Banco de la Nación abrirá un crédito que será cancelado con los ingresos que produzcan los diarios expropiados.

Artículo 9º.- Mientras se constituya el Consejo Directivo a que se refiere el artículo 25º del Decreto-Ley 20680, las empresas expropiadas y los órganos de expresión que se indican en el artículo 1º estarán a cargo de Comités nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Trabajo por un periodo de un año. Al término de este plazo deberán constituirse los Consejos Directivos de cada diario en la forma que establezca la respectiva reglamentación.

A partir de la fecha cesan en sus funciones los miembros de los Directorios, así como los Directores, Sub-Directores y Gerentes de las empresas y diarios expropiados.

Artículo 10º.- Al efectuarse la expropiación en las empresas indicadas, se procederá a su reorganización conveniente en el termino de 90 días, vencidos los cuales el personal que continúe prestando servicios en las referidas empresas gozará de la estabilidad en el empleo que le conceden los Decretos-Leys 18139 y 18741.

Artículo 11º.- Las obligaciones contraídas y las garantías dadas desde seis (6) meses antes de la fecha de expropiación quedan nulas y sin ningún valor, salvo que se pruebe a plenitud que han servido para beneficio exclusivo de las empresas expropiadas, en cuyo caso el Comité a que se refiere el artículo 9º convalidará expresamente la obligación y/o garantía.

Artículo 12º.- Tomase posesión en la fecha de las empresas expropiadas.

Artículo 13º.- El Ministerio de Trabajo dictará lo dispuesto en el presente Decreto-Ley

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera- Las acciones de la Empresa Periodística Nacional S.A. se dividirán por partes iguales entre las organizaciones profesionales y culturales a respectivamente, hasta que ambos sectores y resuelvan lo que consideren conveniente.

Segunda.- Las acciones de las empresas que editan y/o impriman mas de uno de los órganos de prensa a las que se refiere el artículo 1º serán expropiadas por partes iguales a favor de las organizaciones que se indica en el artículo 2º, quienes recibirán los correspondientes diarios. Posteriormente dichas organizaciones resolverán al respecto lo que estiman conveniente.

DISPOSICION FINAL

Derógase, modifícase, o déjase en suspenso, en su caso, las disposiciones legales que se opongan al presente Decreto Ley, incluyendo el Decreto Ley N.º 18169.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintitrés días del mes de julio de mil novecientos setenticuatro.

General de División EP JUAN VELASCO ALVARADO, Presidente de la República.

General de División EP. EDGARDO MERCADO JARRIN, Presidente del Consejo de ministros y Ministro de Guerra.

Teniente General FAP. ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ, Ministro de Aeronáutica

Vicealmirante AP. JOSE ARCE LARCO, Ministro de Marina

General de División EP. EDGAR MERCADO JARRIN, Ministro de Relaciones Exteriores.

Teniente General FAP. PEDRO SALA OROSCO, Ministro de Trabajo.

General de División EP. ENRIQUE VALDEZ ANGULO, Ministro del Interior.

General de División EP. JORGE FERNANDEZ MALDONADO SOLARI, Ministro de Energía y Minas.

Teniente General FAP. LUIS BARANDIARAN PAGADOR, Ministro de Comercio.

General de División EP. JAVIER TANTALEAN VANINI, Ministro de Pesquería

Vicealmirante AP. AUGUSTO GALVEZ VELARDE, Ministro de Vivienda.

Teniente General FAP. FERNANDO MIRO QUESADA BAHAMONDE, Ministro de Salud.

Contralmirante AP. ALBERTO JIMENEZ DE LUCIO, Ministro de Industria y Turismo.

General de Brigada EP. MIGUEL ANGEL DE LA FLOR VALLE, Ministro de Relaciones Exteriores.

General de Brigada EP. PEDRO RICHTER PRADA, Ministro del Interior.

General de Brigada EP. RAUL MENESES ARATA, Ministro de Transportes y Comunicaciones.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla..

Lima, 26 de julio de 1974

General de División EP. JUAN VELASCO ALVARADO.

General de División EP. EDGARDO MERCADO JARRIN.

Teniente General FAP. ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ.
Vicealmirante AP. JOSE ARCE LARCO.
Teniente General FAP. PEDRO SALA OROSCO.

Ese grave atentado contra la libertad de expresión motivó numerosas protestas en diversas ciudades de la República, especialmente en Miraflores. La represión fue brutal. Miles de peruanos fueron apresados y cientos de ellos procesados en el fuero privativo militar. Asimismo, los medios de comunicación del extranjero criticaron acremente el atropello.

El 4 de diciembre de 1974, publicó el diario “El Peruano” el Decreto Ley N.º 20828, en virtud del cual se dispone aplicar penas de prisión y de muerte contra las personas que, con fines políticos, realicen determinados actos.

Según el Artículo 1 de ese Decreto Ley, “quienes con fines políticos atenten contra la vida de las personas, o la integridad de las cosas, empleando cualquier clase de medios, serán sancionados **(a) si no ocasionan daño personal, ni material, con pena no menor de veinte años; (b) si se produjera daño únicamente material, con internamiento no menor de veinticinco años; y (c) si se produjera el fallecimiento o lesiones, cualquiera que sea la gravedad de éstas, con pena de muerte.**”

En otras palabras: la simple imputación a un adversario político del Gobierno militar (y habían millones) de “atentar” contra la vida de una persona, hacía viable la pena privativa de libertad no menor de veinte años.

De acuerdo con el Artículo 2 del Decreto Ley N.º 20828, correspondía la competencia para juzgar a los adversarios del gobierno militar a los Consejos de Guerra Permanentes de las Zonas Judiciales de Policía, en el *plazo de cuarenta y ocho horas*.

Depuesto el general Velasco Alvarado, a fines de agosto de 1975, el gobierno militar decretó una “amnistía” el 2 de setiembre de ese año, para que pudieran retornar al Perú los ciudadanos deportados.

Más adelante, el Gobierno militar convocó a la Asamblea Constituyente que aprobó la Constitución Política de 1979. Pero debió hacer frente al descontento popular, para cuyo efecto expidió el

DECRETO LEY N.º 22414

CONSIDERANDO:

Que mediante un paro político subversivo, con orientación y apoyo internacional, se pretende desestabilizar a Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada e impedir la recuperación económica y frustrar la transferencia del poder;

Que por tal motivo ha sido declarado el estado de emergencia y suspendido garantías constitucionales en todo el territorio nacional;

Que publicaciones de circulación limitada, no diaria y eventuales coadyuvan ala finalidad subversiva desnaturalizando su función informativa y orientadora;

En uso de las facultades de que está investida; y,

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1º.- Suspéndase la edición de las publicaciones de circulación limitada, no diarias o eventuales que por Resolución del Ministro del Interior se determine.

Artículo 2º.- Déjase en suspenso las disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley.
Por Tanto: Mando se publique y cumpla. Lima, 5 de Enero de 1979

Gral. de Div. EP. F. Morales Bermúdez C.
Gral. de Div. EP. Oscar Medina Pallocchia.
Vice-Almirante AP. Luis Galindo Chapman.
Gral. de Brig. EP. Fernando Velit S

En el tramo final del régimen militar, cuando funcionaba ya la Asamblea Constituyente, se amenazó a la opinión pública con la promulgación del

DECRETO LEY N.º 22437

CONSIDERANDO:

Que determinados medios de información vienen haciendo pronunciamiento que ostensiblemente comprometen la soberanía nacional y el prestigio del Perú en el ámbito internacional, atentando así contra la Seguridad Nacional;

Que es deber del Estado velar por la expresada Seguridad, por lo que se hace necesario suspender los medios de información que se empleen para actuar en contra de ella;

En uso de las facultades de que está investido; ,

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1º.- Suspéndase los medios de información que por Resolución del Ministro del Interior se determine.

Artículo 2º.- Déjase en suspenso las disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley.

Por Tanto: Mando se publique y cumpla.

Lima, 23 de Enero de 1979

Gral. de Div. EP. F. Morales Bermúdez C.

Gral. de Div. EP. Oscar Molina Pallocchia.

Tnte. Gral. FAP. Luis Galindo Chapman.

Vice-Almirante AP. Carlos Tirado Alcorta.

Gral. de Brig. EP. Fernando Velit S.

El Gobierno militar entendió que debía iniciar el tránsito al Estado de Derecho y, por tanto, expidió el

DECRETO LEY N.º 22510

CONSIDERANDO:

Que atendiendo a la necesidad de contra con dispositivos legales a que permitan hacer frente a situaciones subversivas, alentadas por algunas publicaciones no diarias, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada expidió el Decreto Ley 22414, asimismo, tendiendo en cuenta que otros medios de información venían haciendo pronunciamiento tendentes a comprometer la soberanía y prestigio del Perú en el ámbito internacional, se promulgó el Decreto Ley 22437; dejándose en ambos casos en suspenso las ediciones de los medios de información periodística que fueran determinadas por resolución del Ministerio del Interior;

Que resulta conveniente establecer una normatividad complementaria que permita, igualmente, la edición de las publicaciones suspendidas de acuerdo con la evolución de la situación política del país;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo Unico.- Autorízase al Ministro del Interior a permitir progresivamente la edición de las publicaciones suspendidas de conformidad con lo dispuesto en los Decretos Leyes 22414 y 22437, en armonía con las normalización de las condiciones políticas del país.

Por Tanto: Mando se publique y cumpla.

Lima, 24 de Abril de 1979.

Gral. de Div. EP. F. Morales Bermúdez C.

Gral. de Div. EP. Pdرو Richter Prada.
Tnte. Gral. FAP. Luis Galindo Chapman.
Vice-Almirante AP. Carlos Tirado Alcorta.
Gral. de Brig. EP Fernando Velit Sabatini.

El Gobierno militar también consideró necesario facilitar el acceso de los diversos partidos políticos –y de sus candidatos– a los medios de comunicación social incautados, cuya manipulación hacía desde julio de 1974 (y, en algunos casos, desde antes), y con ese propósito dictó el

DECRETO LEY N.º 22885

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno Revolucionario

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que por Decreto Ley 22622 se ha convocado a Elecciones Generales para el 18 de mayo de 1980;

Que a efecto de asegurar la participación activa y consciente de la ciudadanía en el proceso electoral, es indispensable la difusión a nivel nacional, por los medios de comunicación social, de los planteamientos y posiciones de las entidades participantes en las Elecciones Generales;

Que es necesario normar los alcances y procedimientos concernientes al uso gratuito de dichos medios y, a la vez, garantizar que este derecho sea ejercido por todas las entidades participantes dentro de criterios de ponderación, justicia, equidad é igualdad de oportunidades;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1.- Para los efectos de la propaganda electoral gratuita que realicen las entidades participantes en las Elecciones Generales de 1980, el uso de los medios de comunicación social de propiedad estatal y estatal-asociada así como el de los diarios que se señalan en el Artículo 5, se regulará por lo establecido en el presente Decreto Ley.

Artículo 2.- Se consideran entidades participantes a los Partidos Políticos, las Agrupaciones Independientes, las Alianzas y las Listas Independientes, inscritas en forma definitiva en el Jurado Nacional de Elecciones, de conformidad con el Decreto Ley 22652 y modificatorias. Tratándose de Alianzas, se considerará a cada una de ellas como una sola entidad participante.

Artículo 3.- Las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 14250 y sus modificatorias son aplicables en cuanto sea pertinente, a las actividades de las entidades mencionadas en el Artículo anterior.

Artículo 4.- Los contenidos de la propaganda electoral se sujetarán a los siguientes criterios:

Que se respete la dignidad de las personas e instituciones y sus representantes.

Que se eviten las alusiones y expresiones agraviantes u ofensivas contra las demás entidades participantes y sus candidatos.

Que no se utilicen términos o frases que atenten contra la moral y las buenas costumbres.

Que se eviten actitudes y expresiones que, directa o indirectamente, inciten a la violencia, o la alteración de la paz social o qué atenten contra el indispensable clima de normalidad y tranquilidad que debe enmarcar el proceso electoral.

Que se eviten alusiones o expresiones que, por su contenido o intencionalidad, pudiera deteriorar las relaciones de respeto recíproco que el país mantiene con los demás Estados.

Los transgresores serán sancionados de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Ley, sin perjuicio de las acciones que las entidades o personas que se consideren agraviadas, puedan incoar por la vía correspondiente.

Artículo 5.- A partir del 17 de marzo y hasta el 16 de mayo inclusive, cada una de las entidades participantes inscritas en forma definitiva, tendrá derecho al uso gratuito de un espacio semanal en cada uno de los diarios de circulación nacional o regional que se indica a continuación en las condiciones siguientes:

La “Crónica” en su edición de la mañana, “El Comercio”, “La Prensa”, “Correo”, “Expreso”, “Ojo”, “Última Hora” y “Extra”, espacios de treintidós centímetros por dos columnas.

En las filiales del diario “Correo”, de las ciudades de Tacna, Arequipa, Huancayo y Piura, espacios de quince centímetros por dos columnas.

La propaganda gratuita será insertada en la página política, con un título permanente y una ubicación fija.

Cada Artículo será identificado obligatoriamente con el nombre de la persona que asuma la responsabilidad de su contenido y el de la entidad que representa.

Artículo 6.- La propaganda electoral gratuita por televisión de las entidades participantes inscritas en forma definitiva, se efectuará mediante el uso de espacios de veinte minutos de 19.30 y 23.00 horas, desde el 17 de marzo hasta el 16 de mayo inclusive, a razón de un espacio a la semana por cada entidad, en cada una de las localidades donde operen estaciones de televisión. En las localidades donde opere más de una estación de televisión los espacios se distribuirán proporcionalmente en cada una de dichas estaciones.

En Lima, los tres últimos espacios asignados a las entidades con fórmulas inscritas definitivamente para Presidente, Vicepresidentes y Senadores, serán difundidos en cadena y a nacional a todas las estaciones de provincias. Estas transmisiones serán computadas dentro de los espacios asignados a dichas entidades en las localidades de provincias así cubiertas.

Artículo 7.- La propaganda electoral gratuita por radio, de las entidades participantes inscritas en forma definitiva, se efectuará mediante el uso de espacios de quince minutos de duración y en horarios preferenciales; a razón de una presentación a la semana por cada entidad; desde el 17 de marzo hasta el 16 de mayo, inclusive, en cada una de las localidades donde operen más de una de estas estaciones de radio estatales y estatales-asociadas. En las localidades donde opere más de una de estas estaciones de radio, los espacios se distribuirán proporcionalmente en cada una de dichas estaciones.

Artículo 8.- Los espacios gratuitos a que se hace referencia en los Artículos 6 y 7, no se programarán en los horarios que correspondan a la difusión de noticiarios televisivos a nivel nacional o locales, ni en los horarios utilizados para la difusión de noticiarios radiales en la estación de radio donde se transmitan dichos espacios.

Artículo 9.- Los espacios a que se refieren los Artículos 5, 6 y 7, serán concedidos de conformidad con el siguiente procedimiento:

a. En función al número de entidades inscritas en forma definitiva, se sorteará el orden de participación inicial de las entidades en cada uno de los diarios, estaciones de televisión y estaciones de radio.

b. En base a dicho orden de participación inicial se asignarán los espacios siguientes en cada medio, en forma rotativa.

Las entidades que no presenten sus Artículos o no utilicen sus espacios en televisión o radio, en la hora y fecha previamente establecidos, no podrán solicitar su reposición, no dichos espacios podrán ser asignados a otra entidad.

Artículo 10.- Las Listas Independientes tendrán derecho a la concesión de los espacios gratuitos considerados en los Artículos 5, 6 y 7, desde el 28 de abril para Presidente, Vicepresidente y Senadores; y desde el 02 de mayo para Diputados, circunscribiéndose la concesión para estas últimas al Distrito Electoral respectivo.

Artículo 11.- Lo preceptuado en el Artículo anterior no implica recorte o disminución de los espacios concedidos en los diarios, estaciones de televisión y estaciones de radio a las

entidades que, a las fechas indicadas, estén haciendo uso de ellos, por lo que deberán adicionarse los espacios necesarios para las Listas Independientes.

Artículo 12.- El Diario Oficial “El Peruano”, Radio Nacional del Perú, sus filiales y Radio Reloj, no contratarán ni concederán espacios gratuitos para propaganda electoral.

Artículo 13.- Créase Comisiones Departamentales encargadas de velar por el cumplimiento del presente Decreto Ley en sus respectivos Distritos Electorales, las que estarán integradas por un (1) representante del Jurado Departamental de Elecciones, quien la presidirá; un (1) representante del Ministerio del Interior y un (1) representante del Sistema Nacional de Información.

Artículo 14.- Son atribuciones de las Comisiones Departamentales:

a. Coordinar los procedimientos y aspectos operativos que garanticen el cumplimiento de lo prescrito por el presente Decreto Ley con los responsables de los medios de comunicación social señalados en los Artículos 5, 6 y 7 con los representantes acreditados de los Partidos Políticos, Agrupaciones Independientes, Alianzas y Listas Independientes, inscritas en forma definitiva.

Aplicar el procedimiento indicado en el Artículo 9 para la concesión de espacios.

Evaluar el contenido de la propaganda electoral difundida, en función de lo preceptuado por el Artículo 4.

Resolver, dentro del término de tres días las reclamaciones o recursos de reconsideración formulados por las entidades participantes que consideren vulnerados los derechos que el presente Decreto Ley les concede. Sus resoluciones son inapelables.

Aplicar y ejecutar las sanciones que establece el presente Decreto Ley.

Dictar las normas internas que se requiera.

Artículo 15.- Las Comisiones Departamentales deberán quedar instaladas cuando menos con diez días de antelación a la fecha señalada para el inicio de la propaganda electoral y sus integrantes laborarán a dedicación exclusiva, cesando en sus funciones diez días después de la fecha de finalización de la misma.

Artículo 16.- La Comisión Departamental de Lima estará integrada por dos (2) representantes del Jurado Nacional de Elecciones, uno de los cuales lo presidirá; un (1) representante del Ministerio del Interior y un (1) representante del Sistema Nacional de Información; y, ejercerá jurisdicción sobre los Distritos Electorales del Departamento de Lima y el de la Provincia Constitucional del Callao para los efectos de la aplicación del presente Decreto Ley. El Presidente de la Comisión tiene voto dirimente.

Artículo 17.- Declaradas fundadas las reclamaciones o recursos de reconsideración a que se refiere el inciso d) del Artículo 14, los responsables de los medios de comunicación social serán sancionados con multa no menor al monto equivalente de un sueldo mínimo vital ni mayor de tres, correspondientes a la actividad industrial de la Provincia de Lima; sin perjuicio de restablecer el derecho conculcado, dentro del término perentorio de cuarentiocho horas.

Si a pesar de la sanción impuesta se incumpliese el mandato, el monto de la multa será elevado al décuplo.

Artículo 18.- Las entidades participantes que al realizar su propaganda electoral mediante el uso de los espacios gratuitos que el presente Decreto Ley concede, contravengan los criterios establecidos en el Artículo 4, serán sancionados dentro del término de tres días, computado a partir de la emisión o edición:

a. Con multa, no menor de cincuenta mil ni mayor de cien mil soles oro, la primera vez; y suspensión del derecho al uso gratuito de los espacios asignados en el medio, en tanto no empocen el monto de la multa en la cuenta “Fondos Electorales” del Jurado Nacional de Elecciones.

b. En caso de reincidencia, con el doble de la multa y la pérdida definitiva del uso gratuito de los espacios que le hubieran sido asignados en todos los medios.

Artículo 19.- Las multas impuestas serán canceladas dentro de las veinticuatro horas de consentida o ejecutoriada la resolución respectiva. La cobranza podrá hacerse efectiva por la vía coactiva, a cargo del Banco de la Nación. Los montos recaudados por este concepto

serán depositados en la cuenta “Fondos Electorales” del Jurado Nacional de Elecciones, de acuerdo a lo prescrito por el Artículo 96 del Decreto Ley 22652.

Artículo 20.- Los egresos que demande el funcionamiento de las Comisiones Departamentales, serán asumidos por el Jurado Nacional de Elecciones.

Artículo 21.- Déjase en suspenso las disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley. Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los doce días del mes de febrero de mil novecientos ochenta.

General de División EP. FRANCISCO MORALES BERMUDEZ CERRUTTI, Presidente de la República.

General de División EP PEDRO RICHTER PRADA, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra.

Los Decretos Leyes 18169, 21204, 21555, 22316, 22502, 22709, 22853 y 22884, así como las disposiciones transitorias del Decreto Ley 22244 y otras disposiciones de menor jerarquía fueron derogadas por el gobierno democrático mediante el Decreto Legislativo N.º 3, de 21 de noviembre de 1980, dictado en ejercicio de las facultades delegadas por la Ley 23226. Como consecuencia se restituyó de inmediato a sus propietarios las acciones de las empresas periodísticas; y a los trabajadores de dichas empresas la plenitud de sus derechos.

Los Decretos Legislativos N.ºs 76 y 77, ambos de 4 de mayo de 1981, establecieron normas para resarcir a las empresas propietarias de medios de comunicación el menoscabo patrimonial que sufrieron durante el régimen militar.

Asimismo, el Decreto Legislativo N.º 79 otorgó incentivos tributarios a las empresas televisivas y de radiodifusión para que “puedan revitalizarse”.

Por supuesto, en algunos casos se abusó de los incentivos legal y democráticamente concedidos.

El Decreto Ley 22885 es, por lo tanto, el precedente acerca del uso de los medios de comunicación social por los partidos políticos.

Como actos preparatorios, camuflados, del golpe de Estado, el régimen iniciado el 28 de julio de 1990 usó varios medios de comunicación social, principalmente televisivos, para desprestigiar al Congreso de la República. Y a partir del 5 de abril de 1992 varió radicalmente la política del régimen con los medios de comunicación. La dictadura envileció a muchos de los propietarios de esos medios. Los procesos penales en trámite, contra los autores de delitos de corrupción impiden a los magistrados del Tribunal Constitucional referirse a ellos a efectos de no interferir en la labor jurisdiccional.

La demanda de inconstitucionalidad materia de la sentencia de la que es parte este fundamento de voto, pretende anular una norma destinada a que los partidos políticos inscritos, sin intermediarios, expongan sus planes de gobierno y cuestionen los de sus adversarios. Toda persona humana tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. Para el adecuado ejercicio de tales derechos deben estar debidamente informados. Como consecuencia de la información, pueden optar. Es en defensa del sistema democrático de gobierno que, sin excepción, todos los medios de comunicación deben contribuir al debate de los asuntos públicos y, especialmente, los concesionarios de los recursos naturales que son patrimonio de la Nación.

Los medios de comunicación social tienen su peculiar manera de analizar los problemas del país y de criticar a las instituciones públicas y a quienes ejercen funciones por elección o por nombramiento. Ese derecho debe ser respetado. El único límite es el que determina la Constitución y las leyes que la desarrollan.

Casos frecuentes hay en que la libertad de información se ejerce subjetiva y no objetivamente, y otros en que la prensa amarilla atenta contra la moral, las buenas costumbres y el honor de las personas. Son hechos que ocurren en muchos lugares del mundo. El derecho de rectificación corresponde a los afectados. En los casos tipificados en la ley penal, los jueces competentes deben aplicar la ley correspondiente.

La libertad de expresión oral y escrita la ejercen todos los habitantes de la República. Empero, de esa libertad de expresión sólo hacen uso los propietarios, concesionarios o trabajadores de los medios de comunicación, y las personas que por alguna razón tienen acceso a tales medios. El pluralismo de la información hace que los lectores o escuchas muestren sus preferencias. La variedad de noticias, comentarios y programas permite a la población conocer las decisiones de gobierno, los debates parlamentarios, los actos académicos o científicos y, en fin, todo lo que acontece en el país.

Los medios de comunicación social, cuando hay democracia, ofrecen un abanico de informaciones y opiniones. En los interregnos autoritarios, se mutila la información y se suprime la opinión discrepante.

Comenta Luis Alberto Huerta Guerrero ("La Libertad de expresión y acceso a la información pública – Comisión Andina de Justistas – Pag. 22) que

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier...procedimiento" (artículo 13º inciso 1), está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente (...)".

En ejercicio de la libertad de expresión, hay personajes y medios de comunicación que critican que los magistrados del Tribunal Constitucional tengan determinadas ideologías políticas. Los principios y valores democráticos, al contrario, garantizan que las resoluciones del máximo intérprete de la Constitución se inspiren en la permanente defensa de los derechos fundamentales. Sólo están legalmente proscritos de desempeñar la magistratura constitucional los que han servido en funciones de confianza a los gobiernos usurpadores.

Manuel Medina Guerrero ("Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", Madrid, 2001, pag. 72) escribe que

Desde el momento en que el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1), y consiguientemente ha de pronunciarse sobre la actuación del Parlamento y del Gobierno, se hace evidente que, a menudo, presentan una notable carga política las controversias que se le plantean y que, paralelamente, sus decisiones pueden asimismo tener hondas repercusiones de tal índole. Ahora bien, el hecho de que el juez constitucional deba con

alguna asiduidad resolver controversias políticamente relevantes o, dicho sin ambages, de neto contenido político, no autoriza en ningún caso a poner en cuestión ni su verdadera condición de Tribunal, ni la naturaleza jurisdiccional de la función que desempeña.

El Tribunal Constitucional resuelve, pues, asuntos que tienen connotación política, y, en los casos de las acciones de amparo, debe proscribir el uso abusivo de la función pública. No puede dejar de ejercer las atribuciones que le señala el artículo 202 de la Constitución Política del Perú, que son

Conocer, en instancia única, la acción de constitucionalidad.

Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Dentro del sistema democrático de gobierno es necesario que los medios de comunicación social ejerzan plenamente las libertades de información y de expresión, sin más límites que los que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes establecen.

Cuando hay normas legales que violan la Constitución están facultados para interponer acciones de inconstitucionalidad los sujetos legitimados a que alude el artículo 203 de la Constitución Política del Perú. Así ocurre en el caso *sub júdice* con la demanda planteada en este proceso.

El Tribunal Constitucional, si estima la demanda puede expulsar la norma legal o, mediante una sentencia interpretativa, dar a ésta una lectura conforme a la Constitución. En caso que no estime la demanda, todos los jueces del Poder Judicial –y todos los habitantes de la República- no pueden cuestionar la ley.

Es a consecuencia de la sentencia dictada por el TC en el caso de Arturo Castillo Chirinos que se ha promovido una intensa campaña hostil contra el máximo órgano de control de la constitucionalidad. Anteriormente, el TC fue atacado cuando dictó sentencias relacionadas con el despido de trabajadores, con la ley que hacía equivalente la detención domiciliaria con la carcelaria, y con la exoneración de tributos que pretendían algunos propietarios de casinos y máquinas tragamonedas. Sin embargo, el Tribunal ha recibido el respaldo de la opinión pública.

En cuanto a los casinos y tragamonedas, es preciso indicar que este Tribunal, mediante sentencia de 8 de agosto de 2006 (Exp. N.º 04245-2006-PA/TC) ha expresado:

Por ello, es necesario que los precedentes y jurisprudencia citada en la presente sentencia sea de conocimiento de todas las instancias jurisdiccionales dentro del territorio de la República; para tal efecto, corresponde disponer que tanto la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República como la Fiscalía de la Nación difundan esta sentencia entre sus órganos jurisdiccionales y dependencias administrativas, según corresponda.

Además, debe recordarse que está vigente la Resolución de Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 4 de abril de 2006, disponiendo que todos los órganos jurisdiccionales de la República están obligados a cumplir los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional respecto a criterios de procedibilidad en demandas de amparo en materia laboral y al impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

¿Derechos adquiridos en materia de Casinos de Juego y Máquinas Tragamonedas?

Ante la proliferación de procesos de amparo a través de los cuales se pretende enervar el contenido de las decisiones administrativas emitidas por los órganos competentes para regular y fiscalizar el funcionamiento de los casinos de juego y máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional se ve en la obligación de precisar que las sentencias declaradas fundadas, que han adquirido la calidad de cosa juzgada, derivadas de los procesos de amparo, no constituyen, en modo alguno, una “patente de corso” o, lo que es lo mismo, obstáculos que impidan que con posterioridad al acto reputado como atentatorio de los derechos fundamentales, o incluso a las precitadas sentencias, se realicen labores de fiscalización; por el contrario, el Estado debe desarrollar a plenitud las funciones que la Constitución y la legislación derivada de ella han establecido, funciones estas que en modo alguno pueden ser paralizadas o impedidas a través de un proceso de amparo, salvo aquellos casos directamente relacionados con las sentencias emitidas y que fueron objeto de pronunciamiento en su oportunidad.

En esta tónica debe precisarse que, en concordancia con el artículo 103º de la Constitución, no existe ningún derecho adquirido en materia de la gestión o explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, de modo que el Estado está siempre expedito para establecer y desarrollar políticas de fiscalización permanentes cuyo objeto sea la protección de los usuarios, consumidores y de la sociedad en su conjunto.

En todo caso, advirtiéndose la existencia de procesos de amparo que han culminado con sentencias que declararon fundadas las demandas presentadas por los propietarios o las empresas propietarias de los negocios dedicados a la administración y explotación de casino de juegos y máquinas tragamonedas, en los que se ha obviado la jurisprudencia o los precedentes vinculantes dictados por este Colegiado (con lo que se pretende desconocer no sólo los pronunciamientos del Supremo Intérprete de la Constitución sobre dicha materia, sino que además pudieron haberse asentado en interpretaciones sesgadas, antojadizas o contrarias al texto constitucional), este Tribunal Constitucional estima pertinente adoptar las medidas correctivas necesarias para evitar, en lo sucesivo, que ocurran hechos como estos.

En primer lugar, la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial deberá requerir, a todos los órganos jurisdiccionales, las sentencias que hayan sido declaradas fundadas en materia de casinos de juego y máquinas tragamonedas, derivadas de los procesos de amparo tramitados desde el año 2002, inclusive, para que inicien las acciones administrativas que estimen pertinentes. El resultado de dicha investigación deberá ser puesto en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control Interno del Ministerio Público, para los fines pertinentes.

Ello, con el objeto de investigar y sancionar situaciones como la ocurrida en el presente proceso o como las que han dado lugar a que se expida la Resolución Ministerial N.º 240-2006-MINCETUR/DM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de agosto de 2006, a través de la cual la Ministra de Comercio Exterior y Turismo autoriza a la procuradora *ad hoc* a iniciar acciones judiciales contra el magistrado provisional del Juzgado Civil de Cajamarca por la presunta comisión de ilícito penal en la tramitación de un proceso de amparo en contra de Mincetur, violando el debido proceso.

Del mismo modo, copia de dicho informe, así como de la documentación que lo sustente, deben ser puestos en conocimiento de la Fiscalía de la Nación, para los fines de que el

Ministerio Público ejercite las atribuciones que le señala el artículo 159° de la Constitución.

Finalmente, corresponde también informar sobre la vigencia de la Ley N.º 28842, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2006, por la que se incorpora el artículo 243-c. al Código Penal, que sanciona el funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Demás está señalar que las sentencias anteriormente emitidas en procesos de amparo, no constituyen un impedimento para que se procese y se imponga sanciones –de ser el caso–, a quienes se dediquen ilegalmente a dicha actividad, pues una sentencia de amparo no comporta la concesión de licencias o autorizaciones para el desarrollo de tales actividades; lo contrario, evidentemente, desnaturalizaría el proceso constitucional de amparo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda de amparo de autos; en consecuencia, nulo todo lo actuado en el Exp. 198-03, por ante los órganos jurisdiccionales demandados, hasta el momento en que se notifique la sentencia recaída en primera instancia a la Dirección Regional de Comercio Exterior de Huancavelica-Gobierno Regional de Huancavelica, a cuyo estado deben reponerse los autos.

Poner la presente sentencia en conocimiento del Presidente del Poder Judicial, del Consejo Nacional de la Magistratura, y de los jefes de las Oficinas de Control Interno de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio Público, para los efectos de lo expuesto en los Fundamentos 10, y 13 a 20, *supra*.

Disponer que la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, proceda con arreglo a lo dispuesto en los Fundamentos 18 y 19 de la presente sentencia.

A consecuencia de esta sentencia, el TC es atacado permanentemente por los medios de comunicación proclives a los referidos juegos de azar.

En cuanto al fenecido proceso de amparo de Castillo Chirinos, el Tribunal fundamentó su sentencia en los siguientes hechos:

Castillo fue vacado por el Jurado Nacional de Elecciones cuando no existía sentencia condenatoria por delito doloso, con calidad de cosa juzgada.

El JNE tuvo conocimiento oportuno de que el proceso penal contra Castillo Chirinos, por delito de desobediencia a la autoridad, estaba pendiente de resolución en la Corte Suprema. Castillo gozaba, por lo tanto, de la presunción de inocencia (artículo 2, 24, e, de la Constitución).

El Poder Judicial ha declarado la prescripción de la acción penal. La prescripción produce el efecto de la cosa juzgada (artículo 139º.13 de la Constitución).

Los medios de comunicación social no han informado objetivamente sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso Castillo Chirinos, salvo excepciones.

Expreso, el 4 de agosto de 2006, dijo que

JNE podría suspender comicios de noviembre

Organo electoral asegura que intromisión del TC hace peligrar elección de autoridades. Pediría intervención del Congreso

. El pleno del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) prepara una medida legal que será anunciada en las próximas horas frente al fallo del Tribunal Constitucional (TC) que lo obliga a rectificar una de sus resoluciones, pese a que las decisiones del ente electoral son irrevisables.

Fuentes del JNE manifestaron a Correo que incluso los magistrados de ese organismo podrían dejar en *stand-by* el próximo

proceso electoral de noviembre, debido a la posibilidad de "una avalancha de acciones de amparo que pondrían en riesgo las designaciones electorales

Como informó **Correo** en su edición de ayer, mediante el fallo el TC ordenó al JNE reponer en su cargo al vacado alcalde de Chiclayo, Arturo Castillo, sin tener en cuenta de que las decisiones del JNE son irrevisables, según la ley. La misma fuente indicó que el ente electoral convocaría al Congreso a fin de que intervenga, ya que el TC ha violado una de sus leyes.

En diálogo con Correo, el ex congresista Ántero Flores Aráoz manifestó que con su fallo el TC está transgrediendo facultades que sólo le competen al JNE.

EL DATO

El Jurado Nacional de Elecciones vacó en el cargo al alcalde de Chiclayo, Arturo Castillo Chirinos, el 6 de junio del 2005, luego de ser sentenciado en segunda instancia por la justicia al oponerse a reponer a un grupo de trabajadores ediles.

En *Expresso* del domingo 6 de agosto de 2006 se ataca al Tribunal Constitucional. Se escribe que

JNE defiende carácter irrevisable de sus fallos

Sostiene que TC se habría excedido en sus funciones

El enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional (TC) y el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) se agudizó ayer cuando el máximo ente electoral fijó su posición de defensa del carácter irrevisable de sus resoluciones y de no permitir que ninguna institución pueda arrogarse la facultad de anularlos.

Así lo sostuvo el secretario general del JNE, Juan Falconí, quien precisó que el TC no tiene facultades para revisar lo que constitucionalmente es irrevisable.

El funcionario dijo que no hay norma constitucional ni legal que convierta al TC en organismo competente para declarar nula la Resolución 156-2005/JNE, mediante la cual se declaró la vacancia del alcalde de Chiclayo, Arturo Castillo Chirinos, conforme a ley, y que en consecuencia ha incurrido en una transgresión de facultades constitucionales que sólo competen al JNE.

Calificó de político el fallo, pues hace tabla rasa de una reciente ley aprobada Por el Congreso, la cual ratificó que las resoluciones del JNE en materia electoral son irrevisables ante el fuero judicial o ante cualquier otro. Asimismo consideró que la resolución por la que se vacó a Castillo Chirinos habría quedado consentida porque no fue impugnada mediante el recurso extraordinario que se encuentra contemplado en el TUPA del JNE.

Falconí dijo que esto no ha sido tomado en cuenta por el TC, al igual que otros aspectos que tampoco han sido debidamente analizados por el máximo intérprete de la Constitución,

que emitió un fallo político y totalmente apartado de la Constitución.

EL DATO

La manzana de la discordia entre el JNE y el TC es la declaración de vacancia del alcalde de Chiclayo, Arturo Castillo Chirinos. Según el TC, la declaración de vacancia se habría producido irregularmente, mientras que el JNE sostiene que nadie puede revisar sus resoluciones.

Continúa *Expreso* su campaña contra el TC. Así, el 10 de agosto de 2006 publica que

Advierte el Jurado Nacional de Elecciones (JNE)

"La injerencia ilegal del Tribunal Constitucional abre una puerta hacia la inseguridad jurídica electoral pues deja un antecedente para que, frente a las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, siempre haya la posibilidad de que se interponga alguna acción de garantía ante dicho tribunal", advirtió ayer Gastón Soto Vallenás, miembro del Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

El magistrado Explicó que si alguna agrupación política, candidato o ciudadano se siente afectado por algún fallo del JNE e interpone acciones de garantía que son derivadas al Tribunal Constitucional, "quedaría el antecedente para que otras entidades intervengan en estos procesos". . "Incluso podrían acudir a organismos internacionales de defensa de los derechos humanos aduciendo que se les está vulnerando un derecho fundamental" agregó. Recalcó - que Arturo Castillo Chirinos, el ex alcalde de Chiclayo que fue vacado el año pasado por una resolución del JNE, no podrá retomar su cargo mientras no tenga una credencial que sólo otorga el máximo ente electoral.

De otra parte, Soto Vallenás opinó que la propuesta de una ley del concejal joven es positiva pues aumenta la cuota de la participación de jóvenes en el gobierno, pero, desde el punto de vista organizativo, creará algunos inconvenientes y daría mayor trabajo a los Jurados Electorales Especiales".

JNE protesta por injerencia del Tribunal constitucional

JNE protesta por injerencia del Tribunal Constitucional
El Dato

El JNE decretó la vacancia de Arturo Castillo Chirinos porque este fue condenado por la justicia y la Ley Orgánica de Municipalidades señala que quien es condenado por delito doloso

Expreso, el 11 de agosto de 2006, editorializó sobre el
EL MUNDO
AL REVES

TC y gobernabilidad

¿Qué hacer con el Tribunal Constitucional (TC)?

¿Cómo establecerle un límite a sus -hoy ilimitadas- atribuciones? ¿De qué manera evitar que siga entrometiéndose en los poderes del Estado y en otras esferas oficiales, como sucede ahora último con el Jurado Nacional de Elecciones (JNE)? ¿Por qué no fijarle parámetros a un ente que se considera por encima de todas las demás instituciones del Estado, y así evitar que -más temprano que tarde- venga un enfrentamiento que dañe la estabilidad jurídica?

El caso emblemático del JNE versus el TC debe hacernos comprender la magnitud del caso. La Constitución sanciona que el JNE es la única y última instancia en materia electoral. Sin embargo el TC' -supuesto guardián de la Carta Magna- ha decidido que lo que *dice* claramente la Constitución no es lo que *UTW lee* sino lo que

ellos -los tribunos consideran que *debe* decir. En consecuencia, a partir de ese cuestionable manipuleo de la Carta el JNE habría dejado de ser la única y última instancia en materia electoral, pasando a ser el TC la autoridad máxima en el delicadísimo tema de las elecciones. Lo que equivale a abrir la Caja de Pandora y a generar el caos, ya que en adelante -lo veremos en las elecciones de noviembre- cada uno de la miríada de candidatos -a presidente y consejeros regionales, alcaldes y concejales provinciales y distritales- tendría expedito el camino para plantear acciones de amparo ante el TC, pasando por alto la autoridad --creíamos que constitucionalmente autónoma- del JNE.

Hemos sostenido en más de una ocasión que el origen de los crecientes problemas que genera el TC se debe a ese estilo sofisticado, afrancesado que emplean ciertos políticos criollos pretendiendo que el Perú sea un país cultural, política y socialmente hablando. Son gente que se pasa la vida en salones apanelados imitando a sus pares de las naciones desarrolladas. Personajes que juegan al mundo culto tratando de incrustar sus iniciativas y prácticas en un país con más de 60 por ciento de informalidad, cerca de 3 millones de analfabetos 15 millones de pobres, 5 millones de los cuales en extrema miseria, etc.

A partir de esa irrealidad nuestros refinados políticos se han dedicado a construir -claro que en un papel llamado Constitución- este país absolutamente irreal que en la práctica es inviable. La palabra la tiene ahora el Congreso, aquel Poder del Estado responsable de aclarar y precisar los alcances de un ente como el TC que -por falta de precisión en la norma constitucional- se viene convirtiendo en piedra en el zapato de la gobernabilidad.

En su edición de 30 de agosto de 2006, *Expreso* editorializó:

Congreso y TC

El Congreso ha admitido una denuncia contra los miembros del Tribunal Constitucional (TC) que deberá ser abordada en los próximos días. Una subcomisión de acusaciones constitucionales tendrá que evaluar y calificar si se ha producido efectivamente infracción a la Constitución y delito de prevaricato por acción de los magistrados del TC.

Lamentablemente el TC ha derivado en un ente politizado, desprovisto de autoridad moral y deseoso de invadir no sólo el fuero del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) sino el de poderes del Estado como el Parlamento Nacional y el Poder Judicial. No son pocas las resoluciones de este colegiado que han enmendado la plana a instituciones del Estado, a pesar de no estar respaldadas precisamente por la Constitución -como corresponde a su razón de ser- y la ley, generando de esa manera injerencias de naturaleza invasora.

Este tribunal se politizó desde el momento en que militantes de conocidos partidos políticos postularon para integrarlo con el fin non *sancto* de extender un poder supra jurisdiccional ante la previsión futura de conflictos. Casi por consigna partidaria -y egocentrismo- personas poco calificadas han encontrado en el Te el lugar propicio para hacer lobbies.

Hace poco, en el colmo de la comicidad, falta de honor personal y sindéresis profesional, al momento de ser designado uno de los nuevos integrantes del Te dijo -¡3uelto de huesos- que efectivamente había sido militante de un partido político

pero que "ayer nomás" había renunciado. ¿Acaso. de esa manera un magistrado puede cautelar la Constitución?

Las controversias contra la institucionalidad del JNE empezaron cuando el anterior presidente del TC, el ex dirigente acciopopulista Javier Alva Orlandini, pretendió ayudar a su correligionario y ex alcalde de Chiclayo, Arturo Castillo, luego de que una resolución del Jurado Nacional de Elecciones vacara a este último del cargo. Desconociendo la Constitución y las competencias inherentes al JNE, el TC politizó el caso y persistió en el auxilio y reposición del amigo burgomaestre a partir de una acción de amparo.

Por ello, con acierto, el miembro titular del JNE, Gastón Soto Vallenás, ha recordado que el juez de Chiclayo que vio el amparo del ex alcalde chiclayano- no tomó en cuenta que para que el ex burgomaestre vuelva a la alcaldía necesariamente debe y tiene que estar acreditado sólo por el propio Jurado. Además, el titular del JNE señaló que el pleno del Jurado no tiene nada que resolver pues ya se ha pronunciado al respecto. *La Constitución es clara al Determinar que las resoluciones dictadas por el JNE son inapelables y que contra ellas no cabe recurso alguno.*

La Comisión de Constitución, presidida por el legislador Aurelio Pastor, ha admitido la acusación contra los miembros del TC. Ahora le toca actuar al Pleno del Congreso.

Por supuesto, el magistrado que suscribe este fundamento de voto no es correligionario de Castillo Chirinos, por cuanto cesó en su militancia partidaria. Pero, con mayor energía aún, debe rechazar las expresiones que ese editorial contiene contra el magistrado Carlos Mesía Ramírez, distinguido maestro universitario, que, conforme lo dispone la Ley Orgánica del TC (28301), renunció a su militancia política antes de asumir el cargo.

El sábado 9 de setiembre de 2006, el mismo diario *Expreso* publicó la nota editorial

TRIBUNAL CULPOSO

La intromisión del Tribunal Constitucional (TC) en un fallo del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) fue la chispa que generó el incendio del palacio Municipal de Chiclayo. Así de simple y así de dramático. ¿Cuántos otros casos de pugnas extremas deberá soportar el país para que el TC deje de meter sus narices donde no le corresponde?

Recordemos que el Tribunal –del cual forma parte el magistrado acciopopulista Javier Alva Orlandini- decidió reponer en el cargo de Alcalde chiclayano a Arturo Castillo Chirinos –también acciopopulista- luego que éste fuera vacado por el Jurado Nacional de Elecciones. La del TC fue una sentencia violatoria de la Carta Magna en virtud que la Constitución señala –de manera incontestable- que los fallos del JNE son la última instancia en materia electoral. Sin embargo, embriagado de ese poder que se ha autoconferido –a cambio de acusar a quien lo contradiga de violar la Constitución- el TC llega al colmo al sostener que lo que dice la Carta Magna –es decir, que los fallos del JNE son inapelables- es falso. Según los tribunos si son apelables. Es más, no obstante que la Carta señala que el JNE es la máxima autoridad para resolver toda causa electoral, por arte de magia el TC se ha puesto por encima del JNE al sentenciar que es capaz de revisar los fallos del ente electoral, algo que definitivamente no señala la Carta.

En forma reiterada EXPRESO ha venido denunciando las faltas cometidas por el TC, un ente que incumple su misión pues manipula la letra y el espíritu de la Carta a contrapelo de lo que ésta señala como deberes y obligaciones del Tribunal. Y convertido en poder omnímodo –aprovechando el texto impreciso de la Constitución y el enredo de la ley que le dio forma- el Tribunal se ha dedicado no sólo a “interpretar” la constitucionalidad de las leyes sino que –en forma abusiva- se ha prestado a legislar en positivo pisoteando al

Congreso de la República y llevándose de encuentro a entidades fundamentales para la institucionalidad, como es el caso del Jurado Nacional de Elecciones.

¿Qué espera el Congreso para ponerle coto a las atribuciones que poco a poco viene arrogándose el Tribunal Constitucional? ¿Hasta cuándo permitirá el Parlamento que el TC persista en promulgar leyes, tarea que –de acuerdo a la Constitución. Compete sólo al Legislativo? ¿Está dispuesto el Congreso a dejar que el Tribunal enerve a su conveniencia el marco constitucional, como sucede en la actualidad?

Atropello al JNE

La politización del Tribunal Constitucional (TC) es una de las causas del desgobierno edil en Chiclayo y del incendio del local municipal. Cómo comparar la trayectoria del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) -con sus más de 75 años de labor- con un Tribunal incorporado recién a la vida nacional en 1979 como una institución experimental y postiza y con características diferenciadas según el país europeo que lo posee.

Por lo menos el JNE representa al sabio principio de la separación de poderes, por lo que no resulta experimental ni extrapolado a nuestro sistema pues lleva tiempo de interiorizado y cuenta, además, con el argumento jurídico que permite dotar al Poder Electoral de las herramientas que garantizan los *checks and balance* que deben equilibrar la marcha de todos los poderes, preservándose así el funcionamiento de un jurado o. tribunal electoral para nuestro sistema político y jurídico.

Advertimos en reiteradas oportunidades -desde que se generó este problema gracias a la falta de idoneidad del entonces presidente del TC, un político militante más que jurista-, que la interferencia en las prerrogativas exclusivas de una institución como el JNE iba a colisionar contra la estabilidad y el orden. Tuvimos razón. Hemos asistido al incendio del local municipal provincial de Chiclayo -edificio que es patrimonio cultural-, por la testaruda intromisión del ex alcalde Arturo Castillo, quien fue vacado del cargo por tener sentencia condenatoria por delito contra la administración pública en la figura de desobediencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado. Hoy ese comportamiento ha sido demostrado nuevamente cuando restan apenas tres meses para que la capital de Lambayeque cuente con un nuevo burgomaestre.

En cuanto al fondo del tema, la razón por la cual el JNE es la última instancia en materia electoral es porque mantiene competencias y funciones de un auténtico poder del Estado, vislumbrado en la teoría de la separación de poderes. Aquí radica el carácter irrevisable de sus fallos, lo que algunos torpes critican erradamente como causa de inseguridad jurídica. El tema ha sido hartamente debatido por hombres de leyes y constitucionalistas, quienes han concluido en que el "amparismo" del TC se ha convertido en peligrosa deformación pues crea en muchos campos de la ciencia jurídica inseguridad y falta de predictibilidad entre los actores del derecho.

Coincidimos en la afirmación de que en un Estado democrático resulta inaceptable la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta o de islas que al final de cuentas terminan convertidas en mega poder, como sucede con el actual TC. Creemos que existe politización -y sería- en el derecho constitucional. La prueba es que no tenemos un TC constituido -por obra de un Congreso que cede a los intereses políticos- por militantes provenientes precisamente de partidos políticos, dejándose de lado la naturaleza de los verdaderos juristas. Peor aún cuando muchos aspectos de las garantías constitucionales se manosean a través de poderosos lobbies al gusto del cliente. Lamentablemente hay quienes sufren de presbicia o ven las cosas de modo distorsionado y piden limitar las "facultades excesivas" del JNE, cuando, por el contrario, lo que debe corregirse -y cuanto antes- es el desbocamiento del TC.

Es irresponsable atribuir al Tribunal Constitucional los lamentables sucesos ocurridos en la ciudad de Chiclayo, que deben ser exhaustiva, inmediata e imparcialmente investigados, para que los autores sean drásticamente sancionados, incluyendo la reparación civil del daño causado.

Antes de asumir –el 10 de junio de 2002- el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional, el suscrito dirigió una carta notarial al secretario general del partido Acción Popular, cesando en su militancia. Copia de tal carta –y de su respuesta- fue entregada al presidente del TC, doctor Manuel Aguirre Roca. Así cumplí con lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del TC (26435). A partir de entonces me desligué de toda actividad partidaria. Ninguna sentencia del TC tiene inspiración o vocación partidarias. Pero todos los seres humanos tenemos principios y valores, y los hemos defendido invariablemente, a pesar de prisiones, persecuciones y deportaciones, durante las dictaduras de Odría y de Velasco. Nunca colaboramos con las dictaduras. Tampoco lo hicieron nuestros ancestros.

En todos los países del mundo civilizado, las Constituciones y las leyes son interpretadas por los jueces. Hay diversas técnicas de interpretación. El TC es el máximo intérprete de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, reglamentos del Congreso, decretos de urgencia, resoluciones regionales, ordenanzas municipales). Se presume la constitucionalidad de tales normas. Sólo cuando es insalvable la violación constitucional, las normas legales son expulsadas del ordenamiento jurídico del país, y, desde el día siguiente de la publicación, dichas normas quedan sin efecto. Pero si es posible dar a la norma legal la lectura conforme a la Constitución, la sentencia interpretativa (sea aditiva o reductiva) mantiene la validez de la norma. Es suficiente recordar que la sentencia interpretativa de 3 de enero de 2003 (Exp. 10-2001-AI/TC) resolvió la demanda de inconstitucionalidad planteada por más de 5.000 ciudadanos contra los cuatro decretos leyes dictados en mayo de 1992 por la dictadura de Fujimori, los cuales fueron cuestionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La solución no podía ser hecha por ley, pues las leyes rigen hacia el futuro (salvo en materia penal si son las penas más benignas). El Congreso, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Justicia Militar cumplieron la sentencia.

La doctrina enseña que en todo Estado Social y Democrático de Gobierno no hay zona o isla exentas de control de constitucionalidad. Personas hay que, interesadamente, acaso por vocación totalitaria, confunden autonomía con autarquía, y pretenden que sus actos no estén sujetos a control de constitucionalidad. A ese criterio se adhiere *Expreso*. No se ha leído, siquiera, el Artículo 200.2 de la Constitución, según el cual

Son garantías constitucionales:

La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

Sin mucho esfuerzo mental se advierte que los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, aunque *Expreso* se obstina en negarlo, son autoridades, funcionarios y personas; y, por ende, si incurren en hechos u omisiones que vulneran o amenazan los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (específicamente los de elegir y de ser elegidos y de ejercer las funciones públicas), procede la acción de amparo.

De manera que la lectura aislada de los Artículos 142 y 181 de la Constitución no es correcta. El Artículo 142 se refiere a las resoluciones del Consejo Nacional de la

Magistratura y del Jurado Nacional de Elecciones. El Artículo 181 repite en esencia el contenido del 142, por falta de técnica jurídica.

El TC ha dictado varias decenas de sentencias en cuanto a resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura cuando no hubo sujeción al debido proceso. Asimismo, el TC se ha pronunciado en procesos de amparo cuando no se ha respetado los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, afirmando que

Este Tribunal, por consiguiente, debe enfatizar, al igual como lo hiciera respecto de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en el Exp. N° 2409-2002-AA/TC (Caso Gonzáles Ríos) y la posibilidad de un control jurisdiccional sobre ellas, que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142º y 181º de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.

En un contexto como el anteriormente descrito queda absolutamente claro que, cuando resoluciones como las emitidas en sede judicial, pretenden apoyarse en un criterio consistente en una ausencia de mecanismos de control o fiscalización jurisdiccional, se incurre en una lectura no sólo sesgada sino unilateral de la Constitución, porque se pretende adscribir los organismos electorales a una concepción autárquica funcional opuesta a la finalidad de respeto a la persona que, desde una perspectiva integral, postula la misma Norma Fundamental. Como ya se ha enfatizado en otro momento, no puede admitirse como razonables o coherentes interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos, puesto que un Estado sólo puede predicarse como de Derecho cuando los poderes constituidos no sólo se desenvuelven con autonomía en el ejercicio de sus competencias, sino que, sobre todo, respeten plenamente y en toda circunstancia los límites y restricciones funcionales que la misma Carta establece, sea reconociendo derechos fundamentales, sea observando los principios esenciales que, desde el texto fundamental, informan la totalidad del ordenamiento jurídico.

Admitido, entonces, que cuando se presenta un ejercicio irregular en una función conferida a un organismo del Estado, procede (indiscutiblemente) el control constitucional, cabe precisar, como pautas de observancia obligatoria, y especialmente por lo que respecta a las materias electorales, las siguientes: a) en aquellos casos en los que, como consecuencia de una tacha formulada contra un candidato a alcalde o regidor municipal, ésta es declarada fundada, no puede ni debe interpretarse dicha decisión como de un pronunciamiento definitivo y, por tanto, irrecurrible en la misma sede electoral. Esta interpretación tiene su fundamento en tres razones esenciales. En primer término, debe tenerse en cuenta que lo que se está afectando es, en el fondo, el derecho de participación ciudadana y, por tanto, existe la ineludible necesidad de tomar las precauciones suficientes para que tal decisión realmente responda a circunstancias totalmente objetivas. En segundo, todo pronunciamiento que afecte derechos fundamentales necesariamente debe contar con la posibilidad de ser recurrido ante una autoridad diferente de quien la tomó, como garantía de instancia plural o expresión de un auténtico proceso debido. Y,

finalmente, el Jurado Nacional de Elecciones, máxima instancia en sede electoral, ha venido conociendo de diversos reclamos en los que se ha pronunciado como segunda instancia respecto de tachas contra candidatos a alcaldes o regidores, como se puede apreciar de jurisprudencia uniforme y reiterada emitida por dicho organismos; b) cuando, a la luz de lo señalado por el máximo órgano de justicia electoral, existe jurisprudencia sobre determinada materia y, además, uniforme y reiterada, resulta inadmisibles que, aduciendo la imposibilidad de recurrir a dicha instancia, un órgano de justicia electoral inferior pueda desvincularse de los criterios o pautas interpretativas señaladas por su superior, tanto más cuando incidan directamente sobre el ejercicio de derechos fundamentales. O el Jurado Nacional de Elecciones es la máxima instancia en sede electoral y, por tanto, sus decisiones asumen una línea directriz que al resto de los órganos electorales corresponde seguir, o, simplemente, carece de poder de sentar pautas jurisprudenciales. Entre ambas alternativas, la única compatible con el carácter de instancia máxima y definitiva que le reconoce el artículo 181º de la Norma Fundamental es, evidentemente, la primera de las señaladas; c) el criterio según el cual no puede privarse del derecho de participación a quien se encuentre sometido a un proceso penal, no sólo resulta de observancia obligatoria por cumplir con la característica de vinculación antes señalada, sino porque corresponde a una lectura de la Constitución compatible con su cuadro de valores materiales, conforme a la cual toda persona es considerada inocente mientras su responsabilidad no quede acreditada fehacientemente, lo que supone la existencia de una sentencia definitiva expedida como corolario de un proceso penal justo o debido.

(STC de - Exp. 2366--2003

Al referir que las resoluciones del JNE (jurado Nacional de Elecciones) en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional, los Artículos 142 y 181 de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido.

Si bien es cierto que esta entidad (Jurado Nacional de Elecciones) es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco al respeto al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (Artículo 139 de la Constitución), por cuanto, así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el Artículo 31 de la Carta Fundamental.

La interpretación aislada de los Artículos constitucionales bajo análisis (142 y 181 de la Constitución) resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (Artículo 201 de la Constitución). Toda interpretación de los Artículos 142 y 181 de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del Jurado Nacional de Elecciones que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta del control constitucional a través del proceso constitucional del amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales-, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional y primera Disposición Final de la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

No existe justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

(STC de 08-11-05. – Exp. 05854-2005)

Expresso sostiene que “ha venido denunciando las faltas cometidas por el TC, un ente que incumple su misión pues manipula la letra y el espíritu de la Carta a contrapelo de lo que ésta señala como deberes y obligaciones del Tribunal.” Dejando de lado los conceptos de “deberes” y “obligaciones”, que para el caso son sinónimos, parece que ese diario mantiene invariable su propósito de hacer desaparecer o mutilar al Tribunal Constitucional, como ocurriera en mayo de 1997, cuando fueron destituidos tres de sus magistrados.

También afirma que las resoluciones del JNE son *inapelables*. Ese diario confunde el recurso impugnatorio de apelación con el ejercicio de la acción de amparo, que es un proceso de garantía regulado por el Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional no promulga leyes. Nunca lo ha hecho. Corresponde esa atribución al Presidente de la República y, en su defecto, al Presidente del Congreso.

Expresso ejerce la libertad de expresión, pero no es objetivo. Culpa al Tribunal Constitucional de los sucesos de Chiclayo. Empero, no analiza los antecedentes de tales hechos. Arturo Castillo Chirinos ejercía la Alcaldía de Chiclayo y fue vacado por el Jurado Nacional de Elecciones, por una causal inexistente: sentencia firme por delito doloso.

El Tribunal Unipersonal de Lambayeque dictó sentencia, en el proceso penal por delito de resistencia a la autoridad, contra Castillo Chirinos condenándolo a dos años de pena privativa de libertad suspendida. Castillo Chirinos recurrió a la Corte Suprema y la Sala Penal respectiva declaró nula la sentencia. El Jurado Nacional de Elecciones tuvo conocimiento del recurso de Castillo Chirinos y, no obstante, resolvió la vacancia.

El JNE, en consecuencia, al dictar la Resolución N.º 156-2005-JNE violó el Artículo 2, 24, e de la Constitución Política del Perú el cual declara que

Toda persona tiene derecho:

A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado “judicialmente su responsabilidad.

La presunción de inocencia está también reconocida como derecho fundamental de la persona humana por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo Artículo 8 se declara que

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Igualmente, el Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El JNE, en su Resolución N.º 1186-2006-JNE, de 26 de junio de 2006, expresó que

Que, en consecuencia, el hecho que actualmente se haya emitido por el órgano jurisdiccional una resolución por la cual se ha declarado extinguida la acción penal por prescripción extintiva, no enerva el supuesto por el cual fue vacado el solicitante: la emisión de una sentencia por delito doloso que tenía plenos efectos a la fecha en que se emitió la Resolución N.º 156-2005-JNE.

El Jurado Nacional de Elecciones ha asumido, por lo tanto, atribuciones del Poder Judicial, pues declara la vacancia del alcalde Castillo Chirinos, cuando por virtud del Artículo 139.13 de la Constitución la prescripción produce los efectos de la cosa juzgada. El JNE ha aplicado a Castillo Chirinos una sanción no prevista en la Constitución ni en la ley. Ha declarado su vacancia como Alcalde Provincial de Chiclayo. La sanción infringe el Artículo 2, 24,d de la Constitución.

Al expedir la Resolución N.º 1186-2006-JNE, de 26 de junio de 2006, el JNE excede sus atribuciones, pues el sostiene que el propósito del legislador

fue establecer como causal de vacancia supuestos en los cuales quien ejerce el cargo de autoridad municipal ve disminuida su legitimidad frente a la sociedad que le corresponde gobernar, mucho más si tenemos en cuenta que de acuerdo al Artículo 33º de la Constitución Política, se suspende el ejercicio de la ciudadanía por sentencia con pena privativa de libertad, como lo fue en el presente caso, y siendo así, la autoridad municipal pierde una de las condiciones para ejercer el cargo: la ciudadanía, mientras dure la condena de “pena privativa de libertad.”

Además, el JNE, a sabiendas de que el proceso penal contra Castillo Chirinos había concluido por prescripción, ofició al Jefe del Reniec para que eliminara a dicho ciudadano ese registro. Arturo Castillo Chirinos, por decisión del JNE, fue despojado de su derecho de participar en los asuntos públicos, de acuerdo con el Artículo 31 de la propia Carta. No se le ha permitido ejercer el derecho de sufragio en las elecciones de abril y junio de 2006.

¿Hay impunidad para perpetrar tales atropellos?

Expreso ignora todos estos hechos, que afectan el Estado Social y Democrático de Derecho.

El editorial de *El Comercio*, de 9 de setiembre de 2006, trata de

LAS GRAVES CONSECUENCIAS DE LA SUPERPOSICIÓN DE PODERES

El terrible incendio del antiguo local del Palacio Municipal de Chiclayo es sólo una consecuencia más de la absurda interferencia de poderes que amenaza el orden y la gobernabilidad, y que no puede continuar más.

Lo más urgente es deslindar la autoría y las responsabilidades intelectuales y materiales de este atentado incendiario –lo que corresponde a la Policía Nacional y al Ministerio Público-. Luego de eso, tiene que castigarse con todo el peso de la ley a estos inescrupulosos que han producido grave daño al patrimonio arquitectónico, además de quemar documentos y atizar la violencia política.

Sin embargo,, hay que ir al fondo del asunto, que tiene que ver con la estructura misma del sistema democrático representativo y del Estado de derecho: el alcalde Arturo Castillo fue vacado por el Jurado Nacional de Elecciones luego de una denuncia judicial, y el cargo fue asumido por el teniente alcalde José Barrueto. Posteriormente, (Castillo) Chirinos apelo de

dicha resolución, por lo que el caso llegó al Tribunal Constitucional que declaró nula la vacancia del JNE.

De acuerdo con los Artículos 178 y 181 de la Constitución corresponde al JNE “administrar justicia en materia electoral” y sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son revisables. Y en meses previos, cuando se intentó abrir una puerta para la intervención del Poder Judicial y del TC en los reclamos de los candidatos a la presidencia y al Congreso, el asunto quedó zanjado. Incluso el Presidente del TC, Víctor García Toma, hizo un tajante deslinde, al afirmar que su entidad respetará la competencia jurisdiccional, plena y exclusiva, del JNE en asuntos electorales.

¿Qué hacer en el entretanto? La propuesta del presidente de la Región Lambayeque de que los alcaldes en pugna dejen el cargo a otra persona y se presenten a las elecciones es interesante pero ha sido rechazado por las partes. Por lo mismo, tenemos que afirmar la competencia y autoridad del JNE en asuntos electorales, que se debe respetar, por lo cual el señor (Castillo) Chirinos dejó de ser alcalde.

Es evidente que el editorial de *El Comercio* toma partido por el Jurado Nacional de Elecciones. Sin embargo, prescinde del análisis, imparcial y prolijo, de los hechos. En efecto, el JNE declaró la vacancia de Arturo Castillo Chirinos como alcalde de Chiclayo; pero lo hizo arbitrariamente, puesto que no existía sentencia que lo condenara como autor de un delito doloso. El Poder Judicial, que tiene autonomía para resolver los procesos judiciales, ha declarado la prescripción de la acción penal contra Castillo Chirinos, que tiene el efecto de la cosa juzgada, vale decir es inocente. El JNE, por lo tanto, no podía, ni debía, declarar tal vacancia, ni suplantar la voluntad popular, *manu militari*, para revocarle el mandato. Tampoco tenía atribución el JNE para disponer que el nombre de ese ciudadano, alcalde o no alcalde, sea suprimido del Reniec.

La “puerta” que supuestamente se intentó abrir, hace varios meses, en relación con las resoluciones en materia no electoral, tenía por objeto abreviar el trámite de los procesos de amparo a fin de que las resoluciones fueran oportunas, con solo dos instancias: la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema y, si fueran denegadas, con el Tribunal Constitucional. La falta de trámite de esa iniciativa legislativa no impide el ejercicio del amparo electoral con el trámite previsto en el Código Procesal Constitucional, sin que la ley que modifica el Artículo 5.8 de ese Código pueda prevalecer sobre la Constitución, conforme a la jerarquía jurídica que establece el Artículo 51 de ésta.

La “materia electoral” a que hace referencia el editorial de *El Comercio* concluye con la proclamación de los elegidos, conforme a los Artículos 178 y 181 de la Constitución.

La Ley Orgánica del JNE (26486) en su Artículo 5.1 establece su atribución de

Proclamar a los candidatos u opciones elegidos en los respectivos procesos electorales, del referéndum u otras consultas populares.

El JNE no es un órgano autárquico, puesto que, según el Artículo 6 de dicha ley

Las contiendas de competencia que se promuevan respecto de la competencia del JNE y la ONPE o el RENIEC serán resueltas por el Tribunal Constitucional.

La declaratoria de vacancia de los funcionarios públicos elegidos no es materia electoral. La vacancia presidencial y la suspensión del ejercicio de la Presidencia de la República, en los casos previstos por los Artículos 113 y 114 de la Constitución, así como la vacancia de los Congresistas, son declaradas por el Congreso.

Tampoco es materia electoral la vacancia de los presidentes y consejeros regionales, ni la de los alcaldes y regidores municipales que pueden quedar consentidas en los respectivos niveles. Y, por ende, no intervendría en tales supuestos el Jurado Nacional de Elecciones.

Demostrando que practica la democracia y respeta las ideas de sus columnistas, *El Comercio*, en la misma página editorial del 9 de setiembre del año en curso, publica el comentario enjundioso de Hugo Guerra, bajo el título de **El incendio y el derecho** y el subtítulo de **El fuego en la municipalidad de Chiclayo es consecuencia de la falta de respeto a las justas atribuciones del Tribunal Constitucional**.

Hugo Guerra escribe:

Buen lector, el escandaloso caso del incendio de la histórica municipalidad de Chiclayo demuestra cuán importante es para la vida diaria de los ciudadanos el debate constitucional, y cuán deleznable el desprecio de algunos periodistas cuando se refieren a los temas abogadiles.

Es la flamígera pelea entre el alcalde en ejercicio José Barrueto y del vacado Arturo Castillo no existe solamente un acto criminal (a cuyos autores falta identificar). Tampoco se trata solamente de la ambición por el poder. En el fondo lo que vuelve a debatirse es si debe primar la supuesta seguridad jurídica de los procesos comiciales a cargo del Jurado Nacional de Elecciones, o si debe privilegiarse la garantía de los derechos fundamentales a cargo del Tribunal Constitucional.

Como usted recuerda, informado lector, el año pasado ya hubo un debate intenso pero mal concluido. Según la pésima Constitución del 93, el JNE es la instancia última para asuntos electorales y sus resoluciones no pueden ser objeto de recurso alguno, ni de revisión judicial. En concordancia con ello, en una actitud más política que jurídica, inclusive se modificó el Código Procesal Constitucional, ratificando la irrevisibilidad.

Una de las consideraciones que se esgrimieron para eso es que, por ejemplo, algunos candidatos derrotados podrían interponer recursos de amparo e intentar desconocer los resultados electorales. Se mencionó, asimismo, la necesidad de mantener la economía procesal y se llegó a decir –con ánimo deslegitimador– que el Tribunal Constitucional no debía intervenir en materias electorales porque sus magistrados son elegidos políticamente. Craso error de apreciación porque no es aceptable que dentro de un Estado social y democrático de derecho se invoque campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional. Como lo demuestra la sentencia del TC, que ordena la reposición del alcalde Castillo, cuando un ciudadano considera vulnerados sus derechos fundamentales (que son anteriores a sus condiciones electorales), la materia no puede sustraerse de la protección que le puede dar el TC, pues aquel, y no otro, es el órgano de control de la Constitución, encargado de resolver en última y definitiva instancia los procesos de garantía constitucionales.

En tal sentido ya se ha pronunciado de manera vinculante (es decir que el Estado peruano debió acatar la opinión supranacional) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, e inclusive existe ejecutoria interamericana.

De modo que ahora, cuando la politización del derecho constitucional termina generando una catástrofe, como la de Chiclayo, hay que poner las barbas en remojo. Urge impedir otro estallido del conflicto entre el JNE y el TC.

Para ello se debe modificar la Constitución, introduciendo precisiones a los Artículos 142 y 181 que le dan facultades excesivas al jurado. Fortalecer al TC devolviendo a una correcta redacción el Artículo 5, inciso 8, del Código Procesal Constitucional. Y respetar la institución del amparo constitucional.

En casos como el de marras, por mucho que se declare electoralmente la vacancia de una autoridad, si existe una resolución legítima que ordene su reposición, hay que cumplirla y punto.

¿Pero usted cree, querido lector, que la razón llegará a imponerse?

La argumentación del periodista Hugo Guerra es apabullante. No puede existir un Estado social y democrático de derecho si no se respeta el equilibrio y la separación de poderes y atribuciones. Puede -y debe- reformarse total o parcialmente la actual Constitución, pero sería absurdo dar un salto atrás de doscientos años con el despropósito de suprimir el control de constitucionalidad, incluyendo la acción de amparo prevista en su Artículo 200.4.

El desprecio de algunos periodistas por los temas “abogadiles”, según el decir de Hugo Guerra, se puede explicar porque desconocen la importancia de defender los derechos humanos, o porque interesadamente han sido desinformados. Algunos periodistas han opinado, en efecto, que el Perú no está preparado para tener un Tribunal Constitucional que vele por la constitucionalidad de las normas con rango de ley, o que se limite a declararlas inconstitucionales, como ocurría hace casi cien años, de acuerdo con la teoría de Hans Kelsen. Otros consideran que las atribuciones que tiene actualmente el TC pueden ser asumidas por la Corte Suprema de Justicia.

En el mismo sentido el Constitucionalista Elvito Rodríguez Domínguez escribe en *Gestión*, de 28 de agosto de 2006, respecto del

Proceso de amparo contra resoluciones del JNE

Con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional (TC), dictada en el Expediente N° 2730-2006PA7TC, el 21 de julio de 2006, en el proceso de amparo seguido por don Arturo Castillo Chirinos contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), don Rodolfo Elías Guerrero Barreto y don José Hildebrando Sánchez, que declara fundada la demanda; y en consecuencia nula la Resolución N° 1 56-2005-JNE, mediante la cual se declaraba la vacancia en el cargo de Alcalde Provincial de Chiclayo; sentencia publicada el 05 de agosto de 2006, se ha reabierto el DEBATE acerca de si las resoluciones del JNE en materia electoral, son susceptibles de proceso de amparo.

En esta materia puede decirse que hay tres momentos: uno cuando el texto constitucional no había sido objeto de desarrollo legislativo; otro, cuando el Código Procesal Constitucional lo regula; y el tercero, cuando la Ley N° 28642 publicada el 08 de diciembre de 2005, modifica el inciso 8 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Respecto al primer momento, es decir, cuando no había norma legal que prohíba o permita el amparo contra resoluciones del JNE, luego de que la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Congreso y el JNE (cuando este último cambió su composición), impidieron que se lleve a cabo el referéndum para desaprobación la Ley N° 26657 auto-denominada ley de interpretación auténtica del artículo 112° de la Constitución, referida a la reelección presidencial, escribí en este diario proponiendo la acción de amparo contra la resolución del JNE. Expresé: "Bien es cierto que el JNE administra justicia en materia electoral y sus resoluciones las dicta en última y definitiva instancia, no siendo posible recurso alguno, según los artículos 179° y 181° de la Constitución; también es cierto que el Jurado es el primer obligado a cumplir estas normas y sus propias resoluciones, por cuyo motivo, a mi juicio, la última resolución incurre en infracción de varias normas constitucionales, como lo hemos señalado anteriormente".

El segundo momento lo constituye la promulgación del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, publicado el 31 de mayo de 2004 y vigente desde el primero de diciembre del mismo año, el cual en el artículo 5° inciso 8 habilita los procesos constitucionales contra resoluciones del JNE, cuando no son jurisdiccionales o siendo jurisdiccionales, violan la tutela judicial efectiva

Con motivo del proyecto presentado por el JNE para que se derogue el inciso 8 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se produjo un debate mediático, en el que participé con dos artículos publicados en *Gestión* el 21 y 25 de octubre de 2005, manteniendo mi punto de vista expuesto siete años antes, sobre la procedencia del amparo cuando se

vulneran derechos constitucionales, pues el artículo 200° de la Constitución, establece que el agresor puede ser cualquier autoridad, funcionario o persona, concluyendo: .Creo que la razón está del lado del TC y que la acción de amparo contra las resoluciones del JNE que no respeten el debido proceso será procedente. aun cuando se derogara el Inciso 8 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, en aplicación del artículo 200° de la Constitución".

Cuando se publicó la Ley N° 28237 que modifica el Inciso 8 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional en mi libro "Derecho Procesal Constitucional" escribí lo siguiente: "La modificación tiene por finalidad no habilitar, en ningún caso, los procesos constitucionales contra las resoluciones del JNE en materia electoral, ya que el texto original del Código lo permitía contra las resoluciones que no son de naturaleza jurisdiccional o que, siendo jurisdiccionales, violen la tutela judicial efectiva.

"Considero que esta ley no puede contradecir al artículo 200° de la Constitución, que habilita las acciones de garantía cuando se violen los derechos constitucionales por cualquier autoridad, funcionario o persona. *La ley ordinaria no puede establecer limitaciones no contempladas por la norma constitucional*".

Mi apreciación doctrinaria se ha visto confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional que motiva este artículo.

El diario *La República* publica el 12 de agosto de 2006 la opinión del jurista Jorge Avendaño, quien dice

Avendaño pide al JNE acatar la resolución del TC

Jurista afirma que JNE violó el derecho a la presunción de inocencia de Arturo Castillo

El constitucionalista Jorge Avendaño sostuvo ayer que prevalece la resolución del Tribunal Constitucional que declara nula la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que vacó en el cargo al alcalde de Chidayo, Arturo Castillo Chirinos, y en consecuencia este debe volver a sus funciones.

"El TC hizo bien al decir que en este caso se han violado los derechos fundamentales de Castillo", comentó Avendaño.

Según el Tribunal, el JNE vacó a Castillo del cargo al que fue elegido por voluntad popular. Ordenó la eliminación de su inscripción en el padrón electoral y la cancelación de su DNI, sin que exista una sentencia penal condenatoria en última y definitiva instancia. Con ello, violó sus derechos ala presunción de inocencia. a elegir y ser elegido representante y a la identidad.

El JNE sostiene que el TC ha incurrido en una transgresión de facultades constitucionales que solo compete al jurado, como supremo tribunal en materia electoral. Al respecto, Avendaño aclaró que el TC debe ser muy prudente. por un lado tiene que velar porque se respeten los derechos fundamentales y por otro ha quedado establecido que no puede meterse en temas electorales, pues para eso está el JNE, sus resoluciones no están sujetas a la función del TC.

"Imagínese que una persona pierde una elección y presenta un amparo ante el TC para revisar el resultado eso no procede. Castillo es un caso excepcional, que no debe tomarse como ejemplo para otras demandas contra el JNE". Explicó el constitucionalista. "Ahora bien, el fallo del TC tiene que cumplirse le guste o no al JNE.

Todas las opiniones, obviamente, son respetables. Empero, el máximo interprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional.

Expreso y La República tienen, desde antaño, puntos de vista divergentes respecto del Tribunal Constitucional. Así lo acreditan los editoriales publicados hace nueve años, cuando en el Perú imperaba un régimen autoritario

EDITORIAL DE EXPRESO

EL LAMENTABLE ESPECTACULO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (*)

Lo que esta ocurriendo con el Tribunal Constitucional, parte importante de la institucionalidad jurídica del país, es lamentablemente y obliga a una nueva reforma de la Carta.

No es solo un espectáculo vergonzoso el de los dimes y diretes, sustracciones e infidencias que vienen ocurriendo en el Tribunal, sino de que no debió ni debe haber Tribunal Constitucional en el Perú. La función debe quedar en el ámbito restringido del control difuso a cargo de los jueces en cada caso concreto.

El Tribunal no es solo una cuarta instancia del Poder Judicial en materia de amparos y otras acciones de garantía, sino que –tal como lo vaticinamos- se ha convertido también en ultima instancia, superior al Parlamento, en el debate político nacional.

Ello es inaceptable, porque no se trata de un cuerpo elegido por el pueblo, como el Congreso. El debate político debe darse en la opinión publica y, naturalmente, en el Parlamento, integrado por representantes elegidos por el pueblo precisamente para esa función. No en el Tribunal Constitucional. Inconcebiblemente, sin embargo, este se ha atribuido la capacidad de zanjar los debates políticos del país, y lo hace, además, creyendo que el fin justifica los medios.

Al existir como esta, tiene tanto poder que tendría que ser encargado a juristas probos y de alto valor que fueran garantía de imparcialidad y autentica juridicidad. Tal condición, sin embargo, parece difícil de satisfacer y, en lugar de ello, el ente parece haberse convertido, lamentablemente, en uno ridículo y peligroso.

Incluso la lucha Política, que en el Perú tiene eventualmente ribetes gangsteriles, parece haber hallado eco al interior del actual Tribunal: mientras un magistrado sustrae un documento ajeno, otro mangonea una sesión para precipitar su renuncia, y un tercero suelta a la prensa la grabación de la sesión, creyendo favorecer su punto de vista.

Pero el fondo de la cuestión es que este no es un problema de personas, sino uno relativo a la función como tal, que concentra un poder excesivo, capaz de colocarse por encima del Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo sin haber sido elegido por el pueblo para la responsabilidad de gobernar. Esta es la razón por la cual no tiene sentido su existencia como tal y no basta con pedir solo la renuncia inmediata de sus miembros por su escandalosa conducta.

Debe, pues, proponerse una modificación constitucional y eliminarlo.

(*)Publicado en *Expreso*, Lima, 9 de febrero de 1997.

Hay que reconocer que *Expreso* es coherente en su postura contraria a la existencia y a las atribuciones del Tribunal Constitucional. Así lo acredita, entre otros, el artículo de Jaime de Althaus, publicado en ese diario el 7 de marzo de 1997, cuando ocurrió la sustracción del proyecto de sentencia relacionado con la “interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución” para hacer viable un tercer período presidencial consecutivo al ingeniero Fujimori. En ese artículo Althaus planteó que era necesario

Liquidar el Tribunal

Sin darse cuenta, la oposición puede haberse lanzado un boomerang al proponer –y lograr que se apruebe- una comisión para investigar las irregularidades denunciadas en el

Tribunal Constitucional sobre sustracción de documentos por parte de un magistrado y usurpación de funciones por otros tres.

El propósito de la minoría era poner de manifiesto la intromisión delictiva del Servicio de Inteligencia y defender la integridad y autonomía del Tribunal, pero si la comisión encuentra responsabilidades el Congreso podría, en teoría, sancionar y hasta destituir a miembros del Tribunal. Quizá el gobierno se este dando cuenta de que esto es lo que quiere. En todo caso, es una situación que se presta al chantaje político y que pone contra las cuerdas al Tribunal, restándole autonomía y tranquilidad en los próximos meses.

Al mismo tiempo, pese a que el Tribunal es, se supone, ultima y definitiva instancia, la congresista Martha Chavez ha presentado una acción de amparo contra la resolución que declara inaplicable la ley de re-reelección al caso del presidente Alberto Fujimori. Por esta vía, entonces, tendremos al Tribunal en manos ya no del Congreso sino de la Corte Suprema.

Así, de pronto lo que ha ocurrido es que el Tribunal aparece no solo supuestamente hostigado desde el SIN, sino jaqueado desde los otros dos poderes del Estado: el Congreso y el Poder Judicial. Puede haber una larga y enjundiosa discusión jurídica acerca de si es valido que el Congreso investigue al Tribunal o que la Corte Suprema pueda acoger un amparo contra una resolución suya. Pero lo fáctico es que ambas cosas estan a punto de ocurrir. Tendremos, así, al mas alto Tribunal del Perú zarandeado desde todos lados.

Es algo lamentable desde el punto de vista de nuestra capacidad de vivir en democracia y construir instituciones sólidas. Ya sabemos que un interés político tan fuerte como el de la re-reelección es capaz de pasar por encima de las formas legales y descomponer el funcionamiento de cualquier institución.

Pero también es cierto que el Tribunal Constitucional o, mas precisamente, el llamado control “concentrado” de la constitucionalidad de las leyes, no es una institución apropiada para nosotros y quizá para ninguna democracia, porque pone en manos de unos pocos, magistrados que no han sido elegidos, decisiones inapelables de enorme transcendencia y de naturaleza Política.

Un poder tan grande no debería existir. Por eso, liquidar el Tribunal en lugar de acosarlo, debería ser la consigna y el gran debate que la mayoría debiera plantear.

EDITORIAL DE LA REPUBLICA

DEFENSA DEL TC (*)

Con motivo de la inocultable crisis que atraviesa el Tribunal Constitucional como resultado del comportamiento anómalo y gansteril de dos de sus miembros –precisamente aquellos introducidos como “peones de obstrucción” por el fujimorismo- la prensa oficialista aprovecha para llevar agua a su molino y concluir que el TC no debiera existir y sus facultades ser asumidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

Es verdad que el TC tal como actualmente ha sido concebido no funciona, pero lo que no indica la prensa fujimorista –porque no le conviene- son las causas reales de esta situación, que no son cierto que la institución sea intrínsecamente mala porque siete magistrados puedan imponerse al Congreso para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Con siete o nueve miembros funcionan las Cortes Constitucionales de treinta países del mundo, y en ninguna de ellas se han producido los escándalos que ha conocido el TC peruano en los pocos meses que lleva funcionando. Entonces, concluir que tal

disfuncionamiento se debe a que unos pocos magistrados, deciden por encima del Congreso es completamente falso. En la practica, el numero de normas cuestionadas no llega ni siquiera al 1% de las dictadas por los respectivos Congresos, y a nadie se le ocurre cuestionar los diversos TC por este hecho.

Algo mas, proponer la disolución del TC y el traslado de sus facultades a la Sala Constitucional de la Suprema es un contrasentido, porque entonces –siguiendo con la misma lógica de la prensa oficialista-cinco vocales de dicha sala acabarían imponiéndose al Congreso. Pero creemos que lo que verdaderamente se pretende al plantear este cambio es la inexistencia de una instancia constitucional.

Es que, en efecto, este sistema ya rigió bajo la Constitución de 1993, con el resultado de que en 45 años de vigencia de dicha Carta jurídica jamas la Sala Constitucional de la Suprema impugno la constitucionalidad de norma alguna dictada por el Congreso. Sin duda esto es lo que en el fondo se busca, porque pretender que el actual Poder Judicial, subordinado al poder político y con sus miembros atemorizados por miedo a una destitución, va a atreverse a cuestionar una norma es algo absolutamente irreal.

Si el TC no funciona y ha sido objeto de los escándalos que todos conocemos se ha debido, objetivamente, a dos razones: 1) Al engañoso sistema de votación impuesto por la mayoría oficialista, que exige la coincidencia de seis votos de un total de siete (es decir el 85%) para tomar una decisión que implique aplicación del control concentrado sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

2) A la mañosa elección de dos magistrados de segundilla, los doctores Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo con la misión exclusiva de bloquear –en base al tramposo sistema de votación- cualquier decisión que pueda tomar el TC que sea contraria al fujimorismo. La publicación de las actas del pleno del Alto Tribunal de uno de sus colegas y lo extrajo del local, mereciendo por ello la censura de los restantes miembros.

Superada la barrera que podían representar los dos “peones de obstrucción”, declarada la inaplicabilidad de la ley 26657 de interpretación “autentica” mediante el recurso al control difuso (que no requiere de seis votos coincidentes) y derrotada legalmente la tramposa reelección presidencial, los dos magistrados fujimoristas amenazan con bloquear –por su inasistencia- el funcionamiento del TC y por tanto el trabajo de los cinco juristas que si cumplen su labor con independencia.

¿Qué hacer? La solución, obviamente, no esta la disolución del TC y su reemplazo por la Sala Constitucional, sino en darle al Alto Tribunal la posibilidad de trabajar del modo en que los hacen los restantes TC que existen en el mundo. Es decir, suprimir la barrera instalada en un sistema de votación y nombrar a dos magistrados independientes –dos juristas y no dos funcionarios del régimen- en lugar de Acosta y García Marcelo cuyo comportamiento los desautoriza para continuar allí.

Pero esto es algo que el fujimorismo jamas hará. Por eso impulsa un Poder Judicial sumiso y dependiente, un Fiscal de la Nación desprovisto de poderes y elige a dos saboteadores en el TC. La suerte de las instituciones y su prestigio ante la ciudadanía jamas le ha quitado el sueño.

(*) Publicado en La República, Lima 12 de febrero de 1997.

El 7 de diciembre de 2005 fue promulgada la Ley N.º 28642, cuyo artículo único modifica el artículo 5, numeral 8, de la Ley N.º 28237 (Código Procesal Constitucional), a efectos de prohibir que se ejerzan las acciones de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Y se agrega: “Resoluciones en contrario, no surten efecto legal alguno”.

La Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente, establece en su artículo 51 que

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

La precedente Carta de 1979 dispuso, en su artículo 87, esencialmente lo mismo, al indicar que

La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre las normas de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica.

La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los medios de su difusión oficial,

De manera que, en tanto no se reforme la Constitución, según el procedimiento que determina su artículo 206, se mantendrán vigentes las atribuciones que corresponden al Tribunal Constitucional en cuanto supremo órgano de interpretación constitucional.

La Ley N.º 28642 tiene el olor, el sabor y el color de los Decretos Leyes emanados del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional dirigidos a recortar las acciones de garantía respecto de la destitución de magistrados y otros funcionarios. En efecto, por el Decreto Ley N.º 25454, promulgado el 27 de abril de 1992, se dispuso en su artículo 2 que

No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de los Decretos Leyes Nos. 25423, 25442 y 25446.

El Decreto Ley N.º 25473, promulgado el 2 de mayo de 1992, declaró en su artículo 2 que

No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de l Decreto Ley N.º 25471.

Y por el Decreto Ley N.º 25496, promulgado el 12 de mayo de 1992, se indicó en su artículo 1 que

No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de l Decreto Ley N.º 25492.

La emulación no es casual. Parece que responde también a una posición política autoritaria, aunque disimulada.

Contrariamente a lo que sostienen algunos juristas y periodistas, los Tribunales Constitucionales han sido establecidos en la mayor parte de los países del mundo, como lo comprobó la presencia, en abril de este año, en Roma, de alrededor de 300 presidentes y/o magistrados de tales órganos, con motivo del 50 aniversario de la instalación de la Corte Costituzionale de Italia. En Europa tienen Tribunales Constitucionales: Austria, con 14 magistrados; Alemania, con 16 magistrados; Italia (Corte Costituzionale), con 15 magistrados; Francia (Consejo Constitucional), con 9 magistrados; Portugal, con 13 magistrados; Bélgica, con 12 magistrados; Albania, con 9 magistrados; Armenia, con 9 magistrados; Bulgaria, con 9 magistrados; Croacia, con 8 magistrados; Hungría, con 11 magistrados; España, con 12 magistrados; Lituania, con 9 magistrados; Macedonia, con 9 magistrados; Polonia, con 12 magistrados; República Checa, con 15 magistrados; Rumanía, con 9 magistrados; Rusia, con 19 magistrados; Serbia, con 9 magistrados; Eslovaquia, con 10 magistrados; Eslovenia, con 9 magistrados.

En América, tienen Tribunales Constitucionales: Chile, con 7 magistrados; Bolivia, con 5 magistrados; Ecuador, con 9 magistrados; Perú, con 7 magistrados; Guatemala, con 5 magistrados; entre otros.

Los demás países tienen Salas o Cortes Constitucionales.

Con Tribunales Constitucionales, autónomos, o con Salas Constitucionales integradas al Poder Judicial, lo importante es que sea eficaz el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley y de los hechos u omisiones de todos los funcionarios públicos. De ese control nadie puede ser excluido. El amiguismo no puede ser política de Estado. En efecto, las leyes y los reglamentos del Congreso pueden ser declarados inconstitucionales; los Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia que dicta el Presidente de la República pueden, igualmente, ser declarados inconstitucionales; las sentencias del Poder Judicial, cuando se afecta el debido proceso, pueden ser declaradas nulas; y las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y las de la Fiscalía de la Nación, o de la Junta de Fiscales Supremos, pueden ser declaradas nulas. Asimismo, las resoluciones de los Gobiernos Regionales y las Ordenanzas Municipales pueden ser declaradas nulas o ineficaces. ¿Puede haber un órgano que viole los derechos fundamentales, entre ellos los de elegir y de ser elegido, que esté exento del control de constitucionalidad, cuando ni siquiera están comprendidos en el catálogo de altos funcionarios públicos que contiene el Artículo 39 de la Constitución? Huelga la respuesta.

Los medios de comunicación social deberían estar vivamente interesados en que no se recorte –o elimine– el control de constitucionalidad. No sólo la historia del Perú exige que los derechos humanos estén protegidos contra todo acto que los amenace o viole, sino que el enorme esfuerzo desplegado por la humanidad, a través de los siglos, no se pierda en el Perú por el capricho de unos pocos. Y, en consecuencia, deben avivar el debate de los asuntos públicos durante las campañas electorales.

Sr

ALVA ORLANDINI

EXP. N.º 00245-2006-AA**AREQUIPA****MULTISERVIS CLAVE 90 EIRL****RAZÓN DE RELATORÍA**

Vista la causa **0245-2006-PA/TC** por el Pleno Jurisdiccional y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se ha dictado sentencia declarando Infundada la demanda, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda y Calle Hayen. Han disentido del fallo los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo, quienes han votado por que se declare Improcedente la demanda.. De otro lado los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, han estimado que se declare Fundada en parte la demanda; en consecuencia inaplicable a la actora la Ordenanza Municipal N.º 111, artículo 1, inciso b, e, inciso d; de este último únicamente la frase “color amarillo”; e Infundada la demanda en el extremo referido a la inaplicación de los incisos c y d del artículo 1 de la citada Ordenanza Municipal.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En lima, a los 15 días del mes de mayo de 2009, habiéndose reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, se ha pronunciado sentencia, la cual está constituida por los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda y Calle Hayen.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Multiservis Clave 90 EIRL contra la sentencia emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 117, su fecha 6 de octubre de 2005, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de junio de 2004 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa con el objeto de que se declare inaplicables los incisos b), c), d) del artículo 1 de la Ordenanza Municipal N.º 111 y se le otorgue el certificado de operaciones para el servicio de taxis de sus unidades vehiculares, sin la exigencia del pintado del color amarillo, por considerar que se lesiona con dicha ordenanza sus derechos a la libertad de empresa y a la libertad de trabajo.

Afirma el demandante que para obtener el certificado de operaciones para el servicio de taxis debe cumplir requisitos conforme a los incisos mencionados, que disponen ciertas características que deben cumplir los autos o camiones *Station Wagon*, los que atentan contra su objeto social ya que la demandada, en forma ilegal y anticonstitucional, amenaza con denegarle el certificado de operaciones para el servicio de taxis (Setare) si no cumple los referidos incisos, lo cual constituye un abuso de autoridad puesto que la Policía de Tránsito viene imponiendo papeletas de infracción reiteradamente. Asimismo recuerda que la Sala de Acceso al Mercado del Indecopi mediante Informe N.º 037-2002/INDECOPI-CAM advierte que la imposición señalada es una barrera burocrática irracional que obstaculiza el desarrollo de las actividades económicas de la empresa.

La Municipalidad demandada alega que la acción de amparo es una garantía constitucional que protege los derechos estipulados en el artículo 24 de la Ley 23506, en la que

no se contempla la inaplicación de Ordenanzas Municipales con rango de Ley, pues para este efecto se debe seguir la vía de la acción de inconstitucionalidad. Además señala que el procedimiento realizado ante la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi (en la que determina que la exigencia del pintado es una barrera burocrática) es de la empresa Remise Representaciones S.R.L., no siendo extensiva su aplicación, ni la aplicación por analogía a otras empresas del rubro.

El Octavo Juzgado del II Módulo Corporativo Civil de Arequipa, con fecha 30 de noviembre de 2004, declara fundada la demanda de amparo interpuesta por considerar que si bien los artículos 3 y 6, inciso 2, de la ley de hábeas corpus y amparo señalan que esta no procede contra normas legales, si cabe accionarla contra actos violatorios de derechos constitucionales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dichas normas, de modo tal que los incisos b), c), d) de la Ordenanza Municipal N.º 111 son de carácter autoaplicativo al caso concreto de la accionante, por lo que sí resulta razonable que mediante que mediante la acción de amparo se puede pronunciar sobre su inaplicabilidad. Aduce también que la Municipalidad no ha cumplido con explicar por qué y en qué medida el pintado de los taxis contribuye a una circulación vial más fluida, segura y que persevere el Centro Histórico de la ciudad.

La recurrida, revocando la sentencia apelada, declara infundada la demanda por considerar que la Ley 23853, artículo 10, inciso 6, establecía que los Gobiernos Locales son competentes para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su competencia en tanto que su artículo 69, inciso 1, prescribe que son funciones de dichos órganos regular el transporte urbano, las mismas que son recogidas en la nueva Ley Orgánica de Municipalidades N.º 27972. Señala también que es sobre la base de estas atribuciones que la Municipalidad ha emitido la Ordenanza en cuestión.

**EXP. N.º 00245-2006-AA
AREQUIPA
MULTISERVIS CLAVE 90 EIRL**

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por los fundamentos siguientes:

Petitorio de la demanda

1. Con fecha 18 de junio de 2004 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa solicitando que se inaplique los incisos b), c), d) del artículo 1 de la Ordenando Municipal N° 111 y se le otorgue el certificado de operaciones para el servicio de taxi de sus unidades vehiculares, sin la exigencia del pintado del color amarillo, por considerar que se están vulnerando sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de trabajo.

Titularidad de los derechos fundamentales

2. Primero se debe verificar si la empresa recurrente tiene o no legitimidad para obrar activa para interponer la demanda de amparo.
3. La Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en su artículo 1º-parte de derechos fundamentales- que “La defensa de la **persona humana** y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” agregando en su artículo 2º que “toda persona tiene derecho”, refiriendo en la aludida nomina derechos atribuidos evidentemente a la persona humana a la que hace referencia sin lugar a dudas el citado artículo 1º.

El Código Procesal Constitucional estatuye en su artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales, que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos por tratados de los que el Perú es parte.”

De lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de **Derechos Humanos**, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: “Todos los **seres humanos** nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, nominado en el artículo 2º la enumeración de los derechos que se les reconoce.

También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos - “Pacto de San José de Costa Rica”- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano”, haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

En conclusión extraemos de lo expuesto que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las denominadas acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

Por ello es que expresamente el artículo 37° del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que enumera el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, referida obviamente a los derechos de la persona humana, exceptuando el derecho a la libertad individual porque singularmente dicho derecho está protegido por el proceso de habeas corpus y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data para los que la ley les tiene reservados tratamientos especiales por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

4. De lo expuesto queda claro que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace con las particularidades anotadas pensando en la persona humana, esto es en el ser humano físico y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional.

La Persona Jurídica.

5. El Código Civil en su Libro I desarrolla el tema de “personas” colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas.

Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la distinción al señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivo igual pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha “persona” ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la “persona jurídica” tiene atribuciones que no corresponden a los derechos de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe por ello recalcar que los fines de la persona jurídica son distintos a los fines de las personas naturales que la formaron puesto que la reunión de éstas se da por intereses comunes, y que conforman un interés propio y distinto a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, pudiendo tener fines de lucro el aludido conglomerado venido a conocerse con la denominación legal de persona jurídica.

Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán al fin de cuentas a estas personas naturales y en proporción de sus aportes. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta *prima facie* que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, teniendo a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio, suelen recurrir, interesadamente, al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana. Esta determinación arbitraria, además de ser anormal y caótica, coadyuva a la carga procesal que tiende a rebasar la capacidad manejable del Tribunal Constitucional y a sembrar en algunos sectores de la sociedad la idea de un afán invasorio que por cierto no tiene este colegiado.

En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para el que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria.

Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen también derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, puedan servirse para traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de solo interés de la persona humana.

6. De lo expuesto concluyo afirmando que si bien este Tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esta decisión debe ser corregida ya que ello ha traído como consecuencia la “amparización” fabricada por empresas para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio del presente voto pretendemos limitar nuestra labor a solo lo que nos es propio, dejando por excepción eventuales casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total para defenderse de la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia.
7. Creo que es oportuno establecer qué casos podrían ser considerados como excepcionales de manera que este colegiado podría realizar un pronunciamiento de emergencia. Si bien he señalado en reiteradas oportunidades que los procesos constitucionales están destinados a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, también he manifestado que sólo por excepción podría ingresar al fondo en un proceso iniciado por persona jurídica. Estas situaciones excepcionales pueden ser las siguientes:
 - a) Cuando la persona jurídica no tenga vía alguna –ya sea administrativa o judicial- para solicitar la defensa de sus derechos constitucionales siendo inevitable la intervención de este tribunal.
 - b) Cuando sea totalmente evidente la vulneración de sus derechos constitucionales, es decir cuando de los actuados se evidencie que esté en peligro sus derechos constitucionales. En este supuesto debe tenerse presente que la intervención del Tribunal Constitucional será admitida siempre y cuando del sólo escrito de demanda y de sus anexos sea evidente la vulneración de los derechos constitucionales de la persona jurídica. Ejm. Ejecución de actos administrativos en aplicación de normas derogadas o declaradas inconstitucional por este Tribunal.
 - c) Cuando en contravención de un precedente vinculante emitido por este Tribunal un órgano administrativo o judicial vulnera derechos constitucionales de una persona jurídica, evidenciándose ello sólo de los actuados presentados por la persona jurídica; y
 - d) Cuando por actos arbitrarios de un órgano administrativo o judicial se vulnere derechos constitucionales que pongan en peligro la existencia de la persona jurídica. En este supuesto la vulneración debe acreditarse de los actuados en la demanda, lo que significa que la vulneración debe ser manifiesta.

En los supuestos c) y d) es necesario exigir que la persona jurídica haya recurrido previamente al órgano judicial cuestionando los actos que considera vulneratorios, ya que *prima facie*, son los encargados de la defensa de la Constitución.

8. En el presente caso no encontramos situación que amerite pronunciamiento urgente por parte de este colegiado, puesto que la recurrente es, como decimos, una persona jurídica de derecho privado con lícito objetivo de lucro que exige la protección de derechos que considera violados y que aparecen necesariamente relacionados a intereses patrimoniales, acusando a un órgano municipal del Estado de emitir arbitrariamente una Ordenanza Municipal que vulnera sus derechos constitucionales. De autos se evidencia que la verdadera pretensión de la empresa demandante es que se elimine cualquier prohibición impuesta por la municipalidad demandada en ejercicio de sus atribuciones, aduciendo para ello vulneración de sus derechos constitucionales. La empresa demandante debe tener presente que ningún derecho constitucional es absoluto, lo que

significa que también pueden ser limitados o restringidos, no pudiendo sostener que por el sólo hecho de limitar o restringir un derecho se está cometiendo un acto arbitrario, ya que existen razones que pueden fundamentar suficientemente las limitaciones que realicen los órganos del Estado en ejercicio de sus atribuciones, situación que se presenta en el caso de autos.

9. Finalmente, en el presente caso no se observa que el caso encaje en alguno de los supuestos señalados para que este Tribunal realice un pronunciamiento urgente, motivo por el cual la demanda debe ser desestimada por improcedente.

En consecuencia es por estas razones que considero que la demanda es **IMPROCEDENTE**.

SR.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

MULTISERVIS CLAVE 90 EIRL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 5.° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional expreso mi discrepancia con los fundamentos y el sentido del fallo, por las consideraciones siguientes:

a. Delimitación del petitorio y de la controversia

1. La empresa demandante pretende que se declare inaplicables, a su caso, los incisos b), c) y d) del artículo primero de la Ordenanza N.° 111, que regula el servicio de taxi en la ciudad de Arequipa. Los incisos cuestionados disponen que para la autorización del servicio de taxi y la emisión del certificado de operación, los vehículos que vayan a prestar el servicio deben tener color amarillo medio, llevar impresa la numeración de las placas de rodaje en las puertas y poseer un casquete luminoso de color amarillo.

Alega que los incisos cuestionados vulneran sus derechos a las libertades de trabajo y de empresa, debido a que la Municipalidad Provincial de Arequipa le viene denegando a sus unidades el certificado de operaciones para que puedan prestar el servicio de taxi en la ciudad de Arequipa, por no cumplir con los requisitos de los incisos b), c) y d) del artículo primero de la Ordenanza N.° 111, lo cual ha originado que la Policía Nacional le imponga a sus unidades papeletas por infracción de tránsito.

2. Teniendo en cuenta ello, considero que la controversia se circunscribe a determinar si los requisitos para la autorización del servicio de taxi y la emisión del certificado de operación constituyen, o no, una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de trabajo y de empresa.

b. Las libertades de trabajo y de empresa como derechos limitados

3. Como es sabido, la gran mayoría de derechos fundamentales son relativos o limitados, es decir, que no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino tan sólo un grupo de ellos, como por ejemplo, el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos, a la presunción de inocencia y las garantías mínimas que integran el debido proceso, entre ellos, el derecho al juez imparcial.
4. Las libertades de trabajo y de empresa, en cambio, no son derechos absolutos, pues se encuentran sujetos a los límites que le impone la Constitución por razones de moralidad, salubridad, seguridad y medio ambiente, así como a las limitaciones de orden legal establecidas por el legislador, con fundamento en los derechos fundamentales y en la prevalencia del bien común o el interés social.
5. Teniendo presente lo señalado, considero que ningunos de los incisos cuestionados limitan los cuatro tipos de libertades que forman parte del contenido del derecho a la libertad de empresa y que fueron precisados por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.° 03330-2004-AA/TC.

En primer lugar, los incisos cuestionados no limitan ni restringen la libertad de creación de empresa que tiene derecho la demandante, pues ésta ya es una empresa constituida que tiene por objeto social prestar el servicio de taxi.

En segundo término, los incisos cuestionados no inciden directa ni indirectamente en la libertad de organización de la empresa, pues no le impone la variación del objeto social elegido, ni le ordena el cambio de nombre, domicilio, o tipo de sociedad. Tampoco los incisos cuestionados le imponen a la empresa demandante una política de precios, créditos y seguros para la prestación del servicio de taxi.

En tercer término, los incisos cuestionados no limitan ni falsean la libre competencia del servicio de taxi en la ciudad de Arequipa. Ciertamente, los incisos cuestionados exigen requisitos mínimos a todas las unidades que prestan el servicio de taxi para favorecer la libre competencia, porque no introducen un tratamiento diferente a fin de generar o facilitar ventajas entre los diferentes agentes que prestan el servicio de taxi en la ciudad de Arequipa.

Finalmente, los incisos cuestionados tampoco prohíben que las empresas que tengan por objeto social la prestación del servicio de taxi puedan cesar libremente sus actividades en el momento que estimen conveniente.

6. Ciertamente, estimo que autorizar la prestación del servicio de taxi sin el cumplimiento de todos los requisitos previstos en el artículo primero de la Ordenanza N.º 111, no sólo constituiría una inaceptable falencia del Estado en perjuicio de la comunidad, sino que sería avalar la violación del derecho a la igualdad de quienes en cumplimiento de la Ordenanza N.º 111 han obtenido las autorizaciones y certificados requeridos por la Municipalidad Provincial de Arequipa para la prestación eficiente del servicio de taxi.
7. Ahora bien, dada la relevancia y los intereses que se pretende proteger, como son la seguridad de los usuarios y el interés general de la colectividad, considero que los requisitos para la prestación del servicio de taxi en la ciudad de Arequipa previstos en el artículo primero de la Ordenanza N.º 111 constituyen requisitos legítimos impuestos por la Municipalidad Provincial de Arequipa en el ejercicio de sus competencias establecidas por la Constitución y desarrolladas por el legislador.

En este sentido, resulta oportuno recordar que en un caso similar al presente, el anterior Pleno del Tribunal Constitucional consideró que dentro del ámbito de la discrecionalidad técnico-administrativa existe una presunción de razonabilidad o certeza respecto del tratamiento imparcial y de la fundamentación técnica en la que se sustentan sus decisiones.

Así, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00141-2002-AA/TC se precisó que "(...) el color uniforme del vehículo, la autorización correspondiente del mismo y del chofer otorgada por la autoridad competente, la identificación de la empresa de ser el caso, permiten que la comunidad tenga acceso a la información necesaria para hacer uso de este servicio y que las autoridades policiales y municipales controlen y prevengan los actos que puedan atentar contra la seguridad ciudadana como consecuencia del aprovechamiento de la inacción de las autoridades. En consecuencia, desde la perspectiva del fin que se persigue, no resulta irrazonable la medida adoptada".

8. Por ello, siendo consecuente con la jurisprudencia, entendida no en sentido restringido como el conjunto de decisiones reiteradas y uniformes sino en sentido amplio de decisión que inicia y delimita la postura del Tribunal Constitucional, considero que la Ordenanza N.º 111 es una norma razonable, porque según sus propios considerandos tiene por finalidad preservar el orden y la seguridad en la vía pública de la ciudad de Arequipa.

Bajo estas consideraciones, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

**EXP. N.º 00245-2006-AA
AREQUIPA
MULTISERVIS CLAVE 90 EIRL**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Con el debido respeto por la opinión del ponente emito el siguiente voto por las siguientes razones:

1. El actor solicita que se le inaplique lo dispuesto en los incisos b), c) y d) del artículo 1.º de la Ordenanza Municipal N.º 111 de 31 de agosto de 2001, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 1.- Para la autorización de servicio de taxi (SETARE) y la emisión del Certificado de Operación en la ciudad de Arequipa, en las diferentes modalidades, los vehículos, que podrán ser automóviles o camionetas Station Wagon, deberán tener las características siguientes:

(...)

- b) Color de carrocería amarillo medio;
- c) Pintado de numeración en negro, de placas de rodaje en las puertas delanteras derecha e izquierda, en la parte posterior izquierda del vehículo y en color contrastante en la parte posterior del asiento del conductor;
- d) Casquete luminoso de color amarillo, fijado permanentemente en la parte delantera del techo del vehículo; las medidas del casquete luminoso serán, base: 55 x 18 cm tapa superior 40 x 06 cm, altura 13cm. En la parte superior llevará la inscripción TAXI en negro de 7 cm x 34 cm. y la identificación del comité o empresa en la parte inferior, de ser el caso, en letras de color rojo en dimensión de 3 x 50 cm”.

2. La demandada contesta la demanda, negándola y contradiciéndola así como solicitando que se declare infundada, señalando que no corresponde en la vía de proceso de amparo pronunciarse sobre la aplicación o inaplicación de una ordenanza municipal estando establecido el proceso de inconstitucionalidad para ello, o en su defecto el artículo 48 *in fine* de la Ley N.º 27444.
3. El juez *a quo* con fecha 30 de noviembre de 2004 declaró fundada la demanda de amparo por considerar que si bien los artículos 3º y 6º, inciso 2, de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo señalan que esta no procede contra normas legales, sí cabe accionarla contra actos violatorios de derechos constitucionales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dichas normas, de modo tal que los incisos b), c), d) de la Ordenanza Municipal N.º 111 son de carácter autoaplicativo al caso concreto, por lo que resulta razonable que mediante el proceso de amparo se pueda pronunciar sobre su inaplicabilidad. Alega también que la Municipalidad no ha cumplido con explicar por qué y en qué medida el pintado de los taxis contribuye a una circulación vial más fluida, segura y que preserve el Centro Histórico.
4. El *ad quem* revocó la apelada y declaró infundada la demanda por considerar que la Ley N.º 23853, artículo 10.º, inciso 6), establecía que los gobiernos locales son competentes para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su competencia en tanto que su artículo 69.º, inciso 1), prescribe que son funciones de dichos órganos regular el transporte urbano, las mismas que son recogidas en la Ley Orgánica de Municipalidades N.º 27972. Sostiene también que es sobre la base de estas atribuciones que la Municipalidad ha emitido la Ordenanza.
5. En el presente caso, considero que la demanda debe declararse improcedente por las siguientes razones:

- Conforme al segundo y tercer considerando de la Ordenanza N.º 461 de 26 de marzo de 2007, se ha establecido lo siguiente:

“Que, el Artículo 17.º de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre N.º 27181, concordante con el Inciso a) del artículo 16.º del Reglamento Nacional de Administración de Transportes aprobado por Decreto Supremo N.º 009-2004-MTC establece que, las Municipalidades Provinciales aprueban las normas complementarias al reglamento precitado, necesarias para la gestión y fiscalización del servicio de transporte provincial de personas y de mercancías que le corresponda, dentro de su jurisdicción; En cuyo mérito se emitió la Ordenanza Municipal N.º 345 del 19 de setiembre del 2005 que regula la circulación de vehículos del servicio de taxi en el núcleo del centro histórico de la ciudad de Arequipa, así mismo se ha emitido la Ordenanza Municipal N.º 409 del 14 de agosto de 2006 que aprueba el Reglamento Complementario de Administración de Transporte de la Provincia de Arequipa, en su Inciso c) del artículo 101.º se establecen las características de los vehículos para prestar el servicio de taxi, exigiéndose el pintado íntegro de la carrocería de color amarillo medio, conforme a lo establecido por la Ordenanza Municipal N.º 345-2005. Exigencia que en la actualidad no se aplica, muy por el contrario viene generando un caos en el servicio y confusión en el usuario, así mismo el pintado de la carrocería de color amarillo medio tuvo como objetivo el ordenamiento, seguridad del servicio, pero tal disposición muy por el contrario ha generado el crecimiento muy de prisa de la delincuencia en sus distintas modalidades en nuestra ciudad, hecho que motivó la revisión de los precitados dispositivos legales y que resultan inaplicables a nuestra realidad, por tanto merece su derogatoria;

Que, siendo política de la actual gestión municipal regular el servicio de transporte público de pasajeros en la modalidad de Taxi en estricto cumplimiento de las normas municipales sobre la materia, normas nacionales y de rango constitucional respetando el Derecho a la libertad y seguridad personales, así como el Principio de Igualdad de condiciones consagrado en la Constitución Política del Estado y a efectos de lograr una adecuada prestación del servicio de transporte en taxi y satisfacer un servicio adecuado y acorde a las necesidades de los usuarios de la población arequipeña, nacional e

internacional (Turismo) **resulta de imperiosa necesidad derogar las normas municipales precitadas**" (subrayado agregado).

- En esa línea, la Ordenanza N.º 461 ordenó:

“Artículo Primero.- Derogar la Ordenanza Municipal N° 345 de fecha 19 de Setiembre de 2005 que “Regula la Circulación de Vehículos del Servicio de Taxi en el Núcleo del Centro Histórico de la Ciudad de Arequipa”.

Artículo Segundo.- Derogar el Inciso c) del Artículo 101° de la Ordenanza Municipal N° 409 de fecha 14 de agosto del 2006 que aprueba el ‘Reglamento Complementario de Administración de Transportes de la provincia de Arequipa’.

Artículo Tercero.- La presente Ordenanza entrará en vigor a partir del día siguiente de su publicación, quedando obligada la Sub Gerencia de Relaciones Públicas y Prensa a su publicación y difusión, para conocimiento de los interesados.

Artículo Cuarto.- Deróguese y déjese sin efecto toda disposición legal que se oponga a lo dispuesto en la presente Ordenanza”.

6. De acuerdo a lo anterior, estando por tanto derogados los incisos b), c) y d) del artículo 1.º de la Ordenanza Municipal N.º 111, relativos a las características que requieren los vehículos para prestar el servicio de transporte público de taxi en Arequipa y conforme a lo dispuesto por el inciso 5) del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional que señala que no proceden los procesos constitucionales cuando a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable, la demanda debe desestimarse.

En consecuencia, soy de la opinión que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

Sr.

LANDA ARROYO

**EXP. N.º 00245-2006-AA
AREQUIPA
MULTISERVIS CLAVE 90 EIRL**

VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ

Con pleno respeto por las opiniones emitidas, dejamos constancia de nuestra discrepancia mediante el presente voto, la cual sustentamos en las consideraciones siguientes:

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto del presente proceso consiste en que se deje sin efecto el artículo 1, incisos b), c), d) de la Ordenanza Municipal N.º 111, que establece lo siguiente:

Para la autorización de servicio de taxi (SETARE) y la emisión del certificado de operación en la ciudad de Arequipa, en las diferentes modalidades, los vehículos, que podrán ser automóviles o camionetas *Station Wagon*, deberán tener las características siguientes:

- b) Color de Carrocería amarillo medio;
- c) Pintado de numeración en negro, de placas de rodaje en las puertas derecha e izquierda, en la parte izquierda del vehículo y contrastante en la parte posterior del asiento del conductor;
- d) Casquete luminoso de color amarillo, fijado permanentemente en la parte del techo del vehículo; las medidas del casquete luminoso serán: base 55 x 18 tapa superior 40 x 06cm, altura 13cm. En la parte superior llevará la inscripción TAXI en negro de cm x 34 cm. Y la identificación del comité o empresa en la p e inferí , de ser el caso, en letras de color rojo en dimensión de 3x50 cm.

Amparo contra normas: autoaplicabilidad de la norma

2. Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el amparo contra normas procede cuando la norma cuya inaplicación se solicita es de carácter autoaplicativo. Una norma reviste tal condición “cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma” (STC 2302-2003-AAITC, Fundamento N.º 7, primer párrafo).
3. En el presente caso, el artículo 1 de la Ordenanza Municipal N.º 111, en el extremo impugnado, reviste carácter autoaplicativo debido a que establece requisitos que deben cumplir los vehículos (automóviles o camionetas *Station Wagon*) para obtener la autorización de servicio de taxi (Setare) y la emisión del Certificado de Operación en la ciudad de Arequipa. El cumplimiento obligatorio de estos requisitos aparece como consecuencia de la emisión de la Ordenanza cuestionada, no existiendo acto de aplicación ulterior necesario para que tal efecto se materialice. Por tal razón, la disposición cuestionada constituye una norma autoaplicativa y, por consiguiente, procede el amparo contra ella.

Libertad de trabajo

4. La libertad de trabajo constituye un derecho constitucional reconocido por el artículo 2, inciso 15), de la Constitución. El contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental constituye el libre ejercicio de toda actividad económica. A este respecto, el Tribunal Constitucional Alemán, el 11 de junio de 1958, en la célebre y pionera sentencia sobre libertad de trabajo, el *caso de las farmacias*¹, ha enfatizado respecto a la forma amplia de comprender la libertad de trabajo. Ha sostenido que este derecho “garantiza a la persona adoptar como oficio toda actividad para la cual se considere apto, es decir, para el sustento de su vida”². Desde esta perspectiva, el concepto “trabajo” ha de interpretarse de manera más amplia. Él comprende no sólo aquellas ocupaciones tradicionales y típicas, sino también aquellas atípicas que la persona libremente adopta³. En este contexto, el contenido de la libertad de trabajo puede ser entendido como la facultad de ejercer toda actividad lícita que tenga como finalidad el sustento vital de la persona.

Libertad de empresa

5. La libertad de empresa constituye un derecho constitucional reconocido en el artículo 59 de la Constitución. Sobre el ámbito de protección de este derecho, en base a lo que este Tribunal se ha pronunciado al respecto (STC 0003-2006-PI/TC, fundamento N.º 63), puede afirmarse que tal ámbito comprende las siguientes facultades:
 - a. Creación o fundación de empresa
 - b. Organización
 - c. Libertad de competencia
 - d. Facultad de cesar actividades, y finalmente,
 - e. Libertad de determinación de la modalidad de la prestación
6. Por la relevancia en el caso es necesario explicitar la facultad de libre determinación de la modalidad de realización de actividades. Este atributo no está comprendido expresamente en la sentencia antes citada; en ella, antes bien, parece reconducirse al atributo de libertad de organización (Cfr. STC 0003-2006-PI/TC, fundamento N.º 63). Ello no obstante, es más apropiado, desde una consideración analítica, adjudicar autonomía a este atributo.

¹*Apotheken-Urteil* (“Sentencia sobre las farmacias”): BverfGE 7, 377. Sentencia de 11 de junio de 1958, expedida por la I.º a Sala del Tribunal Constitucional Alemán.

²BverfGE 7, 377 (p.397).

³BerfGE 7, 377 (p.397).

7. Este atributo garantiza a la empresa la facultad de libre determinación de la forma o modalidad en que presta sus servicios o vende sus productos. El propósito de optimizar el cumplimiento de su finalidad trae consigo la decisión autónoma de la empresa de adoptar formas o modalidades que puedan ser más adecuadas o más convenientes para aquel propósito en comparación con otras. La opción por una u otra ha de posibilitar el mayor o menor acceso al mercado y, con ello, el mayor o menor éxito de la empresa.

Análisis de la intervención en la libertad de trabajo y de empresa a la luz del principio de proporcionalidad:

8. La intervención. Por intervención se entiende el establecimiento de una prohibición, un mandato o una permisión que restringe o limita el ejercicio de un derecho fundamental. Para la determinación de este aspecto resulta necesario precisar cómo la norma impugnada restringe el ejercicio de la libertad de trabajo y de empresa de la recurrente.
9. En el presente caso, la exigencia de cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ordenanza a efectos de que se conceda la licencia para la prestación de servicio, constituye una condición para que la recurrente pueda prestar el servicio de taxi. En tanto tal condición no sea cumplida, a la recurrente no le está permitido ejercer dicha actividad laboral. Desde tal perspectiva, los requisitos mencionados constituyen un impedimento del ejercicio de su libertad de trabajo. Por ello, ha afirmado la recurrente que dicha disposición “limita la libertad

de trabajo [,] determinación que [tienen] las personas para la realización de actividades privadas exigiendo[le] obligatoria te el pintado de color amarillo de los vehículos. Añade que [se] ha dispuesto arbitrariamente que los usuarios de la empresa privada [deben] cumplir ciertos requisito señalados en el artículo 1, incisos b), c), d) de la Ordenanza Municipal N.º 111". Ahora bien, este impedimento, en cuanto intervención de la libertad de trabajo, habrá de ser analizado a la luz del principio de proporcionalidad.

10. En el caso *sub exámine*, la exigencia relativa al pintado de amarillo de la carrocería del taxi representa también una intervención en la libertad de empresa porque limita la libre facultad d determinación de realización de la actividad de la recurrente. En efecto, a consecuencia de dicho requisito, la recurrente ve restringida su facultad de determinar el color de sus vehículos que considere más adecuado y distintivo de la clase y calidad del servicio que provee. El empleo de uno u otro color significa, aquí, un carácter distintivo de la calidad y nivel del servicio que presta. El restringir tal facultad puede incidir en el éxito de la empresa y su acceso al mercado.
11. Corresponde ahora el análisis de la *finalidad de la intervención*. Bajo este concepto se comprende la finalidad que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de la medida implementada. Ahora bien, la finalidad implica a su vez dos aspectos: el *objetivo* y el *fin*. El *objetivo* es el estado de cosas que pretende lograrse con la medida (intervención) normativa. El *fin* es el derecho, principio o valor constitucional que justifica dicha intervención.
12. Para la determinación del fin es de utilidad lo que se afirma en la parte considerativa de la Ordenanza impugnada. En ella se arguye que se requiere su regulación "para garantizar orden, seguridad de los ciudadanos, formación empresarial y profesionalización de los conductores" (tercer considerando) y para "uso del espacio público urbano conducentes a una circulación vial fluida y segura, que al mismo tiempo preserve el Centro Histórico de la ciudad" (segundo considerando). En la contestación de la demanda se ha sostenido que tal medida busca también evitar la proliferación de vehículos que prestan informalmente el servicio de taxi y, además, dar "seguridad al servicio", en tanto el pintado del taxi ha de permitir el registro de los propietarios de vehículo que prestan este servicio (fojas 72 del cuaderno principal).
13. De lo expuesto se advierte que el objetivo preponderante de la Municipalidad ha sido el de alcanzar una situación de seguridad del servicio de taxi para sus usuarios. Los argumentos referidos a la "preservación del Centro Histórico de la ciudad" y de la "circulación vial fluida" deben ser excluidos debido a su evidente irrelevancia. En efecto, la exigencia del pintado de color amarillo de los vehículos de taxi y de sus casquetes luminosos, así como del pintado de la respectiva placa en específicos puntos, no constituye, en absoluto, un medio conducente a la protección del Centro Histórico o de la circulación fluida.
14. Ahora bien, el *objetivo* pretendido con la norma impugnada -seguridad del cliente-se justifica en el *derecho constitucional a la seguridad* (artículo 2, inciso 24) que corresponde a toda persona y en este caso, a la seguridad de los usuarios del servicio de taxi. Este derecho a la seguridad garantiza a la persona que el poder público proteja su vida, su integridad física, su propiedad, posibilitándole un libre desenvolvimiento. Tal garantía se proyecta también a las personas que han de tomar el servicio de taxi. Desde tal perspectiva, el objetivo pretendido por la Ordenanza impugnada; se justifica en la prosecución de un *fin*: el *derecho constitucional a la seguridad*.

Examen de idoneidad, necesidad y ponderación

15. Sobre este punto, es menester una exclusión inmediata. La exigencia del pintado de placa en específicos sectores del vehículo constituye evidentemente una medida idónea para prestar seguridad al usuario de taxi. Se trata del medio de identificación más común y de exactitud que hoy se conoce, de modo que la exigencia de su inscripción en lugares como en la parte posterior del asiento del conductor no es una medida inidónea debido a que es el sector que el usuario de taxi ve con mayor probabilidad respecto de otros. Lo mismo ha de decirse respecto al pintado de placa en las puertas derecha e izquierda del vehículo, lo cual

también facilita a la persona que se encuentra fuera del vehículo como al propio usuario ver la identificación del vehículo. Por otra parte, a la fecha, no se dispone en nuestra sociedad de un medio alternativo que pueda proveer la misma seguridad. Un medio menos gravoso sería el pintado de la placa únicamente en la parte posterior y anterior del vehículo; sin embargo, resulta evidente que ello sería insuficiente y que sería más conveniente para la seguridad una mayor posibilidad de ver el número de placa. Esto conduce a concluir que la medida en este extremo supera además el test de *necesidad*. Por último, se trata de una medida que satisface el test de ponderación debido a que, con ella, es mayor el *grado de realización* del derecho a la seguridad del usuario que se alcanza frente a la *intensidad de la intervención* que tiene que soportar el propietario de taxi. Es mayor la cuota de seguridad que se alcanza con la medida que el grado en que se restringen la libertad de trabajo, la libertad de empresa e, incluso, el derecho de propiedad.

16. Esta misma exclusión debe efectuarse con respecto a la exigencia de casquete en los vehículos de taxi. El casquete, como tal, y no un específico color de él, constituye un medio que satisface las exigencias del principio de proporcionalidad. Se trata de un medio de identificación de un vehículo de taxi que presta un servicio *formal* y regular, debido a que se encuentra fijado permanentemente en él. Su ubicación en la parte superior de la carrocería del vehículo resulta muy apropiada a efectos de que el vehículo y el tipo de servicio que se presta sean identificados. La inscripción "taxi" en otros sectores del vehículo puede ser complementaria, pero no llega a sustituir un lugar tan aparente como el casquete encima del vehículo. Por esta razón, este tipo de identificación brinda seguridad al usuario de taxi; constituye entonces un medio idóneo. Por otra parte, constituye también un medio necesario debido a que no hay un medio alternativo menos gravoso que pueda proveer la misma seguridad. Finalmente, constituye un medio que satisface el test de ponderación debido a que, al igual que el pintado 4% la placa, con él, es mayor el *grado de realización* del derecho a la seguridad del usuario que se alcanza frente a la *intensidad de la intervención* que tiene que soportar el propietario de taxi.

Examen de idoneidad

17. *De la idoneidad del pintado de amarillo de la carrocería del vehículo de taxi.* La identificación de los vehículos que de manera formal prestan servicio de taxi puede contribuir a la consecución de seguridad para el usuario del servicio. En efecto, si se asigna un color específico a vehículos de este género, se presume que se trata de vehículos seguros, en tanto se supone que se encuentran empadronados en un registro especial, lo que permite prevenir la comisión de actos delictivos. El color específico interviene aquí como distintivo de un servicio específico y seguro -el de taxi-.
18. En esta línea de argumentación, este Tribunal ya afirmó en un caso anterior análogo que "la fundamentación de la decisión de la corporación demandada descansa en la finalidad de preservar el orden y la seguridad en la vía pública, la misma que, a criterio de este tribunal, resulta razonable, toda vez [que] los taxis deben ofrecer un servicio que brinde seguridad acorde con las características propias de un servicio de transporte urbano. Así, el *color uniforme* del vehículo, la autorización correspondiente del mismo y del chofer otorgada por la autoridad competente, la identificación de la empresa de ser el caso, permiten que la comunidad tenga acceso a la información necesaria para hacer uso de este servicio y que las autoridades policiales y municipales controlen y prevengan los actos que puedan atentar contra la seguridad ciudadana como consecuencia del aprovechamiento de la inacción de las autoridades. En consecuencia, desde la perspectiva del fin que se persigue, no resulta irrazonable la medida adoptada" (STC 0141-2002-AA/TC, Fundamento N.º 6, énfasis añadido).

Análisis de necesidad

19. La medida, sin embargo, no es necesaria. Si se pretende garantizar la seguridad del servicio de taxi, puede acudirse a medios menos gravosos que el optado por la Municipalidad. La función del color amarillo es identificar los vehículos que prestan el servicio de taxi. Tal cometido puede ser cumplido a través de las siguientes medidas alternativas: a) el uso de casquetes de apariencia claramente visible con la inscripción "taxi", de forma, colores y

dimensiones específicas y comunes, en un color que pueda ser adecuado a cualquier otro color que pueda adoptar el vehículo; b) el pintado en sectores de apariencia claramente visible de la inscripción “taxi” junto a un logotipo oficial de apariencia también visible, de forma, colores y dimensiones específicas y comunes.

20. Ambas medidas alternativas son *igualmente idóneas* como la exigencia del pintado de amarillo. La alternativa “a)” o “b)” posibilita que el usuario identifique el vehículo de servicio de taxi. Por lo tanto, para la consecución de seguridad en el servicio de taxi para el usuario, existen al menos dos medidas con las que se alcanza el mismo objetivo, pero sin restringir la libertad de trabajo de la recurrente. En consecuencia en tanto la norma cuestionada no supera el test de necesidad, se incluye que ella lesiona a la recurrente en su libertad de trabajo por representar una exigencia innecesaria y, por lo tanto, inconstitucional, pero, en especial, una intervención innecesaria en la libertad de empresa.
21. Ahora bien, cabe señalar que el recurso a cualquiera de estas dos opciones, incluso a la cuestionada de pintado de amarillo del vehículo, no tendrá la eficacia deseada si es que no se efectúa una amplia campaña de difusión a la ciudadanía y, en especial, a turistas -nacionales y extranjeros-, de modo que todo potencial usuario del servicio de taxi conozca perfectamente el signo o distintivo que identifica los vehículos que prestan este servicio. Por otra parte, tal medida sólo es efectiva si concurren otras adicionales como las del empadronamiento o registro de vehículos autorizados y de propietarios y, en particular, el control permanente de la policía a los vehículos que restan este servicio.
22. Finalmente, las mismas consideraciones antes desarrolladas, respecto a la *no necesidad* del color amarillo de la carrocería, son extensibles a la exigencia de color amarillo del casquete del vehículo (inciso “d” del artículo 1 de la Ordenanza impugnada). Por tanto, tal exigencia es también lesiva de la libertad de trabajo y de la libertad de empresa. Sin embargo, no es lesiva la exigencia establecida en la misma disposición concerniente al resto de características que debe satisfacer el casquete, las cuales, como hemos afirmado antes, deben ser necesariamente comunes a efectos de proveer seguridad al usuario de taxi.

Por estos fundamentos, consideramos que se debe declarar

FUNDADA, en parte,

la demanda de amparo y, en consecuencia, **INAPLICABLE** a la actorala Ordenanza Municipal N.º 111, en su artículo 1, inciso b) e inciso d), este último únicamente en la frase “color amarillo”.

Asimismo, se debe declarar **INFUNDADA** la demanda en cuanto a la inaplicación de lo dispuesto en los incisos c) y d) del artículo 1 de la ordenanza Municipal N.º 111.

SS.

BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

**EXP. N.º 00245-2006-AA
AREQUIPA
MULTISERVIS CLAVE 90 EIRL**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que merecen las opiniones de mis demás colegas, formulo este voto singular por los argumentos que a continuación expongo:

1. Con fecha 18 de junio de 2004, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa con el objeto de que se declaren inaplicables los incisos b), c), d) del artículo 1º de la Ordenanza Municipal N.º 111, los cuales establecen lo siguiente:

“Para la autorización de servicio de taxi (SETARE) y la emisión del certificado de operación en la ciudad de Arequipa, en las diferentes modalidades, los vehículos, que podrán ser automóviles o camionetas Station Wagon, deberán tener las características siguientes:

- b) Color de Carrocería amarillo medio
- c) Pintado de numeración en negro, de placas de rodaje en las puertas derecha e izquierda, en la parte posterior izquierda del vehículo y contrastante en la parte posterior del asiento del conductor.
- d) Casquete luminoso de color amarillo, fijado permanente en la parte del techo del vehículo; las medidas del casquete luminoso

serán, base: 55 x 18 tapa superior 40 x 06cm., altura 13cm. En la parte superior llevara la inscripción TAXI en negro de 7 cm x 34 cm. Y la identificación del comité o empresa en la parte inferior, de ser el caso, en letras de color rojo en dimensión de 3x50 cm”.

La empresa, asimismo, solicita que una vez declarada la inaplicabilidad que solicita, se le otorgue el certificado de operaciones para el servicio de taxis de sus unidades vehiculares, por considerar que se lesionan sus derechos a la libertad de empresa y a la libertad de trabajo.

2. En primer lugar debemos analizar la procedencia del amparo, en casos como el que es materia de análisis, en que se cuestiona una ordenanza municipal. Al respecto debemos señalar que conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el amparo procede cuando la norma cuya inaplicación se solicita tiene carácter autoaplicativo, esto es, “cuando no requiere de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma” (STC 2302-2003-AA/TC, Fundamento N.º 7).
3. En el presente caso, el artículo 1º de la Ordenanza Municipal N.º 111, en los incisos b), c) y d) impugnados, tiene carácter autoaplicativo debido a que establecen requisitos que deben cumplir los vehículos (automóviles o camionetas station wagon) para obtener la autorización de servicio de taxi (SETARE) y el Certificado de operación en la ciudad de Arequipa. En este contexto los efectos de la ordenanza que se cuestiona inciden directa e inmediatamente en la esfera subjetiva de la empresa recurrente, entre otros, no requiriendo acto de aplicación ulterior necesario para que tales efectos se materialicen. Por tal razón resulta viable que se interponga el amparo constitucional, cuando se considera que dichas normas vulneran derechos constitucionales, siendo así, este Tribunal debe proceder a evaluar el fondo del asunto.
4. En el caso materia de análisis, la exigencia de cumplimiento de los requisitos establecidos por la citada Ordenanza a efectos de que se conceda la autorización de servicio de taxi (SETARE) y se emita el correspondiente certificado de operación para la prestación de servicio de taxi en la ciudad de Arequipa, constituye una condición para que se pueda prestar dicho servicio público. En tanto tal condición no sea cumplida, a la recurrente, así como a cualquier otra persona que quisiera dedicarse a dicha actividad económica, no le estará permitida ejercer la misma.
5. Desde tal perspectiva, los requisitos mencionados no constituyen un impedimento del ejercicio de su libertad de trabajo. En el presente caso, la exigencia de pintado de amarillo de la carrocería del taxi, representa una intervención legítima en la libertad de empresa, en tanto la corporación municipal tiene facultades para ello. En efecto, como consecuencia de la exigencia del cumplimiento de dicho requisito contenido en el inciso a) del artículo 1º de la ordenanza que se cuestiona, la recurrente considera que se restringe su facultad de determinar el color de sus vehículos en aquél que considere más adecuado y distintivo de la clase y calidad del servicio que provee. Considero que ello no resiste el menor análisis, por cuanto el empleo de uno u otro color, en modo alguno puede significar “un carácter distintivo de la calidad y nivel de servicio” que se pretende prestar a la comunidad, toda vez que la calidad y nivel del servicio estará sujeto a otros parámetros que tienen que ver con la satisfacción de los requerimientos por parte del público usuario del servicio de taxi.
6. Corresponde ahora el análisis de la finalidad de la intervención. Bajo este concepto se comprende la finalidad que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de la medida implementada. Ahora bien, la finalidad, implica a su vez dos aspectos: el objetivo y el fin. El objetivo es el estado de cosas que pretende lograrse con la medida (intervención) normativa. El fin es el derecho, principio o valor constitucional que justifica dicha intervención.
7. Para la determinación del fin resulta de utilidad lo que se afirma en la parte considerativa de la Ordenanza impugnada. En ella se sostiene que se requiere su

regulación “para garantizar orden, seguridad de los ciudadanos, formación empresarial y profesionalización de los conductores” (tercer considerando) y para “uso del espacio público urbano conducentes a una circulación vial fluida y segura, que al mismo tiempo preserve el Centro Histórico de la ciudad” (segundo considerando). En la contestación de la demanda se sostiene que tal medida busca también evitar la proliferación de vehículos que prestan informalmente el servicio de taxi y, además, dar “seguridad al servicio”, en tanto que el pintado del taxi ha de permitir el registro de los propietarios de los vehículos que prestan este servicio (fojas 72 del cuaderno principal).

8. De lo expuesto se advierte que el objetivo preponderante de la Municipalidad ha sido el de alcanzar una situación de seguridad del servicio de taxi para los usuarios del mismo. Dicho objetivo se justifica en el derecho constitucional a la seguridad (artículo 2, inciso 24, Constitución) que corresponde a toda persona y, en este caso, a la seguridad de los usuarios del servicio de taxi. Este derecho a la seguridad garantiza a la persona a que el poder público proteja su vida, su integridad física, su propiedad, posibilitándole un libre desenvolvimiento. Tal garantía se proyecta también a las personas con motivo de tomar el servicio de taxi. Desde tal perspectiva, el objetivo pretendido por la Ordenanza impugnada se justifica en procura de la consecución de un fin: el derecho constitucional a la seguridad.
9. Que, debo reiterar que el pintado de amarillo de la carrocería del vehículo de taxi permite la identificación de los vehículos que de manera formal prestan servicio de taxi, lo cual, aunado al hecho de que se efectuará el registro de los propietarios de los vehículos que prestan este servicio (fojas 72 del cuaderno principal), todo ello, como ya se ha dicho, contribuye a la seguridad del usuario del servicio. El color específico interviene aquí como distintivo de un servicio específico y seguro —el de taxi—.
10. Sobre la exigencia contenida en el inciso c) del artículo 1º de la ya citada ordenanza; esto es, respecto del pintado de placa en específicos sectores del vehículo constituye evidentemente una medida idónea para prestar seguridad al usuario de taxi. Se trata del medio de identificación más común y de exactitud que hoy se conoce de modo que la exigencia de su inscripción en lugares como en la parte posterior del asiento del conductor no es una medida inidónea debido a que es el sector del vehículo que el usuario de taxi visualiza con mayor probabilidad. Lo mismo ha de decirse respecto al pintado de placa en las puertas derecha e izquierda del vehículo, lo cual también facilita a la persona que se encuentra fuera del vehículo como al propio usuario, visualizar la identificación del vehículo. Por otra parte, a la fecha, no se dispone en nuestra sociedad un medio alternativo de que pueda proveer la misma seguridad. Esto conduce a concluir que la medida en este extremo supera además el test de necesidad. Por último, se trata de una medida que satisface el test de ponderación debido a que, con ella, es mayor el grado de realización del derecho a la seguridad del usuario que se alcanza frente a la intensidad de la intervención que tiene que soportar el propietario de taxi. Es mayor la cuota de seguridad que se alcanza con la medida que el grado en que se restringe la libertad de trabajo o la libertad de empresa.
11. Que, este Tribunal a través de su uniforme jurisprudencia ha dejado establecido que la libertad de trabajo se encuentra reconocido en el artículo 2º inciso 15 de la Constitución, y su contenido puede ser entendido como la facultad de ejercer toda actividad económica lícitamente realizada, que tenga como finalidad el sustento vital de la persona. (vg. STC 5023-2005-AA/TC, Fund. 4).
12. Que, abundando en esta temática, este Tribunal, en el Fundamento 7 de la STC 05625-2005-AA/TC ha señalado que “(...) si bien el derecho a la libertad de trabajo se encuentra protegido constitucionalmente, no es ilimitado ni absoluto, dado que debe sujetarse al cumplimiento de las exigencias administrativas correspondientes a cada caso. Por otro lado, el artículo 59 de la Constitución establece que el Estado garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, disponiendo que “el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo (...) a la seguridad pública”. En ese sentido la medida adoptada por la demanda(da) está vinculada a la obligación que tienen las municipalidades de velar porque los servicios que se prestan en su jurisdicción brinden

las medidas de seguridad suficientes para la protección de la vida e integridad del público usuario, sobre todo tratándose de vehículos(...) destinados al transporte público de pasajeros (...)".

13. En la STC 3330-2004-AA/TC, este supremo intérprete de la Constitución, ha precisado que teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales, se vulnerará la libertad de trabajo "(...) si es que no se (...) permite ejercer el derecho a la libertad de empresa". Dicha sentencia precisa además que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que establecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa, para cuyo ejercicio de éste último derecho, deberá acreditarse que se cuenta con la licencia correspondiente expedida por la autoridad municipal competente, caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental.
14. Que, por todo ello, considero que las disposiciones contenidas en la cuestionada ordenanza no lesiona ningún derecho constitucional invocado por la empresa recurrente, en tanto debe tenerse en cuenta que ningún derecho es absoluto, sino que, por el contrario, pueden ser limitados, como ocurre en el caso de autos, toda vez que la finalidad que persigue la impugnada norma constituye el ejercicio, por parte de Municipalidad Provincial de Arequipa, de una competencia constitucionalmente prevista a las autoridades municipales en el artículo 195º inciso 8) de la Constitución Política del Estado, a efectos de desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito.

Por tales razones, estimo que la demanda debe ser declarada infundada.

S.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 00245-2006-AA
AREQUIPA
MULTISERVIS CLAVE 90 EIRL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Sin perjuicio del respeto que merecen las opiniones de mis demás colegas, formulo este voto singular cuyos argumentos principales expongo a continuación :

1. Que con fecha 18 de junio de 2004, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa con el objeto de que se declaren inaplicables los incisos b), c) y d) del Artículo 1º de la Ordenanza Municipal N.º 111, y se le otorgue el certificado de operaciones para el servicio de taxis de sus unidades vehiculares, sin la exigencia del pintado del color amarillo, por considerar que con dicha ordenanza se lesionan sus derechos a la libertad de empresa y a la libertad de trabajo.
2. Que la empresa demandante aduce que para obtener el certificado de operaciones para el servicio de taxi debe cumplir los requisitos previstos en los incisos mencionados, que disponen ciertas características que deben cumplir los autos o camionetas *Station Wagon*, los que atentan contra su objeto social ya que la demandada, en forma ilegal y anticonstitucional, amenaza con denegarle el certificado de operaciones para el servicio de taxis (Setare) si no cumple los referidos incisos, lo cual constituye un abuso de autoridad puesto que la Policía de Tránsito viene imponiendo papeletas de infracción reiteradamente. Asimismo recuerda que la Sala de Acceso al Mercado del Indecopi ha advertido, mediante el Informe N.º 037-2002/INDECOPI-CAM, que la imposición señalada es una barrera burocrática irracional que obstaculiza el desarrollo de las actividades económicas de la empresa.
1. Que el los cuestionados incisos b), c) y d) del artículo 1º de la Ordenanza Municipal N.º 111 disponen que

Para la autorización de servicio de taxi (SETARE) y la emisión del certificado de operación en la ciudad de Arequipa, en las diferentes modalidades, los vehículos, que podrán ser automóviles o camionetas *Station Wagon*, deberán tener las características siguientes:

b) Color de Carrocería amarillo medio;

c) Pintado de numeración en negro, de placas de rodaje en las puertas derecha e izquierda, en la parte izquierda del vehículo y contrastante en la parte posterior del asiento del conductor;

d) Casquete luminoso de color amarillo, fijado permanentemente en la parte del techo del vehículo; las medidas del casquete luminoso serán: base 55 x 18 tapa superior 40 x 06cm, altura 13cm. En la parte superior llevará la inscripción TAXI en negro de 7 cm x 34 cm. Y la identificación del comité o empresa en la parte inferior, de ser el caso, en letras de color rojo en dimensión de 3x50 cm.

3. Que en ese sentido, discrepo de los fundamentos de mis demás colegas que integran el Pleno del Tribunal Constitucional toda vez que, por un lado, no encuentro a la Ordenanza Municipal N.º 111 cuyos incisos b), c) y d) se solicita su inaplicación revista el aludido carácter de autoaplicativa, necesario para efectos de la procedencia del amparo contra normas.
4. Que por otro lado, considero que las disposiciones contenidas en la cuestionada ordenanza no lesionan ninguno de los derechos invocados por la empresa recurrente, en tanto debe tenerse en cuenta que ningún derecho es absoluto, sino que, por el contrario, pueden ser

limitados, como ocurre en el caso de autos, toda vez que la finalidad que persigue la impugnada norma constituye el ejercicio, por parte de la Municipalidad Provincial de Arequipa, de una competencia constitucionalmente prevista a las autoridades municipales en el artículo 195.8° de la Norma Fundamental, a efectos de desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito.

5. Que por tales razones, estimo que la demanda debe ser declarada infundada.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 0832-2006-PA/TC

LIMA

COOPERATIVA DE SERVICIOS

EDUCACIONALES SANTA FELICIA

LIMITADA N.º 114

RAZÓN DE RELATORÍA

La resolución recaída en el Expediente N.º 0832-2006-PA es aquella conformada por los votos de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez que declara **INFUNDADA** la demanda. El voto del magistrado Bardelli Lartirigoyen aparece firmado en hoja membretada aparte, y no junto con la firma de los otros magistrados integrantes, debido al cese en funciones de dichos magistrados.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Laritirigoyen y Vergara Gotelli pronuncia la siguiente sentencia, con el voto discordante del magistrado Gonzales Ojeda adjunto y el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez, también adjunto.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Cooperativa de Servicios Educativos Santa Felicia Limitada N.º 114 contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 129, su fecha 26 de agosto de 2005, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de diciembre de 2004, la recurrente, invocando la violación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de asociación, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de La Molina, solicitando que se declare la inaplicabilidad de la Resolución N.º 0744-2003-GC, del 19 de junio de 2003, de la Resolución N.º 1159-2003-GC, del 5 de agosto de 2003, emitidas por la Gerencia de Comercialización, y de la Resolución de Alcaldía N.º 872-2003, del 29 de diciembre de 2003, con la que se ordena la clausura del establecimiento educativo ubicado en el distrito de La Molina, cuyo local alberga al Centro Educativo de Primaria y Secundaria que promueve y conduce. Manifiesta que viene operando hace más de 27 años en forma normal y con conocimiento de la emplazada, y que no obstante ello, se ha dispuesto la clausura en forma arbitraria, con la consecuente vulneración de los derechos constitucionales que invoca.

La Municipalidad Distrital de La Molina contesta la demanda manifestando que no ha violado derecho alguno, que la recurrente carece de la licencia de funcionamiento correspondiente y que no cumplió con subsanar las observaciones correspondientes,

razón por la que se dispuso la clausura de su establecimiento, habiendo actuado con arreglo a sus atribuciones.

El Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 14 de junio de 2004, declaró fundada la demanda y en consecuencia, inaplicables las resoluciones cuestionada por considerar que la emplazada no ha considerado que la recurrente ya había adquirido el derecho de continuar impartiendo el servicio de educación, habiendo violado no sólo el artículo 17° de la Constitución, sino los derechos a la educación, a la libertad de trabajo y de empresa.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda por estimar que la recurrente no sólo no obtuvo la licencia de funcionamiento para su centro educativo, sino que tampoco acredita haber subsanado oportunamente las observaciones efectuadas por la Unidad de Defensa Civil, por lo que, en tales circunstancias, la emplazada ha actuado con arreglo a las facultades otorgadas constitucional y legalmente.

FUNDAMENTOS

El artículo 6° de la Ley N.° 26549 establece que los centros educativos privados, independientemente de contar con autorización de funcionamiento por estar registrados, deben tramitar las licencias municipales relacionadas, entre otras, con la compatibilidad de uso y las condiciones apropiadas de higiene, salubridad y seguridad de los locales.

En tal sentido y aun cuando el Ministerio de Educación es el ente encargado de autorizar el funcionamiento de los centros educativos privados, las municipalidades están facultadas para otorgar las licencias respectivas para el funcionamiento de los locales que se encuentren dentro de su jurisdicción.

De autos se aprecia que la recurrente sólo contaba con una licencia provisional de funcionamiento (fojas 5 y 28) al amparo del Decreto Legislativo N.° 705 y la Ley.° 25409 y que ha venido operando durante 27 años (fojas 34). Sin embargo, recién el 17 de setiembre de 1999 inició los trámites para obtener la licencia de apertura y funcionamiento (fojas 35), es decir, no contaba con la autorización para conducir el inmueble bajo las características de un centro educativo de conformidad con la Ley N.° 26549 y la Ley Orgánica de Municipalidades N.° 27972, tanto más cuando dicho trámite fue materia de distintas observaciones, según consta del Oficio N.° 1356-99-MDLM-DC, del 17 de setiembre de 1999, y que, en todo caso, en autos no ha quedado suficientemente acreditado si fueron o no materia de subsanación dentro del plazo otorgado para ello.

Cabe señalar en cuanto al derecho al trabajo que se dice vulnerado según la alegación de la demandante, que el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no impide que la municipalidad pueda exigir los permisos correspondientes, más aún si tal exigencia no significa que la recurrente no pueda desarrollar sus actividades, siempre que cumpla con las normatividad establecida.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar, conforme a lo dispuesto en la STC N.° 2802-2005-AA/TC -que estableció, como precedente vinculante, los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia municipal- que si bien la libertad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, ello no supone que no se pueda exigir al titular requisitos razonables según la naturaleza de su actividad, pues tal derecho está condicionado a que el establecimiento cuente con un previo permiso municipal.

Consecuentemente, al no haberse acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ**

EXP. N.º 0832-2006-PA/TC
LIMA
COOPERATIVA DE SERVICIOS
EDUCACIONALES SANTA FELICIA
LIMITADA N.º 114

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS BARDELLI LARTIRIGOYEN Y
VERGARA GOTELLI**

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Cooperativa de Servicios Educativos Santa Felicia Limitada N.º 114 contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 129, su fecha 26 de agosto de 2005, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de diciembre de 2004 la recurrente, invocando la violación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de asociación, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de La Molina, solicitando que se declare la inaplicabilidad de la Resolución N.º 0744-2003-GC, del 19 de junio de 2003, de la Resolución N.º 1159-2003-GC, del 5 de agosto de 2003, emitidas por la Gerencia de Comercialización, y de la Resolución de Alcaldía N.º 872-2003, del 29 de diciembre de 2003, con la que se ordena la clausura del establecimiento educativo ubicado en el distrito de La Molina, cuyo local alberga al Centro Educativo de Primaria y Secundaria que promueve y conduce. Manifiesta que viene operando hace mas de 27 años en forma normal y con conocimiento de la emplazada, y que no obstante ello, se ha dispuesto la clausura en forma arbitraria, con la consecuente vulneración de los derechos constitucionales que invoca.

La Municipalidad Distrital de La Molina contesta la demanda manifestando que no ha violado derecho alguno, que la recurrente carece de la licencia de funcionamiento correspondiente y que no cumplió con subsanar las observaciones correspondientes, razón por la que se dispuso la clausura de su establecimiento, habiendo actuado con arreglo a sus atribuciones.

El Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 14 de junio de 2004, declaró fundada la demanda y en consecuencia, inaplicables las resoluciones cuestionadas, por considerar que la emplazada no ha considerado que la recurrente ya había adquirido el derecho de continuar impartiendo el servicio de educación, habiendo violado no sólo el artículo 17º de la Constitución, sino los derechos a la educación, a la libertad de trabajo y de empresa.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda por estimar que la recurrente no sólo no obtuvo la licencia de funcionamiento para su centro educativo, sino que tampoco acredita haber subsanado oportunamente las observaciones efectuadas por

la Unidad de Defensa Civil, por lo que en tales circunstancias, la emplazada ha actuado con arreglo a las facultades otorgadas constitucional y legalmente.

FUNDAMENTOS

El artículo 6° de la Ley N.° 26549 establece que los centros educativos privado independientemente de contar con autorización de funcionamiento por estar registrados, deben tramitar las licencias municipales relacionadas, entre otras, con la compatibilidad de uso y las condiciones apropiadas de higiene, salubridad y seguridad de los locales.

En tal sentido y aún cuando el Ministerio de Educación es el ente encargado de autorizar el funcionamiento de los centros educativos privados, las municipalidades están facultadas para otorgar las licencias respectivas para el funcionamiento de los locales que se encuentren dentro de su jurisdicción.

De autos se aprecia que la recurrente sólo contaba con una licencia provisional de funcionamiento (fojas 5 y 28) al amparo del Decreto Legislativo N.° 705 y la Ley.° 25409 y que ha venido operando durante 27 años (fojas 34). Sin embargo, recién el 17 de setiembre de 1999 inició los trámites para obtener la licencia de apertura y funcionamiento (fojas 35), es decir, no contaba con la autorización para conducir el inmueble bajo las características de un centro educativo de conformidad con la Ley N.° 26549, ni la Ley Orgánica de Municipalidades N.° 27972, tanto más, cuando dicho trámite fue materia de distintas observaciones, según consta del Oficio N.° 1356-99-MDLM-DC, del 17 de setiembre de 1999, y que, en todo caso, en autos no ha quedado suficientemente acreditado si fueron o no materia de subsanación dentro del plazo otorgado para ello.

Cabe señalar en cuanto al derecho al trabajo que se dice vulnerado según la alegación de la demandante, que el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no impide que la municipalidad pueda exigir los permisos correspondientes, más aún si tal exigencia no significa que la recurrente no pueda desarrollar sus actividades, siempre que cumpla con las normatividad establecida.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar, conforme a lo dispuesto en la STC N.° 2802-2005-AA/TC -que estableció, como precedente vinculante, los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia municipal- que si bien la libertad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, ello no supone que no se pueda exigir al titular requisitos razonables según la naturaleza de su actividad, pues tal derecho está condicionado a que el establecimiento cuente con un previo permiso municipal.

Consecuentemente con lo expuesto y al no haberse acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 0832-2006-PA/TC
LIMA
COOPERATIVA DE SERVICIOS
EDUCACIONALES SANTA FELICIA
LIMITADA N.º 114

VOTO DEL MAGISTRADO MAGDIEL GONZALES OJEDA

Sin perjuicio del respeto que merece la opinión de mis colegas, no compartiendo el pronunciamiento de la resolución emitida, por mayoría, por la Sala Segunda de este Tribunal Constitucional, y por ende, de lo resuelto en ella, formulo este voto discrepante, cuyos fundamentos principales expongo a continuación :

La recurrente, invocando, entre otros, la violación de sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de asociación, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de La Molina, solicitando que se declare la inaplicabilidad de la Resolución N.º 0744-2003-GC, del 19 de junio de 2003, y de la Resolución N.º 1159-2003-GC, del 5 de agosto de 2003, ambas emitidas por la Gerencia de Comercialización; así como de la Resolución de Alcaldía N.º 872-2003, del 29 de diciembre de 2003, con la que se ordena la clausura del establecimiento educativo ubicado en el distrito de La Molina, cuyo local alberga al Centro Educativo de Primaria y Secundaria que promueve y conduce. Manifiesta que viene operando hace mas de 27 años en forma normal y con conocimiento de la emplazada, y que no obstante ello, se ha dispuesto la clausura en forma arbitraria, con la consecuente vulneración de los derechos constitucionales que invoca.

Por su parte, la Municipalidad Distrital de La Molina contesta la demanda manifestando que no ha violado derecho alguno, ya que la recurrente carece de la licencia de

funcionamiento pertinente, y que no cumplió con subsanar las observaciones correspondientes, razón por la que se dispuso la clausura de su establecimiento, habiendo actuado con arreglo a sus atribuciones.

Conforme se aprecia de autos, la demandante inició el correspondiente procedimiento administrativo para obtener la licencia de funcionamiento del establecimiento educativo que promueve y conduce durante la vigencia del Decreto Legislativo N.º 705.

Dicho decreto establecía -esto es, antes de la modificatoria introducida por la Ley N.º 25409-- que para la obtención de la licencia de funcionamiento municipal provisional se requería como único requisito una copia simple del Registro Unificado de las Micro y Pequeñas Empresas. A partir de la presentación de la solicitud simplificada de la solicitud de licencia provisional, se entendía como otorgada por un año, tiempo durante el cual el municipio efectuaría las verificaciones y evaluaciones correspondientes para otorgar, o denegar, la Licencia Municipal de Funcionamiento con carácter definitivo.

Como es de verse, de acuerdo al mencionado decreto, la recurrente se encontraba en situación de obtener la licencia de funcionamiento definitiva, pues luego de haber recibido diversas observaciones de parte de la emplazada, subsanó las mismas y solicitó, de motu proprio -debido a la inactividad formal de la administración- la inspección correspondiente.

Así las cosas, considero pues que la sanción impuesta a la demandante resulta arbitraria, pues en aplicación de las normas vigentes en su momento, ésta contaba con una licencia definitiva de funcionamiento. En tal sentido, opino que con la decisión de ordenar la clausura del establecimiento educativo -a pesar que venía operando hace mas de 27 años en forma normal y con conocimiento de la emplazada- la administración vulneró su derecho constitucional al debido proceso y, por ende, a la libertad de empresa y al trabajo.

Por lo demás, estimo pertinente señalar que en el caso de autos se presenta otra controversia además de la planteada, esto es, la relativa a la prevalencia de la promoción del derecho a la educación frente a los procedimientos de carácter administrativo, la cual se encuentra constitucionalmente garantizada según consta el artículo 13º de la Norma Fundamental, que establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y el Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza.

Consecuentemente con los fundamentos expuestos, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo de autos, e inaplicables a la recurrente las cuestionadas resoluciones, sin perjuicio de que regularice el otorgamiento formal de la licencia correspondiente.

SR.

GONZALES OJEDA

EXP. N.º 0832-2006 PA/TC
**LIMACOOOPERATIVA DE SERVICIOS
EDUCACIONALES SANTA FELICIA
LIMITADA N.º 114**

VOTO DE MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Estando al voto de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, me adhiero por los mismos fundamentos.

SS.

CARLOS MESÍA
Magistrado

EXP. N.º 1018-2006-PA/TC
LIMA
CINTIA IMPORT EXPORT S.A.C

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 14 de marzo de 2006

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa Cintia Import Export S.A.C., debidamente representada por su gerente general doña Cynthia Paola Oblitas Jiménez, contra la Resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 81, su fecha 6 de octubre de 2005, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos; y,
ATENDIENDO A

Que el objeto de la presente demanda de amparo interpuesta contra la Unión Peruana de Productores Fonográficos –UNIMPRO– (entidad que tiene como función recaudar, cobrar, percibir y/o recibir directamente de los obligados o deudores los pagos por la Compensación por Copia Privada de acuerdo a lo establecido por el artículo 20º de la Ley N.º 28131, de fecha 15 de octubre de 2004, reglamentada por el Decreto Supremo N.º 058-2004-PCM, por encargo de las Sociedades de Gestión Colectiva ANAIE, APDAYC y EGEDA - PERÚ), es que se ordene el cese inmediato de la inminente amenaza que pesa sobre los derechos constitucionales referidos a la libre comercialización, libertad de empresa, de trabajo y a la propiedad, debiéndose dejar sin efecto las preliquidaciones remitidas a su representada mediante cartas de fecha 10 y 17 de marzo de 2005. Se solicita, consecuentemente, declarar inaplicable al caso en concreto lo dispuesto en el artículo 20º, inciso 3), de la referida Ley N.º 28131, (del Artista, Intérprete y Ejecutante).

Que las instancias judiciales han declarado improcedente la demanda por lo que, es deber de este Tribunal pronunciarse con respecto a los requisitos de procedibilidad de su petitorio.

Que la Ley N.º 28131 (del Artista, Intérprete y Ejecutante) cuyo ámbito es establecer el régimen, derechos, obligaciones y beneficios laborales del artista, intérprete y ejecutante, incluyendo la promoción y difusión de sus interpretaciones y ejecuciones en el exterior, así como sus derechos morales y patrimoniales de acuerdo a lo dispuesto en la citada ley, los Tratados Internacionales vigentes sobre la materia, suscritos por el Perú, dispone en su artículo 20º (Compensación por copia privada) que,

20.1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas en forma de videogramas o fonogramas, en soportes o materiales susceptibles de contenerlos, origina el pago de una compensación por copia privada, a ser distribuida entre el artista, el autor y el productor del videograma y/o del fonograma, en la forma y porcentajes que establezca el Reglamento.

20.2 La compensación por copia privada no constituye un tributo. Los ingresos que se obtengan por dicho concepto se encuentran regulados por la normatividad tributaria aplicable.

20.3 Están obligados al pago de esta compensación el fabricante nacional así como el importador de los materiales o soportes idóneos que permitan la reproducción a que se refiere el párrafo anterior.

Asimismo, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 058-2004-PCM, en cuanto al mismo tema refiere, con relación a la percepción de beneficios que

La remuneración por copia privada, a falta de acuerdo entre las entidades de gestión colectiva correspondientes, será percibida y distribuida por una entidad recaudadora de

derechos, cuya constitución será promovida por la Oficina de Derechos del Autor del INDECOPI. "(art. 7º) Por su parte, en el artículo 8 señala que

De la Recaudación de los derechos. Las entidades recaudadoras de derechos. a los que se refiere el artículo anterior, estarán constituida por cada una de las entidades de gestión colectiva de autores, artistas intérpretes, artistas ejecutantes, productores de fonogramas y videogramas autorizadas o por autorizarse. Las entidades recaudadoras se encontrarán sujetas, al igual que las entidades de gestión colectiva, a la autorización, inspección y fiscalización de la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, en los términos previstos en la Decisión Andina 351 y el Decreto Legislativo N° 822. Las normas previstas en la Decisión Andina 351 y el Decreto Legislativo N° 822 para las entidades de gestión colectiva, se aplicarán en forma supletoria a las entidades recaudadoras.

El artículo 9º, De las tarifas de comunicación al público del videograma y copia privada, por su parte, señala que

Las entidades de gestión colectiva, igualmente, determinarán de común acuerdo las tarifas por la comunicación al público de videogramas y la remuneración por copia privada a las que se refiere el artículo 20 de la Ley, en el plazo de (30) días de promulgado el presente Reglamento.

Así también, en su artículo 11º establece que en cuanto a la compensación por copia privada debe entenderse por

Deudores: a) A los fabricantes en el Perú, así como los adquirientes fuera del territorio peruano, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de soportes o materiales susceptibles de contener obras y producciones protegidas, b) A los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirientes de los mencionados soportes o materiales susceptibles de contener obras o producciones protegidas, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración.

Que, en cuanto a los derechos que la empresa demandante considera vulnerados, vale decir las denominadas libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico, este Colegiado ha expuesto los alcances que nos ofrece cada uno de ellos en la STC N.º 008-2003-AI/TC, indicando –a manera de síntesis– que

a) el derecho de propiedad, Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2º de la Constitución (...) es el atributo más completo que puede tenerse sobre una cosa, se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho (...)

b) el derecho a la libre contratación; Establecido en el inciso 14) de artículo 2º de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial (...) constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos como la libertad al comercio, la libertad de trabajo, etc. ...

c) libertad de trabajo; establecida en el inciso 15) del artículo 2º de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desea desempeñar, con sujeción a la ley (...)

d) libertad de empresa; Consagrada por el artículo 59º de la Constitución; facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción o bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios, debe ser ejercida con sujeción a la ley(...)

e) libertad de comercio; establecida también en el artículo 59º de la Constitución y se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley (...)

f) libertad de industria; Establecida en el artículo 59º de la Constitución y radica en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones y/o transformación de uno o varios productos.

Que del petitorio y de lo actuado puede observarse que lo petitionado por la actora no tiene relación directa con el contenido constitucionalmente protegido de las denominadas libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico, expuestas en el fundamento precedente y que lo que realmente pretende es que este Tribunal evalúe si le corresponde pagar la compensación dispuesta por el artículo 20º de la Ley N.º 28131, es decir la interpretación de una norma legal, **configurándose la causal de improcedencia estipulada en el inciso 1) del Código Procesal Constitucional**, debiéndose desestimar la demanda, sin perjuicio de que la instancia correspondiente pueda reconocer que la eventual lesión de alguno de los derechos demandados pueda merecer sustentación y reparación mediante los mecanismos establecidos por los procesos ordinarios.

Que en concordancia y sin perjuicio de lo expuesto no es labor de este Tribunal hacer interpretaciones o meras subsunciones de supuestos de hecho a normas jurídicas, ya que este tipo de controversias (de existir) deberán ser dilucidadas y resueltas por el vía judicial ordinaria (STC N.º 00333-2005-AA/TC y 1417-2005-AA/TC).

Que también debe resaltarse que el amparo es un proceso carente de etapa probatoria. En ese sentido, los escuetos documentos adjuntados por la demandante, de fojas 11 a 19 y 34 a 46, sólo acreditan que se trataría de preliquidaciones (contenidas en cartas simples) por el referido pago (Compensación por Copia Privada) y no de un documento irrefutable de cobro, como lo reconoce la misma demandante en su escrito de demanda. Debe señalarse, además, que cada una de estas preliquidaciones señalaba textualmente que; “de tener alguna observación a los detalles del documento agradeceremos su remisión dentro de las 72 horas de recibida la presente”. Por ello, la demanda debe ser desestimada de acuerdo a lo expuesto en líneas precedentes.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho del recurrente de acudir a los procesos judiciales ordinarios establecidos con el objeto de atender su petitorio.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI**

EXP. N.º 1209-2006-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA CERVECERA

AMBEV PERU S.A.C

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Alva Orlandini y Landa Arroyo y los fundamentos de voto de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía Cervecería Ambev Peru S.A.C, contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 105 del segundo cuaderno, su fecha 15 de diciembre de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y contra el juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando se declare la nulidad de las resoluciones N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005 y N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, expedidas por los mencionados órganos, vulnerando su derecho al debido proceso, libertad de empresa, libertad de industria y libertad de contratación.

Refiere que la empresa “Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A” (Backus), interpuso demanda en su contra ante el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima solicitando que: a) se declare a Backus propietaria de 88’330,000 envases de vidrio; b) se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización; c) se ordene a las empresas García S.A., Distribuidora del Norte S.A.C, Central del Sur S.A y Europa S.A.C; a no entregar o disponer sus envases a personas ajenas; d) se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de sus envases.

Sostiene también que, con la finalidad de garantizar el resultado del proceso principal, la propia empresa Backus solicitó medida cautelar, la misma que fue concedida mediante resolución N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, en la que se ordena que: a) Ambev se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; b) se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; c) se ordene que Ambev se abstenga de intercambiar, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas. Posteriormente, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005, confirmó la apelada.

Finalmente alega que, dichas resoluciones vulneran sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, en concreto su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, así como la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia en el otorgamiento de la medida cautelar.

Mediante resolución s/n de fecha 5 de setiembre de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que solo procede demanda de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular, donde se verifica vulneración de la tutela procesal efectiva (que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso) y que lo que realmente se pretende cuestionar en el presente proceso es lo resuelto por las instancias ordinarias, pues se verifica que la pretensión es igual a la solicitada en el recurso de apelación contra la medida cautelar, la misma que fue desestimada en su oportunidad.

Recurrida la sentencia, ésta fue confirmada, básicamente porque a criterio de la Sala, sólo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, no contra una medida cautelar que tiene por característica la provisionalidad y variabilidad a través del uso de medios impugnatorios, además de considerar que resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del Petitorio

1. Mediante el presente proceso, la compañía recurrente solicita que se deje sin efecto la Resolución N°. 8 de fecha 18 de mayo de 2005 (Exp. N° 576-2005), mediante la cual la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la Resolución de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima, mediante la que se concede una medida cautelar a favor de la empresa "Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.C.".
2. En dicha medida cautelar, se ordena que la empresa recurrente se abstenga de,

"(...) tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio de 620 mililitros de capacidad, color ámbar, de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que va ampliando hasta llegar a la parte cóncava, además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentra signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; y finalmente se ordena que Ambev no intercambie, por sí o por intermedio de terceros(...)" las referidas botellas ya identificadas previamente.
3. En tal sentido, según refiere la empresa demandante, con la confirmación en segunda instancia de la medida cautelar se afectan sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, a la libre contratación y la libertad de empresa, comercio e industria. De otro lado, según manifiesta, la medida cautelar ha sido dictada con manifiesto agravio no sólo del derecho a la tutela procesal, en la medida que otorga más de lo solicitado en el proceso principal, sino que además, por esta misma razón, afecta también el derecho de propiedad de los usuarios o consumidores de cervezas que también son propietarios de envases, lo que habría sido reconocido por la propia empresa beneficiada con la medida cautelar.

§2. Cuestiones procesales previas

6. Antes de avanzar sobre las cuestiones planteadas por la demandante, conviene detenerse en algunos aspectos procesales que han sido planteados en las instancias judiciales previas y que ameritan la consideración de este Colegiado. La primera de estas cuestiones se refiere a la posibilidad o no de un control constitucional de las resoluciones judiciales emitidas en el trámite de una medida cautelar; la segunda en cambio, está referida a la posibilidad procesal de emitir una sentencia sobre el fondo pese a que las dos instancias judiciales han rechazado de plano la demanda sin que se haya producido un emplazamiento pleno de la demanda.

2.1. Sobre el control constitucional de las medidas cautelares

7. Con relación a la primera cuestión, esto es, la posibilidad o no del control constitucional a través del proceso de amparo de lo resuelto en el trámite judicial de una medida cautelar, ambas instancias judiciales han tomado como argumento central de rechazo de la demanda, la consideración de que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, puesto que según sostienen, constituye una característica consustancial a toda medida cautelar, el que éstas sean provisionales y, por tanto, variables en el tiempo.
8. En efecto, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 5 de setiembre de 2005, rechazó la demanda tras considerar fundamentalmente que,

“las medidas cautelares son de tipo precautorio, preventivo, no son dictadas cuando el juzgador ha formado certeza, basta la probabilidad de que la pretensión sea amparada en la sentencia final, por tanto no tiene la característica de la inmutabilidad propia de las resoluciones firmes o definitivas” (FJ. 4°).

Ahondando en este argumento, la Sala ha precisado que,

“La condición de ‘firme’ de una resolución judicial prevista en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional no puede ser interpretado únicamente como las resoluciones contra las cuales no proceden otros medios impugnatorios que los ya resueltos, esto es como sinónimo de inimpugnable; sino debe ser entendido también en su atributo de inmutabilidad, característica que no se tiene en el presente caso” (FJ. 5°).

9. En esta misma línea argumental, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, ha sostenido que,

“(…) el amparo no es procedente (sic) en contra de lo ordenado en una medida cautelar, pues por su propia naturaleza tal medida no es firme ni definitiva, por el contrario, la validez de lo ordenado vía medida cautelar, necesariamente estará supeditado al eventual cambio de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de sustento”¹¹

10. Este Colegiado no comparte el criterio propuesto por las instancias judiciales. Tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión tenga el carácter de firme por que es inatacable mediante los recursos procesales previstos, y otra que la misma sea inmutable o “inalterable” porque sea una decisión jurisdiccional definitiva. La confusión de conceptos lleva a las instancias judiciales a la errónea interpretación de que cuando estamos frente a decisiones producidas en el trámite de medidas cautelares, como éstas no son “inmutables” (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), ergo no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”. La categoría de resolución firme, debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, puedan merecer control por parte del Juez Constitucional. La condición es, en todo caso, que su trámite autónomo (y la medida cautelar tiene una tramitación autónoma) haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal que logre revertir la situación denunciada.
11. Entender en sentido contrario, como lo hacen las instancias judiciales, llevaría al absurdo de que por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no podría ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de Habeas corpus o incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho en cuestión. No es pues la naturaleza provisional o transitoria del acto o resolución judicial lo que determina que prospere o no una garantía constitucional como es el Amparo, sino en todo caso, la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto alguno de los contenidos constitucionales protegidos a través de los procesos constitucionales, y que, el afectado con tales actos o resoluciones, haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión que viene al Juez Constitucional sea una que ha adquirido firmeza en su trámite procesal.
12. En el caso de las medidas cautelares, dicha firmeza se alcanza con la apelación y su confirmatoria por la Sala, con lo cual, una vez emitida la resolución de segunda instancia queda habilitada la vía del amparo si es que la violación o amenaza continúa vigente. De lo contrario, se estaría creando zonas de intangibilidad, que no pueden ser controladas hasta que concluya el proceso judicial principal. Se dejaría de este modo al arbitrio judicial sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales. En este sentido, debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el

cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez. En consecuencia, el pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta en este sentido manifiestamente incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre éstos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra propia jurisprudencia^[2]. En este sentido, el Tribunal considera que el argumento utilizado por las instancias judiciales para rechazar la presente demanda, según el cual en el caso de autos no estamos ante una “resolución judicial firme”, debe ser rechazada debiendo proceder a analizar las cuestiones sobre el fondo.

2.2. Rechazo liminar y sentencia sobre el fondo

13. Una segunda cuestión que debe también ser analizada antes de ingresar al fondo de las cuestiones planteadas, es la referida al rechazo liminar que ha merecido la demanda de autos por las dos instancias judiciales previas. La cuestión que debe plantearse en este punto es si, pese a tal situación procesal, resulta válida la emisión de una sentencia sobre el fondo. Al respecto la posición jurisprudencial de este Tribunal ha sido uniforme, al considerar que la aplicación del segundo párrafo del artículo 20° del Código Procesal Constitucional, esto es, la anulación de todo lo actuado tras constatarse que se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda en las instancias judiciales, sólo podría decretarse tratándose de la presencia irrefutable de un acto nulo; entendiéndolo como aquel,

"(...) que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados" (STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.)

14. En este sentido y conforme hemos señalado recientemente en la sentencia del Exp. N° 4587-2004-AA/TC,

"la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo resulta procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar" (FJ N° 15)

15. En el caso de autos, tal afectación no se ha producido, en la medida que las partes involucradas, pese al rechazo liminar de la demanda por las dos instancias judiciales, no obstante han tomado conocimiento del trámite procesal de la demanda. En tal sentido, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, se ha apersonado y presentado sus alegatos e incluso la empresa Backus, que en estricto no era la parte emplazada con la presente demanda, ha presentado informes y escritos sustentando su posición^[3]. De este modo, el Tribunal considera que si bien los jueces de las instancias precedentes debieron admitir la demanda, sin embargo al no hacerlo, no se ha generado un supuesto de nulidad que amerite retrotraer el estado del proceso a la etapa de su admisión, pues ello podría resultar más gravoso aún para la parte que ha venido solicitando tutela urgente para sus derechos a través del proceso de amparo. Esta postura encuentra fundamento además, en el hecho de que en el caso de autos; a) en primer lugar, se recogen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; b) el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados, quienes fueron notificados, y si bien no participaron directamente, sí lo hicieron a través del procurador público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial; c) por último, no debe olvidarse que en el caso de autos se cuestiona una decisión cautelar, es decir, una decisión que ha sido adoptada con la inmediatez y urgencia propia de su naturaleza procesal y que viene surtiendo efectos desde su adopción, lo que requiere también una respuesta rápida que no convierta en irreparable la posible afectación si es que así se comprobaba.
16. En consecuencia y, conforme a los principios que informan los procesos constitucionales, en particular, los principios de economía, informalidad, celeridad y el principio finalista,

según el cual, las formalidades procesales están al servicio de los fines que se persigue con la instauración de los procesos constitucionales; este Tribunal considera que debe ingresar a analizar las pretensiones de fondo planteadas y emitir sentencia resolviendo el conflicto constitucional suscitado.

§3. Sobre la presunta afectación del derecho a la libertad contractual

17. Ingresando a las cuestiones planteadas sobre el fondo, lo primero que debe analizarse, es el argumento sobre la supuesta afectación a la libertad de contratar de Ambev que supondría la medida cautelar otorgada por los jueces emplazados. Para sustentar este extremo de su pretensión, la empresa recurrente ha sostenido básicamente, que la prohibición de intercambiar los envases de cervezas objeto de la medida cautelar, afecta su relación contractual con sus clientes, puesto que según sostiene,

“En el sistema de intercambio imperante en el mercado cervecero peruano, el intercambio se produce entre productores y consumidores, de manera que cualquier productor de cerveza (como AmbevPerú) debe poder intercambiar sus botellas de cerveza (que no son las discutidas por Backus) con las que son de propiedad de los consumidores. Por ende, ese intercambio, en el que no participa de modo alguno Backus (ni “sus” botellas), no puede ser legal ni judicialmente impedido”^[4]

18. Por su parte, Backus ha sostenido que la medida cautelar que les ha sido concedida, en ningún momento puede afectar el derecho de libertad de contratar de AmbevPerú, puesto que lo que en ella se ha dispuesto es la restricción del uso de las botellas de propiedad de Backus sin que medie autorización de parte de ésta.

“(…)ello sin embargo no tiene ninguna relación con el derecho a la libre contratación que tiene Ambev para contratar libremente con los consumidores la venta de sus productos en sus propios envases.”; así mismo ha sostenido que “Ambev no tiene ninguna limitación para producir y vender su cerveza en envases de su propiedad, e intercambiar los mismos con los consumidores (…)”^[5]

19. Este Colegiado encuentra que el amparo no es la vía adecuada para un pronunciamiento sobre el fondo de este extremo de la demanda, puesto que, (tal como ha sido presentado), un pronunciamiento sobre el derecho en cuestión, requeriría necesariamente la acreditación de la propiedad de las botellas como bienes fungibles, pero además, de la patente sobre las formas y demás derechos industriales que la misma involucra; del mismo modo, resulta indispensable la verificación de la forma en que opera el proceso de intercambio de botellas en el mercado cervecero peruano, cuestiones que no pueden ser debidamente contrastadas en esta vía, debido a la naturaleza sumaria del proceso de amparo y a la ausencia de una etapa probatoria en su interior. Como tantas veces ha afirmado este Colegiado, la tutela de derechos fundamentales mediante los procesos constitucionales requiere como supuestos de hecho, que la afectación o en su caso la amenaza sean irrefutables, de modo que su evidencia sea razonablemente precisa y clara para el juez constitucional, sin que pueda admitirse solicitudes de tutela cuando los presupuestos de los que parte (como en este caso la propiedad de las botellas), son todavía objeto de un proceso judicial en trámite. De otro modo se estaría obligando a una actuación temeraria y riesgosa para los mismos derechos por parte de la justicia constitucional; máxime si se tiene en cuenta que, con relación a la propiedad de las botellas a que se refiere el presente amparo, existe pendiente ante la justicia ordinaria un proceso judicial en curso en cuyo marco se ha dictado precisamente la medida cautelar que motivó la presente demanda.

§4. Sobre la afectación a las libertades de empresa, comercio e industria

- 4.1. ¿Puede afectarse la libertad de empresa, comercio e industria mediante una resolución judicial?

20. Antes de proceder a analizar si con la medida cautelar en cuestión se afecta alguno de los ámbitos constitucionalmente protegidos del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, conviene detenernos no obstante en un aspecto procesal que ha invocado Backus.

En efecto, al responder este extremo de la demanda, la empresa Backus ha propuesto el argumento conforme al cual, el amparo contra resoluciones judiciales no podría prosperar si es que se alega la violación de derechos que no sean los expresamente reconocidos en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional. En efecto, conforme ha sostenido la defensa de Backus al solicitar la improcedencia de este extremo de la demanda,

“(...)solo procede amparo contra resoluciones judiciales cuando estamos ante un supuesto de afectación a la tutela procesal efectiva. La vulneración de cualquier otro derecho constitucional no se encuentra protegida por el amparo contra resoluciones judiciales”.

Según su parecer, tal conclusión se desprendería de modo inequívoco de lo establecido en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

21. El referido artículo 4° del CPConst. establece en efecto, que tratándose del amparo contra resoluciones judiciales, éste sólo procede *“respecto de resoluciones firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso”*. A partir de este enunciado general puede establecerse *prima facie*, que la procedencia del Amparo respecto de resoluciones judiciales, estaría condicionado, cuando menos, a los siguientes supuestos de hecho: a) Que la decisión judicial que se cuestiona sea una que tenga la condición de firme; b) que el agravio denunciado sea manifiesto, y que recaiga; c) en algún aspecto de la tutela procesal efectiva, que según el propio Código, comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Con más precisión aún, el mismo dispositivo legal intenta delimitar el contenido de lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva para efectos de controlar la actividad judicial y su posible incidencia en la afectación de derechos fundamentales^[6].
22. De este modo, al delimitar el ámbito de control constitucional de las decisiones judiciales a los aspectos vinculados con la tutela procesal y el debido proceso, se ha intentado dar un contenido más específico a lo que hasta hace poco se identificaba como “proceso irregular” para, de este modo, admitir la procedencia del amparo contra decisiones judiciales asumiendo en este sentido una interpretación en sentido contrario a la dicción literal de lo que establecía el inciso 2) del artículo 6° de la derogada Ley N° 23506 y recogido ahora en el artículo 200 inciso 2° de la Constitución, conforme al cual el Amparo “no procede...contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular”.
23. Como es sabido, hoy en día es pacífica tanto la doctrina como la propia jurisprudencia de este Tribunal al admitir el amparo contra decisiones judiciales. La cuestión que en todo caso, resta por definir y que aparece planteada en el presente caso, es si los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, sólo pueden afectar determinados derechos y no cualquiera como ocurre con cualquier otro funcionario, autoridad o incluso los particulares. Una interpretación aislada de lo que dispone hoy en día el artículo 4° del CPConst., pareciera en efecto, sugerir una respuesta restrictiva en el sentido anotado, generándose de este modo algunas incoherencias con el propio texto constitucional.

4.2. Los jueces como cualquier autoridad o funcionario pueden afectar cualquiera de los derechos constitucionales reconocidos.

24. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, no sólo porque se desprenden de un texto normativo que es norma fundamental, sino por su dimensión axiológica de unión inseparable a la dignidad humana, fundamento último del orden constitucional^[7]. De este modo, aunque resulte obvio decirlo, también los jueces están sometidos en su actuación a los contenidos la Constitución. Ello supone desde luego, que todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces y no sólo los referidos a la tutela judicial efectiva como pareciera sugerir la lectura de los abogados de Backus con relación al artículo 4° del Código Procesal Constitucional. Si todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces como a todo poder público, entonces: ¿qué pasa si una decisión jurisdiccional se emite violando flagrantemente un derecho que no se encuentre en la lista enunciativa del artículo 4° del CPConst.? La repuesta a esta cuestión, supone indagar sobre el modelo de protección constitucional de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo.

25. En efecto, el artículo 200 inciso 2° de la Constitución no hace diferencias entre los tipos de actos que pueden ser objeto de control mediante el proceso de amparo. Sólo se refiere a que el proceso de amparo resulta procedente “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza *los demás derechos* reconocidos por la Constitución...”. De este modo, el Amparo se constituye en una de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales más amplia y complementaria de las demás que ofrece el sistema constitucional peruano (a saber, el Hábeas corpus y el Hábeas data). La extensión de tal protección no se agota ni siquiera en la enunciación textual de los derechos reconocidos en la propia Constitución, pues mediante la cláusula de expansión y desarrollo de los derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 3° de la Constitución, el amparo es también la garantía por excelencia para proteger los “otros” derechos “que se fundan en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Como anota Häberle, en el Estado Constitucional “¡No hay *numerus clausus* de las dimensiones de tutela y garantía de los derechos fundamentales, así como no hay *numerus clausus* de los peligros!^[8]”

En esta misma dirección se ha pronunciado recientemente este Colegiado al sostener que,

“La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción ínsitos en cada uno de ellos. En efecto, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces del Poder Judicial no sólo tienen la obligación de cuidar porque se hayan respetado los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas cuya controversia se haya sometido a su conocimiento, sino también la obligación –ellos mismos– de respetar y proteger todos los derechos fundamentales al dirimir tales conflictos y controversias” (STC N° 3179-2004-AA Fj. N° 18).

26. El Tribunal considera en este sentido, que la enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del CPConst. que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos...”. Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con tal enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado.
27. Establecido lo anterior, debe precisarse sin embargo, que el amparo contra resoluciones judiciales no supone como tantas veces lo hemos afirmado, un mecanismo de revisión de la cuestión de fondo discutida en el proceso que lo origina, por lo que las violaciones a los derechos de las partes de un proceso deben expresarse con autonomía de dichas pretensiones. Es decir, debe tratarse de afectaciones del Juez o Tribunal producidas en el marco de su actuación jurisdiccional que la Constitución les confiere y que distorsionan o desnaturalizan tales competencias al punto de volverlas contrarias a los derechos constitucionales reconocidos y por tanto inválidas.

4.3. El debido proceso como garantía no sólo procedimental sino también sustancial de los derechos

28. Unido a las consideraciones precedentes, debe también tenerse en cuenta que la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que en este extremo suscribimos,

“El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos”^[9]

29. Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias^[10]. En este sentido hemos establecido que,

“el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce ...en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”^[11]

30. El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al *cómo* se ha de actuar sino también a *qué* contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido^[12], el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado democrático.
31. De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales. En consecuencia el argumento de Backus, en el sentido de que el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria no deben merecer análisis por este Colegiado al no tratarse de derechos incluidos en el ámbito de la tutela procesal efectiva, carece de sustento y en consecuencia se debe proseguir a su análisis.

4.4. Evaluación del derecho invocado y su supuesta afectación

32. Esclarecida la posibilidad de que mediante una decisión judicial también es factible la afectación de cualquiera de los derechos constitucionalmente reconocidos o incluso aquellos que no tienen reconocimiento expreso conforme lo establece el artículo 3° de la Constitución; debemos ahora analizar, si en el caso de autos, la resolución cuestionada vulnera el derecho a la libertad de empresa, industria y comercio. Conforme ha sostenido la empresa recurrente,

“La afectación provocada por la resolución judicial que motiva esta demanda tiene un innegable “efecto cascada” pues, el agravio al derecho a la tutela procesal efectiva de AmbevPerú produce, como efecto directo, una afectación de nuestro derecho a la libre contratación con los consumidores. A su vez, dicha afectación a la libre contratación ha traído como consecuencia la afectación de nuestro derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, garantizado expresamente por la Constitución...”^[13].

33. En este sentido y conforme ha expuesto la empresa recurrente en su recurso de agravio,

“La afectación a nuestras libertades de empresa, comercio e industria también es manifiesta, pues la resolución judicial mencionada, al impedirnos realizar los contratos antes aludidos, restringe arbitrariamente el ejercicio de nuestras legítimas actividades empresariales”.

34. Por su parte, la empresa Backus, mediante escrito presentado ante este Tribunal, ha refutado este argumento señalando que,

“Dicha afirmación queda totalmente desvirtuada ya que Ambev puede comercializar su cerveza con el público consumidor utilizando sus propios envases, más no los envases de Backus ya que son de nuestra propiedad”.

En el mismo sentido, con relación al derecho de libertad de empresa y de industria, ha sostenido que,

“Ambev no ha tenido ninguna limitación para elegir el sector industrial en el cual desea participar en el Perú ni para obrar en él”, prueba de ello, según sostiene, es que la empresa recurrente, “está debidamente constituida..., tiene una planta de producción y comercializa su cerveza en envases de su propiedad sin ningún inconveniente”.

35. El artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria al establecer que, ***“el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”***. Se trata de este modo de garantizar las libertades económicas en el marco de los demás derechos individuales y colectivos que la propia Constitución también proclama y garantiza. Por tanto, no se trata de libertades y garantías sin límites, sino que su delimitación constitucional requiere permanentemente de un armonioso balance a efectos de preservar otros bienes y valores igualmente valiosos para la sociedad. Como anota Häberle,

“El mercado en el Estado Constitucional, es –como toda la vida social- estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, esto es, constituido”,

36. Por tanto la libertad de empresa que se proclama en la Constitución no es una libertad del mercado ***“de naturaleza”***, sino una libertad dentro del pacto constitucional, sometido a los acondicionamientos de la vida cultural y social de la nación. Sólo a partir de esta constatación de la realidad normativa del mercado es que se puede concluir con Häberle, en sentido de que,

“El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia”^[14].

37. En consecuencia, una concepción integral de las cláusulas de la libertad de mercado, no puede extraerse sólo a partir de la lectura aislada del Título III de la Constitución que se refiere al régimen económico, si no que resulta necesario un contraste permanente de estos postulados con los valores y principios que se desprenden de la cláusula de fundación de la sociedad constituida y contenida en el artículo 1° del Título I de la Constitución según la cual,

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

38. Conforme ha precisado este Colegiado, con relación a la libertad de empresa, éste derecho protege por lo menos cuatro ámbitos bien delimitados de las libertades económicas, que suponen al propio tiempo, los contextos en que el Estado debe garantizar su actuación sin interferencias que no sean razonables constitucionalmente. Las libertades que comprende la libertad de empresa son en este sentido; 1) Libertad para crear una empresa y acceder al mercado en condiciones de igualdad; 2) Libertad para determinar el objeto, determinar el nombre, domicilio y establecer el gobierno interno de la empresa; 3) libertad para competir en igualdad de condiciones en el mercado; y finalmente 4) libertad de salida del mercado o de cambio de giro de la actividad^[15].

39. En estrecha relación con lo anterior, también hemos identificado a las libertades de industria y comercio. Así hemos establecido que mientras la libertad de comercio,

“(...) consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. (...) la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos”^[16].

40. En el caso de autos, la empresa recurrente cuestiona que una decisión judicial, adoptada provisionalmente en el marco de un proceso cautelar, interfiera en el ejercicio de su libertad de empresa, comercio e industria. Este Colegiado encuentra que tal situación no se corrobora con lo que consta en autos, pues admitir que el dictado de una medida cautelar resulta *per se* limitativa de las libertades económicas aludidas, llevaría al absurdo de que ninguna empresa podría ser objeto de tales medidas jurisdiccionales, puesto que toda medida cautelar supone siempre una cierta limitación de algún derecho, en la medida que busca garantizar otros que están también en juego.

41. Conforme ha quedado acreditado en autos, la empresa recurrente sigue desarrollando sus actividades y ejerce sin mayor limitación las libertades económicas que la Constitución le garantiza, tampoco ha demostrado perturbación alguna a sus libertades de elección del giro o actividad, tampoco se le ha restringido el acceso y permanencia en el mercado, toda vez que sus productos no han tenido restricción para competir libremente en el mercado cervecero peruano. En todo caso, la única restricción que ha motivado este proceso se ha producido en el ámbito de un proceso judicial y con relación al uso de determinado tipo de envases, lo cual no afecta el ámbito constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria. Ello se corrobora además con facilidad tras constatar la presencia de los productos de AmbevPeru en el mercado peruano. En consecuencia este Colegiado considera que en el caso de autos, no se ha afectado el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria de la recurrente.

§5. Sobre la invocación de los derechos de los usuarios y la falta de congruencia de la medida cautelar.

42. La última cuestión que debe analizar este Tribunal en el presente caso, está referida a la supuesta arbitrariedad y exceso en que habría incurrido el juez que concedió la medida cautelar, así como la Sala que confirmó dicha decisión, toda vez que la misma sería incongruente y, por tanto inadecuada, con relación a la pretensión principal que tiene como objetivo asegurar. En este sentido, la empresa recurrente ha sostenido en primer término, que la medida afecta el derecho de propiedad de los usuarios y consumidores de cervezas, y en segundo lugar, sería también incongruente desde una perspectiva procesal. Con relación al primer extremo, esto es, la afectación de los derechos de propiedad de los consumidores y usuarios ha sostenido que,

“(...) si en el mercado existe un número mucho mayor de botellas de cerveza que el referido por Backus en la demanda a que hacemos referencia, es innegable que los efectos de tal proceso no pueden hacerse extensivos a dicho “excedente”, por tratarse de bienes claramente pertenecientes a terceras personas, es decir, a los consumidores. Sin embargo el actuar de los jueces demandados está permitiendo, indebidamente, lo contrario”^[17]

Con relación a la falta de congruencia entre la medida cautelar otorgada y las pretensiones postuladas en su demanda principal, ha sostenido que tal situación,

“(...) ha afectado el presupuesto de adecuación y, con ello, se ha afectado el derecho de Ambev de recibir una resolución fundada en derecho. En otras palabras se ha violado flagrantemente su derecho a un debido proceso”^[18]

De este modo, la actora considera que la medida cautelar otorgada por el Poder Judicial,

“excede larga, abusiva y arbitrariamente el numero de botellas señalado por Backus como de “su propiedad”, afectando severamente la validez de la resolución cautelar mencionada”.

43. Por su parte Backus ha respondido este extremo de los argumentos sosteniendo, con relación a la falta de congruencia en la medida cautelar otorgada y lo solicitado en el proceso principal, que la apreciación de la recurrente no es correcta, puesto que,

“olvida señalar (...) que asimismo hemos solicitado que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”,

44. Con relación a la afectación de los derechos de propiedad de los usuarios y consumidores, ha sostenido básicamente que si bien,

“dentro de la cadena de distribución es posible que algunos de nuestros envases hayan sido transferidos a consumidores finales...”,

sin embargo en este extremo, ha cuestionado la legitimidad para representar dichos intereses por parte de Ambev, puesto que,

“si aceptamos la tesis esgrimida por Ambev de que los consumidores finales son los afectados con la medida cautelar concedida a nuestro favor, entonces estaríamos ante un claro supuesto de improcedencia de la demanda por carecer de manera manifiesta de legitimidad para obrar, ya que en dicho supuesto serían los supuestos afectados, es decir los consumidores finales, los legitimados a iniciar el presente proceso de amparo y no Ambev”^[19]

45. De este modo, la cuestiones que en este punto deben ser analizadas por este Colegiado son las siguientes:

- a) Si se afecta los derechos de los consumidores y usuarios de cervezas al restringir el intercambio de los envases que son de su propiedad.
- b) Si la falta de congruencia entre el proceso principal y la medida cautelar concedida existe y si tal incongruencia afecta algún derecho fundamental de la recurrente.
- c) Finalmente, si la decisión judicial puede ser analizada a través del test de proporcionalidad a efectos de controlar la arbitrariedad judicial en que habría incurrido el Poder Judicial al otorgar la medida cautelar bajo análisis.

5.1. Sobre los derechos de los usuarios y consumidores de cervezas que son propietarios de los envases.

46. Tal como se aprecia del tenor de la medida cautelar concedida, ésta no ha precisado el ámbito o extensión de los envases afectados con dicha medida, toda vez que en el mercado existe en circulación, no sólo botellas de la empresa que solicita la medida (Backus), sino también de los usuarios y de la propia empresa recurrente tal como se acredita en autos a fojas 114 a 119 del primer cuaderno. Como se aprecia de uno de los extremos de la medida cautelar, en ella sin precisar la extensión de la restricción, se ordena que AmbevPerú,

“(...)no intercambie, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a los envases de vidrio de 620 ml. de capacidad color ámbar de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que se va ampliando hasta llegar

a la parte cóncava, además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentran signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”

47. Conforme se acredita en autos, sin que haya sido desvirtuado por Backus, en el mercado cervecero peruano, existe una cantidad importante de botellas de las mismas características que han suscitado el presente proceso y que no corresponden a ninguna de las empresas que comparecen en el presente proceso. Esas botellas son de los consumidores. Mientras que la recurrente ha afirmado que su número alcanza aproximadamente unos 50 millones de botellas, Backus, sin negar esta afirmación, se ha limitado a aceptar que tal hecho se ha producido *“por desconocer que los mismos habían sido entregados en calidad de comodato”*^[20]. Esto pone de manifiesto, de modo preliminar, que la decisión del poder judicial al momento de confirmar la medida cautelar otorgada en primera instancia, resulta cuando menos, poco diligente puesto que en los términos en que ha sido otorgada dicha medida, ha terminado por restringir también la posibilidad de intercambio de las botellas que los usuarios o distribuidores de cervezas podrían concertar con Ambev, sin que ello ponga en riesgo la propiedad de las botellas de Backus que se encuentran debidamente identificadas en cuanto al número.
48. Dicho esto, de inmediato debe también quedar establecido, que se trata de derechos potenciales o probables que no han sido debidamente acreditados en el trámite del presente proceso, por lo que el amparo no resulta ser la vía adecuada para pronunciarse en abstracto sobre una afectación o peligro de afectación de los derechos de propiedad de los usuarios o consumidores de cervezas, o incluso de algún eventual distribuidor que haya obtenido envases y desee intercambiarlo con botellas con contenidos de cervezas de propiedad de AmbevPerú. A ello debe añadirse el hecho que los titulares de dichos envases no han expuesto un interés actual y legítimo en la presente causa, requisito indispensable para otorgar tutela de un derecho a través del proceso de amparo.
49. El Proceso de amparo no es pues un remedio procesal donde sea posible la apreciación en abstracto de las medidas y sus posibilidades de restricción como ocurre con el juicio de constitucionalidad de la Ley por ejemplo. Este extremo en todo caso será materia de pronunciamiento *in extenso* por parte de este Colegiado en el expediente N°..... donde debemos afrontar de modo directo los derechos de los usuarios y consumidores con relación a la medida cautelar en cuestión. Ello sin embargo, no constituye impedimento para que este Tribunal, valore este hecho al momento de analizar otro aspecto que en este punto resultará determinante. Nos referimos en seguida a la falta de congruencia de la medida cautelar y su incidencia en la violación del principio de proporcionalidad.

5.2. Falta de congruencia entre el proceso principal y aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar el presente caso.

50. Quizá el argumento más relevante que ha presentado la empresa recurrente para cuestionar la decisión cautelar en su contra, lo constituye la afirmación según la cual ésta resulta incongruente con la finalidad que persigue en el proceso principal. De este modo, tal como han sido planteados los argumentos, mientras que AmbevPerú sostiene que existe incongruencia entre lo solicitado en el proceso principal (demanda declarativa de propiedad) y lo concedido en la medida cautelar, Backus sostiene que lo concedido por el juez se ajusta perfectamente a lo solicitado en el proceso principal, toda vez que también habrían solicitado,

“que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”^[21].

Esta aparente contradicción podría sin embargo ser fácilmente solucionada leyendo los petitorios concretos de la demanda en el proceso principal y luego contrastándola con los términos en que ha sido otorgada la medida. Sin embargo, este camino parece demasiado obvio y sencillo para evaluar lo que en realidad se cobija detrás de este argumento de la parte demandante.

51. En efecto, de una lectura literal de la pretensión planteada por Backus en el proceso principal, se desprende que mediante el proceso en referencia se solicita básicamente lo siguiente:
- a) Se declare a Backus propietaria de 88'330,000.00 de envases con las características ya aludidas.
 - b) Se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar dichos envases ("nuestros envases" se lee en la precisión del petitorio) (subrayado nuestro)
 - c) Se ordene a las empresas, Distribuidora García S.A.C, San Ignacio S.A., Distribuidora Central del Norte S.A.C, Central del Sur S.A., y Europa S.A.C a no entregar o disponer la entrega de los envases en cuestión a personas ajenas a Backus sin autorización voluntaria de nuestra empresa, en particular a Ambev. (subrayado nuestro)
 - d) Se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de los envases de Backus a terceras personas, en especial a AmbevPerú. (subrayado nuestro)
52. De la lista de pretensiones planteadas aparece con claridad que el propósito de Backus es preservar la propiedad de las 88'330,000.00 envases que reclama judicialmente, a efectos de que los mimos no vayan a caer en alguna red de distribución de AmbevPerú. En tal sentido, tal como se aprecia, no se cuestiona el que Ambev compre envases de las mismas características a las que son materia de conflicto, como en efecto parece haberlo hecho conforme se acredita con las facturas que se adjuntan en autos, y tampoco solicita que los usuarios o demás distribuidores no comprendidos en la lista de su tercera pretensión principal, o aquellas que en el futuro pudieran constituirse con dicho objeto, puedan llegar a un acuerdo comercial de intercambio de botellas con las botellas de propiedad de AmbevPerú.
53. Todas estas posibilidades no advertidas por el juez al momento de conceder la medida cautelar a favor de Backus, ponen de manifiesto la necesidad de ingresar a una análisis más estricto sobre las potestades cautelares y la posibilidad de afectación del principio de proporcionalidad a que está sujeto, en última instancia, todo poder en el Estado democrático. De este modo, el Tribunal considera que no es la congruencia procesal, que no siempre alcanza relevancia constitucional, la que debe analizarse en el caso de autos, sino la posibilidad de que la medida cautelar dictada haya violado el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, devenga en una decisión contraria a la Constitución por desproporcionada y por que además, una decisión judicial con tales características viola el principio de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3 de la Constitución.

5.3. Principio de proporcionalidad y control de las decisiones judiciales

54. El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por este Tribunal en varias ocasiones, para controlar los límites constitucionalmente permitidos en la intervención de los derechos fundamentales por parte del legislador^[22] (en el control de la constitucionalidad de la Ley), o de la administración^[23] (para el caso del control de los actos y decisiones reglamentarias). Con relación a su imbricación constitucional, hemos sostenido que,

"Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales"^[24].

En tal sentido este Colegiado ha señalado que,

"Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional"^[25]

55. En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.
56. En cuando al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar “si existen medios alternativos al optado”, en este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”^[26]

5.4. Aplicación del test de proporcionalidad al caso de autos

57. En el caso de autos, la adopción de una medida cautelar tiene como finalidad el preservar el resultado de un proceso al que se denomina *proceso principal*. En tal sentido, se trata de una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional. De otro lado, al margen de que *supra* se haya establecido que en el caso no puede establecerse un pronunciamiento a favor del derecho de propiedad de los consumidores y usuarios de los embaces que también han resultado afectados con la medida; en este punto, este Tribunal no puede ser ajeno al hecho, además admitido por ambas partes, que existen en el mercado más botellas de las que se señalan en la pretensión postulada por Backus en el proceso principal. Esto es, existen otros embaces de botellas con las mismas características a las señaladas por Backus que también están siendo afectadas y que no son propiedad de Ambev. En consecuencia, se trata de establecer mediante el test de proporcionalidad, si la intervención en el derecho de propiedad, cuya titularidad si bien no puede ser establecida mediante este proceso; sin embargo resulta razonable atendiendo a los fines de dicha intervención. Establecida la legitimidad constitucional de la intervención (asegurar los resultados del proceso principal), así como los derechos que están siendo afectados con la medida (propiedad y tutela jurisdiccional), este Tribunal considera pertinente someter dicha medida al test de proporcionalidad en los términos y procedimiento anunciados *supra*. En primer término, con relación a la idoneidad o adecuación, una medida cautelar es por naturaleza una medida procesal adecuada para lograr garantizar el cumplimiento de una sentencia. El proceso judicial, en cuanto instrumento para la realización de la justicia, tiene de este modo en las medidas cautelares una valiosa herramienta al que no puede renunciar. Se trata como anotaba Chiovenda de garantizar que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no se vuelva en contra de quien tiene la razón”^[27], o como lo ha señalado más recientemente el Tribunal Constitucional Español, las medidas cautelares,

“responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (...) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento”^[28]

58. De este modo, “los instrumentos del instrumento” como ha denominado en célebre frase Calamandrei^[29] refiriéndose a las medidas cautelares, gozan hoy en día no sólo de regulación procesal y consenso en la doctrina como un medio indispensable para compensar los estragos que puede generar, ya sea el transcurso del tiempo en los procesos judiciales, o la propia conducta procesal de las partes destinadas a dejar en la total ineficacia la decisión final en un proceso; sino que tras la constitucionalización de los derechos de justicia y en particular a partir de la relevancia constitucional de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares deben ser consideradas auténticas garantías constitucionales al servicio de la efectividad del proceso y la justicia.
59. No es este el lugar para detenerse a desarrollar los alcances del derecho a la tutela cautelar y su dimensión constitucional, baste decir en todo caso, que se trata de una garantía para la efectividad de la justicia y que tiene como sus titulares a quienes pueden constituirse en parte en un proceso, quienes pueden exigir la constitución de mecanismo procesales que sean eficaces para preservar la efectividad de lo que vaya a ser resuelto por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional, llegado el caso. Vista la dimensión constitucional y la finalidad que persigue, la adopción de una medida cautelar por parte del Juez, se trata a todas luces de una medida adecuada y por tanto idónea a la finalidad a la que se dirige.
60. Verificada que la finalidad es constitucionalmente legítima (garantizar el resultado del proceso) y que el medio utilizado para garantizar dicha finalidad legítima resulta idóneo (una medida cautelar); el siguiente paso, conforme ya hemos anunciado, supone analizar la necesidad de la medida. Como lo ha precisado Alexy, “los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamenteposible”^[30]. Se trata, en el presente caso, de analizar las posibles alternativas con que contaba el Juez al momento de conceder la medida cautelar. Dichas posibilidades desde luego, no brotan de la imaginación en abstracto de este Colegiado, sino que han sido puestos de manifiesto por la propia recurrente, quien ha manifestado que,

“La pretensión de Backus en dicho proceso (se refiere al proceso principal) es que se le declare propietaria de 88’330,000 botellas de cerveza (“primera pretensión principal”) y que, como consecuencia de ello, el Poder Judicial emita determinadas órdenes que impidan aAmbevPerú utilizar ESOS envases (“Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales”^[31]).

Así ha podido constatar también este Colegiado y lo ha resumido en el fundamento 51° *supra*. Ahora debemos señalar que este es el marco, donde debemos fijarnos para determinar las opciones con las que contaba el Juez al momento de dictar la medida. No se trata como ya hemos adelantado, de un marco solo “procesal” para la actuación del juez, sino que alcanza relevancia constitucional en la medida que se demuestre que, en este punto, existían mecanismo menos restrictivos de los derechos de quienes han resultado afectados con la medida cautelar.

61. Si bien habíamos adelantado, que tratándose de la aplicación del sub principio de necesidad el análisis se centra en la *relación medio-medio*; ahora debemos precisar que aquí no vamos a comparar el medio (medida cautelar) con otros medios con que contaba el juez para garantizar la finalidad constitucional previamente identificada. El principio de necesidad supone, en este punto, la evaluación de la intensidad con que el medio elegido puede afectar los derechos en cuestión, a efectos de analizar si dicha intensidad podía ser morigerada o reducida por el Juez sin poner en riesgo la finalidad constitucional a la que intenta servir la medida cautelar dictada y, al mismo tiempo, sin afectar innecesariamente los derechos de otros titulares de botellas que no han participado en el presente proceso, pero cuya existencia ha sido debidamente acreditada en autos como se advertidos*supra*. El control de la necesidad de la medida adoptada supone de este modo, como lo anota Gonzales Beilfuss, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la demostración por parte de quien asume una decisión en el ámbito de los derechos fundamentales, de que no existe “alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida”^[32]. La pregunta pertinente en este punto es entonces, ¿pudo el juez dictar una medida cautelar menos lesiva de los derechos sin afectar la finalidad a la que pretende servir la medida cautelar?

62. El Derecho Procesal, incluso antes que el Derecho Constitucional, ya intentó responder esta pregunta poniéndose también en la perspectiva de los derechos en cuestión. En este sentido, lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no sólo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no sólo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no sólo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir.
63. En lo que atañe al caso de autos, la medida cautelar intenta garantizar un conjunto de pretensiones específicas contenidas en el expediente principal, las mismas que aparecen debidamente resumidas en el fundamento 51 *supra*, no obstante su concesión, a partir de una redacción defectuosa de la misma, termina por expandir sus efectos más allá de la finalidad a la que pretende garantizar. De este modo, mientras que la pretensión principal estaba delimitada a un número preciso de botellas de determinadas características, la medida cautelar restringe arbitrariamente toda posibilidad de “tomar posesión por cualquier título” de todas las botellas “existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”, lo cual como ha sido ya puesto de manifiesto, incluye no sólo las botellas cuya propiedad se reclama en el proceso judicial, sino también las botellas adquiridas por AmbevPerú, y la de los usuarios y otros distribuidores que puedan tener en su poder, por haberlos adquirido en el mercado. Más aún, ordena que Ambev, “se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio de 620ml. de capacidad, color ambar....”. Este último aspecto no sólo no había sido solicitado en el proceso principal en tales términos, sino que termina por anular la libertad contractual de AmbevPerú con la fabricante de las botellas que no es Backus y que tampoco participa del proceso en cuestión.
64. En consecuencia, por los términos en que ha sido adoptada la medida cautelar bajo análisis, al no haber delimitado adecuadamente el ámbito de la afectación en función de la finalidad a la que se orienta, ha terminado por afectar de modo innecesario el derecho de propiedad de la empresa recurrente violándose al mismo tiempo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución, así como los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1) **Declarar FUNDADA**

la demanda de autos, en consecuencia NULA la resolución N° 01 de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el 26° Juzgado Civil de Lima, así como su confirmatoria de fecha 18 de mayo de 2005, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

- 2) **DISPONE** que el Juez *a quo*, evaluando las nuevas circunstancias y el avance del proceso principal, disponga si considera aún pertinente, la concesión de una nueva medida cautelar adecuada a la finalidad del proceso principal y sin caer en el exceso que ha sido censurado por este Tribunal, bajo apercibimiento de ser pasible de las medidas de coerción a que se refiere el artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional en lo que resulte aplicable .

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI
BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**EXP.1209-2006-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA CERVERCERA
AMBEV PERÚ S.A.C.**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Hago mío el voto del señor Magistrado Vergara Gotelli, agregando:

- 1.- Que en la resolución que expide este Tribunal, no se formula ninguna apreciación sobre el tema de fondo que es materia del proceso judicial que se ventila ante el 26° Juzgado Especializado Civil de Lima, proceso del cual derivan las medidas cautelares materia de este proceso.
- 2.- En tal virtud, y en razón de lo anteriormente expuesto, las partes en litigio en virtud del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no reciben ningún derecho que las acredite o les confiera la calidad de propietarios de las botellas de cerveza existentes en el mercado y por cuanto tal situación se encuentra pendiente de pronunciamiento ante el 26° Juzgado Especializado Civil de Lima, como se ha expresado anteriormente.
- 3.- Se debe expresar que las medidas cautelares deben igualmente respetar los derechos constitucionales de las partes en el proceso, razón por la cual, cuando eso no ocurra con una medida cautelar, que haya adquirido firmeza, pero agravie algún derecho constitucional, esta resulta controlable en proceso constitucional.

4.- En tal situación, la sentencia que se expide en el presente proceso, reafirmando la protección de los derechos constitucionales, permite delimitar cuales son los ámbitos de actuación de la jurisdicción constitucional y cuales los que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

5.- De esta manera queda claro que el Amparo no es una instancia adicional para revisar todas las decisiones judiciales que contengan vicios o errores de hecho o de derecho. Por el contrario, se trata de un proceso de tutela jurisdiccional de urgencia, que, según lo dispone el art. 4º del Código Procesal Constitucional, procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva y por lo que en base a tales apreciaciones, la presente demanda debe ser declarada FUNDADA

S.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. 01209-2006-AA/TC
LIMA
COMPAÑÍA CERVECERA
AMBEV PERÚ S.A.C.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL DR. JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito este Fundamento de Voto con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por las consideraciones siguientes:

1. En los fundamentos del 13 al 16 de la sentencia se afirma que a efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo, debe superarse el rechazo liminar de la demanda declarada por las instancias inferiores en aplicación del artículo 20.º del Código Procesal Constitucional, argumento que no comparto por estimar que el referido artículo se aplica cuando la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, y no cuando se incurre en error.

2. En efecto, si se afirma que las instancias precedentes no debieron rechazar *in limine* la demanda pues en autos obran suficientes elementos de juicio que permitirían un pronunciamiento sobre el fondo, los que debieron ser merituados suficientemente, lo que se ha producido es un error *in iudicando* y no un vicio procesal, por lo que la corrección por este Tribunal, a partir de la revocatoria de la decisión cuestionada, es reexaminar la argumentación en la que se apoya la instancia inferior y disponer luego la admisión a trámite de la demanda rechazada *ab initio*, aplicándose al efecto el artículo 427, *in fine* del Código Procesal Civil.
3. Suele definirse la nulidad como la sanción de invalidación que la ley impone a determinado acto procesal viciado, privándolo de sus efectos jurídicos por haberse apartado de los requisitos o formas que la misma ley señala para la eficacia del acto. Es importante dejar establecido que la función de la nulidad en cuanto sanción procesal no es la de afianzar el cumplimiento de las formas por la forma misma, sino la de consolidar la formalidad necesaria como garantía de cumplimiento de requisitos mínimos exigidos por la ley. Por tanto, es exigible la formalidad impuesta por la ley y detestable el simple formalismo por estéril e ineficaz.
4. En el presente caso, se afirma que resulta viciada de nulidad la resolución (auto) que calificó la demanda de amparo, lo que implica afirmar que no se cumplió con respetar los requisitos formales establecidos en la ley para la emisión de dicho acto procesal, sin explicar cuál es el referido vicio procesal en el que habrían incurrido las instancias inferiores al emitir las resoluciones (autos) de calificación de la demanda por los que, motivadamente y en ejercicio de autonomía, explican fundamentos de fondo que los llevaron al rechazo liminar.
5. Podría considerarse, por ejemplo, que el acto procesal de calificación de la demanda lleva imbitito un vicio de nulidad cuando se emite una resolución que no corresponde al caso (decreto en lugar de un auto), o porque no se cumple con la forma prevista (no fue firmada por el Juez), o porque la resolución emitida no alcanzó su finalidad (no admitió ni rechazó la demanda), o porque carece de fundamentación (no contiene los considerandos que expliquen el fallo). Pero si se guardan las formas en el procedimiento y el acto procesal contiene sus elementos sustanciales, lo que corresponde ante una apelación contra ella es que el superior la confirme o la revoque.
6. Si afirmamos que el auto apelado es nulo, su efecto sería el de la invalidación de todos los actos subsecuentes y, entre estos, el propio auto concesorio de la apelación, la resolución de segunda instancia y el concesorio del recurso de agravio constitucional, resultando implicate afirmar que es nulo todo lo actuado y, sin embargo, eficaz el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que precisamente resulta posible por la dación de dichas resoluciones.
7. Por estas razones, considero asimismo que no resulta aplicable el artículo 20.º del Código Procesal Constitucional al caso de autos, pues **no se trata de sancionar como vicio lo que significa una consideración de fondo, distinta y opuesta (revocatoria) a la que sirvió de fundamento para la dación del auto que es materia de la revisión.**
8. Por consiguiente, estimo que no existe vicio para la aplicación del artículo 20 del Código Procesal Constitucional, por lo que la decisión del Tribunal Constitucional debe contener, primero, la aceptación de los fundamentos del recurso de agravio constitucional y, revocando el auto apelado dar por admitida la demanda y luego pronunciarse sobre el fondo en razones de urgencia.
9. En cuanto a la firmeza de la resolución impugnada, debe tenerse presente que el cuestionamiento del recurrente está dirigido al cumplimiento de los requisitos presentes al momento de otorgarse la referida medida cautelar, decisión que luego de ser confirmada por el superior ha quedado firme. En ese sentido, no es el Proceso Cautelar el que tiene la calidad de firme, sino la resolución emitida dentro de él, con lo que se cumple con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional para su trámite.

S.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 1209-2005-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA CERVECERA
AMBEV PERU S.A.C

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ALVA ORLANDINI Y LANDA ARROYO

Con el debido respeto, emitimos el presente voto discrepando de la opinión vertida por los magistrados que constituyen mayoría, por las razones que detallamos a continuación:

1. Con fecha 12 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y el juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando se declare la nulidad de las Resoluciones N.º 8, de fecha 18 de mayo de 2005, y N.º 1 de fecha 9 de diciembre de 2004, expedidas, respectivamente, por los mencionados órganos. Refiere que la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus) interpuso demanda ante el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima contra la compañía recurrente, solicitando: a) que se declare a Backus propietaria de 88'330,000 envases de vidrio; b) que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización; c) que se ordene a las empresas García S.A, Distribuidora del Norte S.A.C, Central del Sur S.A y Europa S.A.C, no entregar o disponer sus envases a personas ajenas; d) que se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de sus envases.
2. Alega la recurrente que con la finalidad de garantizar el resultado del proceso principal, la propia empresa Backus, solicitó medida cautelar, la misma que fue concedida mediante la Resolución N.º 1, de fecha 9 de diciembre de 2004, ordenando: a) que la compañía se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva el proceso principal; b) que se abstenga de introducir en el mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; c) que se ordene que la compañía se abstenga de intercambiar, por sí misma o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas. Posteriormente la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución N.º 8, de fecha 18 de mayo de 2005, confirma la apelada.

A su criterio, dichas resoluciones vulneran sus derechos a la libertad de contratación, empresa, comercio e industria, a la tutela procesal efectiva, concretizada en su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, así como la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia en el otorgamiento de la medida cautelar.

3. Mediante Resolución s/n de fecha 5 de setiembre de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que sólo procede demanda de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular, donde se verifica vulneración de la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, y que lo que realmente se pretende cuestionar en el presente proceso es lo resuelto por las instancias ordinarias.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que sólo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, y no contra una medida cautelar que tiene por característica la provisionalidad y variabilidad a través del uso de medios impugnatorios. Además, arguyó que resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite.

4. Que las instancias judiciales precedentes han esgrimido como argumento central de rechazo de la demanda que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, en atención a que constituye una característica consubstancial a toda medida cautelar que ésta sea provisional y, por tanto, variable en el tiempo.
5. En principio, no compartimos el criterio señalado, pues tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión, expresada a través de una resolución judicial, tenga carácter firme en tanto reviste la calidad de inatacable mediante los recursos procesales previstos; y otra, que la medida cautelar pueda variar en el futuro. La recurrida consideró que en tanto las medidas cautelares no son inmutables (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), *ergo* no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que, conforme al artículo 4.º del Código Procesal Constitucional (CPCConst), para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”.

La categoría de resolución firme, en nuestra opinión debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso cautelar, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, pueda merecer control por parte de la jurisdicción constitucional. La condición es que en dicho proceso se haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal para revertirla.

Una interpretación contraria llevaría al absurdo de que, por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no pueda ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de hábeas corpus o incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho fundamental en cuestión. No es, pues, la naturaleza provisional o transitoria de la medida cautelar lo que determina que prospere o no una demanda planteada en su contra en un proceso constitucional, sino la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto algún derecho fundamental, y que el afectado haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión, o resolución judicial, sea una que haya adquirido firmeza en su trámite procesal.

6. Que, de otro lado, con la intención de sustentar una supuesta afectación a la libertad de contratación, la recurrente ha sostenido, básicamente, que la prohibición de intercambiar los envases de cervezas objeto de la medida cautelar afecta la relación contractual con sus clientes, puesto que, según sostiene,

En el sistema de intercambio imperante en el mercado cervecero peruano, el intercambio se produce entre productores y consumidores, de manera que cualquier productor de cerveza (como AmbevPerú) debe poder intercambiar sus botellas de cerveza (que no son las discutidas por Backus) con las que son de propiedad de los

consumidores. Por ende, ese intercambio, en el que no participa de modo alguno Backus (ni “sus” botellas), no puede ser legal ni judicialmente impedido^[33]

A este respecto, opinamos que el amparo no es la vía adecuada para un pronunciamiento de fondo sobre este aspecto, puesto que para determinar una eventual afectación del derecho a la libertad de contratación sobre las botellas de cerveza objeto de la medida cautelar, es indispensable que la naturaleza del título jurídico que sobre ellas ejercen sus portadores (propiedad, comodato, etc.) se encuentre plenamente dilucidada. No obstante, es justamente dicha naturaleza la que actualmente se encuentra en debate en la jurisdicción ordinaria.

Resulta pertinente señalar que este Tribunal, en anterior jurisprudencia, ha subrayado que la jurisdicción constitucional no es sede en la que corresponda discutir la titularidad del ejercicio de derechos. En ella tan sólo se protegen los derechos constitucionales cuya titularidad o pleno ejercicio no se encuentra en abierto entredicho. En efecto, en referencia al proceso de amparo, este Colegiado tiene expuesto que

“(…)mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado.

De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional.^[34]

En otras palabras, tanto la titularidad del derecho constitucional como la acreditación de la existencia del acto reclamado, son presupuestos procesales consubstanciales a los procesos constitucionales *de la libertad*, razón por la cual la inexistencia de alguno de tales requisitos determina la imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido.

7. Con relación a la supuesta afectación de los derechos fundamentales a la libertad de empresa, industria y comercio, la demandante sostiene lo siguiente:

La afectación a nuestras libertades de empresa, comercio e industria también es manifiesta, pues la resolución judicial mencionada, al impedirnos realizar los contratos antes aludidos, restringe arbitrariamente el ejercicio de nuestras legítimas actividades empresariales^[35].

Sobre el particular compartimos parcialmente, la perspectiva de la recurrente, en cuanto afirma que sus libertades de empresa, comercio e industria sólo podrían considerarse vulneradas a consecuencia de la efectiva constatación de la vulneración de su derecho a la libertad de contratación. Empero, como quedó dicho, no existen los presupuestos necesarios para que la jurisdicción constitucional ingrese a valorar si existe o no dicha afectación, lo que impide, a su vez, el cumplimiento de una de las condiciones previas para dilucidar una eventual lesión a las libertades de empresa, comercio e industria, reconocidas en el artículo 59.º de la Constitución.

8. Asimismo, la demandante ha sostenido que la medida cautelar afecta el derecho de propiedad de los usuarios y consumidores ejercida sobre las botellas de cervezas que obran en su poder.

A este respecto consideramos que la determinación de las personas o entidades que pudieran ejercer un derecho de propiedad sobre las botellas que cumplen las características descritas en la resolución judicial que concede la medida cautelar, es un asunto que escapa a las competencias de la jurisdicción constitucional, no sólo porque, tal como ha quedado establecido, en ella no se declara la titularidad en el ejercicio de los derechos constitucionales, sino que se protege aquellos que no se encuentren en franca controversia,

también porque, tal como dispone el artículo 9.º del CPConst., el proceso constitucional carece de etapa probatoria.

9. Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, debemos hacer notar que este caso se refiere a uno de los ámbitos jurisdiccionales donde se ha trasladado lo que en el mercado industrial peruano se conoce como la “guerra de las cervezas”. En efecto, es de público conocimiento que desde hace algunos años las empresas involucradas han llevado sus diferencias y controversias ante el INDECOPI y el Poder Judicial - tanto en sede judicial ordinaria como constitucional- en pleno ejercicio de sus derechos. Sin embargo, se debe tener presente que uno de los principios generales de nuestro régimen económico es la libre competencia (artículo 61.º de la Constitución). La competencia es el motor de nuestra Economía Social de Mercado (artículo 58.º de la Constitución), pero aquella no solo debe ser libre sino leal entre los competidores y en beneficio de los consumidores. De ahí que los agentes económicos también tienen el derecho y el deber de llegar a fórmulas de autocomposición y arreglo de sus diferencias – sin afectar la libre competencia ni el ordenamiento constitucional y legal - fuera del ámbito jurisdiccional, a fin de no prolongar innecesariamente la solución de un problema que *prima facie* puede ser resuelto en el ámbito del mercado.
10. Finalmente, la recurrente alega una supuesta afectación de su derecho fundamental a la tutela procesal efectiva y, concretamente, a obtener una resolución fundada en derecho, sosteniendo que existiría una incongruencia o falta de adecuación entre la pretensión principal, planteada en el proceso ordinario, y la medida cautelar concedida a favor de Backus.

A nuestro juicio, la sola falta de correspondencia entre lo ordenado a través de una resolución cautelar y la pretensión en el proceso principal, no es mérito suficiente para declarar la nulidad de aquella, puesto que ello supondría una inaceptable intromisión de la jurisdicción constitucional en el marco de las amplias competencias que ejerce la jurisdicción ordinaria al momento de determinar las medidas que, a su criterio, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, corresponden dictarse para asegurar el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Dicho de otro modo, para que se pueda determinar la invalidez constitucional de una medida cautelar, no basta con evidenciar la falta de adecuación formal entre el petitorio principal y la orden cautelar, sino que es necesario acreditar de modo *fehaciente*, la afectación constitucional a la que dicha inadecuación da lugar. Y como ha quedado establecido en el presente auto, la recurrente ha incumplido una serie de presupuestos procesales inherentes a la excepcional naturaleza de los procesos constitucionales, lo que ha impedido ingresar a valorar si las resoluciones judiciales cuestionadas afectan o no sus derechos constitucionales.

Así las cosas, es pertinente traer a colación la denominada “fórmula Heck”, utilizada desde hace varias décadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, para trazar la línea divisoria entre las competencias de la jurisdicción constitucional y la ordinaria:

La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos desubsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (*BverfGE* 18, 85 —sentencia del 10 de junio de 1964—).

11. En resumidas cuentas, siendo que la dilucidación de la naturaleza de los títulos que se ejercen sobre las ya mencionadas botellas de cerveza es un asunto que corresponde ser ventilado en la jurisdicción ordinaria, no se verifican los presupuestos procesales necesarios para que se emita una sentencia de mérito en la presente causa.

Por las razones expuestas, nuestro voto es por que se declare improcedente la demanda.

S.

ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO

[1] Resolución de fecha 15 de diciembre de 2005, FJ. 6°, fojas 108 y ss. del cuaderno respectivo.

[2] Véase en este sentido nuestra sentencia en el Exp. N° 1803-2004-AA/TC, en especial su fundamento 14° donde el Tribunal establece: "(...)aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3°, así como en el artículo 43, el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público".

[3] Así se constata en autos a fojas 229, 230, 231, 232 y 233, donde consta las notificaciones efectuadas a los magistrados emplazados; así mismo, a fojas 237, consta el apersonamiento del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, Dr. Segundo Jesús Vitery Rodríguez. Por su parte, a fojas 76 del segundo cuaderno, consta la notificación que se hace a la Empresa Unión de Cervecería Peruana Backus y Johnston, y a fojas 80 del mismo cuaderno, consta el escrito de apersonamiento de la referida empresa, solicitando los recaudos del expediente. Finalmente, mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2006, la misma empresa ha presentado sus alegatos ante este Tribunal, acompañando los dictámenes técnicos de los doctores, Jorge Avendaño y Francisco Eguiguren.

[4] Escrito de demanda punto V.3

[5] Escrito presentado ante el Tribunal Constitucional, punto 3.2

[6] Según el mismo artículo 4°, "Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal".

[7] Esta concepción de los derechos fundamentales ha sido constante en nuestra jurisprudencia, véase solo como referencia la STC N° 5854-2005-AA/TC, caso Lizana Puelles. Fundamentos 3° a 6°.

[8] Häberle, P. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, pg. 269.

[9] Sentencia de la Corte Colombiana T-751A de 1999, citado por Carlos Bernal Pulido en *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 338

[10] Véase en este sentido, entre otras el Exp. N° 080-2003-HC/TC (FJ. 1°)

[11] Exp. N° 0258-2003-HC/TC, (FJ. 1°)

[12] Bernal Pulido Carlos, *Ob. Cit.* Pág. 335.

[13] Escrito de demanda, punto V.4.

[14] HÄBERLE, Peter, "Incursos. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo", en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP, Lima, 1997

[15] Cfr. la STC N° 3330-2004-AA/TC FJ. N° 13°

[16] *Ibidem*

[17] Escrito de demanda punto 3 (Fundamentos de hecho)

[18] Escrito de fecha 21 de marzo de 2006, presentado ante este Tribunal.

[19] Escrito presentado con fecha 20 de marzo ante este Tribunal, Puntos 3.1.a)

[20] Pg. 20 del escrito presentado por Backus ante este Tribunal.

[21] Página 19 del escrito presentado ante este Tribunal.

[22] STC 045-2004-AI/TC

[23] STC 1803-2004-AA/TC

[24] STC, del Exp. 4677-2004-PA/TC, FJ 26°

[25] STC del Exp. 2235-2004-AA/TC, FJ 6, segundo párrafo.

[26] STC del Exp. 045-2004-AI/TC FJ 39

[27] Chivenda, G. *Instituzioni di diritto processuale civile*, 2da. Edic., Vol. I, Napoli 1935, pág. 139

[28] STC Español N° 238 de 17 de diciembre de 1992, FJ 3°

[29] Calamandrei, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pg. 45

[30] Alexy, Robert. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", traducción de René de la Vega, en *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, 2006, pág. 2

[31] Punto 2.1 del escrito de demanda.

[32] Gonzales Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pg. 72

[33] Cfr. Escrito de demanda, punto V.3

[34] Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 3.

[35] Cfr. Recurso de agravio constitucional, obrante a fojas 117 de autos.

EXP. N.º 1535-2006-PA/TC**JUNÍN****EMPRESA DE TRANSPORTES****TURISMO IMPERIAL S.A.****RAZÓN DE RELATORÍA**

La resolución recaída en el Expediente N.º 1535-2006-PA/TC, que declara **INFUNDADA** la demanda, es aquella conformada por los votos de los magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y Beaumont Callirgos, magistrado que fue llamado para que conozca de la causa debido al cese en funciones del ex magistrado García Toma. El voto del magistrado Alva Orlandini aparece firmado en hoja membretada aparte, y no junto con la firma de los demás magistrados debido al cese en funciones de este magistrado.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de enero de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y Beaumont Callirgos, magistrado que fue llamado para que conozca de la causa debido al cese en funciones del ex magistrado García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. contra la sentencia emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 195, su fecha 29 de diciembre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de octubre del 2004, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero, por considerar que vulnera sus derechos constitucionales de irretroactividad de la Ley, libertad de empresa, libertad de contratación y libertad de trabajo consagrados en la Constitución. Solicita, como pretensión accesorio, que cese la amenaza que impida la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la Resolución Directoral N.º 136-97-MTC/15.18, del 27 de Junio de 1997, y la Resolución Directoral N.º 545-2000-MTC/15.18, del 3 de Abril del 2000.

Sustenta su demanda en que hasta mayo del año 2000 estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión, y que el emplazado expidió hasta el año 2001 Tarjetas de Circulación para ómnibus carrozados. Alega que por Resolución Directoral N.º 136-97-MTC/15.18, del 27 de Junio, y por Resolución Directoral N.º 545-2000-MTC/15.18, del 3 de Abril, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones le otorgó por diez años, respectivamente, la concesión de la ruta Lima-Tarma, y viceversa, y la concesión Lima-Huancayo, y viceversa, a fin de prestar el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, y que en virtud de dichas resoluciones, la Dirección General de Circulación

Terrestre expidió diversas Tarjetas de Circulación Vehicular. Sin embargo, en forma inexplicable, con la publicación en el diario oficial *El Peruano* del inconstitucional Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, se lesiona el principio de irretroactividad legal al “precisar” que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, cuando hasta antes de su entrada en vigencia no hubo norma expresa que lo prohibiera. Expresa, además, que la cuestionada disposición lesiona su derecho a la libertad de contratar, pues se afectan los contratos celebrados en su oportunidad –según las normas vigentes– de compra de vehículos con chasis de camión para carrozados, así como su derecho a la libertad de empresa que faculta para constituir e implementar empresas de acuerdo a las normas vigentes.

La entidad demandada no contesta la demanda interpuesta.

El Juzgado Mixto de Tarma, con fecha 26 de Mayo del 2005, declara fundada la demanda, fundamentalmente por considerar que la retroactividad se encuentra prohibida por la Constitución Política, situación que se presenta con el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, fundamentalmente por considerar que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida expresamente por el Artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, vigente desde el 20 de Mayo del 2002. Por otra parte, la norma cuya inaplicabilidad se solicita dispone en su Artículo 2º, precisar que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de Abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC que incluyó similar prohibición, no existiendo, por tanto, vulneración alguna de derechos constitucionales.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare inaplicable a la empresa recurrente el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero, por considerarlo violatorio de los derechos constitucionales de irretroactividad ante la Ley, libertad de empresa, libertad de contratación y libertad de trabajo consagrados en la Constitución. Asimismo y como pretensión accesorio, se solicita que cese la amenaza que impida la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la Resolución Directoral N.º 136-97-MTC/15.18 del 27 de Junio, y la Resolución Directoral N.º 545-2000-MTC/15.18, del 3 de Abril del 2000.

Reclamo constitucional y jurisprudencia precedente

2. De manera preliminar a la dilucidación de la controversia, considero pertinente puntualizar que sobre lo que resulta objeto del petitorio de la presente demanda, ya ha tenido el Tribunal Constitucional ocasión de pronunciarse con anterioridad en otro proceso constitucional de tutela de derechos. En efecto, aun cuando se trata en el presente caso de una demanda promovida por una empresa de transporte en particular, el presunto acto lesivo y los temas objeto de reclamo son sustancialmente los mismos que los ventilados en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 7320-2005-PA/TC (Caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.). Por consiguiente y existiendo una evidente identidad entre ambos petitorios, la presente sentencia, respetando las particularidades de cada caso, asumirá una línea de raciocinio sustancialmente similar a la expuesta en su momento.

El rol del Estado en la economía según la Constitución de 1993

3. En la STC N.º 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los roles del Estado frente a la economía, analizando al efecto el modelo económico consagrado por la Constitución, los principios constitucionales que informan el modelo económico –Estado social y democrático de derecho, dignidad de la persona humana, igualdad, economía social de mercado, libre iniciativa privada y actuación subsidiaria del Estado en la economía–, las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico –los derechos a la propiedad y a la libre contratación, las libertades de trabajo, de empresa, de comercio y de industria–, los derechos de los consumidores y los usuarios, la función vigilante, garantista y correctora del Estado, y el rol de los organismos reguladores.
4. Teniendo en cuenta que en la referida sentencia el modelo económico consagrado por la Carta de 1993 ha sido desarrollado en forma por demás extensa, no es nuestro objetivo reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, remitirnos a aquellas pautas de interpretación de los principios que inspiran nuestro régimen económico, y que resultan pertinentes para efectos de resolver la controversia de autos.

Consideraciones preliminares

5. De conformidad con los artículos 3 y 43 de la Constitución de 1993, el Estado peruano presenta las características del Estado Social y Democrático de Derecho, conforme a las cuales pretende conseguir la mayor efectividad de los principios y derechos básicos del Estado de Derecho –tales como libertad, seguridad, propiedad e igualdad ante la ley– dotándolos de una base y contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino que, por el contrario, guardan recíproca implicancia.
6. Así, la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere no sólo de la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos –lo que exige una relación directa de las posibilidades reales y objetivas del Estado con la activa participación de los ciudadanos en el quehacer estatal– sino además su identificación con los fines de su contenido social, a efectos de que pueda evaluar, tanto los contextos que justifiquen su accionar, como aquellos que justifiquen su abstención, evitando convertirse en un obstáculo para el desarrollo social.
7. Y es en tal contexto que, conforme al Artículo 58 de la Ley Fundamental, nuestro régimen económico se ejerce dentro de una economía social de mercado, la cual es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia y, por tanto, compatible con los fundamentos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho.
8. Igualmente pertinente resulta el delimitar algunos aspectos en torno al concepto constitucional de mercado, de acuerdo con lo dispuesto por los Artículos 58º, 65º y 84º de la Constitución.
9. En primer lugar, se debe poner en evidencia la íntima vinculación entre la economía y la democracia, por cuanto un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales; pero tampoco una economía –por más que sea eficiente– que desconozca los valores y principios constitucionales, y los derechos fundamentales, es compatible con un sistema democrático, toda vez que “confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo supone desconocer el valor y la esencia de la democracia”.
10. De ahí que sea necesario arribar a un concepto constitucional de mercado. Lo cual se justifica por cuanto este no puede ser entendido en términos puramente económicos sino también desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como un espacio social y cultural en el que la dignidad de la persona humana y su defensa –en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad (Artículo 1 de la Constitución)– no solo sea declarativamente respetada sino prácticamente realizada a través del mercado.
11. La perspectiva solamente económica del mercado constituye una negación de la persona humana, porque la única relación que cabe en un Estado social y democrático de Derecho,

es la de medio a fin, de aquel con respecto a esta. Ello es así por cuanto “el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano”.

12. De ahí que una perspectiva constitucional de mercado no puede soslayar determinados elementos constitucionales: (1) la persona humana y su dignidad, en la medida que esta no puede ser un objeto de los poderes públicos y privados; (2) las libertades económicas que la Comisión reconoce, pero ejercidas en armonía con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales; (3) el respeto de los derechos laborales dentro del marco constitucional y legal establecido, lo cual no es sino una manifestación del primer elemento mencionado, y (4) el respeto al medio ambiente, que es también una concretización de la responsabilidad social de las empresas.

El principio de subsidiariedad económica del Estado

13. Conforme a lo anotado precedentemente, y dado el carácter *social* del modelo económico consagrado por la Carta de 1993, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, sino que, como se explicará con posterioridad, también cumple una función supervisora y correctiva o reguladora. Sin embargo, ello no quiere decir, en modo alguno, que pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.
14. En efecto, conforme se desprende del Artículo 60º de la Constitución, el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, un límite a la actividad estatal (no puede el Estado participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado) y, de otro, el reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado.
15. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estableció que el Principio de Subsidiariedad tiene dos dimensiones: una vertical y otra horizontal. Conforme a la segunda de ellas, se impide que el Estado actúe en el ámbito que es propio de la sociedad civil, concepto que apoya la libertad de empresa y de mercado, y que sólo reserva al Estado la función de supervisor y corrector.
16. Ello es así, pues el fundamento del Principio de Subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo.
17. De este modo, la Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos.

La función reguladora del Estado

18. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenderse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

19. Así, vale reiterar lo establecido en el Fundamento N.º 35 de la STC N.º 0008-2003-AI/TC, en el sentido de que conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima “lealtad de las masas” (*Neoliberalismo y Estado. Op. cit.*, pp. 34-35).
20. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, cuyo tenor es que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado *orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de* promoción de empleo, salud, educación, seguridad, **servicios públicos** e *infraestructura*”. Dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado.
21. Por su parte, el Artículo 59º establece que “El Estado estimula la creación de riqueza y *garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas [...]*”.
22. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, el Estado también tiene una función orientadora, cuyo propósito es el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.
23. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características:
 - a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado, y c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.
24. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las “reglas de juego”, configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos.

Principio de protección al consumidor o usuario

25. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.
26. El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.
27. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor -independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio. En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento. El proveedor, por su parte, sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o

periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios.

28. La Constitución prescribe en su Artículo 65 la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia *tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios*. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, *apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario*, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.
29. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, *el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones* genéricas, a saber:
 - a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
 - b) *Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.*

Procedencia del amparo contra normas legales autoaplicativas

30. Se ha sostenido en la STC N.° 2308-2004-AA/TC que el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar *en abstracto* la validez constitucional de las normas con rango de ley.
31. De otro lado, también se ha establecido que una interpretación sistemática de los alcances de la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 200°, inciso 2), de la Constitución debe entenderse en el sentido de que no cabe, efectivamente, que mediante una demanda de amparo se cuestione una ley cuando el propósito de ésta sea cuestionar su validez en abstracto, habida cuenta de que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de Inconstitucionalidad o el Popular, cuyo objeto precisamente es preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado.
32. En la misma sentencia, también se advirtió la necesidad de distinguir entre lo que es propiamente un supuesto de amparo contra leyes, de lo que es, en rigor, un supuesto de amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley.
33. Así, en relación con el primero de ellos, la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una *norma operativa o denominada también de eficacia inmediata*, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia.
34. En tal caso, y siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino además porque, tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino mediante una

orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión.

35. Con relación al segundo supuesto, basado en la procedencia de procesos de amparo contra actos basados en la aplicación de una ley, se ha establecido que, en la medida en que se trata de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los criterios que se indican a continuación.
36. Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, ésta habrá de ser cierta y de inminente realización. Cierta, ha dicho el Tribunal, quiere decir, posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea también de “inminente realización”, el Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo, es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación; y, de otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizar actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
37. En el caso concreto, la actora cuestiona el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, el que, según alega, retrotrae al año 1995 la prohibición de utilizar ómnibus carrozados sobre chasis de camión, resultando por ende autoaplicativo, pues no se encuentra condicionado a la realización de algún tipo de acto.
38. Sin embargo, y si bien es cierto del tenor de la demanda se aprecia que la empresa recurrente cuestiona, en su totalidad, el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, fluye de autos que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicho decreto.
39. El artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece “Precísese que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida por el artículo 11 del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo del 2002”.
40. Por su parte, el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece “Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición”.
41. Respecto de la naturaleza de las normas impugnadas, este Tribunal concuerda con lo alegado por la recurrente, en la medida en que *se trata de normas operativas o denominadas también de eficacia inmediata*; esto es, aquellas que están dirigidas a destinatarios específicos y cuya aplicabilidad no se encuentra sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquieren su eficacia plena en el mismo momento en que entran en vigencia.

Delimitación del petitorio y análisis del caso concreto

42. Conforme a lo expuesto en el Fundamento N.º 33, *supra*, aun cuando del tenor de la demanda se aprecia que la empresa recurrente cuestiona el íntegro del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, de autos se advierte que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicha norma legal. Por

ende, y dada su evidente naturaleza autoaplicativa, es respecto de tales disposiciones que emitiré pronunciamiento de fondo.

La alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley

43. Al respecto, la recurrente alega que los artículos 1º y 2º del cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC vulneran el principio de irretroactividad de la ley, pues pretenden establecer una supuesta prohibición de la actividad de prestar servicios de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión desde el 16 de abril de 1995. Expresa que las normas vigentes en aquel entonces –Decretos Supremos N.ºs 05-95-MTC, 040-2001-MTC y 022-2002-MTC– así como los actos administrativos expedidos por el Itintec –hoy Indecopi–, la Sunarp y el propio Ministerio emplazado, destinados a expedir las Tarjetas de Circulación y la resolución de Concesión de Ruta, no establecían la prohibición expresa de dicha forma de prestación de servicios.
44. Conforme se aprecia de los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC –cuyo tenor ha sido consignado en los Fundamentos N.ºs 34 y 35, *supra*– tales dispositivos regulan dos supuestos relacionados con la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, a saber:
 - a/. De un lado, la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, la cual se encuentra prohibida por el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, vigente desde el 20 de mayo del 2002.
 - b/. Y, de otro, la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, la cual se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo N.º 05-95-MTC.
 - c/. Así, la recurrente cuestiona la fecha de prohibición del ejercicio de tales actividades, a partir de la remisión a otros dispositivos legales –de los años 1995 y 2002– tras considerar retroactiva la aplicación de los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.
45. Respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, conviene señalar que el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, su fecha 19 de mayo del 2002, estableció en forma expresa la prohibición del ejercicio de dicha actividad, impedimento que estuvo vigente a partir del 20 de mayo del año 2002.
46. En tal sentido, lo alegado por la recurrente –se está aplicando retroactivamente el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC– carece de sustento, toda vez que, conforme a lo expuesto, desde el 20 de mayo de 2002 estaba prohibida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros.
47. En cuanto a la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, cabe señalar que los incisos p) y u) del artículo 1º, el inciso a) del artículo 17º, el inciso b) del artículo 27º, el artículo 39º, así como el inciso b) del artículo 74º del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, vigente desde el 16 de abril de 1995, disponían que la prestación del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera sólo podría realizarse en aquellos ómnibus habilitados para tal efecto, estableciendo que se efectuaría mediante *un vehículo autopropulsado, diseñado y construido exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial*, y que debía tener un peso seco no menor de 8.500 k y un peso bruto vehicular superior a los 12.000 k.
48. Tales características constituían un presupuesto específico aplicable para el otorgamiento y ejercicio de todo tipo de concesión de rutas de transporte público interprovincial de

pasajeros desde el 16 de abril del año 1995, las que fueron recogidas en los mismos términos por la normatividad expedida con posterioridad al decreto supremo *in commento*.

49. En tal sentido, queda claro que, desde el 16 de abril del año 1995, fecha de entrada en vigencia del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros se efectuaba sólo mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para tal finalidad, mas no por vehículos ensamblados sobre chasis de camión. Por tal razón, lo alegado por la actora, respecto de una supuesta aplicación retroactiva del impugnado artículo 2º del decreto supremo, carece de sustento.
50. En efecto, los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC no son de carácter retroactivo, toda vez que las precisiones en ellos contenidas tienen sustento en los Decretos Supremos N.ºs 022-2002-MTC, del 19 de mayo de 2002, y 05-95-MTC, del 15 de abril de 1995, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto supremo materia de autos.
51. Consecuentemente y al no haberse acreditado la invocada afectación del principio de irretroactividad de la ley, tal extremo de la demanda debe ser desestimado.

La alegada violación del derecho a la libertad de contratar

52. La empresa demandante alega que se vulnera su derecho a la libertad de contratar, pues mediante una norma posterior se afectan contratos celebrados en su oportunidad acordes con las disposiciones vigentes; esto es, se afecta el contrato de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados, cuando antes eran actividades lícitas. De igual manera, se afecta su contrato de constitución cuyo objeto era dedicarse a la actividad de transporte sobre ómnibus carrozados, cuando la autoridad del estado peruano otorgaba las habilitaciones para prestar dicho servicio.
53. Consagrado en el inciso 14) del artículo 2º de la Constitución, el derecho a la libre contratación se concibe 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 *prima facie* garantiza:
 - ☐ Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante.
 - ☐ Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objetode regulación contractual.
54. Sobre el particular, estimo que los artículos 1º y 2º de la norma impugnada no tienen incidencia respecto de los contratos que en su oportunidad haya celebrado la recurrente, pues tales disposiciones no hacen sino reiterar las prohibiciones, de un lado, respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas; y, de otro, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión.
55. En efecto, lo alegado por la recurrente carece de sustento, en la medida en que las cuestionadas disposiciones no contienen referencia alguna respecto de la licitud, o ilicitud, de los contratos de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados.
56. En cuanto a la supuesta afectación del contrato de constitución de la empresa, importa señalar que de fojas 3 a 12 de los autos corre copia certificada del Testimonio de Escritura Pública, correspondiente a la actora, de la que se aprecia que su objeto social es, principalmente en el área de servicios, el transporte de pasajeros en automóviles, tanto en el servicio urbano como interprovincial, departamental y nacional, no habiéndose

establecido, en forma específica, las características –originales o carrozados sobre chasis de camión–que debían tener los vehículos destinados a la prestación del servicio.

57. Consecuentemente, y al no haberse acreditado la invocada afectación del derecho a la libre contratación, tal extremo de la demanda también debe ser desestimado.

La alegada violación del derecho a la libertad de empresa

58. Expresa la demandante que se lesiona su derecho a a libertad de empresa, por cuanto con una disposición posterior se le está prohibiendo continuar la actividad empresarial que comenzó a realizar de conformidad con las normas vigentes al momento de constituir su empresa, adquirir los vehículos y ofrecer el servicio de transporte.
59. Consagrado por el artículo 59° de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como la *facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios*. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, *dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce*.
60. Como ya ha sido explicado con anterioridad, los artículos 1° y 2° del decreto supremo materia de autos reiteran las prohibiciones anteriormente establecidas en el Decreto Supremo N.° 05-95-MTC, desde el 16 de abril de 1995, y en el Decreto Supremo N.° 022-2002-MTC, desde el 20 de mayo de 2002, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, respectivamente.
61. Sin embargo, y conforme se aprecia de la Escritura Pública anteriormente referida (fojas 3 y siguientes) la recurrente se constituyó como una sociedad anónima por escritura pública de fecha 23 de Diciembre de 1998, siendo su objeto social el área de servicios, el transporte de pasajeros en automóviles, tanto en el servicio urbano como interprovincial, departamental y nacional, rubro que a la fecha de su constitución sólo podía ser realizado mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para el transporte de pasajeros –mas no mediante ómnibus carrozados sobre chasis de camión–, actividad comercial que resultaba acorde con su objeto social, y que no se ha visto modificada por los impugnados artículos 1° y 2° del Decreto Supremo N.° 006-2004-MTC.
62. De otro lado, y como también ya ha sido anotado, las cuestionadas disposiciones tampoco prohíben la adquisición de ómnibus carrozados sobre chasis de camión, sino que restringen su utilización en la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros, así como la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión –que no es precisamente el objeto social de la empresa recurrente–.
63. Tales restricciones no suponen, además, la eliminación del marco jurídico-comercial de la actividad de ofrecer la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas, a la que se dedica la empresa recurrente, ya que puede continuar ofreciendo el servicio –en ómnibus diseñados y contruidos exclusivamente para tal efecto–, por lo que sus alegatos carecen de sustento.
64. Por tanto, no estando acreditada la invocada afectación del derecho a la libertad de empresa, tal extremo de la demanda también debe ser desestimado.

La alegada vulneración a la libertad de trabajo

65. Alega la recurrente que mediante la norma objeto de cuestionamiento también ha sido vulnerada su libertad de trabajo, por cuanto mediante una disposición posterior se le está prohibiendo a su empresa continuar con una actividad laboral que comenzó a realizar cuando adquirieron los vehículos y empezaron a ofrecer el servicio de transporte.
66. Aun cuando la demandante no es clara ni precisa las razones por las que supuestamente se habría visto vulnerada la mencionada libertad, limitándose a una simple enunciación carente de posterior fundamentación, este Colegiado considera preciso recordar que el citado atributo, a la luz de las previsiones establecidas por nuestra Constitución Política, puede ser entendido de dos maneras: a) Como derecho al trabajo o libertad positiva (Artículos 22° y 23°), b) Como libertad de trabajo *stricto sensu* o libertad negativa (Artículo 2°, inciso 15, y Artículo 59°).
67. Como derecho al trabajo o libertad positiva, la Constitución proclama no sólo el reconocimiento de una facultad sino la correlativa obligación del Estado de promover condiciones que favorezcan el empleo. Se trata, en rigor, de un auténtico derecho prestacional que, aunque desde luego faculta a su titular el poder ejercer su derecho al trabajo, impone al Estado la obligación de fomentar un contexto de condiciones que favorezcan la oferta laboral necesaria para el trabajador.
68. Como libertad de trabajo *stricto sensu* o libertad negativa, faculta al individuo, de un lado, para elegir libremente la actividad laboral en la que pretende desenvolverse y, de otro, para ejercer dicha actividad laboral de una manera que no resulte alterada o distorsionada, mediante cualquier tipo de conducta tendiente a obstaculizar o impedir su libre desenvolvimiento. Se trata, por tanto, de una facultad que depende del individuo, pero que a su vez debe ser garantizada por el Estado, fundamentalmente desde el punto de vista normativo.
69. El que se trate de la libertad de trabajo en su manifestación positiva o de la libertad de trabajo en su vertiente negativa, no es un derecho ilimitado, sino un atributo sujeto a determinadas condiciones normalmente establecidas en la ley de conformidad con la Constitución. En el presente caso, no se trata, como parece obvio deducirlo, de una discusión centrada en lo esencial en el ángulo positivo de la mencionada libertad sino y fundamentalmente en el aspecto negativo. La norma objeto de cuestionamiento establece restricciones a la libertad de trabajo y es ese el motivo por el que se le cuestiona.
70. *A contrario sensu* de lo sostenido por la demandante, no considero sin embargo que con la norma cuestionada se esté atentando contra la libertad de trabajo, pues es la propia Constitución la que se encarga de precisar que “Toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley” (Artículo 2°, inciso 15). Este criterio incluso se detalla de manera mucho más precisa cuando se reconoce que si bien “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo [...]”, el ejercicio de dicha libertad (como de otras complementarias) “[...] no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas” (Artículo 59°). Se trata, en otros términos, de una libertad decisivamente condicionada por otros bienes jurídicos de relevancia y, en particular, por un catálogo esencial de derechos que no puede ni debe ser ignorado.
71. Cuando la recurrente invoca la libertad de trabajo, pareciera omitir que tal derecho no es un atributo ilimitado o exento de restricciones sino que, como ocurre en el presente caso, necesita de una regulación que condicione sus eventuales excesos.

Alegatos finales de la empresa demandante

72. Al interponer el recurso de agravio constitucional, la recurrente manifiesta que las instancias precedentes han realizado una interpretación incorrecta, fundamentalmente del Decreto Supremo N.º 05-95-MTC y del Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, atentándose de este modo contra el principio de legalidad, que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe y contra el principio de reserva de ley, que condiciona la regulación de los derechos fundamentales sólo al ámbito de la ley.

73. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), al establecer que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.
74. Sobre esta base, en la STC N.º 0010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, también se ha establecido, en la STC N.º 2050-2002-AA/TC, “[...] que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador [...]”. (Fundamento Jurídico N.º 8).
75. En la misma STC N.º 2050-2002-AA/TC también se subrayó que “[...] no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta [...]”. El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.
76. En lo que al caso concreto se refiere, el artículo 2º del derogado Código de Tránsito y Seguridad Vial, Decreto Legislativo N.º 420, del 4 de mayo de 1987, vigente a la fecha de constitución de la empresa recurrente, establecía que **“El tránsito de personas, animales y vehículos en las vías de uso público es libre, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades competentes, para garantía y seguridad de los habitantes”**.
77. Asimismo, el artículo 78º de la misma norma disponía que **“No deben circular los vehículos cuyas características y condiciones atenten contra la seguridad de las personas, bienes y la propia carga que transportan”**; mientras que el artículo 79º precisaba que **“Todo vehículo de transporte de personas y de carga debe reunir las condiciones básicas de seguridad siguientes: a) Poseer parachoques delantero y posterior conforme a las disposiciones que establece el reglamento, o que su carrocería esté construida en función de la seguridad.**
78. Por su parte, la vigente Ley General de Transporte Terrestre N.º 27181, del 8 de octubre de 1999, dispone en su artículo 3º que “ La acción estatal en materia de transporte terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto; asimismo, el numeral 4.3 del artículo 4º, establece que *“El Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente”*.
79. Conforme se aprecia de la normatividad antes reseñada, en materia de regulación del transporte de pasajeros, el Estado cuenta con un mayor campo de actuación, dado que persigue la preservación de otros valores constitucionales, como lo son, en el caso concreto, el cuidado de la salud, integridad física y seguridad de los usuarios. Así fluye de todas aquellas disposiciones regulatorias del transporte terrestre de personas, cuyos objetivos constituyen un parámetro bajo el cual se regula su ejercicio.

80. En tal sentido, resulta válido que mediante normas de jerarquía inferior a la Ley General de Transporte se disponga de medidas que conduzcan o procuren la protección de tales objetivos, tanto más cuanto que dichas disposiciones tienden a optimizar los derechos a la seguridad e integridad física de los usuarios.
81. Así, las normas aludidas por la empresa recurrente en el Fundamento N.º 59, *supra*, no resultan violatorias del principio de legalidad, pues tanto el derogado Código de Tránsito y Seguridad Vial, como la vigente Ley General de Transporte Terrestre establecían, de modo suficientemente claro y preciso, no sólo el marco de actuación, sino también las características y condiciones básicas de seguridad que debían reunir aquellos vehículos destinados al transporte de pasajeros.

Consideraciones Finales : El compromiso del Estado con el derecho a la vida

82. Conforme a lo expuesto en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.
83. Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.
84. En anterior oportunidad –STC N.º 0318-1996-HC/TC– el Tribunal también ha señalado que la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales el derecho a la vida resulta ser de primerísimo orden e importancia, y se halla protegido inclusive a través de tratados sobre derechos humanos que obligan al Perú. Como es de verse, el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental; es, a decir de Enrique Bernal Ballesteros, el centro de todos los valores y el supuesto básico de la existencia de un orden mínimo en la sociedad (*La Constitución de 1993 – Análisis Comparado; Lima, ICS Editores, 2a. Edición, 1996, p. 88*).
85. En el caso *sub exámine*, en el que se cuestiona la actividad estatal en materia de transporte terrestre de personas, por haber expedido el cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, queda claro que, si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la persona está consagrada como un valor superior y, por ende, el Estado está obligado a protegerla, el cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida.
86. En tal sentido, si bien es cierto los individuos gozan de un amplio ámbito de libertad para actuar en el mercado, y también existe la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora, estimo que, ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa el servicio de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y los innumerables accidentes ocurridos, en materia de transporte el Estado dispone de un mayor campo de actuación, en la medida en que de por medio se encuentran otros valores constitucionales superiores como la seguridad, la integridad y, por último, el derecho a la vida misma, el cual resulta ser de primerísimo orden e importancia, pues es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental.

87. Así, en el caso traído a esta sede, queda absolutamente claro, y por ello es necesario reiterar, que no sólo no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, sino que, conforme a lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 8 a 19, *supra*, el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares –cuando la colectividad y los grupos sociales, a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención, no están en condiciones de hacerlo–, a fin de garantizar otros bienes constitucionales –en el caso, la integridad, seguridad y la vida misma– que pueden ponerse en riesgo –y de hecho, así ha sucedido– ante las imperfecciones del mercado, y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere. No debe perderse de vista, pues, que la actividad del Estado en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades e intereses de los usuarios, y procura el resguardo y cuidado de sus condiciones de seguridad y, por último, de la vida misma.
88. Y aunque ello no quiere decir, en modo alguno, que el Estado pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado, en principio, a los agentes económicos, es justamente en virtud de dicho postulado que, como consecuencia de la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, se constituyó, en el año 2003, una Comisión *ad hoc* encargada de estudiar y proponer alternativas viables para solucionar tal situación, la cual estuvo integrada por representantes del emplazado Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de las universidades Católica del Perú y Nacional de Ingeniería, del Senati, de los propios gremios de transportistas, y de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios.
89. Dicha Comisión determinó –según fluye de la parte considerativa del decreto supremo cuestionado– que la utilización de un chasis de camión para la fabricación de un ómnibus representa un alto riesgo para la seguridad en perjuicio de los usuarios del transporte y los propios transportistas, a lo que se agrega que no existe industria automotriz que apruebe, acepte y garantice un producto partiendo de la fabricación preconcebida para un uso distinto, coincidiendo además la mayoría de sus miembros en que tanto la prestación del servicio de transporte de pasajeros en este tipo de vehículos como la actividad industrial del carrozado de ómnibus en chasis originalmente destinado al transporte de mercancías se encuentran prohibidas por las normas vigentes. Por tales razones, se expidieron normas conducentes a viabilizar las recomendaciones de la Comisión, a fin de solucionar la problemática derivada de ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga sobre la base de las conclusiones a las que se arribó.
90. Así, precisamente el propio Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, su fecha 25 de febrero, dispuso el empadronamiento –previa inspección técnica estructural ante una entidad certificadora designada por la Dirección General de Circulación Terrestre– de aquellos vehículos carrozados sobre chasis de camión, los cuales podían permanecer en el servicio por el plazo recomendado en el Certificado de Inspección Técnica Estructural, el cual no podía exceder de un año.
91. El Estado, pues, no ha actuado ni arbitraria ni injustificadamente, sino que, por el contrario, ante la problemática presentada, que ponía en riesgo la seguridad de los usuarios, y las imperfecciones del mercado y de los agentes económicos, designó previamente una Comisión en la que incluso participaron los propios gremios de transportistas, dispuso la obligación de pasar una inspección técnica estructural, y otorgó un plazo prudencial para su permanencia en el servicio. Tal actuación justifica su intervención en la medida en que, por un lado, de por medio están otros valores constitucionales, y, por otro, su accionar en materia de transportes está orientado al resguardo de las condiciones de seguridad de los usuarios, razones, todas, por las cuales la demanda no puede ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI
BEAUMONT CALLIRGOS**

**EXP. N.º 1535-2006-PA/TC
JUNÍN
EMPRESA DE TRANSPORTES
TURISMO IMPERIAL S.A.**

VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Voto que formula el magistrado Alva Orlandini en el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A. contra la sentencia emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 195, su fecha 29 de diciembre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta.

1. Con fecha 6 de octubre del 2004, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero, por considerar que vulnera sus derechos constitucionales de irretroactividad de la Ley, libertad de empresa, libertad de contratación y libertad de trabajo consagrados en la Constitución. Solicita, como pretensión accesorio, que cese la amenaza que impida la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la Resolución Directoral N.º 136-97-MTC/15.18, del 27 de Junio de 1997, y la Resolución Directoral N.º 545-2000-MTC/15.18, del 3 de Abril del 2000.

Sustenta su demanda en que hasta mayo del año 2000 estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión, y que el emplazado expidió hasta el año 2001 Tarjetas de Circulación para ómnibus carrozados. Alega que por Resolución Directoral N.º 136-97-MTC/15.18, del 27 de Junio, y por Resolución Directoral N.º 545-2000-MTC/15.18, del 3 de Abril, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones le otorgó por diez años, respectivamente, la concesión de la ruta Lima-Tarma, y viceversa, y la concesión Lima-Huancayo, y viceversa, a fin de prestar el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, y que en virtud de dichas resoluciones, la Dirección General de Circulación Terrestre expidió diversas Tarjetas de Circulación Vehicular. Sin embargo, en forma inexplicable, con la publicación en el diario oficial *El Peruano* del inconstitucional Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, se lesiona el principio de irretroactividad legal al “precisar” que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, cuando hasta antes de su entrada en vigencia no hubo norma expresa que lo prohibiera. Expresa, además, que la cuestionada disposición lesiona su derecho a la libertad de contratar, pues se afectan los contratos celebrados en su oportunidad –según las normas vigentes– de compra de vehículos con chasis de camión para carrozados, así como su derecho a la libertad de empresa que faculta para constituir e implementar empresas de acuerdo a las normas vigentes.

2. La entidad demandada no contesta la demanda interpuesta.
3. El Juzgado Mixto de Tarma, con fecha 26 de Mayo del 2005, declara fundada la demanda, fundamentalmente por considerar que la retroactividad se encuentra prohibida por la Constitución Política, situación que se presenta con el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.
4. La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, fundamentalmente por considerar que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida expresamente por el Artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, vigente desde el 20 de Mayo del 2002. Por otra parte, la norma cuya inaplicabilidad se solicita dispone en su Artículo 2º, precisar que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de Abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC que incluyó similar prohibición, no existiendo, por tanto, vulneración alguna de derechos constitucionales.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

13. Conforme aparece del petitorio de la demanda el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare inaplicable a la empresa recurrente el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero, por considerarlo violatorio de los derechos constitucionales de irretroactividad ante la Ley, libertad de empresa, libertad de contratación y libertad de trabajo consagrados en la Constitución. Asimismo y como pretensión accesorio, se solicita que cese la amenaza que impida la prestación del servicio de transporte terrestre interprovincial de personas en las rutas autorizadas por la Resolución Directoral N.º 136-97-MTC/15.18 del 27 de Junio, y la Resolución Directoral N.º 545-2000-MTC/15.18, del 3 de Abril del 2000.

Reclamo constitucional y jurisprudencia precedente

14. De manera preliminar a la dilucidación de la controversia, considero pertinente puntualizar que sobre lo que resulta objeto del petitorio de la presente demanda, ya ha tenido el Tribunal Constitucional ocasión de pronunciarse con anterioridad en otro proceso constitucional de tutela de derechos. En efecto, aun cuando se trata en el presente caso de una demanda promovida por una empresa de transporte en particular, el presunto acto lesivo y los temas objeto de reclamo son sustancialmente los mismos que los ventilados en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 7320-2005-PA/TC (Caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.). Por consiguiente y existiendo una evidente identidad entre ambos petitorios, la presente sentencia, respetando las particularidades de cada caso, asumirá una línea de raciocinio sustancialmente similar a la expuesta en su momento.

El rol del Estado en la economía según la Constitución de 1993

15. En la STC N.º 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los roles del Estado frente a la economía, analizando al efecto el modelo económico consagrado por la Constitución, los principios constitucionales que informan el modelo económico –Estado social y democrático de derecho, dignidad de la persona humana, igualdad, economía social de mercado, libre iniciativa privada y actuación subsidiaria del Estado en la economía–, las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico –los derechos a la propiedad y a la libre contratación, las libertades de trabajo, de empresa, de comercio y de industria–, los derechos de los consumidores y los usuarios, la función vigilante, garantista y correctora del Estado, y el rol de los organismos reguladores.
16. Teniendo en cuenta que en la referida sentencia el modelo económico consagrado por la Carta de 1993 ha sido desarrollado en forma por demás extensa, no es nuestro objetivo reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, remitirnos a aquellas pautas de interpretación de los principios que inspiran nuestro régimen económico, y que resultan pertinentes para efectos de resolver la controversia de autos.

Consideraciones preliminares

17. De conformidad con los artículos 3 y 43 de la Constitución de 1993, el Estado peruano presenta las características del Estado Social y Democrático de Derecho, conforme a las cuales pretende conseguir la mayor efectividad de los principios y derechos básicos del Estado de Derecho –tales como libertad, seguridad, propiedad e igualdad ante la ley– dotándolos de una base y contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino que, por el contrario, guardan recíproca implicancia.
18. Así, la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere no sólo de la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos –lo que exige una relación directa de las posibilidades reales y objetivas del Estado con la activa participación de los ciudadanos en el quehacer estatal– sino además su identificación con los fines de su contenido social, a efectos de que pueda evaluar, tanto los contextos que justifiquen su

- accionar, como aquellos que justifiquen su abstención, evitando convertirse en un obstáculo para el desarrollo social.
19. Y es en tal contexto que, conforme al Artículo 58 de la Ley Fundamental, nuestro régimen económico se ejerce dentro de una economía social de mercado, la cual es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia y, por tanto, compatible con los fundamentos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho.
 20. Igualmente pertinente resulta el delimitar algunos aspectos en torno al concepto constitucional de mercado, de acuerdo con lo dispuesto por los Artículos 58°, 65° y 84° de la Constitución.
 21. En primer lugar, se debe poner en evidencia la íntima vinculación entre la economía y la democracia, por cuanto un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales; pero tampoco una economía –por más que sea eficiente– que desconozca los valores y principios constitucionales, y los derechos fundamentales, es compatible con un sistema democrático, toda vez que “confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo supone desconocer el valor y la esencia de la democracia”.
 22. De ahí que sea necesario arribar a un concepto constitucional de mercado. Lo cual se justifica por cuanto este no puede ser entendido en términos puramente económicos sino también desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como un espacio social y cultural en el que la dignidad de la persona humana y su defensa –en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad (Artículo 1 de la Constitución)– no solo sea declarativamente respetada sino prácticamente realizada a través del mercado.
 23. La perspectiva solamente económica del mercado constituye una negación de la persona humana, porque la única relación que cabe en un Estado social y democrático de Derecho, es la de medio a fin, de aquel con respecto a esta. Ello es así por cuanto “el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano”.
 24. De ahí que una perspectiva constitucional de mercado no puede soslayar determinados elementos constitucionales: (1) la persona humana y su dignidad, en la medida que esta no puede ser un objeto de los poderes públicos y privados; (2) las libertades económicas que la Comisión reconoce, pero ejercidas en armonía con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales; (3) el respeto de los derechos laborales dentro del marco constitucional y legal establecido, lo cual no es sino una manifestación del primer elemento mencionado, y (4) el respeto al medio ambiente, que es también una concretización de la responsabilidad social de las empresas.

El principio de subsidiariedad económica del Estado

92. Conforme a lo anotado precedentemente, y dado el carácter *social* del modelo económico consagrado por la Carta de 1993, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, sino que, como se explicará con posterioridad, también cumple una función supervisora y correctiva o reguladora. Sin embargo, ello no quiere decir, en modo alguno, que pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.
93. En efecto, conforme se desprende del Artículo 60° de la Constitución, el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, un límite a la actividad estatal (no puede el Estado participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado) y, de otro, el reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado.

94. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estableció que el Principio de Subsidiariedad tiene dos dimensiones: una vertical y otra horizontal. Conforme a la segunda de ellas, se impide que el Estado actúe en el ámbito que es propio de la sociedad civil, concepto que apoya la libertad de empresa y de mercado, y que sólo reserva al Estado la función de supervisor y corrector.
95. Ello es así, pues el fundamento del Principio de Subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo.
96. De este modo, la Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos.

La función reguladora del Estado

97. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.
98. Así, vale reiterar lo establecido en el Fundamento N.º 35 de la STC N.º 0008-2003-AI/TC, en el sentido de que conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima “lealtad de las masas” (*Neoliberalismo y Estado. Op. cit.*, pp. 34-35).
99. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, cuyo tenor es que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado *orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de* promoción de empleo, salud, educación, seguridad, **servicios públicos** e infraestructura”. Dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado.
100. Por su parte, el Artículo 59º establece que “El Estado estimula la creación de riqueza y *garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas [...]*”.
101. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, el Estado también tiene una función orientadora, cuyo propósito es el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.
102. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características:
 - a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y

absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado, y c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

103. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos.

Principio de protección al consumidor o usuario

104. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.
105. El consumidor —o usuario— es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.
106. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor -independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio. En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento. El proveedor, por su parte, sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios.
107. La Constitución prescribe en su Artículo 65 la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia *tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios*. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, *apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario*, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.
108. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, *el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas*, a saber:
- a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
 - b) *Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.*

Procedencia del amparo contra normas legales autoaplicativas

109. Se ha sostenido en la STC N.º 2308-2004-AA/TC que el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar *en abstracto* la validez constitucional de las normas con rango de ley.
110. De otro lado, también se ha establecido que una interpretación sistemática de los alcances de la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 200º, inciso 2), de la Constitución debe entenderse en el sentido de que no cabe, efectivamente, que mediante una demanda de amparo se cuestione una ley cuando el propósito de ésta sea cuestionar su validez en abstracto, habida cuenta de que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de Inconstitucionalidad o el Popular, cuyo objeto precisamente es preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado.
111. En la misma sentencia, también se advirtió la necesidad de distinguir entre lo que es propiamente un supuesto de amparo contra leyes, de lo que es, en rigor, un supuesto de amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley.
112. Así, en relación con el primero de ellos, la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una *norma operativa o denominada también de eficacia inmediata*, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia.
113. En tal caso, y siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200º de la Constitución Política del Estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino además porque, tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino mediante una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión.
114. Con relación al segundo supuesto, basado en la procedencia de procesos de amparo contra actos basados en la aplicación de una ley, se ha establecido que, en la medida en que se trata de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los criterios que se indican a continuación.
115. Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, ésta habrá de ser cierta y de inminente realización. Cierta, ha dicho el Tribunal, quiere decir, posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea también de “inminente realización”, el Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo, es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación; y, de otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizar actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
116. En el caso concreto, la actora cuestiona el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, el que, según alega, retrotrae al año 1995 la prohibición de utilizar ómnibus carrozados

sobre chasis de camión, resultando por ende autoaplicativo, pues no se encuentra condicionado a la realización de algún tipo de acto.

117. Sin embargo, y si bien es cierto del tenor de la demanda se aprecia que la empresa recurrente cuestiona, en su totalidad, el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, fluye de autos que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicho decreto.
118. El artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece “Precísese que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida por el artículo 11 del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo del 2002”.
119. Por su parte, el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece “Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición”.
120. Respecto de la naturaleza de las normas impugnadas, este Tribunal concuerda con lo alegado por la recurrente, en la medida en que *se trata de normas operativas o denominadas también de eficacia inmediata*; esto es, aquellas que están dirigidas a destinatarios específicos y cuya aplicabilidad no se encuentra sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquieren su eficacia plena en el mismo momento en que entran en vigencia.

Delimitación del petitorio y análisis del caso concreto

121. Conforme a lo expuesto en el Fundamento N.º 33, *supra*, aun cuando del tenor de la demanda se aprecia que la empresa recurrente cuestiona el íntegro del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, de autos se advierte que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicha norma legal. Por ende, y dada su evidente naturaleza autoaplicativa, es respecto de tales disposiciones que emitiré pronunciamiento de fondo.

La alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley

122. Al respecto, la recurrente alega que los artículos 1º y 2º del cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC vulneran el principio de irretroactividad de la ley, pues pretenden establecer una supuesta prohibición de la actividad de prestar servicios de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión desde el 16 de abril de 1995. Expresa que las normas vigentes en aquel entonces –Decretos Supremos N.ºs 05-95-MTC, 040-2001-MTC y 022-2002-MTC– así como los actos administrativos expedidos por el Itintec –hoy Indecopi–, la Sunarp y el propio Ministerio emplazado, destinados a expedir las Tarjetas de Circulación y la resolución de Concesión de Ruta, no establecían la prohibición expresa de dicha forma de prestación de servicios.
123. Conforme se aprecia de los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC –cuyo tenor ha sido consignado en los Fundamentos N.ºs 34 y 35, *supra*– tales dispositivos regulan dos supuestos relacionados con la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, a saber:
 - a/. De un lado, la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de

pasajeros, la cual se encuentra prohibida por el artículo 11° del Decreto Supremo N° 022-2002-MTC, vigente desde el 20 de mayo del 2002.

- b/. Y, de otro, la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, la cual se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo N° 05-95-MTC.
- c/. Así, la recurrente cuestiona la fecha de prohibición del ejercicio de tales actividades, a partir de la remisión a otros dispositivos legales –de los años 1995 y 2002– tras considerar retroactiva la aplicación de los impugnados artículos 1° y 2° del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.
124. Respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, conviene señalar que el artículo 11° del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, su fecha 19 de mayo del 2002, estableció en forma expresa la prohibición del ejercicio de dicha actividad, impedimento que estuvo vigente a partir del 20 de mayo del año 2002.
125. En tal sentido, lo alegado por la recurrente –se está aplicando retroactivamente el artículo 1° del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC– carece de sustento, toda vez que, conforme a lo expuesto, desde el 20 de mayo de 2002 estaba prohibida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros.
126. En cuanto a la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, cabe señalar que los incisos p) y u) del artículo 1°, el inciso a) del artículo 17°, el inciso b) del artículo 27°, el artículo 39°, así como el inciso b) del artículo 74° del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, vigente desde el 16 de abril de 1995, disponían que la prestación del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera sólo podría realizarse en aquellos ómnibus habilitados para tal efecto, estableciendo que se efectuaría mediante *un vehículo autopropulsado, diseñado y construido exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial*, y que debía tener un peso seco no menor de 8.500 k y un peso bruto vehicular superior a los 12.000 k.
127. Tales características constituían un presupuesto específico aplicable para el otorgamiento y ejercicio de todo tipo de concesión de rutas de transporte público interprovincial de pasajeros desde el 16 de abril del año 1995, las que fueron recogidas en los mismos términos por la normatividad expedida con posterioridad al decreto supremo *in commento*.
128. En tal sentido, queda claro que, desde el 16 de abril del año 1995, fecha de entrada en vigencia del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros se efectuaba sólo mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para tal finalidad, mas no por vehículos ensamblados sobre chasis de camión. Por tal razón, lo alegado por la actora, respecto de una supuesta aplicación retroactiva del impugnado artículo 2° del decreto supremo, carece de sustento.
129. En efecto, los impugnados artículos 1° y 2° del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC no son de carácter retroactivo, toda vez que las precisiones en ellos contenidas tienen sustento en los Decretos Supremos N.ºs 022-2002-MTC, del 19 de mayo de 2002, y 05-95-MTC, del 15 de abril de 1995, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto supremo materia de autos.
130. Consecuentemente y al no haberse acreditado la invocada afectación del principio de irretroactividad de la ley, tal extremo de la demanda debe ser desestimado.

La alegada violación del derecho a la libertad de contratar

131. La empresa demandante alega que se vulnera su derecho a la libertad de contratar, pues mediante una norma posterior se afectan contratos celebrados en su oportunidad acordes con las disposiciones vigentes; esto es, se afecta el contrato de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados, cuando antes eran actividades lícitas. De igual manera, se afecta su contrato de constitución cuyo objeto era dedicarse a la actividad de transporte sobre ómnibus carrozados, cuando la autoridad del estado peruano otorgaba las habilitaciones para prestar dicho servicio.
132. Consagrado en el inciso 14) del artículo 2º de la Constitución, el derecho a la libre contratación se concibe 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 *prima facie* garantiza:
 - ☐ Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al coplebrante.
 - ☐ Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objetode regulación contractual.
133. Sobre el particular, estimo que los artículos 1º y 2º de la norma impugnada no tienen incidencia respecto de los contratos que en su oportunidad haya celebrado la recurrente, pues tales disposiciones no hacen sino reiterar las prohibiciones, de un lado, respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas; y, de otro, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión.
134. En efecto, lo alegado por la recurrente carece de sustento, en la medida en que las cuestionadas disposiciones no contienen referencia alguna respecto de la licitud, o ilicitud, de los contratos de compra de vehículos adquiridos con chasis de camión para carrozados.
135. En cuanto a la supuesta afectación del contrato de constitución de la empresa, importa señalar que de fojas 3 a 12 de los autos corre copia certificada del Testimonio de Escritura Pública, correspondiente a la actora, de la que se aprecia que su objeto social es, principalmente en el área de servicios, el transporte de pasajeros en automóviles, tanto en el servicio urbano como interprovincial, departamental y nacional, no habiéndose establecido, en forma específica, las características – originales o carrozados sobre chasis de camión–que debían tener los vehículos destinados a la prestación del servicio.
136. Consecuentemente, y al no haberse acreditado la invocada afectación del derecho a la libre contratación, tal extremo de la demanda también debe ser desestimado.

La alegada violación del derecho a la libertad de empresa

137. Expresa la demandante que se lesiona su derecho a a libertad de empresa, por cuanto con una disposición posterior se le está prohibiendo continuar la actividad empresarial que comenzó a realizar de conformidad con las normas vigentes al momento de constituir su empresa, adquirir los vehículos y ofrecer el servicio de transporte.
138. Consagrado por el artículo 59º de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como la *facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios*. La libertad de empresa tiene

como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, *dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-*, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce.

139. Como ya ha sido explicado con anterioridad, los artículos 1º y 2º del decreto supremo materia de autos reiteran las prohibiciones anteriormente establecidas en el Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, desde el 16 de abril de 1995, y en el Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, desde el 20 de mayo de 2002, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, respectivamente.
140. Sin embargo, y conforme se aprecia de la Escritura Pública anteriormente referida (fojas 3 y siguientes) la recurrente se constituyó como una sociedad anónima por escritura pública de fecha 23 de Diciembre de 1998, siendo su objeto social el área de servicios, el transporte de pasajeros en automóviles, tanto en el servicio urbano como interprovincial, departamental y nacional, rubro que a la fecha de su constitución sólo podía ser realizado mediante vehículos diseñados y construidos exclusivamente para el transporte de pasajeros –mas no mediante ómnibus carrozados sobre chasis de camión–, actividad comercial que resultaba acorde con su objeto social, y que no se ha visto modificada por los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.
141. De otro lado, y como también ya ha sido anotado, las cuestionadas disposiciones tampoco prohíben la adquisición de ómnibus carrozados sobre chasis de camión, sino que restringen su utilización en la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros, así como la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión –que no es precisamente el objeto social de la empresa recurrente–.
142. Tales restricciones no suponen, además, la eliminación del marco jurídico-comercial de la actividad de ofrecer la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas, a la que se dedica la empresa recurrente, ya que puede continuar ofreciendo el servicio –en ómnibus diseñados y construidos exclusivamente para tal efecto–, por lo que sus alegatos carecen de sustento.
143. Por tanto, no estando acreditada la invocada afectación del derecho a la libertad de empresa, tal extremo de la demanda también debe ser desestimado.

La alegada vulneración a la libertad de trabajo

144. Alega la recurrente que mediante la norma objeto de cuestionamiento también ha sido vulnerada su libertad de trabajo, por cuanto mediante una disposición posterior se le está prohibiendo a su empresa continuar con una actividad laboral que comenzó a realizar cuando adquirieron los vehículos y empezaron a ofrecer el servicio de transporte.
145. Aun cuando la demandante no es clara ni precisa las razones por las que supuestamente se habría visto vulnerada la mencionada libertad, limitándose a una simple enunciación carente de posterior fundamentación, este Colegiado considera preciso recordar que el citado atributo, a la luz de las previsiones establecidas por nuestra Constitución Política, puede ser entendido de dos maneras: a) Como derecho al trabajo o libertad positiva (Artículos 22º y 23º), b) Como libertad de trabajo *stricto sensu* o libertad negativa (Artículo 2º, inciso 15, y Artículo 59º).

146. Como derecho al trabajo o libertad positiva, la Constitución proclama no sólo el reconocimiento de una facultad sino la correlativa obligación del Estado de promover condiciones que favorezcan el empleo. Se trata, en rigor, de un auténtico derecho prestacional que, aunque desde luego faculta a su titular el poder ejercer su derecho al trabajo, impone al Estado la obligación de fomentar un contexto de condiciones que favorezcan la oferta laboral necesaria para el trabajador.
147. Como libertad de trabajo *stricto sensu* o libertad negativa, faculta al individuo, de un lado, para elegir libremente la actividad laboral en la que pretende desenvolverse y, de otro, para ejercer dicha actividad laboral de una manera que no resulte alterada o distorsionada, mediante cualquier tipo de conducta tendiente a obstaculizar o impedir su libre desenvolvimiento. Se trata, por tanto, de una facultad que depende del individuo, pero que a su vez debe ser garantizada por el Estado, fundamentalmente desde el punto de vista normativo.
148. El que se trate de la libertad de trabajo en su manifestación positiva o de la libertad de trabajo en su vertiente negativa, no es un derecho ilimitado, sino un atributo sujeto a determinadas condiciones normalmente establecidas en la ley de conformidad con la Constitución. En el presente caso, no se trata, como parece obvio deducirlo, de una discusión centrada en lo esencial en el ángulo positivo de la mencionada libertad sino y fundamentalmente en el aspecto negativo. La norma objeto de cuestionamiento establece restricciones a la libertad de trabajo y es ese el motivo por el que se le cuestiona.
149. *A contrario sensu* de lo sostenido por la demandante, no considero sin embargo que con la norma cuestionada se esté atentando contra la libertad de trabajo, pues es la propia Constitución la que se encarga de precisar que “Toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley” (Artículo 2º, inciso 15). Este criterio incluso se detalla de manera mucho más precisa cuando se reconoce que si bien “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo [...]”, el ejercicio de dicha libertad (como de otras complementarias) “[...] no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas” (Artículo 59º). Se trata, en otros términos, de una libertad decisivamente condicionada por otros bienes jurídicos de relevancia y, en particular, por un catálogo esencial de derechos que no puede ni debe ser ignorado.
150. Cuando la recurrente invoca la libertad de trabajo, pareciera omitir que tal derecho no es un atributo ilimitado o exento de restricciones sino que, como ocurre en el presente caso, necesita de una regulación que condicione sus eventuales excesos.

Alegatos finales de la empresa demandante

151. Al interponer el recurso de agravio constitucional, la recurrente manifiesta que las instancias precedentes han realizado una interpretación incorrecta, fundamentalmente del Decreto Supremo N.º 05-95-MTC y del Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, atentándose de este modo contra el principio de legalidad, que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe y contra el principio de reserva de ley, que condiciona la regulación de los derechos fundamentales sólo al ámbito de la ley.
152. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), al establecer que “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.
153. Sobre esta base, en la STC N.º 0010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los

delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, también se ha establecido, en la STC N.º 2050-2002-AA/TC, “[...] que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador [...]”. (Fundamento Jurídico N.º 8).

154. En la misma STC N.º 2050-2002-AA/TC también se subrayó que “[...] no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta [...]”. El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.
155. En lo que al caso concreto se refiere, el artículo 2º del derogado Código de Tránsito y Seguridad Vial, Decreto Legislativo N.º 420, del 4 de mayo de 1987, vigente a la fecha de constitución de la empresa recurrente, establecía que **“El tránsito de personas, animales y vehículos en las vías de uso público es libre, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades competentes, para garantía y seguridad de los habitantes”**.
156. Asimismo, el artículo 78º de la misma norma disponía que **“No deben circular los vehículos cuyas características y condiciones atenten contra la seguridad de las personas, bienes y la propia carga que transportan”**; mientras que el artículo 79º precisaba que **“Todo vehículo de transporte de personas y de carga debe reunir las condiciones básicas de seguridad siguientes: a) Poseer parachoques delantero y posterior conforme a las disposiciones que establece el reglamento, o que su carrocería esté construida en función de la seguridad**.
157. Por su parte, la vigente Ley General de Transporte Terrestre N.º 27181, del 8 de octubre de 1999, dispone en su artículo 3º que “ La acción estatal en materia de transporte terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto; asimismo, el numeral 4.3 del artículo 4º, establece que *“El Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente”*.
158. Conforme se aprecia de la normatividad antes reseñada, en materia de regulación del transporte de pasajeros, el Estado cuenta con un mayor campo de actuación, dado que persigue la preservación de otros valores constitucionales, como lo son, en el caso concreto, el cuidado de la salud, integridad física y seguridad de los usuarios. Así fluye de todas aquellas disposiciones regulatorias del transporte terrestre de personas, cuyos objetivos constituyen un parámetro bajo el cual se regula su ejercicio.
159. En tal sentido, resulta válido que mediante normas de jerarquía inferior a la Ley General de Transporte se disponga de medidas que conduzcan o procuren la protección de tales objetivos, tanto más cuanto que dichas disposiciones tienden a optimizar los derechos a la seguridad e integridad física de los usuarios.
160. Así, las normas aludidas por la empresa recurrente en el Fundamento N.º 59, *supra*, no resultan violatorias del principio de legalidad, pues tanto el derogado Código de Tránsito y Seguridad Vial, como la vigente Ley General de Transporte Terrestre

establecían, de modo suficientemente claro y preciso, no sólo el marco de actuación, sino también las características y condiciones básicas de seguridad que debían reunir aquellos vehículos destinados al transporte de pasajeros.

Consideraciones Finales : El compromiso del Estado con el derecho a la vida

161. Conforme a lo expuesto en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.
162. Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.
163. En anterior oportunidad –STC N.º 0318-1996-HC/TC– el Tribunal también ha señalado que la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales el derecho a la vida resulta ser de primerísimo orden e importancia, y se halla protegido inclusive a través de tratados sobre derechos humanos que obligan al Perú. Como es de verse, el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental; es, a decir de Enrique Bernalles Ballesteros, el centro de todos los valores y el supuesto básico de la existencia de un orden mínimo en la sociedad (*La Constitución de 1993 – Análisis Comparado*; Lima, ICS Editores, 2a. Edición, 1996, p. 88).
164. En el caso *sub examine*, en el que se cuestiona la actividad estatal en materia de transporte terrestre de personas, por haber expedido el cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, queda claro que, si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la persona está consagrada como un valor superior y, por ende, el Estado está obligado a protegerla, el cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida.
165. En tal sentido, si bien es cierto los individuos gozan de un amplio ámbito de libertad para actuar en el mercado, y también existe la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora, estimo que, ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa el servicio de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y los innumerables accidentes ocurridos, en materia de transporte el Estado dispone de un mayor campo de actuación, en la medida en que de por medio se encuentran otros valores constitucionales superiores como la seguridad, la integridad y, por último, el derecho a la vida misma, el cual resulta ser de primerísimo orden e importancia, pues es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental.
166. Así, en el caso traído a esta sede, queda absolutamente claro, y por ello es necesario reiterar, que no sólo no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, sino que, conforme a lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 8 a 19, *supra*, el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica

de los particulares –cuando la colectividad y los grupos sociales, a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención, no están en condiciones de hacerlo–, a fin de garantizar otros bienes constitucionales –en el caso, la integridad, seguridad y la vida misma– que pueden ponerse en riesgo –y de hecho, así ha sucedido– ante las imperfecciones del mercado, y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere. No debe perderse de vista, pues, que la actividad del Estado en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades e intereses de los usuarios, y procura el resguardo y cuidado de sus condiciones de seguridad y, por último, de la vida misma.

167. Y aunque ello no quiere decir, en modo alguno, que el Estado pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado, en principio, a los agentes económicos, es justamente en virtud de dicho postulado que, como consecuencia de la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, se constituyó, en el año 2003, una Comisión *ad hoc* encargada de estudiar y proponer alternativas viables para solucionar tal situación, la cual estuvo integrada por representantes del emplazado Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de las universidades Católica del Perú y Nacional de Ingeniería, del Senati, de los propios gremios de transportistas, y de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios.
168. Dicha Comisión determinó –según fluye de la parte considerativa del decreto supremo cuestionado– que la utilización de un chasis de camión para la fabricación de un ómnibus representa un alto riesgo para la seguridad en perjuicio de los usuarios del transporte y los propios transportistas, a lo que se agrega que no existe industria automotriz que apruebe, acepte y garantice un producto partiendo de la fabricación preconcebida para un uso distinto, coincidiendo además la mayoría de sus miembros en que tanto la prestación del servicio de transporte de pasajeros en este tipo de vehículos como la actividad industrial del carrozado de ómnibus en chasis originalmente destinado al transporte de mercancías se encuentran prohibidas por las normas vigentes. Por tales razones, se expidieron normas conducentes a viabilizar las recomendaciones de la Comisión, a fin de solucionar la problemática derivada de ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga sobre la base de las conclusiones a las que se arribó.
169. Así, precisamente el propio Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, su fecha 25 de febrero, dispuso el empadronamiento –previa inspección técnica estructural ante una entidad certificadora designada por la Dirección General de Circulación Terrestre– de aquellos vehículos carrozados sobre chasis de camión, los cuales podían permanecer en el servicio por el plazo recomendado en el Certificado de Inspección Técnica Estructural, el cual no podía exceder de un año.
170. El Estado, pues, no ha actuado ni arbitraria ni injustificadamente, sino que, por el contrario, ante la problemática presentada, que ponía en riesgo la seguridad de los usuarios, y las imperfecciones del mercado y de los agentes económicos, designó previamente una Comisión en la que incluso participaron los propios gremios de transportistas, dispuso la obligación de pasar una inspección técnica estructural, y otorgó un plazo prudencial para su permanencia en el servicio. Tal actuación justifica su intervención en la medida en que, por un lado, de por medio están otros valores constitucionales, y, por otro, su accionar en materia de transportes está orientado al resguardo de las condiciones de seguridad de los usuarios, razones, todas, por las cuales la demanda no puede ser estimada.

Por estos fundamentos, se debe declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

S.

ALVA ORLANDINI

EXP. N.º 1963-2006-PA/TC

PIURA

FERRETERÍA

SALVADOR S.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 5 de diciembre del 2006, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contra la Resolución de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 1104, su fecha 30 de diciembre de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 5 de abril de 2005, Ferretería Salvador S.R.L. interpone demanda de amparo solicitando que se deje sin efecto la Resolución N.º 0256-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 4 de marzo de 2005, por cuanto vulnera sus derechos constitucionales relativos al debido proceso, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libre contratación. Precisa que el proceso de amparo, en acumulación originaria y subjetiva de personas prevista en el artículo 83º del Código Procesal Civil, deberá entenderse con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), como ente emisor de la Resolución cuestionada; con Depósito Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos E.I.R.L., Comercial Quiroga S.R.L, como empresas denunciantes en el procedimiento administrativo; y con Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO S.R.L.), en calidad de empresa denunciada en el procedimiento administrativo.

Explica que la Resolución en cuestión, expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, al declarar fundada la denuncia por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas por parte de Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L (DINO S.R.L.) y ordenar “el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado(…)” implica dejar sin efecto los contratos de Representación Comercial que DINO S.R.L. ha celebrado con Ferretería Salvador S.R.L., traduciéndose ello en un atentado contra los derechos constitucionales que alega. Asimismo, sostiene que INDECOPI no emplazó a Ferretería Salvador S.R.L., a pesar de constituirse en una de las principales afectadas por la Resolución de última instancia administrativa, por ser una de las partes del referido contrato de Representación Comercial, ordenando que se dejara sin efecto; y

que, en consecuencia, se habrían violado los derechos de defensa y al debido proceso administrativo.

Solicita que en el presente caso se imponga el pago de costas y costos conforme al artículo 56º del Código Procesal Constitucional.

Contestación de la Demanda

Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contesta la demanda indicando que las cláusulas contenidas en el contrato celebrado con la recurrente se han acordado en estricto uso de la autonomía privada de la voluntad. Asimismo, manifiesta que efectivamente Ferretería Salvador no fue citada al procedimiento administrativo.

Por su parte, Santa Beatriz S.R.L. propone la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva. Asimismo, INDECOPI y Santa Beatriz S.R.L. contradicen la demanda en todos sus extremos, solicitando que sea declarada infundada debido a que no se afectaron sus derechos constitucionales porque (i) a la fecha de interposición de la denuncia, Ferretería Salvador S.R.L. no había contratado con Distribuidora del Norte Pacasmayo S.R.L., por lo que el contrato suscrito por la empresa no fue materia del procedimiento en el que se dictó la Resolución de autos, y (ii) los contratos objeto de denuncia ante INDECOPI efectivamente resultaría afectados por la Resolución N.º 0256-2005/TDC-INDECOPI, siendo que tal afectación está justificada en la defensa del bien jurídico competencia, el cual tiene reconocimiento y amparo constitucional.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Civil de Paita, con fecha 7 de julio del 2005, declaró infundada la excepción planteada y fundada la demanda considerando que se evidencia la vulneración al derecho al debido proceso, puesto que en el procedimiento administrativo donde se ha expedido la Resolución cuestionada, Ferretería Salvador S.R.L. no ha intervenido, aun cuando los efectos de la misma la afectan. Asimismo, señala que una de las consecuencias de esta Resolución es dejar sin efecto los contratos de representación comercial suscritos por Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L., lo cual es inconstitucional.

Sentencia de Segunda Instancia

La Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, revocando en parte la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que no se afecta derecho constitucional alguno. En ese sentido, no se atenta contra el debido proceso por cuanto la denuncia se presentó con anterioridad a la suscripción del contrato entre Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. y Ferretería Salvador S.R.L.; por ello, resulta materialmente imposible el emplazamiento de Ferretería Salvador. Respecto a los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación, la recurrida señala que esos derechos deben ser ejercidos con sujeción a Ley, situación no configurada en el presente caso, puesto que los contratos suscritos constituyen un abuso de posición de dominio de mercado, lo cual es ilegal según lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 701.

Recursos de Agravio Constitucional

En respuesta a la Sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, Ferretería Salvador S.R.L., con fecha 20 de enero de 2006, interpone Recurso de Agravio Constitucional. Señala que la recurrida afecta sus derechos

constitucionales al acoger sin realizar mayor análisis, los argumentos esgrimidos por INDECOPI y Depósito Santa Beatriz. S.R.L.

Por su parte, DINO S.R.L. interpone Recurso de Agravio Constitucional, argumentando que sólo se consideró lo expresado por INDECOPI y Depósito Santa Beatriz, sin llegar a acreditar la existencia efectiva de abuso de posición de dominio ocasionado por los Contratos de Representación Comercial suscritos por DINO S.R.L. Además, señala que debe declararse fundada la Demanda de Amparo interpuesta por Ferretería Salvador S.R.L. debido a que la Resolución emitida por INDECOPI efectivamente afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libre contratación.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del Petitorio

Ferretería Salvador S.R.L. solicita se deje sin efecto la Resolución N.º 0256-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 4 de marzo de 2005, mediante la cual se sanciona a la empresa Distribuidora Norte Pacasmayo SRL (DINO) por abuso de posición de dominio en el mercado, al considerar que dicha Resolución atenta contra sus derechos constitucionales a la libertad de contratación, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y al debido proceso.

§2. Materias constitucionalmente relevantes

Atendiendo a los alegatos de las partes expuestos en la demanda, la contestación de demanda y demás recursos presentados a lo largo del proceso, así como a las consideraciones expuestas en la vista de la causa de fecha 9 de mayo del 2006, el Tribunal Constitucional considera pertinente centrar su pronunciamiento en dos aspectos puntuales:

2.1 Determinar si lo dispuesto por el INDECOPI en el punto cuarto de la Resolución N.º 0256-2005/TDC-INDECOPI, que señala lo siguiente:

“Cuarto: Ordenar a Distribuidora Norte Pacasmayo SRL, el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados”.

vulnera el artículo 62 de la Constitución, y en consecuencia, la libertad de contratación del recurrente, en conexidad con su libre iniciativa privada y libertad de empresa, al determinar que como consecuencia de su ejecución, Distribuidora Norte Pacasmayo SRL (DINO) debe dejar sin efecto los contratos de distribución pactados entre la recurrente y la referida empresa.

2.2 Determinar si se ha vulnerado el derecho al debido proceso de la empresa recurrente, al no haber sido citada a comparecer en el proceso administrativo ante INDECOPI y tampoco notificarse con la Resolución N.º 0256-2005/TDC-INDECOPI, que sanciona a Distribuidora Norte Pacasmayo SRL (DINO), por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación y contratos ligados.

§3. Sobre la supuesta afectación de la libertad contractual, la libertad de empresa y libre iniciativa privada

El marco constitucional para el ejercicio de las libertades económicas

En reiterada y uniforme jurisprudencia⁴⁷, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 - libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras -, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución).

Conforme lo ha señalado este Colegiado, el Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la Ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.⁴⁸ En otras palabras, los redimensiona, otorgándoles, a su vez, un contenido “social”.

Justamente, es bajo el marco del Estado Social y Democrático de Derecho donde se configuran los fines de nuestro régimen económico en tanto economía social de mercado. De esta manera, el carácter “social” del régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos⁴⁹.

Y es que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva⁵⁰.

Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, en cuyo tenor se estipula: “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (...)”. Por su parte, el artículo 59º establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61º confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...).

47 Cfr. STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 26; STC 3330-2004-AA/TC, fundamentos 11 a 13; STC 7320-2005-AA/TC, fundamentos 46 a 58; STC 0003-2006-AI/TC, fundamentos 60 a 67; STC 001-2005-AI/TC, fundamentos 43 a 53.

48 Cfr. STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 11.

49 Cfr. STC 00034-2004-AI/TC, fundamento 20.

50 Cfr. STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 35.

En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia⁵¹, para cuyo efectivo cumplimiento los Organismos reguladores y el INDECOPI juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios.

Justamente, este Colegiado ha precisado que dichos organismos administrativos cumplen un deber especial de protección de los derechos fundamentales⁵², lo cual implica exigirles una labor de vigilancia, regulación y sanción de las conductas y prácticas contrarias a la libre competencia y el derecho de los consumidores; funciones que se encuentran amparadas en el marco legal de las facultades que les han sido otorgadas para estos fines.

Los alegatos de las partes sobre la supuesta vulneración de derechos:

El demandante sostiene que la Resolución 256-2005/TDC-INDECOPI invade, sin ninguna autoridad, la relación contractual concertada con la empresa DINO, contrariando lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución. En ese sentido, precisa que *“La Resolución Administrativa, al considerar que el vínculo obligacional que libre y voluntariamente mantenemos con la firma DINO, constituye una conducta configurativa de un abuso de posición de dominio de esta última, lesiona nuestro derecho constitucional al libre desarrollo empresarial (...).”*⁵³

En respuesta a ello, la parte demandada alega que la Resolución cuestionada no ha declarado la invalidez de los contratos, porque *“No es competencia del INDECOPI declarar la invalidez o ineficacia de contratos privados, ya que tal materia es de exclusiva competencia del órgano jurisdiccional. Lo que ha dispuesto el INDECOPI es que dichas prácticas contractuales cesen, porque infringen la Ley que reprime el abuso de posición monopolica (...).”* Asimismo, precisa que

*“Podría interpretarse que dicho pronunciamiento afecta indirectamente a todas las empresas que aceptaron celebrar con Pacasmayo SRL, contratos de la misma naturaleza que aquellos que fueron objeto del procedimiento. Eso no es contrario a la verdad. Sin embargo, tal afectación está justificada en la defensa del bien jurídico competencia, que al igual que los derechos a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y libre contratación tiene reconocimiento y amparo constitucional (...).”*⁵⁴

La Resolución 256-2005/TDC-INDECOPI y la supuesta afectación a la libertad contractual y otras libertades conexas del recurrente

La Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, mediante la Resolución 256-2005/TDC-INDECOPI, determinó que a) la empresa DINO cometió abuso de posición de dominio debido a que su conducta, consistente en establecer una obligación de compra exclusiva como condición para la obtención de precios menores, demuestra un ejercicio expreso de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de esta empresa con el consiguiente efecto excluyente hacia los competidores; b) la conducta de DINO, consistente en imponer como condición de afiliación la compra exclusiva de todos

⁵¹ Cfr. STC 0008-2003-AI/TC, fundamentos 36 y 37.

⁵² El deber especial de protección de los órganos estatales administrativos ha sido desarrollado en la STC 0858-2003-AA/TC.

⁵³ Fojas 163, escrito de demanda.

⁵⁴ 54 Fojas 400-401, escrito de contestación de demanda del INDECOPI.

los materiales de construcción, constituye un acto de abuso de posición de dominio, bajo la modalidad de contratos ligados.

Como consecuencia de ello, se sanciona a la empresa denunciada con una multa equivalente a 50 UIT y se ordena el cese de las conductas antes señaladas.

Es a raíz de la referida decisión del INDECOPI que la empresa considera que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad contractual, libertad de empresa y libre iniciativa privada, en tanto que la consecuencia directa de la calificación del uso abusivo de la posición de dominio de DINO en el mercado de cemento del norte del país y la subsiguiente orden de cese de las conductas que demuestran el referido abuso, implicaría que DINO deba dejar sin efecto los contratos de distribución suscritos con la demandante. En otras palabras, lo que pone en cuestionamiento es la capacidad del INDECOPI –Tribunal Administrativo- para ordenar el cese inmediato y definitivo de las conductas que constituyen abuso de posición de dominio y, como consecuencia, dejar sin efecto la eficacia de contratos entre privados.

Debe quedar precisado que este tipo de controversias jurídicas no pueden ser dilucidadas a través del presente proceso constitucional, dada la naturaleza de tutela de urgencia y a la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional o el juez constitucional, en el marco de un proceso como el amparo, puedan realizar una actividad probatoria compleja. Más aún si, usualmente, para este tipo de controversias se requiere de la realización de análisis económico y jurídicos-económico, tal como lo han señalado los expertos que han informado en el proceso (Amadeo Petibó fojas 175, Baldo Kresalja R., fojas 205, Richard Webb, fojas 340). Con esta afirmación no se niega la posibilidad de cuestionar la decisión administrativa en caso se considere errado el análisis y calificación de las conductas, sino que solo se puntualiza que, a efectos de dicha revisión, existe otra vía igualmente satisfactoria para la evaluación de los derechos constitucionales que pudieran haber sido afectados (art. 5.2 CPConst.).⁵⁵

Hecha esta precisión, se procederá a resolver según lo señalado en el fundamento 2, *supra*.

La Constitución Peruana reconoce el derecho fundamental a la libertad contractual desde una configuración binaria; de este modo, tanto el inciso 14 del artículo 2º como el artículo 62º de la Constitución han establecido su marco constitucional de actuación.⁵⁶

En cuanto al derecho a la libre contratación previsto por el artículo 2.14 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado que este se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular,

⁵⁵ Precisamente, conforme se ha expresado en la presente causa, Distribuidora Pacasmayo SRL (DINO) optó por impugnar la Resolución 256-2005/TDC-INDECOPI mediante acción contencioso administrativa (Exp. 1009-20005)

⁵⁶ Inciso 14, artículo 2, de la Constitución: *“Toda persona tiene derecho: (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*.

Artículo 62 de la Constitución.- *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).”*

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.

Desde una perspectiva abstracta, tal derecho, *prima facie*, garantiza

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejercen también otros derechos, tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.⁵⁷

Por su parte, respecto a los alcances del artículo 62º de la Constitución, este Colegiado ha señalado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del referido artículo, se establece una regla de carácter general, es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato ley, sino que, en general, todo término contractual, “no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.⁵⁸

No cabe duda de que la Constitución de 1993, al reconocer y proteger la libertad contractual como derecho fundamental y garantía institucional del régimen económico peruano, releva la importancia de esta libertad en el seno del Estado Social y Democrático de Derecho; sin embargo, tal reconocimiento no debe, de ninguna manera, ser interpretado de manera errónea, encasillándolo exclusivamente en la categoría de libertad negativa con el fin de que los particulares puedan oponerse de manera irrestricta a cualquier intervención del poder estatal.

Como bien se ha señalado en los fundamentos 4 a 6, *supra*, en el Estado Social y Democrático de Derecho, las libertades económicas reconocidas en nuestro texto constitucional también cumplen una función social; y, a estos efectos, el Estado ejerce un rol de vigilancia y regulación de las actividades económicas de los particulares, precisamente para efectivizar la función social, que no es otra cosa que atender al bien común.

En ese sentido, este Tribunal ha precisado que el orden público a que hace alusión el artículo 2º, inciso 14, de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: *prohibitiva y promotora*. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales⁵⁹.

57 Cfr STC N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamento N.º 26, acápite b), STC 00001-2005-AI/TC, fundamento 47.

58 Cfr STC 005-2003-AI/TC, fundamento 35, STC 003-2004-AI/TC, fundamento 13.

59 Cfr STC 2736-2004-AI/TC, fundamento 10.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, creado mediante Decreto Ley N° 25868, es el organismo estatal encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores”.⁶⁰

De acuerdo con ello, INDECOPI está facultado para evaluar y determinar en cada caso si los hechos o las conductas que son puestos en su conocimiento constituyen prácticas contrarias a la libre competencia. Es decir, le corresponde determinar si las conductas denunciadas se encuentran comprendidas, o no los supuestos legales de prohibición recogidos en las normas que protegen el normal desarrollo del mercado.

Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61º de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65º de la Constitución).

Tal capacidad es justamente lo que los demandantes pretenden negarle a INDECOPI cuando afirman que la decisión de ordenar el cese de las conductas, bajo el argumento de que abusan de la posición de dominio de la empresa DINO en las modalidades de discriminación y contratos ligados, ha vulnerado su libertad contractual.

A juicio del Tribunal Constitucional, INDECOPI no se ha arrogado facultades que no le han sido conferidas constitucionalmente, pues no ha declarado en sede administrativa la invalidez de contratos; únicamente, se ha pronunciado por el cese de las conductas que, de acuerdo con su evaluación, demuestran un uso abusivo de la posición de dominio de la empresa DINO en el mercado de cemento en el norte del país. De este modo, este organismo estatal ha hecho efectivas las facultades que le han sido asignadas en su Ley de creación para garantizar el normal funcionamiento del mercado, así como lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 70161 - que eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia-.

⁶⁰ Inciso a), artículo 2, del Decreto Ley N° 25868.

⁶¹ Artículo 3, Decreto Legislativo 701.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Artículo 5, Decreto Legislativo 701.-Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son casos de abuso de posición de dominio:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición

Si bien podría argumentarse que la orden de “cese de conductas” trae como consecuencia directa que la empresa DINO incumpla sus compromisos contractuales con sus afiliados. - entre ellos la recurrente-, ello de ningún modo puede equipararse con una declaración de invalidez de los contratos en sede administrativa; y menos aún, puede predicarse que el derecho a la libertad contractual tiene la calidad de isla oponible a cualquier medida correctiva, puesto que, si se parte de la hipótesis de que dichas conductas, concretizadas en contratos ligados, fueron contrarias a Ley, entonces, de ninguna manera podrían ampararse en los alcances de los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, pues estos únicamente protegen la libertad contractual bajo el supuesto que sea ejercida válidamente, esto es, con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público; más aún si se considera que los derechos y libertades que la Constitución del Estado reconoce tiene límite. Y ello por que su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales, pero también de los derechos fundamentales de las personas. Los derechos y libertades económicas no están exentos, en modo alguno, de la plena observancia de los tales principios, bienes y derechos fundamentales.

Justamente este fue el supuesto del cual partió INDECOPI, a juicio de este Colegiado.

Otro de los argumentos alegados por los demandantes para cuestionar la decisión de INDECOPI fue sostener que dicho organismo únicamente está facultado para imponer sanciones económicas (multas)⁶² conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

Efectivamente, INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –*distintas a las sanciones*- justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción.

El artículo 1 del Decreto Legislativo 701 establece que el objetivo de dicha Ley es “*eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia(...)*”. Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan sólo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a la referida Ley. Pero ello debe ser realizado por el INDECOPI bajo un test de razonabilidad y proporcionalidad.

Más aún, la posibilidad de establecer medidas complementarias a las sanciones económicas que ordena la Ley, resulta razonable si se toma en cuenta que el artículo 21^o del Decreto Ley N.º 701, modificado por el Decreto Legislativo N.º 80763, dispone que “[l]a

de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (...) entre otras.

⁶² Alegatos de los abogados del demandante, expuestos en la vista de la causa de fecha 9 de mayo del 2005.

⁶³ *Ley sobre facultades, normas y organización del INDECOPI*, publicada el 18 de abril de 1996.

*Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar **cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva**. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial **la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere**” (el énfasis es nuestro).*

Siendo así, si INDECOPI se encuentra habilitado para ordenar *provisionalmente* el cese de los actos de competencia desleal mediante medidas cautelares, siempre que ello sirva para asegurar el cumplimiento de su decisión definitiva; es razonable y proporcionado que una vez constatados estos actos y a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la decisión final en sede administrativa, se ordene el cese definitivo de estos.

En consecuencia, conforme a las consideraciones antes expuestas, este Colegiado debe desestimar los argumentos de la parte demandante, al considerar que en el presente caso no se ha vulnerado el derecho a la libertad contractual del recurrente; y, por ende, tampoco otras libertades conexas, como son la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Por lo tanto, la demanda debe declararse infundada en este extremo.

§4. Sobre la supuesta afectación al derecho al debido proceso

Los alegatos de las partes sobre la supuesta vulneración de derechos

En otro extremo del petitorio, el recurrente solicita dejar sin efecto la cuestionada Resolución N.º 0256-2005/TDC-INDECOPI, por considerar que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, al no haber sido notificado con ella y, más aún, por no haber sido citado a comparecer en el procedimiento administrativo ante INDECOPI y de este modo ejercer su derecho de defensa.

Sostienen que en su caso debió aplicarse el artículo 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuyo tenor es el siguiente:

“Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento. Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley. Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.”

INDECOPI, por su parte, explica que el procedimiento administrativo contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO) se inició a raíz de una denuncia presentada por la empresa Santa Beatriz con fecha 16 de enero del 2001, por lo que se procedió a evaluar los contratos de afiliación que esta empresa celebró con distintas subdistribuidoras en la provincia de Piura, al presumirse que el propósito de tales fue fijar precios discriminatorios y exigir compras atadas.

Alegan que los contratos de afiliación objeto de investigación fueron aquellos celebrados antes del 16 de enero del 2001, mientras que el contrato de la demandante con DINO se celebró el 15 de noviembre del 2004, esto es, 3 años después de iniciado el procedimiento administrativo ante INDECOPI y cuando ya existía una decisión a nivel de primera instancia administrativa; en ese sentido afirman:

“(…) resulta evidente que el contrato celebrado entre Ferretería Salvador y Pacasmayo SRL no fue materia de evaluación en el procedimiento seguido ante INDECOPI, razón por la cual no correspondía que dicha empresa interviniera en el procedimiento (...) La autoridad administrativa no tenía cómo saber de la existencia de dicho contrato pues el mismo fue celebrado mucho tiempo después de que el caso fuera resuelto en primera instancia (...).”⁶⁴

El debido procedimiento administrativo y el derecho de defensa

El artículo 139° de la Norma Suprema establece los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagrando en el inciso 3) la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de administrar justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

Ese enunciado es recogido por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que establece: “(...) se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos al libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

Evidentemente, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución⁶⁵.

Bajo esa premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés⁶⁶.

En el caso de autos, la recurrente alega que la vulneración de su derecho al debido procedimiento administrativo se habría producido concretamente por la omisión de INDECOPI de convocarlos al procedimiento contra DINO, en calidad de terceros legitimados. A estos efectos, cabe preguntarse entonces *¿cuáles son los deberes y obligaciones de los administrados y de INDECOPI respecto de la situación de los terceros legitimados, cuyos intereses podrían verse afectados con el resultado del procedimiento en dicha sede?*

Lo primero a tomarse en cuenta es que el Decreto Legislativo 701, que regula el procedimiento especial mediante el cual INDECOPI analiza las denuncias contra las

⁶⁴ Fojas 397 –398, escrito de contestación de demanda de INDECOPI; y fojas 706-707 de su escrito de apelación de sentencia.

⁶⁵ Cfr. STC 4289-2004-AA/TC, fundamento 3.

⁶⁶ Cfr. STC 8605-2005-AA/TC, fundamento 14.

prácticas restrictivas de la libre competencia, presenta un vacío respecto a la figura de los terceros legitimados. En ese sentido, por disposición del artículo II. 2 del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶⁷, corresponde analizar el presente caso conforme a los alcances de dicha norma, especialmente en base a una interpretación conjunta de los artículos 56º y 60º del referido texto legal.

El artículo 56 de la Ley 27444 establece cuáles son los deberes generales de los administrados en el procedimiento, entre ellos: *"el de proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a identificar a otros administrados no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento"*. Conforme a ello, podría entenderse *prima facie* que, de acuerdo a ley, Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. tenía una exigencia de comportamiento concreto, esto es, el deber de informar a INDECOPI sobre la incorporación de nuevos afiliados en su red de comercialización posteriores a la interposición de la demanda, los cuales, evidentemente, tenían un interés legítimo en el resultado del referido procedimiento, pues la decisión podía beneficiarlos o perjudicarlos.

Por su parte, el artículo 60 de la Ley 27444, citado en el fund. 29, *supra*, establece una obligación a la autoridad administrativa, para que en caso de *advertir* la existencia de *terceros determinados no comparecientes*, cuyos derechos o intereses legítimos pudieran resultar afectados, les comunique la tramitación del proceso a su domicilio. En el caso de *terceros administrados no determinados*, la obligación de comunicar debe realizarse mediante publicación, información pública o audiencia pública.

Conviene anotar la diferencia de trato para estos supuestos. El primer caso está referido a aquellos que, si bien no han concurrido al procedimiento, de los actuados del expediente se verifica que tienen derechos o intereses legítimos susceptible de verse afectados por la decisión que se adopte; mientras que el otro supuesto, a nuestro entender, apunta a una categoría más general, aplicable en aquellos casos donde la trascendencia de la controversia genera ciertos intereses individuales o colectivos en determinados sectores de la sociedad civil.

Para este Colegiado resulta indiscutible que la empresa recurrente en el presente amparo sí tuvo legítimo interés respecto al resultado del procedimiento ante INDECOPI, una vez establecida la relación contractual con DINO; y que, en ese sentido, existía una obligación de ser informado respecto al trámite de dicho procedimiento. Justamente, si INDECOPI puede ordenar el cese de conductas a DINO, con la consecuencia que este incumpla las obligaciones contractuales asumidas con terceros, es evidente que estos terceros puedan y tienen interés de incorporarse al procedimiento.

No obstante, debe observarse que la literalidad del artículo 60.1 de la Ley 27444 – supuesto aplicable al recurrente- condiciona esta comunicación a que la existencia de terceros legitimados *sea advertida* durante la tramitación de la causa. A juicio de este Colegiado, sin duda alguna, con tal precisión se introduce una condición razonable: que la

67 Artículo 2.II de la Ley 27444: *"(...)Los procedimientos especiales creados y regulados*

como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen

supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son

tratados expresamente de modo distinto. (...)".

identificación de los terceros pueda evidenciarse del propio expediente; caso contrario, resultaría materialmente imposible pretender que el órgano administrativo pudiera advertir su existencia de cualquier modo.

En el caso de autos, la relación contractual entre DINO y la empresa recurrente surgió 3 años después de haberse iniciado el procedimiento administrativo ante INDECOPI, estando *ad portas* de emitirse Resolución en última instancia. Resulta lógico entender que INDECOPI se encontraba imposibilitado de conocer por sí mismo de esta nueva relación contractual, y que era, más bien, obligación de DINO comunicar a INDECOPI sobre ésta, a efectos de que el recurrente pueda ser llamado al procedimiento a fin de evitar su indefensión. Esta es justamente la finalidad que emerge del numeral 3, artículo 56, de la Ley 27444, y que fuera incumplida por la empresa DINO.

En consecuencia, al no haberse probado la alegada vulneración al derecho al debido procedimiento administrativo de la recurrente, la demanda también debe ser desestimada en este extremo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la presente demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO**

Exp. 1963-2006-PA/TC
Piura
Ferretería Salvador S.R.L.

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS BARDELLI LARTIRIGOYEN Y VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

Viene a conocimiento de este Supremo Tribunal Constitucional el recurso de agravio constitucional interpuesto por “Ferretería Salvador S.R.L.” y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO) contra la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró infundada la demanda de amparo.

Ferretería Salvador S.R.L. interpone demanda de amparo solicitando que se declare nula la Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 4 de marzo del 2005 emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, y la dirige contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Depósito Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Ramos Quiroga E.I.R.L., Comercial Quiroga S.R.L y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L..

Refiere la demandante que el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI al sancionar y “... ordenar a DINO el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados...” se excedió en sus funciones porque considera que esa disposición le obliga a dejar sin efecto el contrato que celebró con la mencionada empresa sancionada. Afirma que en el proceso sancionador contra DINO la recurrente no fue notificada a comparecer pese a que la decisión de INDECOPI le afectaba directamente por cuanto tenía un contrato con DINO. Sostiene que estos actos violan el debido proceso administrativo y los derechos a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la libertad contractual.

La resolución cuestionada ha sido emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, en atribución de las facultades conferidas por ley, proveniente de un proceso administrativo sancionador por abuso de posición de dominio que tuvo origen en la denuncia de una Empresa contra otra en defensa de sus intereses patrimoniales. En resumen estamos frente a una demanda contra una Resolución

Administrativa en la que las partes son Personas Jurídicas en funcionamiento, constituidas conforme a la Ley General de Sociedades que define como objetivo sustancial de estas empresas el interés de lucro. Mas allá de precisar que la Constitución Política del Perú, en concordancia con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera en la enumeración de su artículo segundo derechos que califica de fundamentales para la persona humana, pudiéndose aquí recordar que el artículo primero, inciso dos, del Pacto de San José, consigna que “para efectos de esta convención, persona es todo ser humano” y remite, al artículo primero de nuestra Carta Magna el que estatuye que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, es evidente que la persona jurídica demandante en el presente caso acciona en defensa de derechos debidamente constituidos y necesariamente relacionados con el aludido interés patrimonial que considera violados por un organismo público a través de decisión administrativa legalmente correspondiente a su competencia. El proceso constitucional conducido por los cauces del proceso urgente precisa la legitimidad para obrar activa en atención a la persona humana que recurre frente a hechos concretos que acusa violatorios de alguno de sus derechos fundamentales, no pudiéndose aceptar que en estas características el proceso constitucional se de también para traer la discusión de derechos de segundo orden a ser atendidos a favor de empresas cuando discuten derechos patrimoniales. Es cierto que las personas jurídicas tienen también derechos que pueden ser considerados para ellas como fundamentales y cubiertos así por el manto de la Constitución, pero es de advertir asimismo que no hay ningún derecho que pueda ser ajeno al marco constitucional. Lo concreto resulta entonces que la diferencia se define privilegiando los intereses de la persona humana. Sin embargo aquí resulta aceptable la posibilidad de descartar esta posición de género que hace la regla y admitir una medida singular que resulta de excepción cuando como en casos como el presente se alegue derechos de esta índole correspondientes a personas jurídicas pero que han sido afectadas diagonalmente con medidas oficiales en procesos administrativos en los que la afectada, persona jurídica también, no tiene la posibilidad de promover el proceso contencioso administrativo por cuanto la afectación se ha dado directamente contra la persona jurídica afectada considerada parte en dicho proceso. Se trata pues de una situación excepcional en la que ante la imposibilidad efectiva de defensa de los derechos conculcados, la persona jurídica recurrente resulta directamente afectada sin ser parte y no tener otra salida de efectividad que el proceso urgente del amparo. .

De lo expuesto considero la posibilidad para que en el presente caso, específicamente, en el que la demandante afirma la afectación de su derecho al debido proceso administrativo, a la libertad contractual, a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, resulta atendible la resolución del conflicto traído al proceso constitucional en consideración al siguiente argumento:

La resolución que se cuestiona en la referida pretensión constitucional es la evacuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, N° 0256-2005/TDC-INDECOPI en un proceso administrativo sancionador seguido contra DINO S.R.L. en el que dispone “... *ordenar a DINO el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados...*”

Resulta de autos (fojas 18 a 28) que la persona jurídica sancionada tuvo por su parte un contrato de Representación Comercial por el que le concede a Ferretería Salvador S.R.L. ser su representante exclusivo para que comercialice los productos de su giro mercantil, específicamente cemento y derivados, que a su vez adquiere en compra a Cementos Pacasmayo S.A.A., contrato o sub contrato de tipo comercial lícito en atención al objeto de ambas empresas y como consecuencia trae para estas derechos y obligaciones y, lo que para el caso resulta mas resaltante, la posición de DINO S.R.L. dentro del proceso administrativo referido ya que, evidentemente, la decisión que el Tribunal de INDECOPI, en el aludido proceso administrativo pudiera evacuar, podría también afectar a la sub

contratante Ferretería Salvador S.R.L. en su derecho consecuentes al contrato que celebró con la indicada persona jurídica

Que efectivamente la sanción impuesta a DINO S.R.L. por el Tribunal de INDECOPI en la práctica y en la condición de sucesora comercial que le corresponde en razón de contrato a que hacemos referencia a la recurrente Ferretería Salvador S.R.L., puede afectar todo o algunos de los derechos que esta señala en su demanda.

Cuando INDECOPI en su decisión sancionadora establece que DINO S.R.L. “... cese de inmediato y definitivamente las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados...” es evidente que las limitaciones que entrañan dicha sanción le alcanzan a la sucesora Ferretería Salvador S.R.L. afectando derechos que no puede cuestionar en la vía administrativa ni, aparentemente, en otra pues no siendo parte acreditada en el proceso administrativo su pretendida participación resulta vedada. Siendo esto así es evidente pues que es en este proceso como única sede posible para la recurrente en la que tiene que intervenir el Tribunal Constitucional para resguardar los derechos que le han sido conculcados y que la ponen en patética posición de indefensión.

Por lo precedentemente expuesto resulta evidente que la decisión sancionadora de INDECOPI afecta definitivamente los intereses patrimoniales de la recurrente Ferretería Salvador sin posibilidad por parte de ésta de oponer la defensa que no ha podido esgrimir por no ser parte en dicho proceso administrativo. Quiere esto decir que este colegiado no analiza las bondades de tal decisión administrativa sino que exclusivamente el efecto de la decisión impuesta por la emplazada contra una persona que tiene derechos que no puede sostener porque como queda dicho en el referido proceso administrativo no tiene cabida

Por estas consideraciones concluyo por determinarme por la **REVOCATORIA** de la sentencia recurrida a efectos de que se declare la nulidad de lo decidido por el Tribunal de INDECOPI quien evacuará nueva decisión previa aceptación en el proceso administrativo de Ferretería Salvador S.R.L. en su condición de sucesora procesal

SS.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

JUAN FRANCISCO BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP.4213-2006-PA

ICA

ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES

TERMINAL PESQUERO ICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Ica, a los 6 días del mes de junio de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Asociación de Comerciantes Ex Terminal Pesquero Ica contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de

Ica, de fojas 229, su fecha 10 de enero de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de mayo de 2005, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Ica, solicitando que se declaren inaplicables la Resolución de Alcaldía 0220-AMPI, de fecha 14 de marzo de 2005, que dispone la clausura temporal por 15 días del local comercial de la institución demandante, en tanto que la misma habría sido emitida sin respetar el agotamiento del expediente técnico correspondiente al proyecto de remodelación de las instalaciones eléctricas interiores del local comercial a cargo de la empresa Electro Sur Medio; así como la resolución de Alcaldía 0337-2005-AMPI, de fecha 12 de mayo de 2005, que declara improcedente el recurso de reconsideración presentado contra la misma, dado que la medida adoptada supondría una vulneración de su derecho a la libertad de trabajo.

La entidad emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alegando que en el presente caso se impuso la suspensión temporal del local comercial en razón de las recomendaciones formuladas por el Ministerio Público y Defensa Civil, y en la medida en que las observaciones realizadas no fueron oportunamente subsanadas por la demandante.

El Primer Juzgado Civil de Ica, con fecha 1 de setiembre de 2005, declara infundada la demanda por considerar que la sanción impuesta a la demandante se encuentra debidamente sustentada.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda argumentando que el derecho invocado no se encuentra directamente relacionado con el derecho a la libertad de trabajo.

FUNDAMENTOS

El objeto de la demanda es que se revoque la sanción de suspensión impuesta por la demandada por vulnerar el derecho a la libertad de trabajo de los miembros de la asociación demandante.

Al respecto, es de señalar que el derecho a la libertad de trabajo supone aquel que tiene toda persona para elegir y desarrollar una actividad que le permita la subsistencia con arreglo a la Constitución y la Ley. De este modo, el Estado deberá proteger tanto al trabajador dependiente como a aquel que desarrolla una actividad económica por cuenta propia, siendo que en este último caso la afectación de la libertad de trabajo estará vinculada a la vulneración de la libertad de empresa.

En el presente caso, la resolución de alcaldía que se pretende impugnar establece que la medida de clausura temporal fue impuesta en atención a los informes presentados por Defensa Civil y el Ministerio Público, y con la intención de salvaguardar la seguridad y la salud del público usuario, así como la salud y los bienes de los integrantes de la asociación. Al respecto, el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 2581-2004-AA/TC estableció que

las Municipalidades, en uso de sus funciones específicas, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o constituya peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o cuando infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil.

En consecuencia, la medida por sí misma no es *per se* arbitraria, en tanto la misma se encontraría sustentada en razones de seguridad pública.

De otro lado, la demandante alega que la sanción impuesta resultaría desproporcionada, toda vez que no se habría tomado en cuenta que, por un lado, la demandante había cumplido con subsanar la mayor parte de las observaciones realizadas, y, por otro, que el incumplimiento de la demandante se habría producido a consecuencia de la demora de la empresa Eletro Sur Medio, por lo que la subsanación no podía serle exigida.

Sobre el particular, es de señalar que, dada la importancia de los bienes que pretende salvaguardarse, y aun tomando por ciertas las afirmaciones de la demandante, la subsanación parcial de las observaciones formuladas resulta insuficiente en el presente caso, razón por lo cual el argumento aducido por la demandante no puede ser tomado en cuenta para evitar la imposición de la medida de suspensión temporal.

Con relación al segundo argumento alegado por la demandante, a fojas 47 de autos, obra la carta ADM-J-1755-05, remitida por la empresa Electro Sur Medio, a través de la cual se indica que, para elaborar el proyecto requerido, la demandante debe cumplir los requisitos impuestos por la Norma de Procedimientos para la Elaboración de Proyectos y Ejecución de Obras en Sistemas de Distribución y Sistemas de Utilización en Media Tensión en Zonas de Concesión de Distribución. Por lo tanto, la demora en la elaboración del proyecto se debe a la propia demandante, en la medida en que es ella la llamada a cumplir los requisitos exigidos por la norma, a efectos de permitir a la empresa Electro Sur Medio la elaboración del proyecto en cuestión.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GARCÍA TOMA

EXP. N.º 04370-2006-PA/TC

LIMA

CORPORACIÓN TURÍSTICA

PERUANA S.A.C.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de abril de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Corporación Turística Peruana S.A.C. contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 4 de octubre de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de septiembre de 2004 la empresa recurrente formula demanda de amparo contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) solicitando que se inapliquen, al caso concreto, la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796 y la primera y tercera disposiciones transitorias del Decreto Supremo N.º 009-2002-MINCETUR, dado que su aplicación vulneraría sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica, libertad de trabajo, libertad de empresa, libertad de contratación, igualdad y cosa juzgada.

Manifiesta que si bien la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796 dispone que las empresas que exploten juegos de casino y/o máquinas tragamonedas deben adecuarse a la

Ley N.º 27153 –Ley de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas- hasta el 31 de diciembre de 2005, la primera disposición transitoria del D.S. 009-2002-MINCETUR (vigente desde el 14 de noviembre de 2002) condiciona el acceso a dicho plazo a que en el lapso de 120 días se presente la solicitud de adecuación a la Ley N.º 27153 con la documentación respectiva. Similar condición ha establecido la tercera disposición transitoria del D.S. 009-2002-MINCETUR, que sólo permite la renovación hasta el 31 de diciembre de 2005 si en el plazo de 60 días se acredita una capacidad mínima de 150 personas en el giro principal.

En tal sentido, considera que los plazos para el cumplimiento de las condiciones establecidas en el D.S. 009-2002-MINCETUR son inconstitucionales, pues afectan su derecho de adecuarse a la Ley N.º 27153, dado que el plazo para hacer esto, según la Ley N.º 27796, se extiende al 31 de diciembre de 2005. Señala que al existir este impedimento no ha podido presentar sus solicitudes dentro de este plazo, por lo que solicita que también se le inaplique la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796.

El MINCETUR contesta la demanda señalando que el plazo de adecuación establecido por la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796 nunca estuvo exento de condicionamientos, pues no era una prórroga para seguir operando en la informalidad, sino que existía para que el operador se acogiera a un procedimiento de adecuación a la Ley N.º 27153, y concluía el 31 de diciembre de 2005. Por tanto, considera válido el establecimiento de plazos y requisitos por parte del D.S. N.º 009-2002-MINCETUR.

Con fecha 13 de enero de 2005, el Décimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declara fundada la demanda, por considerar que la primera y tercera disposiciones transitorias del D.S. N.º 009-2002-MINCETUR condicionan la aplicación del plazo previsto en la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796 a la presentación de diversa documentación y/o información adicional, lo cual configuraría un exceso de las normas reglamentarias con respecto a lo que ha prescrito la ley. En tal sentido, el *ad quo* estima que al haberse condicionado la aplicación de la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796, esta norma devendría en inaplicable, junto con las normas reglamentarias.

La recurrida revoca la apelada y, en consecuencia, declara infundada la demanda por estimar que la primera disposición transitoria del D.S. N.º 009-2002-MINCETUR no era aplicable a la recurrente, sino a las empresas que explotaban juegos de casino y máquinas tragamonedas en establecimientos *sin autorización*. Con respecto a la tercera disposición transitoria del D.S. N.º 009-2002-MINCETUR, el *ad quem* considera que el plazo previsto por esta norma también ha sido recogido por la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796 y que es legítimo, pues con ello se busca garantizar la seguridad de los usuarios de los juegos de casino y máquinas tragamonedas. Por tanto, concluye que la aplicación de las normas impugnadas no significa una afectación a los derechos invocados por el recurrente.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que el MINCETUR inaplique, al caso concreto, la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27796 y la primera y tercera disposiciones transitorias del D.S. N.º 009-2002-MINCETUR, dado que su aplicación vulneraría sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica, libertad de trabajo, libertad de empresa, libertad de contratación, igualdad y cosa juzgada.
2. Sobre el particular cabe advertir que este Tribunal comparte el criterio del *ad quem* en el extremo referido a que la tercera disposición transitoria del D.S. N.º 009-2002-MINCETUR es una norma aplicable a las empresas que contaban con autorización para explotar juegos de casino y máquinas tragamonedas, pues regula los supuestos de “renovación de autorizaciones expresas”.

En cambio la primera disposición transitoria del mismo decreto supremo sólo es aplicable a las empresas que al 27 de julio del 2002 explotaban juegos de casino y máquinas tragamonedas en establecimientos sin autorización otorgada por la Dirección Nacional de Turismo del MINCETUR, conforme establece su texto.

3. Siendo que a fojas 45 se observa la autorización (vigente hasta el 31 de diciembre de 2002) otorgada por el MINCETUR a Corporación Turística Peruana S.A.C. para la explotación de juegos de máquinas tragamonedas, es evidente que a esta empresa no le resultaba aplicable la primera disposición transitoria del D.S. N.° 009-2002-MINCETUR. Por tanto este extremo la demanda debe ser declarado infundado, porque carece de sentido que la recurrente alegue una afectación de derechos respecto de una norma que no le resulta aplicable.
4. Por otro lado sí se verifica que la recurrente se encuentra dentro del supuesto previsto por la tercera disposición transitoria del referido decreto supremo, es decir si quiere renovar su autorización y acogerse al plazo previsto por la primera disposición transitoria de la Ley N.° 27796, deberá acreditar en el plazo de 60 días calendario que sus establecimientos tienen una capacidad de 150 personas para el giro principal, sin incluir las áreas destinadas a la explotación de máquinas tragamonedas.

Al respecto se debe advertir –al igual que el *ad quem*- que el plazo previsto por esta norma también ha sido recogido por el tercer párrafo de la primera disposición transitoria de la Ley N.° 27796, con lo cual se descarta un exceso de la norma reglamentaria respecto de lo que ha prescrito la citada ley.
5. No está de más señalar que estas normas resultan constitucionalmente válidas en la medida en que buscan asegurar un fin legítimo, como es la seguridad de los usuarios que acuden a los establecimientos de las empresas que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas. En esa línea, este Tribunal considera que el plazo establecido por la primera disposición transitoria de la Ley N.° 27796 y por la primera disposición transitoria del D.S. N.° 009-2002-MINCETUR no lesiona los derechos constitucionales a la libertad de empresa, libertad de trabajo y libertad de contratación del recurrente, sino que establece una limitación legítima a su ejercicio.
6. En efecto resulta válido que dichas normas hayan establecido el cumplimiento de ciertas condiciones y plazos para poder acceder al plazo de adecuación establecido por la primera disposición transitoria de la Ley N.° 27796, pues sería inconstitucional e irrazonable interpretar que el legislador ha concedido una prórroga reglamentaria para operar en la informalidad y desconocer los propios alcances y finalidades de la ley que la origina.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 4637-2006-PA/TC**LIMA****EMPRESA DE TRANSPORTES****EXPRESO INTERNACIONAL****PALOMINO S.A.C.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de abril de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C. contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 148, su fecha 21 de agosto de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de mayo de 2004 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable y sin efecto alguno para su caso el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, por considerarlo violatorio de sus derechos fundamentales a la irretroactividad de la ley, libertad de empresa, libertad de trabajo, libertad de tránsito, igualdad ante la ley y libre competencia consagrados en la Constitución. Solicita, como pretensión accesorias, que se mantenga la vigencia de las tarjetas de circulación de los buses de placa de rodaje N.ºs VG 5543, VG 5544, VG 4885, VG 4848, VG 4969, VG 5235, VG 5278 y UQ 3922.

Sostiene que hasta antes de la entrada en vigencia de la norma cuestionada estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión, y que el emplazado expidió tarjetas de circulación a ómnibus carrozados; que, sin embargo, en forma inexplicable, con la publicación en el diario oficial *El Peruano* del inconstitucional Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC se quebranta el principio de irretroactividad legal al “precisar” que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, cuando hasta antes de su entrada en vigencia no hubo norma expresa que lo prohibiera; y que la cuestionada disposición lesiona sus derechos a la libertad de empresa, que lo faculta a constituir e implementar empresas de acuerdo a las normas vigentes; a la libertad de circulación, por cuanto ya no se va a permitir la circulación de los buses de placa de rodaje Nos. VG 5543, VG 5544, VG 4885, VG 4848, VG 4969, VG 5235, VG 5278 y UQ 3922; y a la libre competencia e igualdad ante la Ley.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone las excepciones de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente. Alega que no obra en el expediente acto u omisión que haya violado o amenazado los derechos fundamentales de la recurrente; que ninguna autoridad, funcionario o trabajador del ministerio que representa ha realizado ningún acto o ha omitido un acto de cumplimiento obligatorio que amenace o haya amenazado los derechos constitucionales que se invocan; y que la demanda de amparo no es la vía procedimental válida para pretender dejar sin efecto un acto administrativo, ya que nuestro

ordenamiento procesal señala una vía específica (la contencioso administrativa) donde el recurrente puede hacer valer su derecho.

El Quincuagésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de junio de 2004, desestima las excepciones propuestas y declara fundada la demanda respecto al artículo 2º del decreto ley impugnado, e infundada con relación a los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, y 6º del referido cuerpo legal. En el extremo que declara fundada la demanda, argumenta su decisión en que el artículo 2º prevé la aplicación de una norma antes de su entrada en vigencia, lo cual contraviene el mandato constitucional.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda considerando que el proceso de amparo no es la vía correspondiente para esclarecer la controversia, en la medida que el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC no constituye una norma autoaplicativa y, por ello, no tiene eficacia inmediata sobre las autorizaciones emitidas previamente a los vehículos de la demandante. Agrega que, al no advertirse de autos medio de prueba alguno que demuestre la alegada prohibición de circulación, es evidente que la demanda pretende cuestionar en abstracto la validez constitucional del referido decreto.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable, al caso de la recurrente, el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, del 20 de febrero de 2004, alegándose que vulnera sus derechos fundamentales a la irretroactividad de la Ley, libertad de empresa, libertad de trabajo, libertad de tránsito, igualdad ante la ley y libre competencia consagrados en la Constitución. La empresa recurrente solicita, como pretensión accesorio, que se mantenga la vigencia de las tarjetas de circulación de los buses de placa de rodaje Nos. VG 5543, VG 5544, VG 4885, VG 4848, VG 4969, VG 5235, VG 5278 y UQ 3922.

Consideraciones preliminares

2. Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la problemática suscitada a raíz de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC (STC N.º 7320-2005-PA/TC). Así, ha señalado que de conformidad con los artículos 3º y 43º de la Constitución de 1993, el Estado peruano presenta las características del Estado Social y Democrático de Derecho, y que, conforme a ellas, pretende conseguir la mayor efectividad de los principios y derechos básicos del Estado de Derecho –tales como libertad, seguridad, propiedad e igualdad ante la ley – dotándolos de una base y contenido material a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino que, por el contrario, guardan recíproca implicancia.
3. Así la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere no sólo de la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos –lo que exige una relación directa de las posibilidades reales y objetivas del Estado con la activa participación de los ciudadanos en el quehacer estatal – sino además su identificación con los fines de su contenido social, a efectos de que pueda evaluar tanto los contextos que justifiquen su accionar, como aquellos que justifiquen su abstención, evitando convertirse en un obstáculo para el desarrollo social.
4. En tal contexto conforme al artículo 58º de la Ley Fundamental nuestro régimen económico se ejerce dentro de una economía social de mercado, representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia y, por tanto, compatible con los fundamentos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho.

La función reguladora del Estado

5. Si bien el principio de subsidiariedad al que debe atenerse el accionar del Estado y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas constituyen básicamente límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar

un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

6. Así vale reiterar lo establecido por este Colegiado en el fundamento 35 de la STC N.º 0008-2003-AI/TC, en el sentido que conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima ‘lealtad de las masas’”. (De Vega, Pedro, “Neoliberalismo y Estado”. *Pensamiento Constitucional*, Lima, Año IV, N.º 4, 1997, págs. 34-35).
7. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución, cuyo tenor es que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. Dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado. Por su parte, el artículo 59º establece que “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas [...]”.
8. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, el Estado también tiene una función orientadora, cuyo propósito es el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.
9. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las “reglas de juego”, configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y propiciador de los procesos económicos.

Principio de protección al consumidor o usuario

10. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda; es decir, al consumidor o al usuario.
11. El consumidor –o usuario– es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.
12. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor –independientemente de su carácter público o privado–; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio. En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto

desenvolvimiento. El proveedor, por su parte, es aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos o servicios.

13. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero se advierte la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.
14. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas, a saber:
 - Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
 - Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

Procedencia del amparo contra normas legales autoaplicativas

15. Este Tribunal ha sostenido, en la STC N.° 2308-2004-AA/TC, que el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionar mediante el amparo leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley.
16. De otro lado también se ha establecido que una interpretación sistemática de los alcances de la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 200°, inciso 2), de la Constitución, debe entenderse en el sentido de que no cabe, efectivamente, que mediante una demanda de amparo se cuestione una ley cuando el propósito de ésta sea cuestionar su validez en abstracto, habida cuenta de que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de Inconstitucionalidad o la Acción Popular, cuyo objeto precisamente es preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado. En la misma sentencia, este Colegiado también advirtió la necesidad de distinguir entre lo que es propiamente un supuesto de amparo contra leyes de lo que es, en rigor, un supuesto de amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley.
17. Así en relación a la procedencia del primero de ellos está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental sea una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata; esto es, una cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia.
18. En tal caso y siempre que éstas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales el amparo sí podrá prosperar no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario, sino además porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de la pretensión.

19. En cuanto al segundo supuesto, basado en la procedencia de procesos de amparo contra actos basados en la aplicación de un ley, se ha establecido que, en la medida de que se trata de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los criterios que se indican a continuación.
20. Por un lado si se trata de una alegación de amenaza de violación ésta habrá de ser cierta y de inminente realización. Cierta ha dicho este Tribunal quiere decir posible de ejecutarse, tanto desde un punto de vista jurídico como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea también de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo; es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación; y, de otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizar actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
21. En el caso en concreto la demandante cuestiona el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC que, según alega, retrotrae al año 1995 la prohibición de utilizar ómnibus carrozados sobre chasis de camión; siendo así, el decreto cuestionado resulta autoaplicativo, pues no se encuentra condicionado a la realización de algún tipo de acto.
22. Sin embargo y si bien es cierto que del tenor de la demanda se aprecia que la empresa recurrente cuestiona en su totalidad el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, fluye de autos que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicho decreto.
23. El artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece:

“Precísese que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida por el artículo 11 del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo del 2002”.
24. Por su parte el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece:

“Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N° 05-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición”.
25. Respecto de la naturaleza de las normas impugnadas, este Tribunal concuerda con lo alegado por la recurrente, en la medida que se trata de normas operativas o denominadas también de eficacia inmediata; esto es, están dirigidas a destinatarios específicos y su aplicabilidad no se sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, pues adquieren su eficacia plena en el mismo momento en que entran en vigencia.

Delimitación del petitorio y análisis del caso concreto

26. Conforme a lo expuesto en los fundamentos anteriores, aun cuando del tenor de la demanda se aprecia que la empresa recurrente cuestiona el íntegro del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, de autos se advierte que las disposiciones que estima violatorias de los derechos constitucionales invocados son los artículos 1º y 2º de dicha norma legal. Por ende y, dada su evidente naturaleza autoaplicativa, es respecto de tales disposiciones que el Tribunal Constitucional emitirá un pronunciamiento de fondo.

Respecto a la supuesta vulneración del principio de irretroactividad de la ley

27. Al respecto la recurrente alega que los artículos 1º y 2º del cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC vulneran el principio de irretroactividad de la ley, pues pretenden establecer una supuesta prohibición de la actividad de prestar servicios de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión desde el 16 de abril de 1995. Asimismo, expresa que las normas vigentes en aquel entonces –Decretos Supremos N.ºs 05-95-MTC, 040-2001-MTC y 022-2002-MTC– así como los actos administrativos expedidos por el ITINTEC –hoy, INDECOPI–, la SUNARP y el propio Ministerio emplazado, destinados a expedir las tarjetas de circulación y la resolución de concesión de ruta, no establecían la prohibición expresa de dicha forma de prestación de servicios.
28. Conforme se aprecia de los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC –cuyo tenor ha sido consignado en los fundamentos 33 y 34, *supra*–, tales dispositivos regulan dos supuestos relacionados con la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, a saber:
 - a. De un lado, la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, la cual se encuentra prohibida por el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo de 2002.
 - b. De otro, la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, la cual se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo N.º 05-95-MTC.
 - c. Así, la recurrente cuestiona la fecha de prohibición del ejercicio de tales actividades, a partir de la remisión a otros dispositivos legales –de los años 1995 y 2002– por considerar retroactiva la aplicación de los impugnados artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.
29. Respecto de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, conviene señalar que el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, de fecha 19 de mayo de 2002, estableció en forma expresa la prohibición del ejercicio de dicha actividad, impedimento que estuvo vigente a partir del 20 de mayo del año 2002.
30. Por ello lo alegado por la recurrente –en el sentido de que se está aplicando retroactivamente el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC– carece de sustento, toda vez que, conforme a lo expuesto, desde el 20 de mayo de 2002 estaba prohibida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros.
31. En cuanto a la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, cabe señalar que los incisos p) y u) del artículo 1º; el inciso a) del artículo 17º; el inciso b) del artículo 27º; el artículo 39º; y el inciso b) del artículo 74º del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, vigente desde el 16 de abril de 1995, disponían que la prestación del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera sólo podía realizarse en los ómnibus habilitados para tal efecto, estableciendo que se efectuaría mediante un vehículo autopropulsado, diseñado y construido exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial, y que debía tener un peso seco no menor de 8,500 k. y un peso bruto vehicular superior a los 12,000 k.
32. Tales características constituían un presupuesto específico aplicable para el otorgamiento y ejercicio de todo tipo de concesión de rutas de transporte público interprovincial de pasajeros desde el 16 de abril del año 1995, y fueron recogidas en los mismos términos por la normatividad expedida con posterioridad al decreto supremo ahora cuestionado.

33. En tal sentido para este Tribunal queda claro que desde el 16 de abril del año 1995, fecha de entrada en vigencia del derogado Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros sólo podía ser efectuado mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para tal finalidad, mas no por vehículos ensamblados sobre chasis de camión. Por tal razón, lo alegado por la actora, respecto de una supuesta aplicación retroactiva del artículo 2º del decreto supremo impugnado, carece de sustento.
34. En efecto los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC no son de carácter retroactivo, toda vez que las precisiones contenidas en ellos tienen sustento en los Decretos Supremos N.ºs 022-2002-MTC, del 19 de mayo de 2002, y 05-95-MTC, del 15 de abril de 1995, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la vigencia del decreto supremo materia de autos. Así, de conformidad con la “Teoría de los hechos cumplidos”, recogida en el artículo 103º de la Constitución y en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, desde su entrada en vigencia, y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, por lo que las normas a las que hace remisión el decreto supremo cuestionado resultaban plenamente aplicables a la recurrente.
35. Consecuentemente al no haberse acreditado la invocada afectación del principio de irretroactividad de la ley, este extremo de la demanda debe ser desestimado.

La alegada violación del derecho a la libertad de empresa

36. La demandante sostiene que se lesiona su derecho a la libertad de empresa por cuanto con una disposición posterior se le está prohibiendo continuar la actividad empresarial que comenzó a realizar de conformidad con las normas vigentes al momento de constituir su empresa y, asimismo, que se le está prohibiendo adquirir los vehículos y ofrecer el servicio de transporte.
37. Consagrado por el artículo 59º de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente –, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.
38. Como ya ha sido explicado con anterioridad, los artículos 1º y 2º del decreto cuestionado reiteran las prohibiciones anteriormente establecidas en el Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, desde el 16 de abril de 1995, y en el Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, desde el 20 de mayo de 2002, respecto de la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, respectivamente.
39. Sin embargo tal y como se desprende de lo actuado la recurrente se constituyó como una sociedad anónima cerrada, siendo su actividad económica principal (según lo establecido en el Comprobante de Información Registrada emitido por SUNAT de fojas dos) el servicio de transporte regional vía terrestre, rubro que a la fecha de su inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (en el año 2000) sólo podía ser realizado mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para el transporte de pasajeros –mas no mediante ómnibus carrozados sobre chasis de camión –, lo que no contradecía su actividad económica principal, y que no se ha visto modificada por los impugnados artículos 1º y 2º del tantas veces citado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC.

40. De otro lado como también ya ha sido anotado las cuestionadas disposiciones tampoco prohíben la adquisición de ómnibus carrozados sobre chasis de camión, sino que restringen su utilización en la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros, así como la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión –que no es precisamente el objeto social de la empresa recurrente –.
41. Tales restricciones no suponen además la eliminación del marco jurídico-comercial de la actividad de ofrecer la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas, a la que se dedica la empresa recurrente, ya que puede continuar ofreciendo el servicio –en ómnibus diseñados y contruidos exclusivamente para tal efecto –, por lo que sus alegatos deben ser desestimados.
42. Por tanto no estando acreditada la invocada afectación del derecho a la libertad de empresa, tal extremo de la demanda también debe ser desestimado.

Consideraciones finales: El compromiso del Estado con el derecho a la vida

43. Conforme a lo expuesto en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, actualmente la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. Ya no puede entenderse la vida, entonces, tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.
44. La Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular.
45. En anterior oportunidad –STC N.º 0318-1996-HC/TC – este Tribunal también ha expuesto que la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales el derecho a la vida resulta ser de primerísimo orden e importancia, y se halla protegido inclusive a través de tratados sobre derechos humanos que obligan al Perú. Como es de verse, el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental; es, a decir de Enrique Bernales Ballesteros, el centro de todos los valores y el supuesto básico de la existencia de un orden mínimo en la sociedad (*La Constitución de 1993 – Análisis Comparado*; Lima, ICS Editores, 2a. Edición, 1996, pp. 88).
46. En el caso sublitis en el que se cuestiona la actividad estatal en materia de transporte terrestre de personas por haber expedido el cuestionado Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, queda claro que, si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la persona está consagrada como un valor superior y, por ende, el Estado está obligado a protegerla, el cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida.
47. Por ello si bien es cierto que los individuos y las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado –recuérdese que conforme al artículo 58º de la Constitución, la iniciativa privada es libre –, sin embargo, ello no quiere decir que dicha libertad sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora. En tal sentido, este Tribunal estima que – ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa el servicio de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y los innumerables accidentes ocurridos–, en materia de transporte el Estado

cuenta con un mayor campo de actuación, en la medida que de por medio se encuentran otros valores constitucionales superiores como la seguridad, la integridad y, por último, el derecho a la vida misma, el cual, como ya se dijo, es de primerísimo orden e importancia, pues es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental.

48. Así, respecto a la controversia de autos, para el Tribunal Constitucional queda absolutamente claro que no sólo no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno, sino que el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares –cuando la colectividad y los grupos sociales, a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención, no están en condiciones de hacerlo–, a fin de garantizar otros bienes constitucionales –en el caso, la integridad, la seguridad y la vida– que pueden ponerse en riesgo –y de hecho, así ha sucedido– ante las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere. No debe perderse de vista, pues, que la actividad del Estado en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades e intereses de los usuarios y procura el resguardo y cuidado de las condiciones de seguridad y la vida misma.
49. Y aunque ello no quiere decir, en modo alguno, que el Estado pueda interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado, en principio, a los agentes económicos, es justamente en virtud de dicho postulado que, como consecuencia de la problemática derivada de los ómnibus ensamblados sobre chasis de vehículos de carga, se constituyó, en el año 2003, una Comisión *ad hoc* encargada de estudiar y proponer alternativas viables para solucionar tal situación, la cual estuvo integrada por representantes del emplazado Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de las Universidades Católica del Perú y Nacional de Ingeniería, del SENATI, de los propios gremios de transportistas y de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios.
50. Dicha comisión determinó –según fluye de la parte considerativa del decreto supremo cuestionado– que la utilización de un chasis de camión para la fabricación de un ómnibus representa un alto riesgo para la seguridad en perjuicio de los usuarios del transporte y los propios transportistas, a lo que se agrega que no existe industria automotriz que apruebe, acepte y garantice un producto de ómnibus partiendo de la fabricación preconcebida para un uso distinto, coincidiendo además la mayoría de sus miembros en que, tanto la prestación del servicio de transporte de pasajeros en este tipo de vehículos, como la actividad industrial del carrozado de ómnibus en chasis originalmente destinado al transporte de mercancías, se encuentran prohibidas por las normas vigentes. Por tales razones se hizo necesario expedir las normas conducentes para viabilizar las recomendaciones de la Comisión, a fin de solucionar la problemática, sobre la base de las conclusiones a las que se arribó.
51. Así, es precisamente el propio Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, su fecha 25 de febrero de 2004, que dispuso el empadronamiento –previa inspección técnica estructural ante una entidad certificadora designada por la Dirección General de Circulación Terrestre– de aquellos vehículos que hubiesen sido carrozados sobre chasis de camión, los cuales podían permanecer en el servicio por el plazo que se recomiende en el Certificado de Inspección Técnica Estructural, el cual no podía exceder de un año.
52. El Estado pues no ha actuado ni arbitraria ni injustificadamente, sino que por el contrario ante la problemática presentada que ponía en riesgo la seguridad y la vida misma de los usuarios, las imperfecciones del mercado y la falta de soluciones de parte de los agentes económicos y los grupos sociales, designó previamente una comisión en la que incluso participaron los propios gremios de transportistas, dispuso la obligación de pasar una inspección técnica estructural y otorgó un plazo prudencial para su permanencia en el servicio. Tal actuación justifica su intervención si se tiene en cuenta que, por un lado, de por medio están otros valores constitucionales y, por otro, su accionar en materia de transportes está orientado al resguardo de las condiciones de seguridad y la vida misma de los usuarios, razones, todas, por las cuales la demanda no puede ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.º 4972-2006-PA/TC**LA LIBERTAD****CORPORACIÓN MEIER S.A.C.****Y PERSOLAR S.A.C.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Chiclayo, a los 4 días del mes de agosto de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia,

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. contra la resolución emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 1390, su fecha 31 de Enero del 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de Febrero del 2005, las recurrentes, debidamente representadas por don Fernando Donet Valle, interponen demanda de amparo contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited, solicitando que se determine la incompatibilidad constitucional por el uso abusivo del derecho y se declaren inaplicables: **a)** la Cláusula 20.3 del Contrato de Otorgamiento de Licencia, Prestación de Servicios y Transferencia de *Know-How*; **b)** La Cláusula 18.3 del Contrato de Transferencia de Equipos, y **c)** La Cláusula 19 del Contrato de Compraventa de Máquinas Tragamonedas. Arguyen que en los tres casos descritos se les pretende someter compulsivamente a un arbitraje de derecho, vulnerando de este modo sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la contratación válida según las normas vigentes, a la proscripción del abuso del derecho, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Manifiestan las recurrentes que en los meses de Noviembre y Diciembre del 2001 y posteriormente en Enero del 2002 suscribieron con las demandadas tres contratos de compraventa de máquinas tragamonedas y *kits* de conversión, con el compromiso, por parte de las demandadas, de sufragar los costos de importación y nacionalización de las máquinas en el país; que posteriormente y durante el desarrollo de la relación contractual surgieron una serie de incumplimientos por parte de las demandadas que motivaron la celebración de tres nuevos contratos, los cuales constan en tres escrituras públicas celebradas con fecha 17 de Noviembre del 2003 (Kárdex N.ºs 101987, 101988 y 101986, respectivamente). Aducen que los referidos contratos son de prestaciones recíprocas, encontrándose estrechamente vinculados entre sí, pues tanto la compraventa de las máquinas tragamonedas como el software necesario para su funcionamiento y actualización traerían consigo un nivel constante de ingresos a las empresas, en la medida en que la producción de cada máquina depende de su actualización a través de los *kits* de conversión adquiridos a las demandadas. Sostienen asimismo que las partes contratantes

convinieron en que las obligaciones contraídas serían ejecutadas directamente o a través de las empresas afiliadas a cada grupo empresarial, en cuyo caso el cumplimiento y exigibilidad de las mismas estarían a cargo de aquellas. Refieren también que *a posteriori* de tales compromisos las demandadas incumplieron las obligaciones estipuladas en el contrato de software, el contrato de equipos y el contrato de opción, situación que obligó a interponer una medida cautelar fuera de proceso, en la que se ha ordenado la suspensión de parte de sus obligaciones de pago, con lo que queda acreditado que tales contratos no son bajo ningún punto de vista incuestionables. En el contexto descrito y en cuanto a los contratos mismos, alegan las recurrentes que estos se encuentran plagados de cláusulas abusivas y desproporcionadas, lesivas del principio de igualdad y, lo más delicado, pretenden obligarlas a aceptar que sus reclamos frente a los mismos solo pueden realizarse a través de la vía arbitral, a la cual han tenido que recurrir, sin que ello represente garantía alguna para sus derechos.

Las empresas emplazadas se apersonan en el proceso deduciendo las excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva. Por otra parte, y en cuanto al fondo, contestan la demanda negándola y contradiciéndola fundamentalmente por considerar que, aunque es cierto que los demandantes obtuvieron una medida cautelar en su favor, ella no tiene carácter definitivo pues conforme lo establece la resolución que la sustenta, la misma solo podrá durar hasta el pronunciamiento definitivo que habrá de emitirse en el proceso arbitral, el que, sin embargo, ahora se pretende detener a través de la demanda constitucional planteada. Precisan asimismo que si los demandantes consideraban que los contratos que suscribieron resultaban lesivos a sus derechos fundamentales, debieron interponer inmediatamente el proceso constitucional y no esperar a que surgiera una controversia que iba a ser dilucidada ante la jurisdicción arbitral, para recién acudir al proceso constitucional. Puntualizan, finalmente, que los aspectos que los demandantes pretenden cuestionar (aspectos de naturaleza comercial y civil) no forman parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos reclamados, pudiendo en todo caso discutirse a través de los procesos ordinarios y no a través del amparo, que tiene carácter residual.

El Segundo Juzgado Especializado Civil de Trujillo, con fecha 18 de Abril del 2005, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda de amparo, considerando que si bien los contratos suscritos por las partes contienen una serie de obligaciones y contraprestaciones de índole civil y comercial, el conjunto de dichas relaciones no deben exceder los estándares mínimos que garantizan las normas vigentes. Por otra parte, argumenta que el reconocimiento constitucional de la instancia arbitral no significa que dicho fuero haya recibido competencias exclusivas y excluyentes, poderes extraterritoriales y competencias irrevisables por el Poder Judicial, habiéndose acreditado que en el presente caso existe una evidente situación de abuso del derecho por parte de las demandadas.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, estimando que para acreditar el carácter compulsivo de los contratos suscritos se requeriría una estación probatoria adecuada, lo que no es posible mediante el ejercicio de los procesos constitucionales.

FUNDAMENTOS

Petitorio

Según fluye del petitorio de la demanda, se solicita que se determine la incompatibilidad constitucional por sometimiento compulsivo a la jurisdicción arbitral de determinadas cláusulas contractuales suscritas entre las empresas demandantes, Corporación Meier

S.A.C. y Persolar S.A.C., y las empresas demandadas, Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited, específicamente: **a)** La Cláusula 20.3 del Contrato de Otorgamiento de Licencia, Prestación de Servicios y Transferencia de *Know-How*; **b)** La Cláusula 18.3 del Contrato de Transferencia de Equipos, y **c)** La Cláusula 19 del Contrato de Compraventa de Máquinas Tragamonedas. A juicio de las recurrentes, en los tres casos descritos, se les ha sometido compulsivamente a un arbitraje de derecho, vulnerando sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la contratación válida según las normas vigentes, a la proscripción del abuso del derecho, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Del contenido de la demanda interpuesta, se aprecia que el presente proceso se interpone para cuestionar el contenido de específicas cláusulas contractuales que resultarían lesivas de los derechos constitucionales de las empresas recurrentes. Incluso, y como se precisa textualmente, se estarían desconociendo los derechos que les asisten a las recurrentes como empresas suscriptoras de los contratos de prestaciones recíprocas mencionados, a través del pretendido cobro de sumas de dinero por prestaciones no recibidas, y haciendo un ejercicio abusivo del derecho al pretender imponerse un arbitraje basado en cláusulas ilegales incumplidas por las demandadas.

Aspectos de relevancia constitucional

Este Colegiado, antes de pronunciarse sobre la procedencia o no de la demanda interpuesta, considera pertinente examinar por separados dos aspectos de relevancia: **a)** Si los derechos fundamentales son, en todos los casos, invocables por las personas jurídicas; **b)** Si pueden concretizarse los supuestos de procedencia del proceso constitucional frente a la llamada jurisdicción arbitral. En el presente supuesto y al margen del resultado al que finalmente se llegue, ambos extremos, como otros de suyo colaterales, resultan esenciales para la comprensión de causas como la presente, a la par que necesarios a tomar en cuenta de cara a posteriores controversias constitucionales.

La titularidad primaria de los derechos fundamentales

En lo que respecta al primer extremo a dilucidar, considera este Colegiado, a la luz de lo que viene siendo jurisprudencia uniforme y reiterada que, cuando la Constitución proclama o reconoce los derechos fundamentales, lo hace preferentemente o antes que nada pensando en la persona humana, esto es, en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades y, por tanto, es él quien primordialmente puede invocar su respeto y protección a título subjetivo.

El citado reconocimiento, de suyo trascendente, no significa, sin embargo, que la alusión mayoritariamente perfilada por la Carta Fundamental desdibuje o ponga en entredicho la presencia del concebido o ser humano en formación, ya que, como lo postula directamente el inciso 1 de su artículo 2, este último, al margen de su particular posición o estatus, es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, lo que evidentemente y a la luz de lo expresamente contemplado por el ordenamiento, supone ratificarle la condición indiscutible de titular de los atributos esenciales.

Siendo la lógica de la norma fundamental la descrita puede concluirse que, en principio, tanto la persona humana (el ser humano nacido) como el concebido (el ser humano que está por nacer) representan los titulares principales de los derechos fundamentales, siendo, por otra parte, y para efectos de lo que la norma constitucional postula, objetivos esenciales tanto del Estado como de la Sociedad, tal como se deduce tanto de su artículo 1 como del artículo 44.

Los derechos fundamentales y las personas jurídicas

En el contexto descrito y aun cuando resulte evidente que la Constitución se refiere preferentemente a la persona humana (como también y, por extensión, al concebido), ello no significa que los derechos solo puedan encontrarse subjetivamente vinculados con aquella considerada *stricto sensu* de modo individual. Es evidente que la existencia y permisibilidad jurídica, de lo que se ha venido en denominar personas jurídicas o morales, plantea, por de pronto, y en la lógica de dirimir controversias como la presente, la necesidad de precisar el estatus jurídico de estas últimas en relación con los derechos fundamentales. Conviene precisar que, aunque esta discusión no era necesaria en el marco de la Carta de 1979, pues desde su propio texto dispensaba una respuesta expresa y concluyente (artículo 3), no ocurre lo mismo con la vigente Constitución de 1993, que, como se sabe, guarda silencio sobre dicha materia.

Este Colegiado, sin entrar a definir lo que son las personas jurídicas en el sentido en que se les concibe por el ordenamiento infraconstitucional, parte de la constatación que su presencia, en la casi totalidad de oportunidades, responde al ejercicio de un derecho atribuible a toda persona natural. Se trata, en efecto, y específicamente hablando, del derecho de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación, tal cual se proclama en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución. A juicio de este Tribunal, toda persona jurídica, salvo situaciones excepcionales, se constituye como una organización de personas naturales que persiguen uno o varios fines, pero que, para efectos de la personería que las justifica en el mundo de las relaciones jurídicas, adopta una individualidad propia; esto es, la forma de un ente que opera como centro de imputación de obligaciones, pero también, y con igual relevancia, de derechos.

En la lógica de que toda persona jurídica tiene o retiene para sí un conjunto de derechos, encuentra un primer fundamento la posibilidad de que aquellos de carácter fundamental les resulten aplicables. En el plano constitucional, por otra parte, existen a juicio de este Colegiado dos criterios esenciales que permiten justificar dicha premisa: **a)** La necesidad de garantizar el antes citado derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación, y **b)** La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas.

Con respecto a lo primero, queda claro que si a toda persona natural se la habilita para que pueda participar en forma individual o asociada, mediante diversas variantes de organización (principalmente personas jurídicas) es porque estas últimas retienen para sí una multiplicidad de derechos fundamentales. En otras palabras, el ejercicio del derecho a la participación en forma asociada (Derecho de asociación) solo puede resultar coherente cuando la propia Constitución no niega sino que, antes bien, permite la existencia de derechos fundamentales que garanticen su eficacia. No existe otra conclusión posible, pues de lo contrario se tendría que admitir un absurdo como el de un derecho que, siendo fundamental en su reconocimiento y estructura, carezca, no obstante, de incidencias o garantías en el orden constitucional.

Con respecto a lo segundo, este Colegiado considera que el no reconocimiento expreso de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas no significa tampoco y en modo alguno negar dicha posibilidad, pues la sola existencia de un Estado democrático de derecho supone dotar de garantías a las instituciones por él reconocidas. Por otra parte, porque quienes integran las personas jurídicas retienen para sí un interminable repertorio de derechos fundamentales nacidos de su propia condición de seres dignos, no siendo

posible que dicho estatus, en esencia natural, se vea minimizado o, peor aún, desconocido, cuando se forma parte de una persona jurídica o moral. En tales circunstancias, queda claro que sin perjuicio de los atributos expuestos que acompañan a cada persona individual que decide organizarse, puede hablarse de un derecho no enumerado al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas, sustentado en los citados principios del Estado democrático de derecho y correlativamente de la dignidad de la persona.

Este Colegiado considera pertinente advertir que cuando se habla de las personas jurídicas en el sentido y forma que aquí se viene describiendo, fundamentalmente se entiende a la organización de sujetos privados o, en estricto, a las personas jurídicas de derecho privado, debiéndose puntualizar que, por el contrario, el estatus jurídico de las llamadas personas jurídicas de derecho público (esto es, la que pertenecen o actúan a nombre del Estado) no necesariamente y en todos los casos resultaría el mismo que aquí se ha desarrollado, aun cuando respecto del mismo pueda también predicarse, bajo determinados supuestos, una cierta incidencia de los derechos fundamentales que en su momento debido corresponderá también precisar.

Los derechos invocables por las personas jurídicas

Siendo constitucionalmente legítimo el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas, conviene puntualizar que tal consideración tampoco significa ni debe interpretarse como que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona natural sean los mismos que corresponden a la persona jurídica. En dicho nivel resulta evidente que los derechos objeto de invocación solo pueden ser aquellos compatibles con la naturaleza o características de cada organización de individuos, incidencia que, por de pronto, impone en el juez constitucional el rol de meritador de cada caso, según las características o particularidades que le acompañan. No se trata, en otras palabras, de una recepción automática, sino de una que toma en cuenta la particularidad del derecho invocado, su incidencia a nivel de la persona jurídica y las circunstancias especiales propias de cada caso concreto.

En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes:

- El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63)
- Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4)
- El derecho de acceso a la información pública (Artículo 2, inciso 5)
- El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (Artículo 2, inciso 5, párrafo segundo)
- El derecho a la autodeterminación informativa (Artículo 2, inciso 6)
- El derecho a la buena reputación (Artículo 2, inciso 7)
- La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (Artículo 2, inciso 8)
- La inviolabilidad de domicilio (Artículo 2, inciso 9)
- El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Artículo 2, inciso 10)
- La libertad de residencia (Artículo 2, inciso 11)
- El derecho de reunión (Artículo 2, inciso 12)
- El derecho de asociación (Artículo 2, inciso 13)
- La libertad de contratación (Artículo 2, inciso 14)
- La libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59)
- El derecho de propiedad (Artículo 2, inciso 16)

El derecho a la participación en la vida de la nación (Artículo 2, inciso 17)
 El derecho de petición (Artículo 2, inciso 20)
 El derecho a la nacionalidad (Artículo 2, inciso 21)
 El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (Artículo 19)
 La libertad de iniciativa privada (Artículo 58)
 La libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59)
 La libre competencia (Artículo 61)
 La prohibición de confiscatoriedad tributaria (Artículo 74)
 El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Artículo 139°, inciso 3)

Graficadas las cosas del modo descrito, queda claro que, en principio, y para casos como el presente, resulta perfectamente legítimo poder acudir al proceso constitucional como una manifestación que asume el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Naturalmente, y como inmediatamente se verá, dicha facultad deberá quedar condicionada a los propios supuestos previstos por la ley, de conformidad con la Constitución, contexto dentro del cual se plantea el siguiente tema de discusión.

Los supuestos de procedencia del proceso constitucional contra la jurisdicción arbitral

Este Colegiado considera pertinente reiterar que aunque resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral, tal cual se puso de manifiesto, entre otros, en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Exp. 6167-2005-PHC/TC (Caso Fernando Cantuarias Salaverri), ello solo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional. Así también, el control constitucional sólo procederá a posteriori.

En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: **a)** Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; **b)** Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; **c)** Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

En lo que respecta a la primera hipótesis, este Colegiado no tiene sino que reiterar los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos

estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4).

En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, queda claro que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.

Finalmente, y en lo que respecta a la tercera hipótesis de control, este Colegiado estima que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido. Es eso también lo que sucede, por citar otros supuestos, con las materias penales o incluso con las materias tributarias en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su capacidad de control y sanción.

El caso planteado

En el caso de autos, se aprecia que el propósito del proceso planteado no reside en discutir lo que se viene haciendo en la jurisdicción arbitral; tampoco en denunciar una imposición unilateral a la que los recurrentes hayan sido forzados o inducidos sin su conocimiento expreso; mucho menos en la posibilidad de que el arbitraje tenga que ver con materias indisponibles. En el presente caso se trata, conforme se ha precisado al inicio, de discutir el alcance de cláusulas contractuales de contenido civil y comercial, por lo demás incuestionablemente aceptadas de manera voluntaria por las empresas recurrentes vía la celebración de contratos de naturaleza eminentemente privada. Por otra parte, el que las cláusulas referidas versen sobre la posibilidad de someter al arbitraje los conflictos derivados de los contratos respectivos, no cambia en nada las cosas, pues, como ya se adelantó, no estamos *stricto sensu* en ninguna de las tres hipótesis anteriormente referidas.

Si, al revés de lo señalado en el fundamento precedente, se pudiese discutir el contenido o los alcances de cualquier cláusula contractual vía el presente proceso de amparo constitucional, se desvirtuaría por completo el alcance de este último, que, como bien se sabe, solo se encuentra limitado a la tutela de urgencia de los derechos fundamentales, antes que a la discusión de los temas eminentemente ordinarios. Cabe, por lo demás, añadir que si bien la libertad de contratación tiene un indiscutible reconocimiento constitucional, no todos los aspectos que integran su contenido pueden considerarse de absoluta relevancia constitucional. En dicho contexto queda claro que la discusión de temas como los que plantean las empresas recurrentes mediante la presente demanda, sin perjuicio de requerir de una estación probatoria adecuada, corresponden ser ventilados a través del ejercicio de los procesos de carácter ordinario, siendo aplicable en tales circunstancias la previsión contenida en el inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

Sustentación en la jurisprudencia precedente.

Este Colegiado considera pertinente puntualizar, que los criterios desarrollados por la presente sentencia (especialmente los que figuran en los fundamentos 13 a 14 y 17 a 20) se sustentan en la jurisprudencia precedentemente establecida por este mismo Tribunal, constituyendo de conformidad con el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, parte de su doctrina constitucional vinculante, a tomarse en cuenta por todos los jueces y tribunales de la República, debiendo en todo caso, y sin perjuicio de lo resuelto, incorporarse expresamente a su parte resolutive.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo interpuesta.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ**

**EXP. N.º 5005-2006-PA/TC
SAN MARTÍN
DIVERSIONES CIELO S.A.C.
Y GAMECO S.A.C.**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de marzo de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Diversiones Cielo S.A.C. y Gameco Inversiones S.A.C. contra la sentencia en discordia de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 562, su fecha 16 de enero de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de mayo de 2005, las empresas recurrentes interponen demanda de amparo contra la Dirección Nacional de Turismo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) formulando las siguientes pretensiones:

- i) Que se declare inaplicables las disposiciones contenidas en los artículos 5, 6 y los incisos h) y o) del artículo 14 de la Ley N.º 27153, modificada por la Ley N.º 27796, así como su Reglamento aprobado por D.S. 009-2002-MINCETUR. Sostienen que tales dispositivos imponen una serie de restricciones para abrir locales de tragamonedas en

cualquier lugar del país, lo cual vulnera sus derechos a la libertad de empresa, competencia e iniciativa privada. Asimismo, estiman que tal situación lesiona su derecho a la igualdad, pues existen otras empresas que sin cumplir con los requisitos establecidos por las normas impugnadas pueden operar sus locales de tragamonedas en virtud de sentencias favorables recaídas en procesos de amparo, que con calidad de cosa juzgada han declarado la inaplicación de las normas impugnadas.

- ii) Que se declaren inaplicables el numeral 47.2. de la Ley N.º 27153, modificada por Ley N.º 27796, y el artículo 77 de su Reglamento aprobado por D.S. 009-2002-MINCETUR. Señalan que tales dispositivos vulneran sus derechos a la libertad de empresa al impedirles la importación de máquinas tragamonedas y repuestos con más de dos (02) años de antigüedad. Asimismo, sostienen que se afectan sus derechos a la igualdad y libre competencia, pues existirían otras empresas que sí pueden realizar tales actividades de importación por contar con sentencias favorables en calidad de cosa juzgada, consolidando así su posición de dominio en el mercado, lo que resultaría contrario a la Constitución.

El MINCETUR contesta la demanda aduciendo que las normas impugnadas constituyen un límite constitucionalmente admisible al ejercicio de los derechos invocados por los recurrentes, y que su finalidad es tutelar otros bienes y principios constitucionales como son la protección de los consumidores, la moralidad y seguridad pública. De otro lado, señala que el hecho que se hayan dictado sentencias con la calidad de cosa juzgada en otros procesos de amparo a favor de terceros no puede ser el sustento para alegar un supuesto trato desigual y una vulneración a la libre competencia, ya que la ejecución por parte del MINCETUR de lo resuelto en dichas sentencias constituye un efecto del ordenamiento jurídico, situación que es atribuible a esta entidad.

Con fecha 16 de agosto de 2005, el Juzgado Mixto de San Martín–Tarapoto declara fundada la demanda, por considerar que el hecho que otras empresas puedan brindar el servicio de máquinas tragamonedas y juegos de casino en cualquier lugar del país e importar equipos relacionados con este rubro sin cumplir con las exigencias de la normativa vigente en virtud de pronunciamientos judiciales favorables, significa una afectación de los derechos de igualdad y libre competencia de los recurrentes, así como una contradicción con el principio de no abusar de la posición de dominio.

La recurrida revoca la apelada y declara improcedente la demanda, por estimar que lo que en realidad se pretende es una inaplicación en abstracto de las normas impugnadas, cuestión que no puede ser materia del presente proceso, más aún cuando en el presente caso no se habría acreditado una vulneración concreta de los derechos invocados por los recurrentes.

FUNDAMENTOS

1. El petitorio de la demanda busca que se declaren inaplicables los artículos 5, 6, los incisos h) y o) del artículo 14, así como el numeral 47.2 de la Ley N.º 27153, modificada por la Ley N.º 27796, y su Reglamento aprobado por D.S. 009-2002-MINCETUR, alegándose que tales dispositivos vulneran los derechos a la igualdad, libertad de empresa, competencia e iniciativa privada de las empresas recurrentes, pues imponen una serie de restricciones para abrir locales de máquinas tragamonedas y les restringen la importación de equipos relacionados con este rubro.
2. En primer lugar, debe precisarse que el cuestionamiento de los artículos 5, 6 y 14 de la Ley 27153, modificada por la Ley 27796, carece de sustento, toda vez que mediante STC 0009-2001-AI/TC (fundamentos 1, 2 y 5), el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de las referidas normas. De manera que este extremo de la pretensión debe ser desestimado.
3. Respecto a la prohibición impuesta por el numeral 47.2. de la Ley 27153 y su Reglamento, para importar máquinas tragamonedas con más de dos años de antigüedad, por considerarse atentatoria de la libertad de empresa; este Colegiado ha señalado anteriormente que “(...) la libertad de empresa, consagrada por el artículo 59º de la

Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce. (Sentencias 001-2005-AI/TC y 7320-2005-AA/TC).

4. En ese sentido, conforme se ha precisado en el fundamento 2 de la STC 0009-2001-AI/TC “(...) La opción del legislador por configurar [regular] la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado. También con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales, y en particular, la protección de los consumidores, la moralidad y seguridad pública (...)”.
5. Por ello, tomando en cuenta que las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, las mismas que aquellas actividades que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas; de ninguna manera podría alegarse que los límites establecidos en el artículo 47.2 de la Ley 27153 resultan inconstitucionales, más aún cuando estos tienen como fin resguardar otros bienes constitucionales, como son la defensa del consumidor y la seguridad pública. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada en este extremo, considerando, además, que el recurrente no ha demostrado fehacientemente la afectación de sus derechos, limitándose básicamente a una mera invocación a una supuesta realidad nacional donde las empresas están imposibilitadas de importar máquinas nuevas.
6. Finalmente, también debe desestimarse el argumento de la afectación del derecho de igualdad ante la ley de los recurrentes por existir otras empresas que sí tienen procesos de amparo a su favor, en atención a las consideraciones del siguiente fundamento.
7. Mediante la STC 04245-2006-PA/TC (fundamentos 15 a 20), este Colegiado advirtió que “(...) las sentencias declaradas fundadas, que han adquirido la calidad de cosa juzgada, derivadas de los procesos de amparo, no constituyen, en modo alguno, una “patente de corso” o, lo que es lo mismo, obstáculos que impidan que con posterioridad al acto reputado como atentatorio de los derechos fundamentales, o incluso a las precitadas sentencias, se realicen labores de fiscalización; por el contrario, el Estado debe desarrollar a plenitud las funciones que la Constitución y la legislación derivada de ella han establecido, funciones estas que en modo alguno pueden ser paralizadas o impedidas a través de un proceso de amparo, (...). En esta tónica debe precisarse que, en concordancia con el artículo 103º de la Constitución, no existe ningún derecho adquirido en materia de la gestión o explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, de modo que el Estado está siempre expedito para establecer y desarrollar políticas de fiscalización permanentes cuyo objeto sea la protección de los usuarios, consumidores y de la sociedad en su conjunto. (...) En todo caso, advirtiéndose la existencia de procesos de amparo que han culminado con sentencias que declararon fundadas las demandas presentadas por los propietarios o las empresas propietarias de los negocios dedicados a la administración y explotación de casino de juegos y máquinas tragamonedas, en los que se ha obviado la jurisprudencia o los precedentes vinculantes dictados por este Colegiado (con lo que se pretende desconocer no sólo los pronunciamientos del Supremo Intérprete de la Constitución sobre dicha materia, sino que además pudieron haberse asentado en interpretaciones sesgadas, antojadizas o contrarias al texto constitucional), este Tribunal Constitucional estima pertinente adoptar las medidas correctivas necesarias para evitar, en lo sucesivo, que ocurran hechos como estos. En primer lugar, la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial deberá requerir, a todos los órganos jurisdiccionales, las sentencias que hayan sido declaradas fundadas en materia de casinos de juego y máquinas tragamonedas, derivadas de los procesos de amparo tramitados desde el año 2002, inclusive, para que inicien las acciones administrativas que

estimen pertinentes. El resultado de dicha investigación deberá ser puesto en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control Interno del Ministerio Público, para los fines pertinentes (...)

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALE OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI**

EXP. Nº 5221-2006-PA/TC**LIMA****ENTOR S.R.L.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 11 días del mes de abril de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por ENTOR S.R.L., debidamente representada por don Cosme Enríquez Chaico, contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 143, su fecha 4 de octubre de 2005, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de enero de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), a fin de que se deje sin efecto la Resolución de Intendencia N.º 026-4-08135, debido a que la misma contradice lo establecido en los numerales 15 y 16 de los artículos 2, 59, 70 y 74 de la Constitución Política, en la medida en que configura un acto lesivo contra los derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad, así como a los Principios constitucionales de no confiscatoriedad e intangibilidad del capital.

La emplazada opone las excepciones de oscuridad en el modo de interponer la demanda y de caducidad. En adición a ello, contradice la demanda en todos sus extremos argumentando que la deuda tributaria que impugna la empresa recurrente habría sido reconocida por ella misma a través de la presentación de declaraciones juradas rectificatorias y de la Solicitud de Acogimiento al Régimen Especial de Fraccionamiento Tributario. Finalmente, aduce que la empresa demandante en ningún momento ha acreditado de qué manera el acto que impugna estaría vulnerando sus derechos a la libertad de empresa y a la propiedad, así como el principio de no confiscatoriedad.

El Quincuagésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de junio del 2004, desestima la excepción de oscuridad en el modo de interponer la demanda y estima la excepción de caducidad, declarando improcedente la demanda de amparo, por cuanto la demandante no ejerció su derecho de defensa antes del plazo de 60 días que prescribe la Ley 23506 (norma aplicable al momento de presentación de la demanda), hoy recogido por el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

La recurrida confirma la apelada por las razones aducidas en la instancia precedente.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se deje sin efecto la Resolución de Intendencia N.º 026-4-08135, por cuanto viene vulnerando lo establecido en los numerales 15 y 16 de los artículos 2, 59, 70 y 74 de la Constitución Política, en la medida en que configura un acto lesivo contra los derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad, así como contra los principios constitucionales de no confiscatoriedad e intangibilidad del capital.

2. El recurrente sustenta su pretensión en que la Resolución de Intendencia en cuestión se basa en la supuesta omisión parcial de pago de IGV e Impuesto a la Renta omisión surgida al no declarar la totalidad de sus compras—, sin tomar en cuenta que los documentos mediante los cuales se podría comprobar las compras de combustible fueron objeto de pérdida, tal y como se denunció ante las autoridades pertinentes. Por ello, aduce que la Administración no tuvo los elementos de prueba suficientes para la emisión de la referida Resolución de Intendencia, y que, en consecuencia, los intereses moratorios que la Sunat pretende cobrar son confiscatorios.

Con relación a la Excepción de Caducidad

3. Este Colegiado considera necesario pronunciarse con respecto a esta excepción, en la medida en que ha sido acogida por las instancias precedentes. A nuestro juicio la excepción de caducidad deducida por el demandado —que debe ser entendida como prescripción extintiva (STC 1049-2003-AA/TC)- debe ser desestimada.

4. En el caso de autos, la demanda se presentó el 30 de enero de 2004 (como se desprende del cargo de ingreso de fojas 1), y la Resolución de Intendencia N.º 026-4-08135, es de fecha 2 de noviembre de 2000. No obstante ello, es importante tomar en cuenta que la referida Resolución de Intendencia fue objeto de un procedimiento contencioso-tributario, el cual culminó—acorde con la normativa que regula este tipo de procedimientos contenida en los artículos 124 a 156 del Código Tributario—con la emisión de la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 03845-5-2003, que fue notificada con fecha 4 de noviembre de 2003, configurándose así el supuesto contemplado por el inciso 6) del artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

5. En consecuencia, a juicio de este Colegiado, el supuesto acto lesivo se configura recién con la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 03845-5-2003 (que da fin a la instancia administrativa), de fecha 4 de noviembre de 2003, motivo por el cual el plazo para la interposición de la demanda debió contarse desde esta última fecha, siendo deber de este Colegiado emitir pronunciamiento de fondo.

Con relación a la supuesta vulneración del Principio de No Confiscatoriedad de los Tributos

6. En opinión del demandante, los supuestos actos lesivos señalados en los fundamentos 1 y 2 *supra* se concretarían en afectaciones a sus derechos de propiedad y libertad de empresa por transgredir el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria.

7. Al respecto, en anterior oportunidad este Colegiado se ha pronunciado con relación al principio de no confiscatoriedad, señalando que “(...) *es un concepto jurídico indeterminado; por ello, su contenido constitucionalmente protegido sólo puede ser determinado casuísticamente, considerando la clase de tributo y las circunstancias concretas de los contribuyentes*”. □STC 004-2004-AI/TC (acumulados)□

8. Asimismo, en la STC N.º 2302-2003-AA/TC, este Tribunal estableció que “(...) *para acreditar la confiscatoriedad en cada caso, es necesario probar la afectación real al patrimonio. Y es que no podría ser de otra manera cuando se alega afectación exorbitante a la propiedad privada. Si bien es cierto que el artículo 9º del Código Procesal Constitucional ha establecido la inexistencia, en los procesos constitucionales, de una etapa probatoria, también prevé la procedencia de medios probatorios que no requieran de actuación y a los que el juez considere indispensables, pero siempre que ello no afecte la duración del proceso. No obstante, en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada (...)*”.

9. En el presente caso, si bien la empresa sostiene que la Resolución impugnada tiene efectos confiscatorios en su caso, lo cierto es que, a lo largo del proceso, no se ha demostrado de manera fehaciente, y con medio probatorio alguno, cómo es que se produce la afectación alegada. En consecuencia, al no haberse acreditado la vulneración de derechos fundamentales a consecuencia de la inobservancia del principio de no confiscatoriedad, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. N.º 05961-2009-PA/TC
LIMA
TRANSPORTES VICENTE,
EUSEBIO, ANDREA S.A.C.
(TRANSP VEA S.A.C.)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de junio de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega; y el voto singular del magistrado Calle Hayen, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. contra la resolución expedida por la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 388, su fecha 15 de julio de 2008, que declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de octubre de 2006, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando que se declare inaplicables, a su caso, los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843; y que, en consecuencia, se le permita importar vehículos automotores usados que tengan una antigüedad mayor de cinco años. Refiere que los decretos cuestionados vulneran sus derechos constitucionales a la libre contratación y al trabajo.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que el contenido normativo establecido por los decretos cuestionados para la importación de vehículos automotores usados se sustenta en razones de seguridad vial y de conservación y protección del medio ambiente.

Con fecha 26 de octubre de 2006, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria solicita intervenir en el proceso como litisconsorte del Ministerio demandado; y con fecha 31 de octubre de 2006, el Juzgado Mixto de Huaycán resuelve incluirla como litisconsorte facultativo pasivo.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que los fundamentos de ésta no se encuentran directamente vinculados con el objeto normado en los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, por cuanto la Sociedad demandante no se dedica a la actividad de reparación o reacondicionamiento de vehículos automotores usados. Asimismo, señala que lo normado en los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC no contraviene lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad emitida en el Exp. N.º 00017-2004-AI/TC, por cuanto estos decretos no disponen que se suspenda la importación de vehículos automotores usados.

Con fecha 8 de febrero de 2007, Inversiones Carbajal S.R.L. solicita su intervención como litisconsorte facultativo de la Sociedad demandante; y con fecha 13 de febrero de 2007, el Juzgado Mixto de Huaycán declara improcedente su pedido de intervención litisconsorcial.

El Juzgado Mixto de Huaycán, con fecha 12 de marzo de 2007, declaró no sanear el proceso, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, por considerar que no es el Juzgado competente para conocer la demanda.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que la demanda debió ser interpuesta en el distrito de Lima y no en el de Huaycán, porque el Juez competente para conocer el presente proceso, por razón de territorio, es el Juez del distrito de Lima.

Con fecha 9 de diciembre de 2008, la Sociedad demandante interpuso recurso de agravio constitucional; con fecha 6 de enero de 2009, la Sala revisora declaró improcedente el recurso de agravio constitucional. Con fecha 23 de marzo de 2009, la Sociedad demandante interpuso recurso de queja; y con fecha 4 de mayo de 2009, mediante la resolución recaída en el Exp. N.º 00097-2009-Q/TC, este Tribunal declaró fundado el recurso de queja.

FUNDAMENTOS

§.1. Análisis de procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, corresponde evaluar si la demanda fue interpuesta, o no, ante el Juez competente. Asimismo, este Tribunal debe analizar si la demanda también fue interpuesta, o no, dentro del plazo de prescripción previsto en el artículo 44º del CPConst.

2. Con relación al Juez competente para conocer la demanda de autos, debe señalarse que para determinarlo resulta aplicable la redacción original del artículo 51º del CPConst., cuyo texto establecía que son competentes para conocer del proceso de amparo “el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción”.

Ello debido a que la modificación del artículo 51º efectuada por la Ley N.º 28946, no es de aplicación al caso de autos, por cuanto la demanda fue interpuesta con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha modificación.

3. En el presente caso, con la Constancia Policial emitida por la Comisaría de Huaycán, de fecha 15 de marzo de 2007, obrante a fojas 264, se demuestra que la Sociedad demandante domicilia en el distrito de Huaycán, motivo por el cual la excepción de incompetencia resulta desestimable.

En sentido similar, este Tribunal debe destacar que si bien el domicilio fiscal de la Sociedad demandante se encuentra ubicado en el distrito de Lima, según se aprecia del Registro Único de Contribuyente, obrante a fojas 3, ello no significa que éste, en todos los casos, sea el mismo domicilio que prevé la redacción original del artículo 51º del CPConst. para efectos de interponer la demanda de amparo. En algunos casos ambos domicilios pueden coincidir, pero en otros casos el domicilio fiscal puede ser distinto al domicilio del demandante, tal como sucede en el caso de autos. Por esta razón, también resulta desestimable la excepción de incompetencia.

De otra parte, también debe precisarse que el aparente conflicto entre el contenido de las constancias policiales emitidas por la Comisaría de Huaycán, obrantes a fojas 264 y 282, debe ser resuelto conforme al principio *pro actione* reconocido en el artículo III del Título Preliminar del CPConst., que preceptúa que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Tribunal Constitucional optará por su continuación.

En efecto, del contenido de las constancias policiales mencionadas se puede advertir la existencia de una duda razonable sobre el domicilio de la Sociedad demandante en el distrito de Huaycán, pues en la constancia policial obrante a fojas 264 se señala que sí domicilia en el distrito de Huaycán, mientras que en la constancia policial obrante a fojas 282 se señala lo contrario, que no domicilia en el distrito de Huaycán. Esta aparente duda razonable sobre el domicilio de la Sociedad demandante tiene que ser resuelta conforme al principio *pro*

actione, en virtud del cual corresponde también desestimar la excepción de incompetencia, a fin de proseguir con la continuación del proceso.

4. Con relación a la excepción de prescripción, este Tribunal debe señalar que ésta resulta desestimable, pues se denuncia una supuesta afectación de naturaleza continuada, por lo que el cuestionamiento de la constitucionalidad de los decretos mencionados a través del proceso de amparo no está sujeto a plazo prescriptorio, conforme lo ha sostenido este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC.

En dicha sentencia, con relación a los decretos que establecen requisitos para la importación de vehículos automotores usados, este Tribunal señaló que “encontrándonos frente a una supuesta afectación de naturaleza continuada, su impugnación a través del proceso de amparo no está sujeta a plazo prescriptorio, conforme lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional”.

§.2. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionales controvertidas

5. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente sentencia, la demanda de amparo se dirige a que se declare inaplicables los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843.

La Sociedad demandante aduce que los decretos cuestionados vulneran sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de contratación, pues considera lesivo a sus derechos el impedimento de poder importar vehículos automotores usados que tengan una antigüedad no mayor de cinco años.

6. Por su parte, el Ministerio emplazado señala que los decretos cuestionados no impiden la importación de vehículos automotores usados, sino que establecen los requisitos para la importación de ellos, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente.

Refiere que, en coherencia con tal objetivo, el establecimiento de los requisitos para la importación de vehículos automotores usados tiene por finalidad la tutela del medio ambiente y de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los ciudadanos, debido a que buscan evitar el ingreso de vehículos automotores que por su antigüedad y su sistema de combustión puedan ocasionar un grave perjuicio al medio ambiente.

7. Centrada así la cuestión, la controversia se circunscribirá entonces en determinar si los requisitos para la importación de vehículos automotores usados constituyen, o no, un límite constitucionalmente legítimo y razonable al ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de contratación. Del mismo modo, corresponde determinar si la vigencia efectiva de los derechos fundamentales a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud justifica la limitación impuesta por los decretos cuestionados al ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de contratación.

8. Para resolver la presente controversia, este Tribunal considera necesario recordar su jurisprudencia sobre la constitucionalidad de los decretos que establecen requisitos para la importación de vehículos automotores usados, así como para la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre.

Ello a fin de verificar si la jurisprudencia constitucional mencionada es, o no, uniforme, clara y precisa. Pues en caso que no lo sea, esto es, si es ambigua, confusa o imprecisa, resultará oportuno establecer una línea uniforme, a través de una sentencia de unificación, tal como se hizo ya en el caso de la protección previsional por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 02513-2007-PA/TC.

O en todo caso, si sobre esta materia la jurisprudencia constitucional es reiterada y uniforme, este Tribunal puede evaluar si concurre alguno de los seis presupuestos básicos para la

aprobación de un precedente vinculante, a fin de que exista predictibilidad y seguridad jurídica sobre la constitucionalidad del contenido normativo de los decretos cuestionados.

§.3. Jurisprudencia sobre los requisitos para la importación de vehículos automotores usados

9. Sobre el particular, debe destacarse que en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha evaluado la constitucionalidad del contenido normativo de los decretos legislativos, de los decretos supremos y de los decretos de urgencia que establecen requisitos para la importación de vehículos automotores usados. Es particularmente útil reseñar los siguientes casos:

a. **Exp. N.º 01196-2003-AA/TC**

En esta caso, Transportes Rivas S.R.L. demandó que se declare inaplicable el **Decreto Supremo N.º 045-2000-MTC**, posteriormente precisado por el **Decreto Supremo N.º 053-2000-MTC**; y que, por consiguiente, se le aplique ultractivamente el Decreto Legislativo N.º 843 y el Decreto Supremo N.º 100-96-EF, porque consideraba que vulneraban sus derechos constitucionales a la inversión privada, a la libertad de contratación, a la libertad de trabajo y de empresa.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y desestimada en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **27 de abril de 2004**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“5. (...) con respecto a la libertad de empresa, comercio e industria, es necesario señalar que tales derechos están sujetos a ciertos límites y que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral ni a la salud ni a la seguridad públicas. La libertad no puede ir contra la salud de las personas o el daño al entorno ambiental. La seguridad pública es la garantía de que las personas no sufrirán daños provenientes de su vida cotidiana en la sociedad. Por lo tanto, no se han vulnerado los derechos constitucionales invocados.

6. Si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales –los cuales, en principio, son de igual importancia– hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del ordenamiento constitucional. Desde este punto de vista, debe tenerse en cuenta, con respecto al acto que se reputa violatorio, que no puede primar el interés individual o de un grupo sobre el interés colectivo, permitiéndose una emisión de monóxido de carbono de los vehículos automotores que supere el límite del 4% en volumen, ya que esto es perjudicial para la salud de los ciudadanos”.

De los fundamentos transcritos, puede concluirse que la demanda fue desestimada porque este Tribunal consideró que el ejercicio de las libertades de empresa, de comercio y de industria, no debe ser lesivo a la salud de las personas o dañar al entorno ambiental, tal como sucede con la libre importación sin requisitos de vehículos automotores usados. Por ello, en la sentencia mencionada se confirmó la constitucionalidad de la regulación contenida en el Decreto Supremo N.º 045-2000-MTC, precisada por el Decreto Supremo N.º 053-2000-MTC, por cuanto ésta buscaba tutelar la salud de los ciudadanos y porque la libre importación sin requisitos de vehículos automotores usados supondría que inconstitucionalmente prime “el interés individual o de un grupo sobre el interés colectivo”.

b. **Exp. N.º 08881-2006-PA/TC**

En este caso, don Jaime Wiliam Avellaneda López demandó que se declare inaplicable el **Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad de contratación.

La demanda, luego de ser admitida y desestimada en primer como en segundo grado, fue resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **18 de marzo de 2008**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“4. (...) los derechos a la libertad de trabajo y empresa, así como el derecho a la libre contratación, no resultan absolutos, sino que el ejercicio de los mismos debe ser compatibilizado con otros derechos y bienes constitucionales tutelados, como en este caso lo es la protección del medio ambiente y la salud pública (...).”

En buena cuenta, en esta sentencia el Tribunal confirmó la constitucionalidad del contenido normativo del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC, en la medida que los requisitos para la importación de vehículos automotores usados constituyen un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertades de trabajo, de empresa y de contratación, por cuanto los requisitos para la importación buscan proteger el medio ambiente y la salud pública.

c. **Exp. N.º 03610-2008-PA/TC**

En este caso, World Cars Import demandó que se declare inaplicables el **artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843**, los **Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC** y los **Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de empresa.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y desestimada en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **5 de noviembre de 2008**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“40. (...) si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la protección del medio ambiente es una obligación no solo estatal sino de la sociedad en su conjunto, tales limitaciones al recurrente devienen a todas luces proporcionales pues dicha intervención de menor intensidad optimiza en mayor medida la salvaguarda del medio ambiente y, en especial, el derecho a la vida y a la integridad de la población.

41. Ahora bien, el Tribunal Constitucional estima pertinente resaltar que si bien el recurrente ha cuestionado la constitucionalidad de tales medidas, simplemente se ha limitado a señalar, de manera vaga, que sus derechos, entre ellos, su derecho a la libre contratación, vienen siendo conculcados, sin tomar en consideración, por un lado, que el ejercicio de ningún derecho fundamental puede efectuarse al margen de los principios, valores y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce, y por otro, desconociendo además la función supervisora y reguladora del Estado, más aún en un sector estratégico como el transporte, que es tan trascendente para el progreso económico y la cohesión del país”.

En buena cuenta, este Tribunal desestimó la demanda y ratificó la constitucionalidad del contenido normativo del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, bajo el argumento de que la Constitución Ecológica permite que el Poder Ejecutivo imponga requisitos razonables y proporcionales para la importación de vehículos automotores usados, por cuanto estos tienen por finalidad proteger los derechos a la vida, a la seguridad y al medio ambiente equilibrado y adecuado de la población.

d. **Exp. N.º 03048-2007-PA/TC**

En este caso, Importaciones Fukuroi Company E.I.R.L. demandó que se declare inaplicable el **Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo y a la libre contratación.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y desestimada en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **19 de diciembre de 2008**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“12. (...) el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC constituye una medida legislativa legítima e idónea que busca prevenir y proteger la afectación del medio ambiente, específicamente la contaminación del aire, ya que los requisitos establecidos para la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados tratan de neutralizar en la medida de lo posible los efectos negativos que sobre el medio ambiente produce la presencia del azufre en los combustibles Diesel 1, Diesel 2 y Diesel 2 Especial, pues recién a partir del 1 de enero del 2010 el contenido de azufre en los combustibles antes mencionados alcanzará los estándares internacionales.

(...)

15. (...) la empresa demandante no ha demostrado que la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre sea una actividad económica que no degrada ni daña al medio ambiente, específicamente la contaminación del aire. Por el contrario, con el informe presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se encontraría demostrado que la importación de vehículos y partes usadas constituye una actividad económica dañina para el medio ambiente. En este sentido en el Cuarto Informe de Observancia Pública, elaborado por el Centro de Investigación y de Asesoría del Transporte Terrestre, obrante de fojas 43 a 66 del cuadernillo de este Tribunal, se señala en el punto 2.1. que la “importación de vehículos usados es la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población”.

(...)

21. (...) el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC constituye un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertad de trabajo y empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre, tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud. Y ello porque la protección del medio ambiente impone un tratamiento cuyo propósito es mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas, pues la creciente degradación del medio ambiente pone en peligro potencial la propia base de la vida”.

Cabe destacar que en esa ocasión, este Tribunal enfatizó que la constitucionalidad de los requisitos establecidos por el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC para la importación de vehículos automotores usados se fundamenta en que constituye una medida legislativa legítima e idónea que busca prevenir y proteger la afectación del medio ambiente, específicamente la contaminación del aire. Y porque en autos existían medios de prueba (informes técnicos) que demostraban que la importación de vehículos automotores y partes usadas constituía una actividad económica dañina para el medio ambiente.

e. Exp. N.º 01157-2008-PA/TC

En este caso, Importaciones y Servicios Barrera S.A. demandó que se declare inaplicables los **Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000** y los **Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo y a la libre contratación.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, en primer grado se declaró la nulidad de todo lo actuado y en segundo grado fue declarada improcedente, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **7 de setiembre de 2009**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“10. (...) a través de la STC N.º 3610-2008-AA este Tribunal ya ha analizado el supuesto cuestionado por la demandante. Así en dicha oportunidad, este Tribunal estableció que los derechos alegados por la empresa demandante “...no son absolutos, sino que deben ser compatibilizados con otros derechos y bienes constitucionalmente legítimos, como la protección de los daños al medio ambiente y a la salud pública...”.

(...)

13. (...) la medida no sólo resultaba idónea y necesaria para la salvaguarda de los derechos a la vida, a la salud y a un medio ambiente equilibrado, sino además proporcionada en atención a las circunstancias concretas, toda vez que por un lado la medida no restringía absolutamente la importación de vehículos usados, sino sólo selectivamente; y por otro, porque la restricción practicada, al estar referida sólo a aquellas fuentes contaminantes que se había mostrado como más nocivas para el aire, potenciaba los efectos benéficos de la medida, de tal suerte que la medida tenía la virtualidad de lograr una importante reducción de la contaminación de la contaminación del aire en el tiempo, con una mínima restricción de las importaciones; o, dicho de otra manera, el mayor beneficio de derechos colectivos posible con la menor limitación de derechos individuales posible.

(...)

15. (...) el Estado tiene como función primordial la protección y seguridad de la sociedad, por lo que puede legítimamente tomar las medidas necesarias para ello. En esa medida, corresponde tener presente que en el caso de autos, no sólo se discute un tema de importación de vehículos, sino que además, resultan involucrados el derecho a la vida y la seguridad de la sociedad en su conjunto”.

Como primera cuestión debe destacarse que en esta sentencia, además de evaluarse la constitucionalidad del contenido normativo de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 y de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, también se evaluó la constitucionalidad del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC. Como segunda cuestión, debe resaltarse que la fundamentación utilizada por esta sentencia para desestimar la demanda se remite a lo argumentado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC.

Finalmente, en esta sentencia se destacó que el contenido normativo de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 y de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC constituía una manifestación de la función primordial del Estado en la protección del derecho a la vida y a la seguridad de la sociedad.

f. **Exp. N.º 03816-2009-PA/TC**

En este caso, Dan Export S.A.C. demandó que se declare inaplicables el **Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC** y los **Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de iniciativa privada.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y desestimada en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **30 de marzo de 2010**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“11. (...) el Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC y los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 constituyen una medida legislativa legítima e idónea que busca prevenir y proteger la afectación del medio ambiente, específicamente la contaminación del aire, ya que los requisitos establecidos para la importación de vehículos usados, tratan de neutralizar en la medida de lo posible los efectos negativos que sobre el medio ambiente produce la presencia del azufre en los combustibles Diesel 1, Diesel 2 y Diesel 2 Especial, pues recién a partir del 1 de enero del 2010 el contenido de azufre en los combustibles antes mencionados alcanzará los estándares internacionales”.

(...)

19. (...) los decretos cuestionados constituyen un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertad de trabajo y empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente

equilibrado y adecuado y a la salud. Y ello porque la protección del medio ambiente impone un tratamiento cuyo propósito es mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas, pues la creciente degradación del medio ambiente pone en peligro potencial la propia base de la vida”.

En esta última sentencia, nuevamente, se reafirma la constitucionalidad del contenido normativo del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, en tanto que se destaca que los decretos mencionados constituyen un límite legítimo al ejercicio de los derechos a las libertades de trabajo y de empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos automotores usados tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud.

§4. Fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional y razones para emitir un precedente constitucional vinculante

10. De la reseña hecha puede concluirse que la jurisprudencia de este Tribunal, en lo que se refiere a la importación de vehículos automotores usados, es uniforme, clara, precisa y reiterada, por lo que no cabe emitir una sentencia de unificación. Todas las sentencias citadas señalan en forma clara que los requisitos para la importación de vehículos automotores usados constituyen un límite legítimo, razonable y proporcional al ejercicio de los derechos constitucionales al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, porque persiguen como fin constitucional la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud de las personas.

11. Asimismo, de la *ratio decidendi* de las sentencias mencionadas también puede concluirse que la constitucionalidad del contenido normativo del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, ha sido confirmada en forma reiterada por este Tribunal.

Estando a ello, y por virtud del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los jueces y salas del Poder Judicial no pueden dejar de aplicar los criterios mencionados en la resolución de casos similares, pues en los artículos mencionados se dispone expresamente que los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

12. Advirtiéndose que no es necesaria la emisión de una sentencia de unificación por que la jurisprudencia sobre los requisitos para la importación de vehículos automotores usados, es uniforme, clara, precisa y reiterada, corresponde entonces evaluar si concurre alguno de los seis presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante.

En este sentido, debe recordarse que en las sentencias recaídas en los Exps. N.ºs 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC, se establecieron los seis presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante, que son:

- a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.
- c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.
- d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

- e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.
- f. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

13. En el presente caso, con las resoluciones judiciales obrantes de fojas 87 a 123 del cuadernillo de este Tribunal, se comprueba que en el caso de los requisitos para la importación de vehículos automotores y partes usadas concurre el primer presupuesto para establecer un precedente vinculante, pues con ellas se acredita que existen decisiones judiciales que contradicen la jurisprudencia de este Tribunal.

Así, con la finalidad de demostrar de que en la *praxis* judicial existen decisiones judiciales que contradicen en forma manifiesta la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia referida, puede citarse que en el proceso de amparo (cuaderno cautelar) recaído en el Exp. N.º 40431-2007, el Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con fecha **15 de febrero de 2010**, declaró fundada la medida cautelar solicitada por don Saúl Rodríguez Alva y ordenó que se declare inaplicables el Decreto Legislativo N.º 843, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

14. Sobre la constitucionalidad del contenido normativo de los Decretos de Urgencia N.ºs 050-2008 y 052-2008, este Tribunal debe precisar que hasta la fecha no ha emitido pronunciamiento alguno sobre ellos, por lo que corresponde hacerlo. Ello en la medida que mediante la presente sentencia se va a establecer un precedente vinculante sobre los decretos legislativos, los decretos supremos y los decretos de urgencia que establecen requisitos para la importación de vehículos automotores y partes usadas.

Mediante el Decreto de Urgencia N.º 050-2008 se modificó el artículo 1º, literal a) del Decreto Legislativo N.º 843 a fin de mantener requisitos mínimos de calidad para la importación de vehículos automotores usados, que después fueron precisados mediante el Decreto de Urgencia N.º 052-2008. Los requisitos establecidos y precisados por estos decretos tienen por finalidad "la satisfacción de los intereses de los usuarios, el resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto".

Por esta razón, este Tribunal también considera que los requisitos para la importación de vehículos automotores usados establecidos en los Decretos de Urgencia N.ºs 050-2008 y 052-2008 constituyen un límite legítimo, razonable y proporcional al ejercicio de los derechos constitucionales al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, porque persiguen la protección de un fin constitucional, como lo es la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud de las personas.

15. En sentido similar, puede destacarse la sentencia de primer grado del proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 03816-2009-PA/TC. En los antecedentes de aquella sentencia, se consignó que:

"El Segundo Juzgado Especializado Civil Transitorio de Descarga de Trujillo, con fecha **8 de setiembre de 2008**, declara infundadas las excepciones propuestas y saneado el proceso; y con fecha 3 de noviembre de 2008, declara **fundada, en parte, la demanda, e inaplicables a la demandante los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 y el Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC en cuanto modifica el inciso a) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843**, por considerar que dichos decretos no pueden ser aplicados en forma retroactiva al contrato de promesa de venta que celebró la demandante con la Importadora y Exportadora Rato Ltda. el 9 de octubre de 2006; e improcedente en el extremo que se solicita la inaplicación del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC en cuanto modifica el inciso b) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843". (Subrayado y negritas de este Tribunal).

16. Es más, también debe destacarse que en el presente proceso de amparo el Juzgado Mixto de Huaycán, con fecha 12 de octubre de 2006, estimó parcialmente la solicitud de medida cautelar peticionada por la Sociedad demandante y ordenó la inaplicación de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 y de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC.

Lo particular de esta medida cautelar es que, a pesar de que fue anulada con fecha 12 de marzo de 2007, mediante la Resolución N.º 4 (cuaderno cautelar), como consecuencia de que ese mismo día el Juzgado Mixto de Huaycán emitió la Resolución N.º 12 (cuaderno principal) que declaró no sanear el proceso, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, con fecha **3 de junio de 2009**, el mismo Juzgado Mixto de Huaycán a cargo de la Jueza María Cecilia de los Ángeles Ruidas Sánchez emitió la Resolución S/N, obrante a fojas 51 del cuadernillo de este Tribunal, cuya parte resolutive precisa que:

“(...) en tanto no exista un pronunciamiento definitivo o firme, continúa en vigencia la medida cautelar dictada mediante resolución número uno, de fecha doce de octubre del año dos mil seis (...)”. (Subrayado y negritas de este Tribunal).

De la lectura de esta última resolución judicial se advierte que ha existido un trámite manifiestamente irregular en el procedimiento cautelar del presente caso que tampoco ha sido elevado a este Tribunal, pues mediante la resolución de fecha 3 de junio de 2009 se revivió la medida cautelar que fue anulada por el propio Juzgado Mixto de Huaycán, lo cual, además de ser irregular, vulneró el derecho al debido proceso de los demandados, pues un razonamiento lógico-racional hace predecir a las partes del proceso que si el Juzgado Mixto de Huaycán el 12 de marzo de 2007 se consideraba como incompetente para conocer el proceso de amparo, no podía después de esa fecha emitir acto procesal alguno relacionado con el fondo de la pretensión. Sin embargo, a pesar de dicha imposibilidad jurídica derivada de su propia declaración de incompetencia, el 3 de junio de 2009 el Juzgado Mixto de Huaycán sí se consideró competente para revivir los efectos de una medida cautelar anulada.

Este comportamiento irregular debe ser investigado y sancionado por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. Por dicha razón se remite copia de lo actuado a la Oficina de Control de la Magistratura para que inicie las acciones administrativas que estime pertinente contra la Jueza María Cecilia de los Ángeles Ruidas Sánchez, por haber emitido la Resolución S/N, de fecha 3 de junio de 2009, en el Exp. N.º 2006-0170 (cuaderno cautelar). El resultado de dicha investigación deberá ser puesto en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura, para los fines pertinentes.

17. Del recuento de la jurisprudencia reseñada sobre los requisitos para la importación de vehículos automotores y partes usadas, puede apreciarse que desde el **5 de noviembre de 2008**, con la publicación de la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC, este Tribunal ha tenido y mantenido un posición uniforme y reiterada sobre la constitucionalidad del contenido normativo del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, y que, a pesar de ello, los jueces del Poder Judicial han venido resolviendo demandas de amparo y medidas cautelares en contra de la jurisprudencia de este Tribunal, infringiendo de este modo el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Debe resaltarse que no es la primera vez que se demuestra este comportamiento de desacato de los jueces del Poder Judicial a la jurisprudencia de este Tribunal. En el caso de la legislación que regulaba el impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas también sucedió algo similar, lo que terminó siendo proscrito mediante el precedente vinculante emitido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 04227-2005-PA/TC.

§4.1. Efectos del precedente: amparo contra resoluciones judiciales

18. En este orden de ideas, debe precisarse que a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC en la página web, esto es, el 6 de

noviembre de 2008, ninguna resolución judicial podía inaplicar el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, y ello pese a que, con anterioridad se habían emitido las sentencias recaídas en los Exps. N.ºs 01196-2003-AA/TC y 08881-2006-PA/TC.

De otra parte, también debe precisarse que, en caso de que con anterioridad a la fecha de emisión de la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC se hubieren emitido sentencias y/o medidas cautelares inaplicando el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, tales resoluciones deben mantenerse vigentes (eficaces y ejecutables) hasta el 5 de noviembre de 2008.

19. Atendiendo a todo ello, este Tribunal concluye que toda resolución judicial que a partir del 6 de noviembre de 2008, haya inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, es ineficaz porque ha sido emitida en desacato de la jurisprudencia uniforme y reiterada de este Tribunal, porque contradicen la cosa juzgada constitucional y porque también han sido expedidas en contravención del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

No debe obviarse que el constituyente ha decidido consagrar a este Tribunal como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo.

A dicha razón debe agregársele que si bien el conocimiento de los procesos constitucionales de la libertad constituye una competencia compartida entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en materia de procesos constitucionales existe una relación de grado inferior de aquél con respecto a éste, por el hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento (artículo 200º, inciso 2 de la Constitución) e instancia única, final y definitiva en los procesos de inconstitucionalidad y competencial.

20. Teniendo presente lo dicho, este Tribunal advierte que las resoluciones judiciales firmes que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, generan un conflicto entre el principio de seguridad jurídica y la garantía de la cosa juzgada constitucional.

Ello debido a que las resoluciones judiciales firmes que inaplican los decretos mencionados no pueden ser declaradas nulas mediante la sentencia del presente proceso, por cuanto las partes de aquellos procesos no han formado parte de este (no han podido ejercer su derecho de defensa), lo cual no impide que dichas resoluciones puedan ser declaradas ineficaces, es decir, que no sean ejecutadas en sus propios términos por contravenir la jurisprudencia uniforme y reiterada de este Tribunal.

Ante tal conflicto suscitado, este Tribunal estima que la solución más adecuada, proporcional y racional no es la declaración de nulidad de todas las resoluciones judiciales firmes que inapliquen los decretos mencionados, pues ello conllevaría la afectación del derecho de defensa de todas aquellas partes que no han actuado ni participado en el presente proceso, sino la de habilitar excepcionalmente el plazo de prescripción previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPConst., para que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Procurador Público, pueda demandar la nulidad de las resoluciones a través del proceso de amparo contra resolución judicial firme.

Esta solución es la más adecuada, proporcional y racional para resolver el conflicto entre el principio de seguridad jurídica y la garantía de la cosa juzgada constitucional, pues en estos nuevos procesos de amparo se podrá evaluar si las resoluciones judiciales firmes contravienen, o no, la jurisprudencia uniforme y reiterada de este Tribunal sobre los requisitos para la importación de vehículos automotores y partes usadas.

21. En tal temperamento, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del CPConst, este Tribunal establece como precedente vinculante las siguientes reglas:

a. Que el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 es conforme con la Constitución, por cuanto no vulnera en forma directa ni indirecta el contenido constitucional de los derechos al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, por lo que los decretos mencionados no pueden ser inaplicados en ninguna clase de proceso por los jueces del Poder Judicial.

En tal sentido, todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo.

b. Las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son eficaces y ejecutables hasta el 5 de noviembre de 2008.

A partir del 6 de noviembre de 2008, todas las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y a la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que carecen de eficacia.

Para que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales firmes emitidas a partir del 6 de noviembre de 2008, que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, excepcionalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Procurador Público, tiene habilitado el plazo de prescripción previsto en el segundo párrafo del artículo 44° del CPConst. para interponer la respectiva demanda de amparo contra resolución judicial firme.

Dicho plazo de prescripción, habilitado en forma excepcional, se inicia a partir del día en que la presente sentencia le sea notificada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

§.4. Análisis del caso

22. Como la demanda tiene por objeto que se declare inaplicables los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC y el artículo 3° del Decreto Legislativo N.º 843, este Tribunal para desestimar la demanda se remite a los argumentos expuestos en los fundamentos 9 a 11, *supra*.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTES** las excepciones de incompetencia y de prescripción.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda, porque no se ha acreditado que los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843 vulneren los derechos constitucionales a la libre contratación y al trabajo.
3. Establecer conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como **PRECEDENTE VINCULANTE** las reglas contenidas en el fundamento 21, que son las siguientes:

a. Que el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 es conforme con la Constitución, por cuanto no vulnera en forma directa ni indirecta el contenido constitucional de los derechos al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, por lo que los decretos mencionados no pueden ser inaplicados en ninguna clase de proceso por los jueces del Poder Judicial.

En tal sentido, todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo.

b. Las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son eficaces y ejecutables hasta el 5 de noviembre de 2008.

A partir del 6 de noviembre de 2008, todas las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y a la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que carecen de eficacia.

Para que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales firmes emitidas a partir del 6 de noviembre de 2008, que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, excepcionalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Procurador Público, tiene habilitado el plazo de prescripción previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPConst. para interponer la respectiva demanda de amparo contra resolución judicial firme.

Dicho plazo de prescripción, habilitado en forma excepcional, se inicia a partir del día en que la presente sentencia le sea notificada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

4. Poner la presente sentencia en conocimiento del Presidente del Poder Judicial, del Consejo Nacional de la Magistratura y de los jefes de las Oficinas de Control Interno de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio Público.
5. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda a investigar el comportamiento de la Jueza María Cecilia de los Ángeles Ruidas Sánchez en este proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS**

ETO CRUZ

**EXP. N.º 05961-2009-PA/TC
LIMA
TRANSPORTES VICENTE,
EUSEBIO, ANDREA S.A.C.
(TRANSP VEA S.A.C.)**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Al igual que lo hice en las sentencias de las causas N.ºs 03610-2008-PA/TC y 03048-2007-PA/TC, emito el presente voto por los fundamentos siguientes:

Petitorio de la demanda

1. Que con fecha 5 de octubre de 2006 la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando que se declare inaplicables, a su caso, los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843; y que, en consecuencia, se le permita importar vehículos automotores usados que tengan una antigüedad mayor de cinco años. Refiere que los decretos cuestionados vulneran sus derechos constitucionales a la libre contratación y al trabajo.

Contestación de la demanda

2. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que el contenido normativo establecido por los decretos cuestionados para la importación de vehículos automotores usados se sustenta en razones de seguridad vial y de conservación y protección del medio ambiente.

La SUNAT con fecha 26 de octubre de 2006 solicitó su incorporación al proceso en calidad de litisconsorte facultativo, siendo aceptada con fecha 31 de octubre de 2008.

Pronunciamiento de las instancias precedentes

3. El Juzgado Mixto de Huaycán, mediante resolución de fecha 12 de marzo de 2007, declaró no sanear el proceso, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, por considerar que no es el Juzgado competente para conocer la demanda.

La Sala revisora confirmó la apelada por el mismo fundamento.

Titularidad de los derechos fundamentales

4. En la causa N.º 00901-2007-PA/TC emití un fundamento de voto en el que expresé que:

*“La Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en su artículo 1º-parte de derechos fundamentales- que “La defensa de la **persona humana** y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” agregando en su artículo 2º que “toda persona tiene derecho”, refiriendo en la aludida nomina derechos atribuidos evidentemente a la persona humana a la que hace referencia sin lugar a dudas el citado artículo 1º.*

El Código Procesal Constitucional estatuye en su artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales, que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos por tratados de los que el Perú es parte.”

De lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

*Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de **Derechos Humanos**, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: “Todos los **seres humanos** nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, nominado en el artículo 2º la enumeración de los derechos que se les reconoce.*

También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos - "Pacto de San José de Costa Rica"- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano", haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

En conclusión extraemos de lo expuesto que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las denominadas acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

Por ello es que expresamente el artículo 37° del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que enumera el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, referida obviamente a los derechos de la persona humana, exceptuando el derecho a la libertad individual porque singularmente dicho derecho está protegido por el proceso de habeas corpus y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data para los que la ley les tiene reservados tratamientos especiales por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

De lo expuesto queda claro que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace con las particularidades anotadas pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional.

La Persona Jurídica.

El Código Civil en su Libro I desarrolla el tema de "personas" colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas.

Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la distinción al señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivo igual pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha "persona" ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la "persona jurídica" tiene atribuciones que no corresponden a los derechos de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe por ello recalcar que los fines de la persona jurídica son distintos a los fines de las personas naturales que la formaron puesto que la reunión de éstas se da por intereses comunes, y que conforman un interés propio y distinto a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, pudiendo tener fines de lucro el aludido conglomerado venido a conocerse con la denominación legal de persona jurídica.

Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán al fin de cuentas a estas personas naturales y en proporción de sus aportes. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta prima facie que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, teniendo a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio, suelen recurrir, interesadamente, al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana. Esta determinación arbitraria, además de ser anormal y

caótica, coadyuva a la carga procesal que tiende a rebasar la capacidad manejable del Tribunal Constitucional y a sembrar en algunos sectores de la sociedad la idea de un afán invasorio que por cierto no tiene este colegiado.

En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para las que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria.

Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen también derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, puedan servirse para traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de solo interés de la persona humana.

De lo expuesto concluyo afirmando que si bien este Tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esta decisión debe ser corregida ya que ello ha traído como consecuencia la “amparización” fabricada por empresas para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio del presente voto pretendemos limitar nuestra labor a solo lo que nos es propio, dejando por excepción eventuales casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total para defenderse de la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia.”

En el presente caso

5. De autos se observa que la empresa demandante tiene como objetivo principal la continuidad de sus actividades económicas, como es la importación de vehículos usados y de motores, partes, piezas y repuestos, motivo por el cual solicita la inaplicación de una serie de dispositivos legales.
6. Es preciso señalar que si bien he manifestado anteriormente que el proceso constitucional de amparo está destinado a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y no a la defensa de derechos constitucionales de las personas jurídicas, ya que éstas tienen expeditas la vía ordinaria para resolver sus conflictos de tipo eminentemente patrimonial, en el presente caso se presenta una cuestión singular en la que este colegiado ya ha tenido un pronunciamiento de fondo —causa en la que intervine en atención a las repercusiones sociales que ésta implicaba—, por lo que en atención a ello considero que es preciso realizar un pronunciamiento de fondo en este caso ya que la temática traída está vinculada al servicio de transporte público. Respecto a ello este colegiado en la STC N° 7320-2005-AA/TC, caso de los Buses Camión, ha manifestado que “(...) Conforme a lo expuesto en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.”

Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos”.

7. En el presente caso la empresa demandante solicita la inaplicación de normas destinadas a regular la importación de vehículos automotores, considerando que con éstas se vulneran sus derechos constitucionales. De la revisión de autos y conforme lo expresado en la citada jurisprudencia el Estado tiene como función primordial la protección y seguridad de la sociedad, por lo que puede legítimamente tomar las medidas necesarias para ello. Debe tenerse presente que en el caso de autos no sólo se discute un tema de importación de vehículos sino que existe temática relevante como es el derecho a la vida y a la seguridad de la sociedad ya que dichos transportes formaran parte del servicio público que se brindará a la sociedad, para lo cual deben exigirse todas las medidas de seguridad tendientes a garantizar un servicio óptimo a la sociedad.
8. Por lo expuesto concluyo declarando infundada la demanda considerando que la aplicación de las normas cuestionadas están basadas en el bienestar de la sociedad, por lo que no puede acusar la empresa demandante la vulneración de sus derechos constitucionales en desmedro de los derechos fundamentales que ostentan los seres humanos integrantes de la sociedad, especialmente la salud y la vida.

En consecuencia es por estas razones que considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

SR.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 05961-2009-PA/TC
LIMA
TRANSPORTES VICENTE,
EUSEBIO, ANDREA S.A.C.
(TRANSP VEA S.A.C.)

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto a lo sostenido por mis distinguidos colegas Magistrados, no comparto su opinión, por la razón, que la justificación de los presupuestos básicos para la existencia de un precedente vinculante en el proceso de la referencia carece de fundamentación idónea, ya que, las resoluciones supuestamente contradictorias o conflictivas entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional provienen de medidas cautelares otorgadas por órganos de primera instancia, lo cual no constituye siquiera una sentencia firme y entiendo que aunque no esté taxativamente normado o expuesto, se debe tratar, por lo menos, de una resolución en la que haya precedido la doble instancia. Por ello; en aras de preservar el principio de seguridad jurídica y la cosa juzgada, emito el presente voto singular.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. contra la resolución expedida por la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 388, su fecha 15 de julio de 2008, que declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de octubre de 2006, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando que se declare inaplicables, a su caso, los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843; y que, en consecuencia, se le permita importar vehículos automotores usados que tengan una antigüedad mayor de cinco años. Refiere que los decretos cuestionados vulneran sus derechos constitucionales a la libre contratación y al trabajo.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que el contenido normativo establecido

por los decretos cuestionados para la importación de vehículos automotores usados se sustenta en razones de seguridad vial y de conservación y protección del medio ambiente.

Con fecha 26 de octubre de 2006, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria solicita intervenir en el proceso como litisconsorte del Ministerio demandado; y con fecha 31 de octubre de 2006, el Juzgado Mixto de Huaycán resuelve incluirla como litisconsorte facultativo pasivo.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que los fundamentos de ésta no se encuentran directamente vinculados con el objeto normado en los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, por cuanto la Sociedad demandante no se dedica a la actividad de reparación o reacondicionamiento de vehículos automotores usados. Asimismo, señala que lo normado en los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC no contraviene lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad emitida en el Exp. N.º 00017-2004-AI/TC, por cuanto estos decretos no disponen que se suspenda la importación de vehículos automotores usados.

Con fecha 8 de febrero de 2007, Inversiones Carbajal S.R.L. solicita su intervención como litisconsorte facultativo de la Sociedad demandante; y con fecha 13 de febrero de 2007, el Juzgado Mixto de Huaycán declara improcedente su pedido de intervención litisconsorcial.

El Juzgado Mixto de Huaycán, con fecha 12 de marzo de 2007, declaró no sanear el proceso, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, por considerar que no es el Juzgado competente para conocer la demanda.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que la demanda debió ser interpuesta en el distrito de Lima y no en el de Huaycán, porque el Juez competente para conocer el presente proceso, por razón de territorio, es el Juez del distrito de Lima.

Con fecha 9 de diciembre de 2008, la Sociedad demandante interpuso recurso de agravio constitucional; con fecha 6 de enero de 2009, la Salarevisora declaró improcedente el recurso de agravio constitucional. Con fecha 23 de marzo de 2009, la Sociedad demandante interpuso recurso de queja; y con fecha 4 de mayo de 2009, mediante la resolución recaída en el Exp. N.º 00097-2009-Q/TC, este Tribunal declaró fundado el recurso de queja.

FUNDAMENTOS

§.1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, corresponde evaluar si la demanda fue interpuesta, o no, ante el Juez competente. Asimismo, este Tribunal debe analizar si la demanda también fue interpuesta, o no, dentro del plazo de prescripción previsto en el artículo 44º del CPConst.

2. Con relación al Juez competente para conocer la demanda de autos, debe señalarse que para determinarlo resulta aplicable la redacción original del artículo 51º del CPConst., cuyo texto establecía que son competentes para conocer del proceso de amparo “el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción”.

Ello debido a que la modificación del artículo 51º efectuada por la Ley N.º 28946, no es de aplicación al caso de autos, por cuanto la demanda fue interpuesta con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha modificación.

3. En el presente caso, con la Constancia Policial emitida por la Comisaría de Huaycán, de fecha 15 de marzo de 2007, obrante a fojas 264, se demuestra que la Sociedad demandante domicilia en el distrito de Huaycán, motivo por el cual la excepción de incompetencia resulta desestimable.

En sentido similar, este Tribunal debe destacar que si bien el domicilio fiscal de la Sociedad demandante se encuentra ubicado en el distrito de Lima, según se aprecia del Registro Único de Contribuyente, obrante a fojas 3, ello no significa que éste, en todos los casos, sea el mismo domicilio que prevé la redacción original del artículo 51º del CPConst. para efectos de interponer la demanda de amparo. En algunos casos ambos domicilios pueden coincidir, pero en otros casos el domicilio fiscal puede ser distinto al domicilio del demandante, tal como sucede en el caso de autos. Por esta razón, también resulta desestimable la excepción de incompetencia.

De otra parte, también debe precisarse que el aparente conflicto entre el contenido de las constancias policiales emitidas por la Comisaría de Huaycán, obrantes a fojas 264 y 282, debe ser resuelto conforme al principio *pro actione* reconocido en el artículo III del Título Preliminar del CPConst., que preceptúa que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Tribunal Constitucional optará por su continuación.

En efecto, del contenido de las constancias policiales mencionadas se puede advertir la existencia de una duda razonable sobre el domicilio de la Sociedad demandante en el distrito de Huaycán, pues en la constancia policial obrante a fojas 264 se señala que sí domicilia en el distrito de Huaycán, mientras que en la constancia policial obrante a fojas 282 se señala lo contrario, que no domicilia en el distrito de Huaycán. Esta aparente duda razonable sobre el domicilio de la Sociedad demandante tiene que ser resuelta conforme al principio *pro actione*, en virtud del cual corresponde también desestimar la excepción de incompetencia, a fin de proseguir con la continuación del proceso.

4. Con relación a la excepción de prescripción, este Tribunal debe señalar que ésta resulta desestimable, pues se denuncia una supuesta afectación de naturaleza continuada, por lo que el cuestionamiento de la constitucionalidad de los decretos mencionados a través del proceso de amparo no está sujeto a plazo prescriptorio, conforme lo ha sostenido este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC.

§.2. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionales controvertidas

5. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente sentencia, la demanda de amparo se dirige a que se declare inaplicables los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843.

La Sociedad demandante aduce que los decretos cuestionados vulneran sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de contratación, pues considera lesivo a sus derechos el impedimento de poder importar vehículos automotores usados que tengan una antigüedad no mayor de cinco años.

6. Por su parte, el Ministerio emplazado señala que los decretos cuestionados no impiden la importación de vehículos automotores usados, sino que establecen los requisitos para la importación de ellos, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente.

Refiere que, en coherencia con tal objetivo, el establecimiento de los requisitos para la importación de vehículos automotores usados tiene por finalidad la tutela del medio ambiente y de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los ciudadanos, debido a que buscan evitar el ingreso de vehículos automotores que por su antigüedad y su sistema de combustión puedan ocasionar un grave perjuicio al medio ambiente.

7. Centrada así la cuestión, la controversia se circunscribirá entonces en determinar si los requisitos para la importación de vehículos automotores usados constituyen, o no, un límite constitucionalmente legítimo y razonable al ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de contratación. Del mismo modo, corresponde determinar si la vigencia efectiva de los derechos fundamentales a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud justifica la limitación impuesta por los decretos cuestionados al ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de contratación.

8. Para resolver la presente controversia, este Tribunal considera necesario recordar su jurisprudencia en el transcurso del tiempo sobre la constitucionalidad de la normativa que establecen requisitos para la importación vehículos automotores usados.

Ello a fin de verificar si la jurisprudencia constitucional mencionada es, o no, uniforme, clara y precisa. Pues en caso que no lo sea, esto es, si es ambigua, confusa o imprecisa, resultará oportuno establecer una línea uniforme, a través de una sentencia de unificación, tal como se hizo ya en el caso de la protección previsional por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 02513-2007-PA/TC.

§.3. Jurisprudencia sobre los requisitos para la importación de vehículos automotores usados de carga o de pasajeros

9. Sobre el particular, debe destacarse que en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha evaluado la constitucionalidad de los decretos legislativos, de los decretos supremos y de los decretos de urgencia que establecen requisitos para la importación de vehículos automotores usados. Es útil reseñar los siguientes casos:

g. Exp. N.º 00325-2001-AA/TC

En este caso, la empresa Kanagawa Corporation S.A.C. demandó que se declare inaplicable el **Decreto de Urgencia Nros. 079-2000**, porque consideraba que su contenido normativo

vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad de contratación, libre competencia, así como el principio de irretroactividad legal.

La demanda, luego de ser admitida es revocada en segunda instancia, fue resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, de fecha 7 de junio de 2002, se declaró fundada la demanda porque se consideró que:

“1. Respecto de la no aplicación del Decreto de Urgencia Nro. 079-2000, conforme lo establece el artículo 118º, inciso 19), de la Constitución, el Presidente de la República puede expedir decretos de urgencia con fuerza de ley, pero sólo en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso; sin embargo, la motivación textual de la norma cuya no aplicación se solicita, es proteger la vida y la salud de las personas, lo cual no concuerda con el supuesto fáctico establecido por la Constitución. (...)”.

h. Exp. N.º 0510-2001-AA/TC

En este caso, Import Export Viz Car E.I.R.L demandó que se declaren inaplicables el **Decreto de Urgencia N.º 079-2000**, **Decreto Supremo N.º 045-2000-MTC**, y la **Circular N.º INTA-CR-124**; porque consideraba que vulneraban sus derechos constitucionales a la libertad de contratación, a la libertad de trabajo y de empresa y a la irretroactividad de la ley.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y declarada improcedente en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, de fecha **24 de julio de 2002**, se declaró, fundada en parte, la demanda porque se consideró que:

“1. Respecto de la no aplicación del Decreto de Urgencia Nro. 079-2000, conforme lo establece el artículo 118º, inciso 19), de la Constitución, el Presidente de la República puede expedir decretos de urgencia con fuerza de ley, pero sólo en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso; sin embargo, la motivación textual de la norma cuya no aplicación se solicita, es proteger la vida y la salud de las personas, lo cual no concuerda con el supuesto fáctico establecido por la Constitución. (...)”.

“2. Respecto de la supuesta amenaza de impedimento de desaduanaje de los vehículos que a la fecha de expedición del Decreto Supremo N.º 045-2000-MTC, esto es, el 19 de setiembre de 2000, se encontrasen en tránsito hacia un puerto de destino peruano o ya ingresados; debe ampararse la demanda en virtud del principio de irretroactividad legal, tal como, por lo demás, resulta del Decreto Supremo N.º 053-2000-MTC, del 8 de noviembre del 2000, en el cual, al dictarse las medidas complementarias para su aplicación, se decreta, en efecto, en su artículo 1º, que no están comprendidos en los alcances de tal norma: a) los vehículos automotores usados que se hubiesen encontrado en tránsito hacia el Perú antes de su entrada en vigencia; b) que se hubiesen encontrado en los CETICOS y no hubiesen sido solicitados al régimen de importación definitiva antes de su entrada en vigencia. Asimismo, considera que no hay razón para excluir a los vehículos en proceso de despacho, debidamente documentado, hacia el Perú, de los beneficios que brinda a los demás el citado Decreto”.

i. Exp. N.º 01196-2003-AA/TC

En esta caso, Transportes Rivas S.R.L. demandó que se declare inaplicable el **Decreto Supremo N.º 045-2000-MTC**, posteriormente precisado por el **Decreto Supremo N.º 053-2000-MTC**; y que, por consiguiente, se le aplique ultractivamente el Decreto Legislativo N.º 843 y el Decreto Supremo N.º 100-96-EF, porque consideraba que vulneraban sus derechos constitucionales a la inversión privada, a la libertad de contratación, a la libertad de trabajo y de empresa.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y desestimada en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este

Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **27 de abril de 2004**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“5. (...) con respecto a la libertad de empresa, comercio e industria, es necesario señalar que tales derechos están sujetos a ciertos límites y que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral ni a la salud ni a la seguridad públicas. La libertad no puede ir contra la salud de las personas o el daño al entorno ambiental. La seguridad pública es la garantía de que las personas no sufrirán daños provenientes de su vida cotidiana en la sociedad. Por lo tanto, no se han vulnerado los derechos constitucionales invocados.

6. Si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales –los cuales, en principio, son de igual importancia– hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del ordenamiento constitucional. Desde este punto de vista, debe tenerse en cuenta, con respecto al acto que se reputa violatorio, que no puede primar el interés individual o de un grupo sobre el interés colectivo, permitiéndose una emisión de monóxido de carbono de los vehículos automotores que supere el límite del 4% en volumen, ya que esto es perjudicial para la salud de los ciudadanos”.

De los fundamentos transcritos, puede concluirse que la demanda fue desestimada porque este Tribunal consideró que el ejercicio de las libertades de empresa, de comercio y de industria, no debe ser lesivo a la salud de las personas o dañar al entorno ambiental, tal como sucede con la libre importación sin requisitos de vehículos automotores usados. Por ello, en la sentencia mencionada se confirmó la constitucionalidad de la regulación contenida en el Decreto Supremo N.º 045-2000-MTC, precisada por el Decreto Supremo N.º 053-2000-MTC, por cuanto ésta buscaba tutelar la salud de los ciudadanos y porque la libre importación sin requisitos de vehículos automotores usados, de carga o pasajeros, supondría que inconstitucionalmente prime “el interés individual o de un grupo sobre el interés colectivo”.

j. **Exp. N.º 08881-2006-PA/TC**

En este caso, don Jaime Wiliam Avellaneda López demandó que se declare inaplicable el **Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad de contratación.

La demanda, luego de ser admitida y desestimada en primer como en segundo grado, fue resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **18 de marzo de 2008**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“4. (...) los derechos a la libertad de trabajo y empresa, así como el derecho a la libre contratación, no resultan absolutos, sino que el ejercicio de los mismos debe ser compatibilizado con otros derechos y bienes constitucionales tutelados, como en este caso lo es la protección del medio ambiente y la salud pública (...)”.

En buena cuenta, en esta sentencia el Tribunal confirmó la constitucionalidad del contenido normativo del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC, en la medida que los requisitos para la importación de vehículos automotores usados constituyen un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertades de trabajo, de empresa y de contratación, por cuanto los requisitos para la importación buscan proteger el medio ambiente y la salud pública.

k. **Exp. N.º 03610-2008-PA/TC**

En este caso, World Cars Import demandó que se declare inaplicables el **artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843**, los **Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC** y los **Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de empresa.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y desestimada en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **5 de noviembre de 2008**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“40. (...) si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la protección del medio ambiente es una obligación no solo estatal sino de la sociedad en su conjunto, tales limitaciones al recurrente devienen a todas luces proporcionales pues dicha intervención de menor intensidad optimiza en mayor medida la salvaguarda del medio ambiente y, en especial, el derecho a la vida y a la integridad de la población.

41. Ahora bien, el Tribunal Constitucional estima pertinente resaltar que si bien el recurrente ha cuestionado la constitucionalidad de tales medidas, simplemente se ha limitado a señalar, de manera vaga, que sus derechos, entre ellos, su derecho a la libre contratación, vienen siendo conculcados, sin tomar en consideración, por un lado, que el ejercicio de ningún derecho fundamental puede efectuarse al margen de los principios, valores y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce, y por otro, desconociendo además la función supervisora y reguladora del Estado, más aún en un sector estratégico como el transporte, que es tan trascendente para el progreso económico y la cohesión del país”.

En buena cuenta, este Tribunal desestimó la demanda y ratificó la constitucionalidad del contenido normativo del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, bajo el argumento de que la Constitución Ecológica permite que el Poder Ejecutivo imponga requisitos razonables y proporcionales para la importación de vehículos automotores usados, por cuanto estos tienen por finalidad proteger los derechos a la vida, a la seguridad y al medio ambiente equilibrado y adecuado de la población.

I. **Exp. N.º 01157-2008-PA/TC**

En este caso, Importaciones y Servicios Barrera S.A. demandó que se declare inaplicables los **Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000** y los **Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo y a la libre contratación.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, en primer grado se declaró la nulidad de todo lo actuado y en segundo grado fue declarada improcedente, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **7 de setiembre de 2009**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“10. (...) a través de la STC N.º 3610-2008-AA este Tribunal ya ha analizado el supuesto cuestionado por la demandante. Así en dicha oportunidad, este Tribunal estableció que los derechos alegados por la empresa demandante “...no son absolutos, sino que deben ser compatibilizados con otros derechos y bienes constitucionalmente legítimos, como la protección de los daños al medio ambiente y a la salud pública...”.

(...)

13. (...) la medida no sólo resultaba idónea y necesaria para la salvaguarda de los derechos a la vida, a la salud y a un medio ambiente equilibrado, sino además proporcionada en atención a las circunstancias concretas, toda vez que por un lado la medida no restringía absolutamente la importación de vehículos usados, sino sólo selectivamente; y por otro, porque la restricción practicada, al estar referida sólo a aquellas fuentes contaminantes que se había mostrado como más nocivas para el aire, potenciaba los efectos benéficos de la medida, de tal suerte que la medida tenía la virtualidad de lograr una importante reducción de la contaminación de la contaminación del aire en el tiempo, con una mínima restricción de las importaciones; o, dicho de otra manera, el mayor beneficio de derechos colectivos posible con la menor limitación de derechos individuales posible.

(...)

15. (...) el Estado tiene como función primordial la protección y seguridad de la sociedad, por lo que puede legítimamente tomar las medidas necesarias para ello. En esa medida, corresponde

tener presente que en el caso de autos, no sólo se discute un tema de importación de vehículos, sino que además, resultan involucrados el derecho a la vida y la seguridad de la sociedad en su conjunto”.

Como primera cuestión debe destacarse que en esta sentencia, además de evaluarse la constitucionalidad del contenido normativo de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 y de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, también se evaluó la constitucionalidad del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC. Como segunda cuestión, debe resaltarse que la fundamentación utilizada por esta sentencia para desestimar la demanda se remite a lo argumentado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PATC.

Finalmente, en esta sentencia se destacó que el contenido normativo de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 y de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC constituía una manifestación de la función primordial del Estado en la protección del derecho a la vida y a la seguridad de la sociedad.

m. Exp. N.º 03816-2009-PA/TC

En este caso, Dan Export S.A.C. demandó que se declare inaplicables el **Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC** y los **Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000**, porque consideraba que su contenido normativo vulneraba sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de iniciativa privada.

La demanda, luego de ser admitida a trámite, fue estimada en primer grado y desestimada en segundo grado, para luego ser resuelta en forma definitiva por este Tribunal. En la sentencia, que fue publicada en la página web el **30 de marzo de 2010**, se declaró infundada la demanda porque se consideró que:

“11. (...) el Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC y los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 constituyen una medida legislativa legítima e idónea que busca prevenir y proteger la afectación del medio ambiente, específicamente la contaminación del aire, ya que los requisitos establecidos para la importación de vehículos usados, tratan de neutralizar en la medida de lo posible los efectos negativos que sobre el medio ambiente produce la presencia del azufre en los combustibles Diesel 1, Diesel 2 y Diesel 2 Especial, pues recién a partir del 1 de enero del 2010 el contenido de azufre en los combustibles antes mencionados alcanzará los estándares internacionales”.

(...)

19. (...) los decretos cuestionados constituyen un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertad de trabajo y empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud. Y ello porque la protección del medio ambiente impone un tratamiento cuyo propósito es mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas, pues la creciente degradación del medio ambiente pone en peligro potencial la propia base de la vida”.

En esta última sentencia, nuevamente, se reafirma la constitucionalidad del contenido normativo del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, en tanto que se destaca que los decretos mencionados constituyen un límite legítimo al ejercicio de los derechos a las libertades de trabajo y de empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos automotores usados tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud.

10. De la reseña hecha puede concluirse que la jurisprudencia de este Tribunal, en lo que se refiere a la importación de vehículos automotores usados, de carga o pasajeros, ha tenido más de un criterio en el transcurso del tiempo pero que a partir del 5 de noviembre de 2008, con la expedición de la **STC03610-2008-PA/TC** debe entenderse a la jurisprudencia como uniforme, clara, precisa y reiterada. Todas las sentencias citadas señalan que el Tribunal ha ido

evolucionando su jurisprudencia por diversas razones, de índole jurídica, política, económica o de la propia realidad, hasta llegar a establecer en forma clara que los requisitos para la importación de vehículos automotores usados constituyen un límite legítimo, razonable y proporcional al ejercicio de los derechos constitucionales al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, porque persiguen como fin constitucional la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado para la salud de las personas.

11. Asimismo, de la *ratio decidendi* de las sentencias mencionadas también puede concluirse que la constitucionalidad del contenido normativo del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, ha venido siendo confirmada en forma reiterada por este Tribunal. Estando a ello, y por virtud del segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los jueces y salas del Poder Judicial no pueden dejar de aplicar los criterios mencionados en la resolución de casos similares.

12. Sobre la constitucionalidad del contenido normativo de los Decretos de Urgencia N.ºs 050-2008 y 052-2008, este Tribunal debe precisar que hasta la fecha no ha emitido pronunciamiento alguno sobre ellos, por lo que corresponde hacerlo.

Mediante el Decreto de Urgencia N.º 050-2008 se modificó el artículo 1º, literal a) del Decreto Legislativo N.º 843 a fin de mantener requisitos mínimos de calidad para la importación de vehículos automotores usados, que después fueron precisados mediante el Decreto de Urgencia N.º 052-2008. Los requisitos establecidos y precisados por estos decretos tienen por finalidad "la satisfacción de los intereses de los usuarios, el resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto".

Por esta razón, este Tribunal también considera que los requisitos para la importación de vehículos automotores usados establecidos en los Decretos de Urgencia N.ºs 050-2008 y 052-2008 constituyen un límite legítimo, razonable y proporcional al ejercicio de los derechos constitucionales al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, porque persiguen la protección de un fin constitucional, como lo es la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud de las personas.

13. Cabe hacer hincapié en que desde el **5 de noviembre de 2008**, con la publicación de la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC, este Tribunal ha tenido y mantenido un posición uniforme y reiterada sobre la constitucionalidad del contenido normativo del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, y que, a pesar de ello, los jueces del Poder Judicial han venido resolviendo demandas de amparo y medidas cautelares en contra de la jurisprudencia de este Tribunal, infringiendo de este modo el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Debe resaltarse que no es la primera vez que se demuestra este comportamiento de desacato de algunos de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial a la jurisprudencia de este Tribunal. En el caso de la legislación que regulaba el impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas también sucedió algo similar, lo que terminó siendo proscrito mediante el precedente vinculante emitido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 04227-2005-PA/TC.

14. En este orden de ideas, mediante la presente sentencia, debe precisarse que a partir del día siguiente de la publicación de la referida sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC en la página web, esto es, el **6 de noviembre de 2008**, ninguna resolución judicial podía inaplicar el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, y ello pese a que, con anterioridad se habían emitido las sentencias recaídas en los

Exps. N.ºs 01196-2003-AA/TC y 08881-2006-PA/TC. Sin embargo, se considera esta sentencia como “fecha de corte” ya que hace un análisis pormenorizado del fenómeno de la importación de vehículos usados, su normativa y restricciones constitucionales.

De otra parte, también debe precisarse que, en caso de que con anterioridad a la fecha de emisión de la sentencia recaída en el Exp. N.º 03610-2008-PA/TC se hubieren emitido sentencias y/o medidas cautelares inaplicando el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, tales resoluciones deben mantenerse vigentes (eficaces y ejecutables) hasta el 5 de noviembre de 2008.

15. Atendiendo a todo ello, este Tribunal concluye que toda resolución judicial que a partir del 6 de noviembre de 2008, haya inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, es nula porque ha sido emitida en desacato de la jurisprudencia uniforme y reiterada de este Tribunal y contradicen la cosa juzgada constitucional, porque también han sido expedidas en contravención del segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

No debe obviarse que el constituyente ha decidido consagrar a este Tribunal como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo.

A dicha razón debe agregársele que si bien el conocimiento de los procesos constitucionales de la libertad constituye una competencia compartida entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en materia de procesos constitucionales existe una relación de jerarquía por razón de la materia, de aquél con respecto a éste, por el hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200º, inciso 2 de la Constitución) e instancia única, final y definitiva en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial.

§.4. En cuanto al caso concreto

16. Como la demanda tiene por objeto que se declare inaplicables los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843, este Tribunal para desestimar la demanda se remite a los argumentos expuestos en los fundamentos precedentes y en particular a lo dispuesto en la **STC 03610-2008-PA/TC**

Por estas razones, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTES** las excepciones de incompetencia y de prescripción.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda, porque no se ha acreditado que los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC y el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 843 vulneren los derechos constitucionales a la libre contratación y al trabajo.
3. Establecer que las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son eficaces y ejecutables hasta el 5 de noviembre de 2008.

4. A partir del 6 de noviembre de 2008, todas las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y ala Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que devienen en nulas.

5. Poner la presente sentencia en conocimiento del Presidente del Poder Judicial, del Consejo Nacional de la Magistratura y de los jefes de las Oficinas de Control Interno de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio Público.

S.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 06135-2006-PA/TC

ICA

HATUCHAY E.I.R.L.

RAZÓN DE RELATORÍA

La resolución recaída en el Expediente N.º 06135-2006-PA/TC es aquella conformada por los votos de los magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y Bardelli Lartirigoyen, que declara **FUNDADA** la demanda. El voto de los magistrados Alva Orlandini y Bardelli Lartirigoyen aparece firmado en hoja membretada aparte, y no junto con la firma del magistrados integrante de la Sala debido al cese en funciones de estos magistrados.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de octubre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y Bardelli Lartirigoyen, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Huamán Valenzuela, en representación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Hatuchay E.I.R.L., contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 235, su fecha 26 de abril de 2006, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de marzo de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (Indecopi) y la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), a fin de que se inaplique el primer párrafo del Art. 147 del Decreto Legislativo 822, por ser contrarios a los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y a la libertad de empresa y comercio.

Alegan que dicha disposición lesiona el derecho de igualdad por atribuir al Apdayc una presunción sin prueba en contrario, lo cual lo exime de acreditar de manera formal un listado de obras o soportes musicales con los respectivos autores que administra.

Los demandados manifiestan que no transgredieron el derecho de igualdad, ya que no incurrieron en ningún supuesto de discriminación por razón de raza, sexo, religión u otra índole.

El primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, con fecha 31 de enero del 2006, declara infundada la demanda al considerar que el proceso administrativo se realizó conforme a ley; y que no se ha acreditado la vulneración de derecho alguno.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

El presente proceso tiene por objeto (1) que se inaplique el primer párrafo del Art. 147 del Decreto Legislativo 822, por ser contrarios al derecho de igualdad ante la ley, y (2) que se provea de protección jurisdiccional a la libertad de empresa de la recurrente, importando tal pretensión a juicio del Tribunal Constitucional que deba ordenarse a Indecopi la abstención a futuro de la realización de labores de inspección en el establecimiento de la recurrente.

§2. Planteamiento del problema

La recurrente ha sido objeto de sanción de multa por la infracción consistente en la comunicación pública de obras musicales de dominio privado sin la autorización de los titulares del derecho sobre las mismas y sin el pago por dicha utilización. Tal sanción fue impuesta por la Oficina de Derechos de Autor de Indecopi y confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Resolución N.º 0024-2005/TPI-INDECOPI, de 11 de enero de 2005). El mencionado procedimiento sancionador fue instaurado con motivo de la denuncia administrativa de Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), la misma que ha afirmado tener la representación de los derechos de autor de las obras musicales comunicadas.

El artículo 147º de la Ley sobre el Derecho de Autor (Decreto Legislativo N.º 822) establece lo siguiente:

Artículo 147.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y *presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares*. Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos, nacionales y extranjeros, que administren, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de dichas asociaciones. Cualquier otra forma de consulta se realizará con gastos a cargo del que la solicite. (énfasis agregado).

Esta norma atribuye legitimación a las sociedades de gestión colectiva para instar procesos judiciales o administrativos a efectos de hacer valer los derechos confiados a su administración, estableciéndose una *presunción relativa* respecto a la titularidad de tales derechos. Esto significa que, en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador como el que aquí se analiza, se tiene una presunción relativa de que la sociedad colectiva detenta el título del derecho y que, como consecuencia de ello, la parte denunciada no puede cuestionar dicho título, salvo que demuestre lo contrario. Ahora bien, ¿afecta el derecho a la igualdad de armas en un proceso el que se exija a la parte denunciada que tenga que acreditar que la sociedad colectiva denunciante carece del título que dice poseer?

§3. Derecho de igualdad de armas o igualdad procesal

El derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución. En tal sentido, todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada,

debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra. Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como “debido”.

§4. Análisis de la afectación del derecho a la igualdad

En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada debe probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituye un típico caso de “prueba diabólica”, dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e, incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención.

Esta situación tiene como consecuencia que el denunciado se encuentre en desventaja con respecto al denunciante, en relación con la posibilidad de probar (probar algo de difícil acreditación y que, por el contrario, puede efectuarlo fácilmente el denunciante) y, con ello, con la posibilidad de defenderse de manera efectiva; dicho de otro modo, la disposición cuestionada coloca en desventaja al denunciado frente al denunciante, con respecto al ejercicio de su derecho a probar y de su derecho de defensa. Esta circunstancia es por sí misma lesiva del derecho de igualdad procesal.

Esta conclusión es independiente del hecho de que la denunciante ostente, en efecto, la representación de una obra y que ello, incluso, se encuentre inscrito registralmente. La cuestión de relevancia constitucional es que en una relación procesal como la que supone un procedimiento administrativo la observancia de los derechos fundamentales constituye presupuesto y, a la vez, límite de la configuración legal del procedimiento. De modo que si tal configuración legal resulta incompatible con un derecho fundamental, ella resulta inconstitucional y, por tanto, inválida.

En consecuencia, el artículo 147 de la Ley de Derechos de Autor es contrario a la Constitución, concretamente en el siguiente enunciado:

[...] presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares.

Dado que el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por Indecopi en contra de la recurrente se ha sustentado en el citado artículo 147, en el extremo antes analizado, y tal norma resulta incompatible con el derecho de igualdad de armas, se concluye que en dicho procedimiento se ha lesionado el derecho a la igualdad de armas de la recurrente.

§5. Control difuso de la norma cuestionada y su efecto en el procedimiento administrativo sancionatorio

La reparación de la mencionada lesión exige que se declare la nulidad del procedimiento sancionador y vuelva a celebrarse, con irrestricta observancia del derecho a la igualdad de armas, lo cual supone que en dicho procedimiento ha de ser Apdayc la que ha de acreditar los títulos que amparan la representación de los derechos de las obras comunicadas por la recurrente.

Es doctrina de este Tribunal que el proceso de amparo posee una dimensión objetiva y subjetiva. En el presente caso, es de particular relevancia la dimensión objetiva debido a que, al margen de que aun cuando el proceso administrativo se realice nuevamente y eventualmente Indecopi llegara a la misma conclusión –la infracción de la recurrente por la comunicación de obras sin autorización y su sanción–, la constatación de que un procedimiento se ha efectuado sustentándose en una norma incompatible con la Constitución, impone categóricamente el ejercicio del poder-deber de control de inaplicabilidad para así cumplir con el fin de garantizar la primacía de la Constitución (artículo II del Código Procesal Constitucional).

§5. Sobre la amenaza de la libertad de empresa

La recurrente ha afirmado que existe una amenaza de cierre de su establecimiento a través de la realización de inspecciones que pretenden atribuirle la comisión de infracciones, ello en perjuicio de su libertad de empresa. Sin embargo, el hecho de una eventual visita de inspección por parte de Indecopi a efectos de verificar si se infringe o no la ley de derechos de autor o con motivo de cualquier otra posible infracción cuya resolución sea competencia de dicho órgano, no constituye afectación de derecho constitucional alguno y, en particular, de la libertad de empresa o de la libertad de trabajo, salvo que ello tuviese lugar sin motivo fundado alguno y de modo ostensiblemente frecuente, deviniendo ello en un acto de acoso y perturbación del ejercicio de dichas libertades, antes que en el ejercicio de una competencia de control y fiscalización.

En el presente caso, se ha llegado a establecer que la recurrente había infringido la ley de derechos de autor y que, no obstante haberse ordenado que se abstuviera de tales actos infractores, reincidió en la comisión de los mismos. Tal circunstancia demuestra que cualquier visita de inspección que podría darse en el futuro a efectos de verificar si la recurrente infringe o no la ley de derechos de autor no puede considerarse lesiva de su libertad de empresa y de trabajo, debido a que los antecedentes antes referidos prestan fundados motivos para su realización.

§6. Control difuso en sede administrativa y deber de protección

Aunque *obiter dicta* resulta relevante recordar que en la sentencia N.º 3741-2004-PA/TC, se ha establecido, en condición de precedente vinculante, la potestad de control difuso en sede administrativa en los siguientes términos:

[...] el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni

tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial (fundamento N.º 7).

En este contexto el Tribunal ha resaltado los efectos verticales de los derechos fundamentales y, con ello, ha señalado que “el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los Tribunales Administrativos –*dimensión subjetiva*–” (fundamento N.º 10).

En este contexto, debe resaltarse que, además, en mérito al *deber de protección* de los derechos fundamentales que tiene todo el poder público y, en este caso, en particular, los Tribunales Administrativos, ellos deben ejercer el poder-deber de control difuso de constitucionalidad cuando en la resolución de un procedimiento administrativo resulta relevante la aplicación de una norma y ella es incompatible con derechos fundamentales o con principios constitucionales que los garantizan (v.gr. legalidad, reserva de ley, entre otros). En tal sentido, la omisión del control de constitucionalidad en sede administrativa, como en el supuesto antes mencionado, representa, a su vez, la omisión del *deber de protección* de los derechos fundamentales. En consecuencia, dado que los Tribunales Administrativos y órganos colegiados están vinculados por el *deber de protección*, ellos han de ejercer el control difuso cuando el caso lo demande.

En consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual debe tener presente el ejercicio de esta potestad en la resolución de las controversias que conoce.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA

la demanda con respecto a la lesión del derecho de igualdad procesal; **INAPLICABLE** el artículo 147 del Decreto Legislativo 822 (Ley sobre el Derecho de Autor), y **NULO** el procedimiento sancionador contra la recurrente, llevado a cabo por la Oficina de Derechos de Autor y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, ambos de Indecopi, y por consiguiente **NULAS** la Resolución N.º 00188-2004/ODA-INDECOPI y la Resolución N.º 0024-2005/TPI-INDECOPI.

Ordenar a la Oficina de Derechos de Autor de Indecopi que vuelva a efectuar el procedimiento sancionador contra la recurrente con motivo de la denuncia de APDAYC, en los términos establecidos en el fundamento N.º 11 de la presente sentencia; y declarar **INFUNDADA** la demanda con respecto a la amenaza de la libertad de empresa.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. N.º 06135-2006-PA/TC
ICA
HATUCHAY E.I.R.L.

VOTO DE LOS MAGISTRADOS
ALVA ORLANDINI Y BARDELLI LARTIRIGOYEN

Voto que formulan los magistrados Alva Orlandini y Bardelli Lartirigoyen en el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Huamán Valenzuela, en representación de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Hatuchay E.I.R.L., contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 235, su fecha 26 de abril de 2006, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

Con fecha 4 de marzo de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (Indecopi) y la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), a fin de que se inaplique el primer párrafo del Art. 147 del Decreto Legislativo 822, por ser contrarios a los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y a la libertad de empresa y comercio.

Alegan que dicha disposición lesiona el derecho de igualdad por atribuir al Apdayc una presunción sin prueba en contrario, lo cual lo exime de acreditar de manera formal un listado de obras o soportes musicales con los respectivos autores que administra.

Los demandados manifiestan que no transgredieron el derecho de igualdad, ya que no incurrieron en ningún supuesto de discriminación por razón de raza, sexo, religión u otra índole.

El primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, con fecha 31 de enero del 2006, declara infundada la demanda al considerar que el proceso administrativo se realizó conforme a ley; y que no se ha acreditado la vulneración de derecho alguno.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

El presente proceso tiene por objeto (1) que se inaplique el primer párrafo del Art. 147 del Decreto Legislativo 822, por ser contrarios al derecho de igualdad ante la ley, y (2) que se provea de protección jurisdiccional a la libertad de empresa de la recurrente, importando tal pretensión –a nuestro juicio– que deba ordenarse a Indecopi la abstención a futuro de la realización de labores de inspección en el establecimiento de la recurrente.

§2. Planteamiento del problema

La recurrente ha sido objeto de sanción de multa por la infracción consistente en la comunicación pública de obras musicales de dominio privado sin la autorización de los titulares del derecho sobre las mismas y sin el pago por dicha utilización. Tal sanción fue impuesta por la Oficina de Derechos de Autor de Indecopi y confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Resolución N.º 0024-2005/TPI-INDECOPI, de 11 de enero de 2005). El mencionado procedimiento sancionador fue instaurado con motivo de la denuncia administrativa de Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), la misma que ha afirmado tener la representación de los derechos de autor de las obras musicales comunicadas.

El artículo 147º de la Ley sobre el Derecho de Autor (Decreto Legislativo N.º 822) establece lo siguiente:

Artículo 147.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y *presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares*. Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos, nacionales y extranjeros, que administren, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de dichas asociaciones. Cualquier otra forma de consulta se realizará con gastos a cargo del que la solicite. (énfasis agregado).

Esta norma atribuye legitimación a las sociedades de gestión colectiva para instar procesos judiciales o administrativos a efectos de hacer valer los derechos confiados a su administración, estableciéndose una *presunción relativa* respecto a la titularidad de tales derechos. Esto significa que, en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador como el que aquí se analiza, se tiene una presunción relativa de que la sociedad colectiva detenta el título del derecho y que, como consecuencia de ello, la parte denunciada no puede cuestionar dicho título, salvo que demuestre lo contrario. Ahora bien, ¿afecta el derecho a la igualdad de armas en un proceso el que se exija a la parte denunciada que tenga que acreditar que la sociedad colectiva denunciante carece del título que dice poseer?

§3. Derecho de igualdad de armas o igualdad procesal

El derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución. En tal sentido, todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra. Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como “debido”.

§4. Análisis de la afectación del derecho a la igualdad

En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada debe probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituye un típico caso de “prueba diabólica”, dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e, incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención.

Esta situación tiene como consecuencia que el denunciado se encuentre en desventaja con respecto al denunciante, en relación con la posibilidad de probar (probar algo de difícil acreditación y que, por el contrario, puede efectuarlo fácilmente el denunciante) y, con ello, con la posibilidad de defenderse de manera efectiva; dicho de otro modo, la disposición cuestionada coloca en desventaja al denunciado frente al denunciante, con respecto al ejercicio de su derecho a probar y de su derecho de defensa. Esta circunstancia es por sí misma lesiva del derecho de igualdad procesal.

Esta conclusión es independiente del hecho de que la denunciante ostente, en efecto, la representación de una obra y que ello, incluso, se encuentre inscrito registralmente. La cuestión de relevancia constitucional es que en una relación procesal como la que supone un procedimiento administrativo la observancia de los derechos fundamentales constituye presupuesto y, a la vez, límite de la configuración legal del procedimiento. De modo que si tal configuración legal resulta incompatible con un derecho fundamental, ella resulta inconstitucional y, por tanto, inválida.

En consecuencia, el artículo 147 de la Ley de Derechos de Autor es contrario a la Constitución, concretamente en el siguiente enunciado:

[...] presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares.

Dado que el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por Indecopi en contra de la recurrente se ha sustentado en el citado artículo 147, en el extremo antes analizado, y tal norma resulta incompatible con el derecho de igualdad de armas, se concluye que en dicho procedimiento se ha lesionado el derecho a la igualdad de armas de la recurrente.

§5. Control difuso de la norma cuestionada y su efecto en el procedimiento administrativo sancionatorio

La reparación de la mencionada lesión exige que se declare la nulidad del procedimiento sancionador y vuelva a celebrarse, con irrestricta observancia del derecho a la igualdad de armas, lo cual supone que en dicho procedimiento ha de ser Apdayc la que ha de acreditar los títulos que amparan la representación de los derechos de las obras comunicadas por la recurrente.

Es doctrina de este Tribunal que el proceso de amparo posea una dimensión objetiva y subjetiva. En el presente caso, es de particular relevancia la dimensión objetiva debido a que, al margen de que aun cuando el proceso administrativo se realice nuevamente y eventualmente Indecopi llegara a la misma conclusión –la infracción de la recurrente por la comunicación de obras sin autorización y su sanción–, la constatación de que un procedimiento se ha efectuado sustentándose en una norma incompatible con la Constitución, impone categóricamente el ejercicio del poder-deber de control de inaplicabilidad para así cumplir con el fin de garantizar la primacía de la Constitución (artículo II del Código Procesal Constitucional).

§5. Sobre la amenaza de la libertad de empresa

La recurrente ha afirmado que existe una amenaza de cierre de su establecimiento a través de la realización de inspecciones que pretenden atribuirle la comisión de infracciones, ello en perjuicio de su libertad de empresa. Sin embargo, el hecho de una eventual visita de inspección por parte de Indecopi a efectos de verificar si se infringe o no la ley de derechos de autor o con motivo de cualquier otra posible infracción cuya resolución sea competencia de dicho órgano, no constituye afectación de derecho constitucional alguno y, en particular, de la libertad de empresa o de la libertad de trabajo, salvo que ello tuviese lugar sin motivo fundado alguno y de modo ostensiblemente frecuente, deviniendo ello en un acto de acoso y perturbación del ejercicio de dichas libertades, antes que en el ejercicio de una competencia de control y fiscalización.

En el presente caso, se ha llegado a establecer que la recurrente había infringido la ley de derechos de autor y que, no obstante habersele ordenado que se abstuviera de tales actos infractores, reincidió en la comisión de los mismos. Tal circunstancia demuestra que cualquier visita de inspección que podría darse en el futuro a efectos de verificar si la recurrente infringe o no la ley de derechos de autor no puede considerarse lesiva de su libertad de empresa y de trabajo, debido a que los antecedentes antes referidos prestan fundados motivos para su realización.

§6. Control difuso en sede administrativa y deber de protección

Aunque *obiter dicta* resulta relevante recordar que en la sentencia N.º 3741-2004-PA/TC, se ha establecido, en condición de precedente vinculante, la potestad de control difuso en sede administrativa en los siguientes términos:

[...] el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso,

de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial (fundamento N.º 7).

En este contexto el Tribunal ha resaltado los efectos verticales de los derechos fundamentales y, con ello, ha señalado que “el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los Tribunales Administrativos –*dimensión subjetiva*–” (fundamento N.º 10).

En este contexto, debe resaltarse que, además, en mérito al *deber de protección* de los derechos fundamentales que tiene todo el poder público y, en este caso, en particular, los Tribunales Administrativos, ellos deben ejercer el poder-deber de control difuso de constitucionalidad cuando en la resolución de un procedimiento administrativo resulta relevante la aplicación de una norma y ella es incompatible con derechos fundamentales o con principios constitucionales que los garantizan (v.gr. legalidad, reserva de ley, entre otros). En tal sentido, la omisión del control de constitucionalidad en sede administrativa, como en el supuesto antes mencionado, representa, a su vez, la omisión del *deber de protección* de los derechos fundamentales. En consecuencia, dado que los Tribunales Administrativos y órganos colegiados están vinculados por el *deber de protección*, ellos han de ejercer el control difuso cuando el caso lo demande.

En consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual debe tener presente el ejercicio de esta potestad en la resolución de las controversias que conoce.

Por estos fundamentos, se debe declarar **FUNDADA** la demanda con respecto a la lesión del derecho de igualdad procesal; **INAPLICABLE** el artículo 147 del Decreto Legislativo 822 (Ley sobre el Derecho de Autor), y **NULO** el procedimiento sancionador contra la recurrente, llevado a cabo por la Oficina de Derechos de Autor y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, ambos de Indecopi, y por consiguiente **NULAS** la Resolución N.º 00188-2004/ODA-INDECOPI y la Resolución N.º 0024-2005/TPI-INDECOPI.

Por lo tanto, ordenar a la Oficina de Derechos de Autor de Indecopi que vuelva a efectuar el procedimiento sancionador contra la recurrente con motivo de la denuncia de APDAYC, en los términos establecidos en el fundamento N.º 11 de la presente sentencia; asimismo, declarar **INFUNDADA** la demanda con respecto a la amenaza de la libertad de empresa.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. N.º 06570-2006-PA/TC

HUÁNUCO
VÍCTOR RAÚL
CAYLLAHUA GARAY

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Raúl Cayllahua Garay contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de fojas 280, su fecha 7 de junio de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de mayo de 2005 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Gerente y Sub-Gerente de Servicios Comunes de la Municipalidad Provincial de Huánuco, solicitando que se deje sin efecto la Determinación de Sanción y Multa Administrativa N.º 000091-2005-MPHCO, de fecha 23 de mayo de 2005, que le impuso multa por el monto de S/. 3,300.00 nuevos soles y como medida complementaria, la clausura definitiva del “VÍdeo Pub Discoteca Nefertiti” ubicado en el jirón Dos de Mayo N.º 287-289, de la provincia de Huánuco, por no contar con la licencia municipal de funcionamiento. Sostiene que se ha vulnerado su derecho constitucional a la libertad de trabajo.

Manifiesta que solicitó la licencia especial de funcionamiento del establecimiento “VÍdeo Pub Nefertiti” ubicado en el Malecón Alomía Robles N.º 505, cancelando por dicho concepto la suma de S/. 337.80 nuevos soles; que con fecha 23 de mayo de 2005, los funcionarios del Servicio Comunal de la Municipalidad demandada levantaron un Acta de Constatación de Observación, en la cual realizaron observaciones que son falsas; que su licencia de funcionamiento se encuentra en trámite; que los trámites iniciales para la obtención de la citada licencia especial de funcionamiento se realizaron para el establecimiento ubicado en el jirón Daniel Alomía Robles N.º 505, local que estaba en calidad de alquiler y al término del contrato de arrendamiento tuvo que optar por el traslado del establecimiento comercial; y que, como resultado de ello, el local está ubicado en el jirón Dos de Mayo N.º 287-289, lo que motivó que le impusieran la determinación de sanción y la multa administrativa cuestionadas mediante el presente proceso.

El Procurador Público de la Municipalidad a cargo de los asuntos judiciales de la Municipalidad Provincial de Huánuco deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y contesta la demanda manifestando que el actor ha sido conductor del establecimiento comercial denominado “Discoteca VÍdeo Pub Nefertiti” ubicado en el Malecón Alomía Robles N.º 505, de propiedad de doña Genoveva Figueroa De Ríos, hecho corroborado con el contrato de arrendamiento suscrito entre ambos, con fecha de vigencia del 12 enero de 2004 hasta el 13 de enero de 2005, es decir, por el lapso de un año, y una vez vencido el contrato la propietaria de dicho local suscribió otro contrato con otra persona (don Juan Roy Torres Ardella), es decir por el lapso de 6 meses, haciendo presente que con fecha 9 de octubre de 2004, el actor transfirió el local “VÍdeo Pub Nefertiti” a la persona de Juan Roy Torres Ardella. Agrega que con fecha 11 de marzo de 2005 doña

Genoveva Figueroa comunicó a la Municipalidad Provincial de Huánuco que cerraría los locales que tiene alquilados y que lo dedican a la actividad comercial de “Vídeo Pub Nefertiti” y “Punto G”, y que en el Acta de Verificación de fecha 29 de setiembre de 2005 se constata que, en efecto, los locales antes indicados se encontraban cerrados.

El Segundo Juzgado Mixto de Huánuco, con fecha 27 de marzo de 2006, declara infundadas las excepciones propuestas e improcedente la demanda, por considerar que el proceso de amparo no es la vía idónea para tramitarla, por carecer de etapa probatoria.

La recurrida confirma la apelada por considerar que por Resolución N.º 416-2005-MPHCO-GSC, de fecha 14 de octubre de 2005, la Municipalidad Provincial de Huánuco ha levantado las sanciones contenidas en la Determinación de Sanción y Multa Administrativa N.ºs 082 y 091-2005-MPHCO, por lo que se ha producido la sustracción de la materia.

FUNDAMENTOS

1. En principio el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar que, en el caso concreto, la controversia de autos puede ser dilucidada en sede constitucional –no obstante carecer de estación probatoria el proceso de amparo incoado- no solo porque en autos hay suficientes elementos de juicio y medios probatorios que coadyuven a tal finalidad, sino porque conforme a los criterios desarrollados por este Colegiado en la STC N.º 3330-2004-AA/TC “(...) si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento (o de la clausura de locales), el afectado deberá recurrir a la vía contencioso-administrativa (...)”, lo cual, como se verá a continuación, no ocurre en el caso de autos.

2. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto la Determinación de Sanción y Multa Administrativa N.º 000091-2005-MPHCO, de fecha 23 de mayo de 2005, mediante la cual se le impuso al demandante una multa por el monto de S/. 3 300.00 nuevos soles y las medidas complementarias de clausura definitiva del “Vídeo Pub Discoteca Nefertiti” ubicado en el jirón Dos de Mayo N.º 287-289, de la provincia de Huánuco, por no contar con la licencia especial de funcionamiento. Sostiene que se ha vulnerado su derecho constitucional a la libertad del trabajo.

3. De lo actuado se advierte que el demandante no ha acreditado contar con licencia de funcionamiento para su local ubicado en el jirón Dos de Mayo N.º 287-289, de la provincia de Huánuco, por cuya razón se le impuso una multa, limitándose a argumentar que viene solicitando ante la municipalidad emplazada la expedición de ella. Al respecto cabe precisar que el hecho de que el recurrente venga efectuando tal trámite no lo dispensa de la imposición de la multa; en todo caso debió esperar hasta que su situación se regularice antes de comenzar a operar; por lo tanto, la multa impuesta está arreglada a ley. Por consiguiente, la autoridad emplazada ha actuado conforme a las atribuciones conferidas por el artículo 40º de la Ley N.º 27972 Orgánica de Municipalidades.

4. De otro lado este Colegiado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que si bien toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley, no es menos cierto que este derecho no es irrestricto y que se sujeta al cumplimiento de las disposiciones de cada municipio, como en el presente caso, en el que para iniciar una actividad comercial es necesario obtener previamente la licencia de funcionamiento respectiva; de lo contrario, las municipalidades tienen la facultad de clausurar el local, en virtud de las atribuciones que les otorga el artículo 192º de la Constitución Política del Perú.

5. Asimismo es pertinente recordar que, en cuanto al otorgamiento de licencias de funcionamiento y clausura de locales comerciales, este Colegiado, en los fundamentos 25, 28 y 31 de la STC 3330-2004-AA, ha precisado que: a) la libertad de trabajo se vulnera si no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa, y que, por ello, para determinar la afectación de la libertad de trabajo, previamente debe constatarse la vulneración del derecho a la libertad de empresa; b) la demanda será declarada necesariamente improcedente si un derecho fundamental no le asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, "(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...)"; c) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental, como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido si el demandante no cuenta con la licencia de autorización correspondiente de parte de la autoridad municipal; y, d) por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de la autoridad municipal al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento (o de la clausura de locales), el afectado debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la transgresión de un derecho fundamental.

6. Consecuentemente, al no contar el recurrente con la autorización municipal correspondiente, la presente demanda carece de asidero legal.

7. Por otra parte y al margen de lo señalado precedentemente, consta de fojas 126 a 134 la Resolución Gerencial N.º 416-2005-MPHCO-GSC, de fecha 14 de octubre de 2005, mediante la cual se acredita que la Municipalidad demandada ha levantado las sanciones impuestas mediante la Determinación de Sanción y Multa Administrativa N.º 000091-2005-MPHCO; consecuentemente, se ha producido la sustracción de la materia, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA

la demanda de amparo en el extremo que alega vulneración del derecho a la libertad de trabajo, porque el recurrente carece de licencia de funcionamiento de local.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que solicita se deje sin efecto la Determinación de Sanción N.º 000091-2005, de fecha 23 de mayo de 2005, por haberse producido la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 07644-2006-PA/TC

**LIMA
GREMCO PUBLICIDAD S.A.**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Jorge Leonardo Zevallos Coll en representación de Gremco Publicidad S.A., contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 346, su fecha 30 de noviembre de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de noviembre de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Deporte (IPD) a fin de que cesen los actos que lesionan el derecho constitucional de libertad de empresa, al no cumplir esta entidad con el convenio de fecha 18 de octubre de 1994, el cual otorga a Gremco Publicidad S.A. el manejo publicitario que exhiba el Estadio Monumenta “U”, así como exclusividad en el arrendamiento, entre otras.

Alega que el IPD lesiona tal derecho ya que viene desarrollando actividades que no le son conferidas en tal convenio, así como arrendando el estadio.

El demandado niega que se le ha atribuido a dicha empresa la facultad para arrendar el Estadio, ya que sus objetivos son sólo publicitarios.

El Decimotercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 31 de enero de 2005, declara infundada la demanda estimando que el demandante sólo está facultado para

efectuar la comercialización de los espacios publicitarios del Estadio y que el IPD está facultado por su Ley N° 28036 para arrendar bienes y servicios.

La recurrida confirma la apelada, agregando que el IPD no forma parte de la actividad empresarial del Estado.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

El presente proceso tiene por objeto que se ordene a la parte demandada que cesen los actos que lesionan el derecho constitucional de libertad de empresa, al no cumplir con el convenio de fecha 18 de octubre de 1994, que otorga a Gremco Publicidad S.A. el manejo publicitario que exhiba el Estadio Monumenta “U”, así como exclusividad en el arrendamiento, entre otras.

El petitorio de que cesen los actos lesivos de la libertad de empresa implica que se ordene al Instituto Nacional del Deporte (IPD) se abstenga de efectuar actividades de promoción de espectáculos públicos.

§2. Planteamiento del problema

La entidad recurrente afirma que el Instituto Peruano del Deporte “viene desarrollando actividad empresarial al igual que [su] empresa, a pesar de que existe una disposición constitucional que prohíbe desarrollarla” (fojas 221 del cuaderno principal), “ofertando en el mercado un producto similar al ofrecido” por la recurrente (fojas 222); de manera concreta, que el IPD “ha venido ofreciendo a diversas personas, las instalaciones del Estadio Nacional, compitiendo con [su] empresa, a pesar que nuestra Constitución expresamente prohíbe que el Estado participe como proveedor en la actividad empresarial del país” (fojas 222).

El interrogante que plantea el presente caso es si el hecho de que el IPD puede arrendar las instalaciones del Estadio Nacional infringe el principio de subsidiariedad y, de ese modo, la libertad de empresa de la recurrente.

A este respecto cabe señalar que en escrito posterior a la demanda la recurrente ha solicitado el control difuso de inconstitucionalidad respecto a lo establecido en el artículo 84º, inciso 3, de la Ley N.º 28036, de promoción y desarrollo del deporte. El texto de tal disposición es el siguiente:

“Son recursos del Instituto Peruano del Deporte los siguientes: (...)

“Los generados por el alquiler de su infraestructura deportiva y espacios publicitarios bajo la administración del IPD”.

De esta norma se infiere la facultad del IPD de arrendar la “infraestructura deportiva” de su propiedad. En tal sentido, el acto presuntamente lesivo del IPD – arrendar la infraestructura- se basa o tiene como fundamento precisamente tal disposición. Esto significa que el problema no lo plantea un “acto” de la demandada, sino más bien la misma norma que otorga la mencionada atribución.

Ahora bien, debe advertirse que dicha norma establece una facultad genérica para el arrendamiento de toda “infraestructura deportiva” de propiedad del Estado, pero no en particular la del arrendamiento del Estadio Nacional. En tal sentido, aun cuando en principio el problema planteado parecería proponer el del control difuso de la mencionada norma, como tal, en realidad, el cuestionamiento de ella formulada en el presente caso se plantea únicamente en relación a su aplicación al Estadio Nacional. Dicho en otros términos, no se plantea un problema de incompatibilidad de la norma, como tal, con la Constitución, sino la incompatibilidad de su aplicación con la Constitución a un determinado objeto –al Estadio Nacional-. En consecuencia, el problema reside en determinar si tal aplicación es o no compatible con la Constitución.

¿Puede considerarse como “actividad empresarial” el arrendamiento del Estadio Nacional por parte del IPD? Esta pregunta depende, sin embargo, de otra lógicamente anterior: ¿Qué se entiende por “actividad empresarial” del Estado a la que se alude en el artículo 60º de la Constitución?

§3. Principio de subsidiariedad

La actividad empresarial del Estado está definida por el principio de subsidiariedad. Con él la Constitución económica de nuestro ordenamiento ha definido cuál es la participación del Estado en el proceso económico, en cuanto agente del mismo. El artículo 60º de nuestra norma fundamental lo ha establecido en los siguientes términos:

“Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”.

Conforme a esta norma, la actividad empresarial del Estado debe efectuarse sólo de manera subsidiaria, debe éste estar habilitado por Ley y debe ello fundamentarse en razones de “alto interés público” o de “manifiesta conveniencia nacional.” En suma, la realización de “actividad empresarial” por parte del Estado ha de realizarse en base a estas tres condiciones concurrentes.

El principio de subsidiariedad ha sido interpretado por este Colegiado en el sentido de que, conforme a él, “las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada”. (STC 0008-2003-AI, fundamento 23, segundo párrafo).

No ha menester en el presente caso examinar si se han cumplido o no estas condiciones; por el contrario, se plantea una cuestión anterior consistente en saber si el arriendo del Estadio Nacional por el IPD puede o no considerarse como actividad empresarial del Estado.

§3. La actividad empresarial del Estado

La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro. Este fin de lucro consiste en el propósito de obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial. La presencia del elemento teleológico fin de lucro constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios tiene fines de lucro. Tal es el caso de las actividades cuyo sólo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista.

En el presente caso, al interrogante de si el arrendamiento del Estadio Nacional puede considerarse como actividad empresarial, la respuesta es, entonces, negativa. En efecto, la primera es que se trata de “recursos” para el IPD (artículo 84º, inciso 3, de la Ley N.º 28036 de Promoción y Desarrollo del Deporte). Ahora bien, éste constituye un organismo público descentralizado con rango ministerial con competencia en la formulación de la política educativa y el desarrollo del deporte, de modo que no constituye una empresa pública del Estado. Asimismo, se establece que su función es, entre otras, el “Autorizar y regular la cesión en uso de los bienes y la concesión de la infraestructura deportiva *con fines de rehabilitación, mantenimiento y construcción de infraestructura*” (artículo 8º, inciso 18, de la Ley N.º 28036 de Promoción y Desarrollo del Deporte). Esta norma permite inferir que el objetivo de la cesión en uso y la concesión de la infraestructura se orienta al cumplimiento de fines de conservación de la infraestructura, finalidad que resulta constitucionalmente admisible.

Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitado por la Ley no puede considerarse como actividad empresarial, para así quedar proscrito por el artículo 61º de la Constitución. La “promoción del deporte” (artículo 14º de la Constitución) constituye una *finalidad constitucional*. Esto significa que el Estado tiene obligaciones positivas para efectivizar tal promoción, cometido que ha de cumplirse, entre otros, a través de la creación y el mantenimiento de infraestructura deportiva. Tal imperativo deriva de la citada norma constitucional. Ahora bien, el mantenimiento y conservación de la infraestructura habilita o autoriza, en un Estado como el peruano escaso de recursos, a que éste deba autofinanciar los recursos orientados a tal finalidad.

El arrendamiento de infraestructura deportiva no puede, por ello, considerarse como “actividad empresarial” y, conforme a ello, colegirse que ella se halla bajo la prohibición establecida por el artículo 61º de la Constitución. En tal sentido, arrendamiento del Estadio Nacional por el IPD en aplicación del artículo 84, inciso b, de la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, no constituye una *aplicación* incompatible con el artículo 61º de la Constitución y, por ello, tampoco puede considerarse que lesione la libertad de empresa de la recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00013-2007-PI/TC

LIMA

**JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
EN REPRESENTACIÓN DE MÁS DE
CINCO MIL CIUDADANOS**

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 13 DE JULIO DE 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS, REPRESENTADOS POR DON
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, C/. CONGRESO DE LA
REPÚBLICA**

SÍNTESIS

*Proceso de inconstitucionalidad contra el
segundo párrafo del artículo 24º de la
Ley de Radio y Televisión*

Magistrados firmantes
LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

Sumario

- I. **ASUNTO**
- II. **DATOS GENERALES**
- III. **NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD**
- IV. **DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**
- V. **MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES**
- VI. **FUNDAMENTOS**
 - §1. DERECHOS COMUNICATIVOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL
 - §2. LA LEY DE RADIO Y TELEVISIÓN COMO REFLEJO DE LA RADIO Y LA TELEVISIÓN EN TANTO INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES
 - §3. LAS REGLAS DE LAS AUTORIZACIONES PARA RADIO Y TELEVISIÓN
 - §4. EL *TEST* DE IGUALDAD CON RELACIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y NACIONAL EN LAS EMPRESAS DE RADIODIFUSIÓN
 - §5. LA RECIPROCIDAD EN EL TRATAMIENTO IGUALITARIO ENTRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y NACIONAL
- VII. **FALLO**

EXP. N.º 408-2007-PA/TC**LIMA****FELIPE RICARDO****VALVERDE DÍAZ****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Trujillo, a los 16 días del mes de febrero de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Felipe Ricardo Valverde Díaz contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 213, su fecha 5 de setiembre de 2006, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 1 de marzo de 2005 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar, a fin de que se declare sin efecto la Resolución Gerencial N.º 097-2003-GM-MDMM, de fecha 25 de setiembre de 2003, que dispuso la inmediata clausura transitoria del establecimiento ubicado en la Av. Brasil N.º 3542, con razón social Cine Teatro Broadway S.A.C., conducido por el demandante hasta que cumpla con subsanar las observaciones planteadas en los informes técnicos de la Oficina de Defensa Civil de la demandada; y la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 1, de fecha 26 de setiembre de 2003, que resolvió ejecutar como medida cautelar previa la clausura transitoria del local mencionado; en consecuencia, se ordene la inmediata apertura del Cine Broadway sin las limitaciones impuestas por la municipalidad demandada, debiéndose ordenar el levantamiento de todo tipo de medida cautelar que exista, y continuar con la actividad que se realiza, esto es, con la proyección de películas cinematográficas. Manifiesta que cuenta con la licencia municipal expedida el 11 de noviembre de 1999; sin embargo, el 7 de enero de 2005, se procedió a la clausura del local señalado; por lo que considera que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo y de empresa.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar propone la excepción de prescripción y contesta la demanda manifestando que el fin perseguido por el recurrente es levantar la clausura de su local comercial; que sin embargo, este petitorio viene siendo ventilado a través del recurso de revisión judicial de procedimiento de ejecución coactiva interpuesto ante la Segunda Sala Civil Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Añade que el demandante no cuenta con el certificado o constancia de seguridad de Defensa Civil, sea esta otorgada por su comuna o por el Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI), y que la carencia de este documento le impide desarrollar sus actividades comerciales en su distrito, más aún si el Tribunal Constitucional ha validado las actuaciones de los municipios cuando se decide clausurar locales que no cuenten con las constancias o certificados de Defensa Civil.

El Quincuagésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 7 de julio de 2005, declaró infundada la excepción propuesta e infundada la demanda por considerar que las resoluciones impugnadas se han emitido en pleno uso de las facultades conferidas a las municipalidades en su Ley Orgánica, en resguardo de la personas que hayan podido concurrir al mencionado local, ante la negativa de levantar las observaciones formuladas.

La recurrida confirmó la apelada por considerar el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se declaren inaplicables la Resolución Gerencial N.º 097-2003-GM-MDMM, de fecha 25 de setiembre de 2003, que dispuso ordenar en forma inmediata la clausura transitoria del establecimiento ubicado en la Av. Brasil N.º 3542, Magdalena del Mar, con razón social Cine Teatro Broadway S.A.C., conducido por don Felipe Ricardo Valverde Díaz, hasta que cumpla con subsanar las observaciones planteadas en los considerandos expuestos en la resolución; y la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 1, de fecha 26 de setiembre de 2003, que resolvió ejecutar como medida cautelar previa la clausura transitoria del local mencionado, hasta que cumpla con subsanar las observaciones planteadas por la oficina de Defensa Civil. Asimismo solicita que se suspendan los actos que amenazan sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo y empresa; y que en consecuencia se ordene la inmediata apertura del cine teatro Broadway S.A.C., debiéndose ordenar el levantamiento de toda medida cautelar que exista y continuarse con la actividad de proyección de películas cinematográficas.
2. El artículo 49º de la Ley Orgánica de Municipalidades –N.º 27972– dispone que: “La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario (...)”.
3. Dentro de este marco normativo se advierte que la orden de clausura transitoria que ha sido dispuesta en el artículo primero de la resolución cuestionada ha sido dictada por autoridad competente y en el ejercicio regular de sus funciones invocando para ello las omisiones y las irregularidades cometidas, debidamente acreditadas, que derivaron en la sanción impuesta.
4. Respecto a la libertad de trabajo, este Colegiado ha precisado en la STC 3330-2004-AA/TC que la libertad de trabajar será considerada como derecho accesorio de la libertad de empresa, y que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal. Siendo ello así, en los fundamentos 25, 28 y 31 de la precitada sentencia, ha precisado que a) la libertad de trabajo se vulnera si no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa, y que, por ello, para poder determinar la afectación de la libertad de trabajo, previamente debe constatarse la vulneración del derecho a la libertad de empresa; b) la demanda será declarada necesariamente improcedente si un derecho fundamental no le asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...)”; c) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental, como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido si el demandante no cuenta con la aprobación de Defensa Civil y la respectiva licencia municipal.
5. A mayor abundamiento, de la Resolución Gerencial N.º 097-2003-GM-MDMM, de fecha 25 de setiembre de 2003, que corre a fojas 4 de autos, se desprende que esta fue emitida basándose en los Informes Técnicos Nros. 024-2003-ODC-MDMM, 037-2003-ODC-MDMM, 094-2003-ODC-MDMM, 108-2003-ODC-MDMM, evacuados por la Oficina de Defensa Civil

de la Municipalidad demandada, y en el Oficio Múltiple N.º 3997-2003-SDRDC/INDECI, emitido por la Dirección de la Segunda Región de Defensa Civil, que recomiendan a la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar clausurar el local comercial por presentar evidentes riesgos que atentan contra la vida y la salud de la población que concurre y/o administra el mismo.

6. De fojas 9 a 13 de autos obran las Actas de Constatación de fecha 20 de octubre y 14 de noviembre de 2003, levantadas por el Inspector Técnico de Seguridad en Defensa Civil y el Jefe de la Oficina de Defensa Civil de la Municipalidad demandada, donde se determina que las instalaciones del cine Broadway no cumple con las normas de Seguridad en Defensa Civil. Asimismo, según el Informe de Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil N.º 013-2000-PCM, que obra de fojas 15 a 19 de autos, expedido a solicitud del recurrente, el local comercial no cumple con las condiciones mínimas de seguridad.
7. Siendo ello así la demandada en uso de sus facultades dispuso, mediante las resoluciones cuestionadas, la clausura del cine Broadway, hasta que se cumpla con subsanar las observaciones planteadas por la Oficina de Defensa Civil; sin embargo, al no seguirse las recomendaciones se procedió a la clausura del mismo, el día 7 de enero de 2005, conforme se desprende de la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 9, de fecha 10 de enero de 2005 (f. 8). Cabe mencionar que el recurrente, a fojas 3, presenta copia de la Autorización para Apertura del Establecimiento Comercial, Industrial y de Actividad Profesional y/ o Servicios, para realizar actividades comerciales en el giro de cines, donde consta que tenía una vigencia de un año, siendo su vencimiento el 10 de noviembre de 2000; sin embargo, de acuerdo al artículo Único de la Ley N.º 27180, las licencias de apertura de establecimiento pasaron a tener vigencia indeterminada.
8. Al respecto la facultad de clausurar, transitoria o definitivamente, establecimientos que prestan servicios a terceros es una atribución que se encuentra expresamente regulada en los artículos 49º y 78º de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, cuando su funcionamiento infrinja las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil.
9. En consecuencia este Colegiado estima que la demandada ha actuado en el marco de las competencias y atribuciones que la Constitución y la ley le otorgan, no habiéndose acreditado la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ**

EXP. N.º 01681-2007-PA/TC

**LIMA
EMPRESA DE TRANSPORTES
EXPRESO INTERNACIONAL
ROGGERO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de octubre de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Expreso Internacional Roggero contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 304 su fecha 14 de agosto de 2006, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de mayo de 2004 la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de que se le declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de febrero de 2004; y que en consecuencia, se deje vigentes las tarjetas de circulación de los Buses de Placa de Rodaje N.º VG-5508 y VG-5510. Sostiene que la cuestionada norma vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de tránsito, a la libre competencia, a la igualdad ante la ley, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, debido a que dispone ilegalmente, y de manera retroactiva, una prohibición para la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión.

El Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone las excepciones de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda aduciendo que no se ha precisado cuáles son los actos u omisiones de cumplimiento obligatorio que han violado los derechos constitucionales de la empresa recurrente. Alega que los actos administrativos han sido válidamente emitidos por funcionarios públicos en pleno ejercicio de sus atribuciones y que no existe ninguna violación de parte del Estado de ningún derecho constitucional.

El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de junio de 2005, desestima las excepciones propuestas y declara fundada la demanda respecto de la inaplicación del artículo 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, por considerar que se está aplicando retroactivamente.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC no prohíbe a la empresa accionante ejercer el servicio público de transporte de pasajeros, al cual está autorizada por la Resolución Directoral N.º 464-2001-MTC/15.18, de fecha 18 de abril de 2001, sino que la prohibición alcanza sólo a los vehículos que se encuentren carrozados sobre chasis de camión, los mismos que no pueden ser utilizados para el servicio público de pasajeros.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de febrero de 2004, y que, en consecuencia, se deje vigentes las tarjetas de circulación de los Buses de Placa de Rodaje N.º VG. 5508 y VG 5510. La recurrente considera que la ejecución de dicha norma vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de tránsito, a la libre competencia, a la igualdad ante la ley, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.
2. De la lectura de las disposiciones contenidas en el decreto supremo cuestionado y de la demanda, se infiere que la pretensión de la recurrente es que se declare la inaplicación de la disposición que prohíbe la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión. Se trata del artículo 2 de dicho decreto, cuyo texto establece lo siguiente:

Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición (énfasis añadido).

3. En cuanto al fondo, la recurrente ha alegado que la prohibición establecida en la referida disposición infringe el principio de retroactividad de las normas, con la consiguiente lesión de derechos fundamentales como la libertad de tránsito, la libre competencia, la igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y la libertad de empresa. Al respecto, en la sentencia recaída en el Exp. 7320-2005-PA/TC, caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L., el Tribunal Constitucional examinó el problema de si la disposición impugnada es contraria o no al principio de irretroactividad y si afectaba o no derechos fundamentales de la demandante, confirmando la constitucionalidad del cuestionado Decreto Supremo 006-2004-MTC. En tal sentido, habiendo sido examinada la norma cuya inaplicación se pretende, carece de sentido volver a analizar un problema ya abordado y resuelto por este Tribunal, siendo pertinente resaltar que, conforme se sostuvo en la citada sentencia, la aplicación de dicha norma no infringe el principio de irretroactividad de las normas y, por tanto, no afecta derecho constitucional alguno, sustentándose ello en los fundamentos de dicha sentencia, que aquí se reproducen:

41. En cuanto a la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, cabe señalar que los incisos p) y u) del artículo 1; el inciso a) del artículo 17; el inciso b) del artículo 27; el artículo 39; así como el inciso b) del artículo 74 del derogado Decreto Supremo 05-95-MTC, vigente desde el 16 de abril de 1995, disponían que la prestación del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera sólo podría realizarse en aquellos ómnibus habilitados para tal efecto, estableciendo que se efectuaría mediante un vehículo autopropulsado, diseñado y construido exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial, y que debía tener un peso seco no menor de 8.500 k y un peso bruto vehicular superior a los 12.000 k.
42. Tales características constituían un presupuesto específico aplicable para el otorgamiento y ejercicio de todo tipo de concesión de rutas de transporte público interprovincial de pasajeros desde el 16 de abril del año 1995, y fueron recogidas en los mismos términos por la normativa expedida con posterioridad al decreto supremo in comento.
43. En tal sentido, para este Tribunal queda claro que, desde el 16 de abril del año 1995, fecha de entrada en vigencia del derogado Decreto Supremo 05-95-MTC, la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros sólo podía ser efectuada

mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para tal finalidad, mas no por vehículos ensamblados sobre chasis de camión. Por tal razón, lo alegado por la actora, respecto de una supuesta aplicación retroactiva del impugnado artículo 2 del decreto supremo, carece de sustento.

44. En efecto, los impugnados artículos 1 y 2 del Decreto Supremo 006-2004-MTC no son de carácter retroactivo, toda vez que las precisiones en ellos contenidas tienen sustento en los decretos supremos 022-2002-MTC, del 19 de mayo de 2002, y 05-95-MTC, del 15 de abril de 1995, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la vigencia del decreto supremo materia de autos. Así, de conformidad con la Teoría de los Hechos Cumplidos, recogida en el artículo 103 de la Constitución, y en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, desde su entrada en vigencia, y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, por lo que las normas a las que hace remisión el decreto supremo cuestionado resultaban plenamente aplicables a la recurrente.

4. Por tanto, existiendo un pronunciamiento previo del Tribunal respecto de la cuestión controvertida, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

EXP. N.º 03048-2007-PA/TC

LIMA

IMPORTACIONES FUKUROI

COMPANY E.I.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Importaciones Fukuroi Company E.I.R.L. contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 163, su fecha 4 de abril de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de enero de 2006 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC, por considerarlo violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de empresa, al establecer limitaciones a la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para automotor.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda señalando que mediante el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC se han establecido requisitos para la importación de vehículos usados y para la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados destinados a vehículos de transporte terrestre, mas no su suspensión ni su prohibición. Refiere que los requisitos establecidos han tomado como punto de referencia la antigüedad de los vehículos en función a su sistema de combustión, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente.

El Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 6 de octubre de 2006, declara infundada la demanda, por considerar que los requisitos establecidos por el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC para la importación de vehículos usados son conformes con lo establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0017-2004-AI/TC.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. § Delimitación del petitorio y de las materias constitucionales controvertidas

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente sentencia, la demanda de amparo se dirige contra el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC, que mediante su artículo

2.º modificó los literales a) y e) del artículo 1.º del Decreto Legislativo N.º 843 e incorporó el artículo 29-A al Decreto Supremo N.º 058-2003-MTC, que aprueba el Reglamento Nacional de Vehículos.

La empresa demandante aduce que el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC vulnera sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación, pues considera que éste le impide la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre.

Por su parte el Ministerio de Transportes y Comunicaciones alega que el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC no impide la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre, sino que establece los requisitos eficientes para la importación de ellos, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente.

En coherencia con ello, refiere que el establecimiento de los requisitos tiene por finalidad la tutela del medio ambiente y de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los ciudadanos, debido a que buscan evitar el ingreso de vehículos que por su antigüedad y su sistema de combustión puedan ocasionar un grave perjuicio al medio ambiente.

Antes de entrar a analizar si realmente se han vulnerado los derechos fundamentales invocados, debe señalarse que el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC ha sido derogado tácitamente por el artículo 4.º del Decreto Supremo N.º 003-2008-MTC, en tanto que éste de forma expresa deroga el artículo 29-A del Decreto Supremo N.º 058-2003-MTC que fuera incorporado por el referido artículo 2.º.

Teniendo en cuenta ello este Tribunal considera que debe realizarse una evaluación sobre el fondo de la controversia, debido a que las modificaciones introducidas por el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC a los literales a) y e) del artículo 1.º del Decreto Legislativo N.º 843 se encuentran vigentes y porque los nuevos requisitos para la importación establecidos por los artículos 1.º y 2.º del Decreto Supremo N.º 003-2008-MTC no son exigibles a los motores, partes, piezas y repuestos usados que se encuentran en tránsito hacia el Perú o desembarcados en el puerto peruano al 19 de enero de 2008.

Centrada así la cuestión, la controversia se circunscribirá entonces en determinar si los requisitos para la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre constituyen o no un límite constitucionalmente legítimo del ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación. Del mismo modo, corresponde determinar si la vigencia efectiva de los derechos fundamentales a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud justifica la limitación impuesta por el decreto supremo cuestionado al ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación.

2. § El medio ambiente como derecho fundamental y obligación del Estado

El derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida se encuentra reconocido en el artículo 2.º, inciso 22) de la Constitución. Según su enunciado toda persona tiene la facultad de poder disfrutar o gozar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. En ese sentido; el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado se encuentra ligado a los derechos fundamentales a la

vida y a la salud de las personas, pues por intermedio de él las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas.

De otra parte este derecho también se concretiza en el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado, que entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, y para los particulares de proceder de modo similar cuando sus actividades económicas incidan, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

De este modo, en el Estado Democrático y Social de Derecho no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle normalmente en condiciones ambientales aceptables. En este contexto el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado debe considerarse como un componente esencial e indispensable para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

De ahí que este derecho, en su dimensión prestacional, imponga al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el medio ambiente sano y equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Desde luego, no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna. Dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin.

Así, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

El Estado también debe velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de las personas y defender y restaurar el medio ambiente dañado, puesto que el desarrollo sostenible involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico del medio ambiente.

Por tanto, el Estado puede afectar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado si es que, como consecuencia de decisiones normativas o prácticas administrativas que, por acción u omisión, en vez de fomentar la conservación del medio ambiente, contribuye a su deterioro o reducción y, en lugar de auspiciar la prevención contra el daño ambiental, descuida y desatiende dicha obligación.

En buena cuenta el Estado está obligado a velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación. Por ello, en el artículo 67.º de la Constitución se reconoce que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Señala también la Constitución en su artículo 68.º, como deberes del Estado, entre otros, el de conservar la diversidad biológica y las áreas naturales.

Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre en condiciones dignas.

Teniendo en cuenta ello este Tribunal considera que el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC constituye una medida legislativa legítima e idónea que busca prevenir y proteger la afectación del medio ambiente, específicamente la contaminación del aire, ya que los requisitos establecidos para la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados tratan de neutralizar en la medida de lo posible los efectos negativos que sobre el medio ambiente produce la presencia del azufre en los combustibles Diesel 1, Diesel 2 y Diesel 2 Especial, pues recién a partir del 1 de enero del 2010 el contenido de azufre en los combustibles antes mencionados alcanzará los estándares internacionales.

Asimismo, debe tenerse presente que la finalidad preventiva y reparadora del medio ambiente que tienen los requisitos para la importación se encuentra reconocida en las consideraciones del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC, así como la finalidad de tutela del derecho a la salud. Es así que en su quinto considerando se señala que el objetivo de los requisitos para la importación es “resguardar las condiciones de seguridad y salud de los usuarios que, en los últimos años, se han visto seriamente comprometidas como consecuencia de la obsolescencia y las emisiones contaminantes procedentes del parque vehicular”.

Ello debido a que las sustancias que emanan los vehículos usados son consideradas como gases irritantes y vesicantes, contaminantes del aire y extremadamente tóxicos para la salud, que afectan diferentes órganos y sistemas con un alto riesgo de producir intoxicación aguda por inhalación y absorción a través de piel y las mucosas.

De otra para, conviene precisar que el medio ambiente equilibrado y adecuado, por ser un interés común para toda la sociedad, constituye un bien público que ha de ser evaluado y ponderado por todos y cada uno de los ciudadanos. Por lo tanto quien realiza una actividad económica que incida directa o indirectamente sobre el medio ambiente debe probar que ésta no es contaminante, dañina o degradante para el medio ambiente.

En el presente caso la empresa demandante no ha demostrado que la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre sea una actividad económica que no degrada ni daña al medio ambiente, específicamente la contaminación del aire. Por el contrario, con el informe presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se encontraría demostrado que la importación de vehículos y partes usadas constituye una actividad económica dañina para el medio ambiente. En este sentido en el Cuarto Informe de Observancia Pública, elaborado por el Centro de Investigación y de Asesoría del Transporte Terrestre, obrante de fojas 43 a 66 del cuadernillo de este Tribunal, se señala en el punto 2.1. que la “importación de vehículos usados es la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población”.

Asimismo, con relación a la importación de vehículos usados, resulta importante destacar algunas evidencias contenidas en el punto 2.8.6 del informe referido. En efecto, allí se señala que: a) la importación de vehículos usados es la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población; y b) la masiva importación de vehículos usados ha generado profundas distorsiones en el

mercado del transporte público de pasajeros y carga, lo que está impidiendo su renovación y deteriorando la seguridad y calidad de su servicio.

De otra parte este Tribunal considera importante destacar que la protección del medio ambiente vía la prohibición de importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados ha sido un tema que ha merecido especial atención por algunos países de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual el Perú es parte. Así, con el fin de proteger el medio ambiente Colombia, Ecuador y Venezuela celebraron, con fecha 16 de setiembre de 1999, el Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor, que en su artículo 6.º establece que con “el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los Países Participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente. Igualmente sólo se autorizarán importaciones de componentes, partes y piezas nuevos y sin reconstruir o reacondicionar”.

3. § El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado como límite a los derechos fundamentales

En este punto conviene recordar nuestra asentada doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales. En ella se ha afirmado que no existen derechos fundamentales ilimitados y que, por el contrario, tienen sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunos derechos, mientras que en otros derechos el límite deriva de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuantos ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.

Pues bien, teniendo presente que los derechos fundamentales no son ilimitados, corresponde determinar si la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud constituyen límites legítimos al ejercicio de los derechos al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación. Ello debido a que la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre es una actividad económica que está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos para que pueda realizarse, los cuales a consideración de la demandante son restricciones inconstitucionales.

La libertad de empresa consagrada por el artículo 59.º de la Constitución se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

Con relación a la libertad de trabajo consagrada por el artículo 2.º, inciso 15) de la Constitución, debe subrayarse que ésta debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

En tal línea, el artículo 59.º de la Constitución establece que el ejercicio de las libertades de trabajo y de empresa “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas, ni al medio ambiente”. La protección del medio ambiente tiene entonces una doble dimensión; por un lado, constituye un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger los recursos naturales de la Nación; y por otro,

aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida en condiciones dignas.

Visto ello se concluye que, el Decido Supremo N.º 017-2005-MTC constituye un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertad de trabajo y empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre, tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud. Y ello porque la protección del medio ambiente impone un tratamiento cuyo propósito es mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas, pues la creciente degradación del medio ambiente pone en peligro potencial la propia base de la vida.

Finalmente es pertinente resaltar que según el artículo 2.º, inciso 14) de la Constitución, toda persona tiene derecho a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. La protección del medio ambiente, al ser un derecho fundamental y bien colectivo, conlleva que toda norma jurídica que busque su precaución, prevención y reparación sea una norma de orden público, pues tiene como fundamento la protección de un interés colectivo de toda la Nación. Por ello tampoco puede considerarse que los requisitos para la importación del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC limitan irrazonablemente el derecho a la libertad de contratación.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA**

Exp.: 03048-2007-PA/TC
LIMA
IMPORTACIONES FUKUROI
COMPANY E.I.R.L.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

Petitorio de la demanda

Que con fecha 26 de enero de 2006 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción con la finalidad de que se inaplique el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC, considerando que dicho dispositivo legal contraviene sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de empresa, puesto que establece limitaciones a la importación de vehículos usados, así como motores, partes, piezas y repuestos usados para automotor.

Contestación de la demanda

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda señalando que mediante el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC se ha establecido requisitos para la importación de vehículos usados y para la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados destinados a vehículos de transporte terrestre, lo que no implica la suspensión ni la prohibición de sus labores. Expresa además que tales requisitos se han dado en atención a la seguridad vial y a la protección del medio ambiente.

Pronunciamiento de las instancias precedentes

Las instancias precedentes declararon infundada la demanda considerando que los requisitos establecidos por el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC, cuestionado en el

presente amparo, es conforme con lo establecido por sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2004-AI/TC.

Que en el presente caso se aprecia que la demandante es una persona jurídica, por lo que debo expresar que en la causa N° 00901-2007-PA/TC emití un fundamento de voto en el que expresé que:

*“La Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en su artículo 1º-parte de derechos fundamentales- que “La defensa de la **persona humana** y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” agregando en su artículo 2º que “toda persona tiene derecho”, refiriendo en la aludida nomina derechos atribuidos evidentemente a la persona humana a la que hace referencia sin lugar a dudas el citado artículo 1º.*

El Código Procesal Constitucional estatuye en su artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales, que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos por tratados de los que el Perú es parte.”

De lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

*Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de **Derechos Humanos**, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: “Todos los **seres humanos** nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, nominado en el artículo 2º la enumeración de los derechos que se les reconoce.*

*También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos -“Pacto de San José de Costa Rica”- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que **persona es todo ser humano**”, haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.*

En conclusión extraemos de lo expuesto que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las denominadas acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

Por ello es que expresamente el artículo 37º del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que enumera el artículo 2º de la Constitución Política del Perú, referida obviamente a los derechos de la persona humana, exceptuando el derecho a la libertad individual porque singularmente dicho derecho está protegido por el proceso de habeas corpus y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data para los que la ley les tiene reservados tratamientos especiales por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

De lo expuesto queda claro que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace con las particularidades anotadas pensando en la persona humana, esto es en el ser humano físico y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional.

La Persona Jurídica.

El Código Civil en su Libro I desarrolla el tema de “personas” colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas.

Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la distinción al señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivo igual pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha “persona” ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la “persona jurídica” tiene atribuciones que no corresponden a los derechos de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe por ello recalcar que los fines de la persona jurídica son distintos a los fines de las personas naturales que la formaron puesto que la reunión de éstas se da por intereses comunes, y que conforman un interés propio y distinto a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, pudiendo tener fines de lucro el aludido conglomerado venido a conocerse con la denominación legal de persona jurídica.

Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinaran al fin de cuentas a estas personas naturales y en proporción de sus aportes. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta prima facie que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, teniendo a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio, suelen recurrir, interesadamente, al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana. Esta determinación arbitraria, además de ser anormal y caótica, coadyuva a la carga procesal que tiende a rebasar la capacidad manejable del Tribunal Constitucional y a sembrar en algunos sectores de la sociedad la idea de un afán invasorio que por cierto no tiene este colegiado.

En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para las que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria.

Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen también derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, puedan servirse para traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de solo interés de la persona humana.

De lo expuesto concluyo afirmando que si bien este Tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esta decisión debe ser corregida ya que ello ha traído como consecuencia la “amparización” fabricada por empresas para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio del presente voto pretendemos limitar nuestra labor a solo lo que nos es propio, dejando por excepción eventuales casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total para defenderse de la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia.”

En el presente caso

De autos se observa que la empresa demandante tiene como objetivo principal la continuidad de sus actividades económicas, como es la importación de vehículos usados y de motores, partes, piezas y repuestos, por lo que solicita la inaplicación del Decreto Supremo N° 017-2005-MTC, puesto que considera que es violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de empresa, ya que limita y/o restringe sus actividades económicas.

Es preciso señalar que si bien he manifestado anteriormente que el proceso constitucional de amparo está destinado a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y no a la defensa de derechos constitucionales de las personas jurídicas, ya que éstas tienen expeditas la vía ordinaria para resolver sus conflictos de tipo eminentemente patrimonial, en el presente caso se presenta una cuestión singular en la que este colegiado ya ha tenido un pronunciamiento de fondo –causa en la que intervine en atención a las repercusiones sociales que ésta implicaba-, por lo que en atención a ello considero que es preciso realizar un pronunciamiento de fondo en este caso ya que la temática traída está vinculada al servicio de transporte, el que a decir de los demandados tiene repercusión directa a los derechos de los ciudadanos –especialmente su derecho a la integridad física, derecho al medio ambiente sano y equilibrado-. Respecto a ello este colegiado en la STC N° 7320-2005-AA/TC, caso de los Buses Camión, ha manifestado que “(...) Conforme a lo expuesto en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.

Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos”.

En el presente caso la empresa demandante solicita la inaplicación de normas destinadas a regular la importación de vehículos automotores, considerando que con éstas se vulneran sus derechos constitucionales. De la revisión de autos y conforme lo expresado en la citada jurisprudencia el Estado tiene como función primordial la protección y seguridad de la sociedad, por lo que puede

legítimamente tomar las medidas necesarias para ello. Debe tenerse presente que en el caso de autos no sólo se discute un tema de importación de vehículos sino que existe temática relevante como es el derecho a la vida y a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, los que, precisamente, han sido los fundamentos para que el legislador coloque las restricciones a la importación de vehículos usados, por lo que no puede reputarse dicha limitación o restricción como arbitraria y mucho menos como violatoria de derechos fundamentales, ya que los derechos deben concordarse y armonizarse de manera que no existan colisiones, en este sentido se ha evaluado el bienestar general de la sociedad para realizar las restricciones conforme la norma lo ha hecho.

Por lo expuesto concluyo declarando infundada la demanda considerando que la aplicación de la norma cuestionada tiene su fundamento en el bienestar de la sociedad, por lo que no puede acusar la empresa demandante la vulneración de sus derechos constitucionales en desmedro de los derechos constitucionales de la sociedad, especialmente la salud, la vida y el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado.

En consecuencia es por estas razones que considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

SR.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 3578-2007-PA/TC

JUNÍN

SEUL LEE S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 1 de octubre de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Julio César Pérez Cáceres, representante de la empresa Seúl Lee S.A., contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 591, su fecha 25 de enero del 2007, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 30 de diciembre del 2004 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, con la finalidad que inaplique a su caso concreto: a) la Ley N.º 27153, que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, y su correspondiente modificatoria aprobada mediante la Ley N.º 27796, y b) el Decreto Supremo N.º 009-2002-MINCETUR que reglamenta la ley antes mencionada, por considerarlas normas autoaplicativas violatorias de sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, libertad de contratación, trabajo, propiedad, libertad de empresa, comercio, industria y libre competencia, además de tachar a dichas normas

como transgresoras del principio constitucional de no confiscatoriedad de las normas tributarias.

Aduce que al no deducirse todos los gastos para la obtención de las utilidades el impuesto resulta confiscatorio, y que resulta confiscatorio también que el artículo 40.º, inciso b), de la Ley N.º 27153 establezca multas desproporcionadas.

Argumenta también que si bien es cierto que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de varios artículos de la Ley N.º 27153, al haberse producido una modificación mediante la Ley N.º 27796, no puede afirmarse que se trata de lo mismo, de forma tal que los efectos de la STC 0009-2001-AI/TC no son aplicables al presente caso.

Además cuestiona expresamente lo dispuesto en los incisos k) y l) del artículo 25º de la Ley N.º 27153, modificada también por la Ley N.º 27796, que hacen referencia al comiso y destrucción de los juegos de casino y máquinas tragamonedas que no reúnan las características técnicas establecidas en el artículo 10º de la referida Ley.

Contestación

La Procuradora Pública *Ad Hoc* para los procesos judiciales relacionados con los casinos de juego y máquinas tragamonedas del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) contesta la demanda y deduce las excepciones de incompetencia por razones de la materia y territorio y de falta de legitimidad para obrar del demandante.

Sustenta las excepciones alegando que no proceden las demandas de amparo contra normas legales no siendo las cuestionadas autoaplicativas –supuesto en el que sí resultaría admisible la interposición de demandas de amparo– y que lo idóneo es interponer una demanda de inconstitucionalidad para cuestionar las normas con rango de ley y el proceso de acción popular para las normas reglamentarias; ello porque del tenor de la demanda se advierte que se efectúa un cuestionamiento *in abstracto* de las normas cuya inaplicación se pretende.

Asimismo manifiesta que la demandante carece de autorización expedida por autoridad pertinente para explotar la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, por lo que carece de legitimidad para obrar activa, sustentándose para ello en los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N.ºs 0240-2004-AA/TC, 2057-2004-AA/TC y 2047-2004-AA/TC.

En lo que respecta a la excepción de incompetencia por razón de territorio advierte que la demandante no ha demostrado que venga realizando la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el domicilio real señalado, más aún si la escritura pública de constitución señala como domicilio la ciudad de Lima.

Por otra parte menciona que en la STC N.º 0009-2001-AI/TC el Tribunal Constitucional, si bien declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N.º 27153, también sostuvo que la opción legislativa de configurar la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales es compatible con la orientación del desarrollo nacional y otros principios constitucionales como la protección de los consumidores.

Posteriormente la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) se apersona al proceso y solicita su intervención litisconsorcial.

Pronunciamiento de primera instancia

Con fecha 6 de octubre del 2005 el Juzgado Mixto de Tarma declara fundada la demanda, argumentando que el Tribunal Constitucional, al considerar la constitucionalidad de la Ley N.º 27153, reconoce que la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas no atenta contra el orden público, por lo que resulta amparable el ejercicio de dicha actividad a la luz de libertad de empresa. Asimismo fundamenta su

decisión en la confiscatoriedad de la disposición contenida en el inciso a de la Ley 27153, que establece como límite máximo de ingresos de los operadores de máquinas tragamonedas al quince por ciento (15%).

Pronunciamiento de segunda instancia

La recurrida revoca la apelada y reformándola declara improcedente la demanda por considerar que el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos con posterioridad a la STC 0009-2001-AI/TC, tales como el recaído en la STC 0855-2004-AI/TC, que permiten concluir que no puede cuestionarse, en abstracto, la constitucionalidad de una norma y que varias de las disposiciones contenidas en la Ley N.º 27153 no resultan violatorias de derechos fundamentales.

III. FUNDAMENTOS

1. La recurrente interpone demanda de amparo con el objeto de que se declare inaplicable a su caso concreto: a) la Ley N.º 27153, que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas y su correspondiente modificatoria, aprobada mediante la Ley N.º 27796, y b) el Decreto Supremo N.º 009-2002-MINCETUR, que reglamenta la ley antes mencionada.
2. En reiterada jurisprudencia este Colegiado se ha pronunciado respecto a que el proceso de amparo no es la vía idónea para cuestionar en abstracto la constitucionalidad de una norma. Así, en el caso concreto, se advierte que el demandante al cuestionar la totalidad de disposiciones que contiene la Ley N.º 27153, incluso a pesar de que existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que confirma la constitucionalidad de varias disposiciones de dicha norma legal, efectúa realmente un cuestionamiento abstracto de tal ley. Por ello resulta pertinente citar lo expuesto en la STC N.º 0855-2004-AA/TC, en la que se mencionó:

“5. Por lo que al caso se refiere, es necesario precisar que el proceso de amparo no es la vía idónea para cuestionar en abstracto la constitucionalidad de una norma. Bajo dicha premisa, este Tribunal ha señalado, en la STC 2727-2002-AA/TC, que el principio de noconfiscatoriedad tiene la estructura propia de lo que se denomina un ‘concepto jurídico indeterminado’. Es decir, que su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo; de modo que, si la empresa recurrente alega que aún con las modificaciones establecidas, la supuesta confiscatoriedad del impuesto pervive en su caso, ha debido presentar documento probatorio alguno que acredite de manera fehaciente una afectación concreta y desproporcionada de su propiedad”.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, de autos se puede advertir que uno de los cuestionamientos centrales a las normas que regulan la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas se centra en el artículo 25.º de la Ley N.º 27153, que regula las potestades de control de la Dirección Nacional de Turismo. Al respecto cabe mencionar que en la STC N.º 1720-2004-AA/TC, este Colegiado afirmó lo siguiente:

3. Respecto al cuestionamiento del artículo 12 de la Ley 27796, que modifica el artículo 25 de la Ley 27153, referido a las atribuciones de la Dirección Nacional de Turismo, este Tribunal considera que tal dispositivo no constituye violación de derecho constitucional alguno, toda vez que corresponde al legislador optar por cualquiera de las medidas razonables y proporcionadas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar con el fin

de garantizar una adecuada explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, así como la transparencia del juego y la seguridad de los usuarios. Así lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades (STC 1024-2001-AA/TC, 1104-2002-AA/TC y 1343-2003-AA/TC), en que se han cuestionado diversos incisos del referido artículo, siguiendo, a su vez, los criterios desarrollados en la STC 0009-2001-AI/TC, cuyos efectos tienen autoridad de cosa juzgada y son vinculantes para todos los poderes públicos.

4. Por otra parte cabe recordar que este Colegiado no solamente ha confirmado la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley N.º 27153 con la expedición de la sentencia N.º 0009-2001-AI/TC, sino que también ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de las disposiciones contenidas en la Ley N.º 27796, que modifica la norma antes mencionada. Así por ejemplo, respecto al artículo 17.º de la Ley N.º 27796, que modifica la base imponible del impuesto, el Tribunal Constitucional no solo confirmó dicha constitucionalidad, sino que instituyó un precedente vinculante. En efecto, en la STC N.º 4227-2005-AA/TC, dispuso lo siguiente:

“En tal sentido, y de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal declara que la presente sentencia, que adquiere la autoridad de cosa juzgada, constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”.

5. En consecuencia, toda vez que la demandante pretende que mediante un proceso de amparo se cuestione en abstracto la constitucionalidad de una norma legal, lo que evidentemente no resulta admisible, y atendiendo a que este Colegiado ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de varias de las disposiciones contenidas en las Leyes 27153 y 27796, así como sus normas reglamentarias, lo que implica una validación tácita de la existencia de un régimen de control más intenso de aquellas actividades económicas que el Estado debe tolerar, mas no incentivar, como es el caso de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, habida cuenta de los posibles perjuicios y daños a la salud pública que este tipo de juegos pueden generar la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 03620-2007-PA

JUNÍN

EMPRESA DE TRANSPORTE

EXPRESS ASTO HNOS S.A.C.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional reunido en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, y con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Express Asto Hnos. S.A.C. contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada - Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 126, su fecha 3 de mayo de 2007, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de junio de 2006 la recurrente, alegando la vulneración de sus derechos constitucionales de irretroactividad de la ley, a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad ante la ley, interpone demanda de amparo contra el Director de Circulación Terrestre de Transporte de Pasajeros y Carga Nacional e Internacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el Director General de Seguridad Vial de la Policía Nacional, a fin de que se disponga la suspensión de la ejecución de los alcances del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, publicado el 20 de febrero de 2004, y que en consecuencia, se permita la circulación del ómnibus con tarjeta de circulación de placa de rodaje N.ºs VF-1136 y VF-1139, en las rutas Lima – Huancayo y viceversa. Manifiesta que su empresa se encuentra afectada con las continuas capturas de sus unidades vehiculares, a pesar que mediante Resolución Directoral N.º 2639-2000-MTC/15.18, de fecha 14 de diciembre de 2000, se le otorgó la concesión de servicio público de transporte terrestre interprovincial por el periodo de 10 años en las citadas rutas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda aduciendo que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en la STC 7320-2005-PA/TC, señalando que el cuestionado decreto no es retroactivo ni vulnera la libertad de empresa ni la libertad de contratar, y que, además, protege el derecho fundamental a la vida.

El Juzgado Mixto Especializado de Junín, con fecha 24 de noviembre de 2006, declara infundada la demanda, de conformidad con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el citado Expediente N.º 7320-2005-PA/TC.

La recurrida confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se disponga la suspensión de la ejecución de los alcances del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC y, que en consecuencia, se autorice la circulación del ómnibus-vehículo con tarjeta de circulación de placa de rodaje N.ºs VF-1136 y VF-1139

en las rutas Lima – Huancayo y viceversa, conforme a la autorización conferida mediante la Resolución Directoral N.º 2639-2000-MTC/15.18, del 14 de diciembre de 2000 Alega la recurrente que la ejecución de dicha norma vulnera sus derechos constitucionales de irretroactividad de la ley, a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad ante la ley.

2. De la lectura de las disposiciones contenidas en el decreto supremo cuestionado y de la demanda, se infiere que la pretensión de la recurrente es que se declare la inaplicación de la disposición que prohíbe la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados. Se trata del artículo 2 de dicho decreto, cuyo texto establece lo siguiente:

Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus, aprobado por Decreto Supremo N.º 05-95-MTC, derogado por el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2001-MTC, que incluyó similar prohibición (énfasis añadido).

3. En cuanto al fondo, la recurrente ha alegado que la prohibición establecida en la referida disposición infringe el principio de retroactividad de las normas, con la consiguiente lesión de derechos fundamentales como la libertad de trabajo, la libertad de empresa, la libre competencia y a la igualdad ante la ley. Al respecto, en la sentencia recaída en el Exp. 7320-2005-PA/TC, caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L., el Tribunal Constitucional examinó el problema de si la disposición impugnada es contraria o no al principio de irretroactividad y si afectaba o no derechos fundamentales de la demandante, confirmando la constitucionalidad del cuestionado Decreto Supremo 006-2004-MTC. En tal sentido, habiendo sido examinada la norma cuya inaplicación se pretende, carece de sentido volver a analizar un problema ya abordado y resuelto por este Tribunal, siendo pertinente resaltar que, conforme se sostuvo en la citada sentencia, la aplicación de dicha norma no infringe el principio de irretroactividad de las normas y, por tanto, no afecta derecho constitucional alguno, sustentándose ello en los fundamentos de dicha sentencia, que aquí se reproducen:

41. En cuanto a la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, cabe señalar que los incisos p) y u) del artículo 1; el inciso a) del artículo 17; el inciso b) del artículo 27; el artículo 39; así como el inciso b) del artículo 74 del derogado Decreto Supremo 05-95-MTC, vigente desde el 16 de abril de 1995, disponían que la prestación del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera sólo podría realizarse en aquellos ómnibus habilitados para tal efecto, estableciendo que se efectuaría mediante un vehículo autopropulsado, diseñado y construido exclusivamente para el transporte de pasajeros y equipaje en el servicio interprovincial, y que debía tener un peso seco no menor de 8.500 k y un peso bruto vehicular superior a los 12.000 k.
42. Tales características constituían un presupuesto específico aplicable para el otorgamiento y ejercicio de todo tipo de concesión de rutas de transporte público interprovincial de pasajeros desde el 16 de abril del año 1995, y fueron recogidas en los mismos términos por la normativa expedida con posterioridad al decreto supremo in comento.
43. En tal sentido, para este Tribunal queda claro que, desde el 16 de abril del año 1995, fecha de entrada en vigencia del derogado Decreto Supremo 05-95-MTC, la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros sólo podía ser efectuada mediante vehículos diseñados y construidos exclusivamente para tal

finalidad, mas no por vehículos ensamblados sobre chasis de camión. Por tal razón, lo alegado por la actora, respecto de una supuesta aplicación retroactiva del impugnado artículo 2 del decreto supremo, carece de sustento.

44. En efecto, los impugnados artículos 1 y 2 del Decreto Supremo 006-2004-MTC no son de carácter retroactivo, toda vez que las precisiones en ellos contenidas tienen sustento en los decretos supremos 022-2002-MTC, del 19 de mayo de 2002, y 05-95-MTC, del 15 de abril de 1995, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la vigencia del decreto supremo materia de autos. Así, de conformidad con la Teoría de los Hechos Cumplidos, recogida en el artículo 103 de la Constitución, y en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, desde su entrada en vigencia, y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, por lo que las normas a las que hace remisión el decreto supremo cuestionado resultaban plenamente aplicables a la recurrente.

4. Por tanto, y existiendo un pronunciamiento previo del Tribunal respecto de la cuestión controvertida, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 03620-2007-PA
JUNÍN
EMPRESA DE TRANSPORTE
EXPRESS ASTO HNOS S.A.C.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones

1. La demandante es una persona jurídica denominada Empresa de Transporte Express Asto Hnos. S.A.C. que interpone demanda de amparo contra el Director de Circulación Terrestre de Transporte de Pasajeros y carga Nacional e Internacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Director General de Seguridad vial de la Policía Nacional con la finalidad de que se disponga la suspensión de la ejecución de los alcances del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, publicado el 20 de febrero de 2004 y que en consecuencia se permita la circulación del ómnibus con tarjeta de circulación de placa de rodaje N.º VF-1136 Y VF-1139, en las rutas Lima-Huancayo y viceversa. Manifiesta que su empresa se encuentra afectada con las continuas capturas de sus unidades vehiculares, a pesar que mediante Resolución Directoral N.º 2639-2000-MTC/15.18, de fecha 14 de diciembre de 2000, se le otorgó la concesión de servicio público de transporte terrestre interprovincial por el periodo de 10 años en las citadas rutas.

Finalmente manifiesta que los mencionados hechos están vulnerando los derechos constitucionales de irretroactividad de la ley, a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad ante la ley.

2. El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda sosteniendo que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en la STC N.º 7320-2005-PA/TC, en el sentido de que el cuestionado decreto no es retroactivo ni vulnera la libertad de empresa ni la libertad de contratar, y que además protege el derecho fundamental a la vida.
3. Las instancias precedentes declararon infundada la demanda de conformidad con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 7320-2005-PA/TC.
4. Entonces tenemos que la demanda de amparo es interpuesta por persona jurídica por lo que debo señalar previamente que en la causa N.º 0291-2007-PA/TC emití un voto en el que manifesté:

“Titularidad de los derechos fundamentales

La Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en la parte de derechos fundamentales de la persona -su artículo 1º- que “La defensa de la **persona humana** y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” agregando en su artículo 2º que “toda persona tiene derecho”, derechos atribuidos evidentemente a la persona humana a la que hace referencia el citado artículo 1º.

El Código Procesal Constitucional estatuye en el artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

De lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de **Derechos Humanos**, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: “Todos los **seres humanos** nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, realizando en el artículo 2º la enumeración de los derechos que se les reconoce.

También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos -“Pacto de San José de Costa Rica”- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano”, haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

En conclusión extraemos que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las denominadas acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

Por ello es que, expresamente el artículo 37º del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que casi en su totalidad enumera el artículo 2º de la Constitución Política del Perú, referido a los derechos de la persona, exceptuando el derecho a la libertad individual singularmente protegido por el proceso de habeas corpus, y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data para los que la ley les tiene reservados un tratamiento especial por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

De lo expuesto queda claro que cuando la Constitución proclama o señala los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades siendo solo él que puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional.

La Persona Jurídica.

El Código Civil en su Libro I desarrolla el tema de “personas” colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas.

Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la ficción de señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivos iguales pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha “persona” ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la “persona jurídica” tiene atribuciones que no corresponden a los derechos de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe recalcar que los fines de la persona jurídica obviamente son distintos a los fines de la persona natural, puesto que la reunión de éstas se da por intereses comunes, que conforman interés propio y distinto diferente a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, pudiendo tener fines de lucro.

Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán al fin de cuentas a estas personas naturales. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta prima facie que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, tienen a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana.

En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para el que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria.

Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen pues derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, pretendan traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de exclusivo interés de la persona humana.

De lo expuesto concluyo estableciendo que si bien este Colegiado ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esto debe ser corregido ya que ello ha traído como consecuencia que las empresas hayan “amparizado” toda pretensión para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio del presente voto quiero limitar mi labor a solo lo que me es propio, dejando en facultad de este colegiado, por excepción solo los casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total, evidenciándose la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia.”

5. De lo expuesto se colige que los procesos constitucionales están destinados a la protección de los derechos fundamentales de la persona y que solo por excepción se podría ingresar al fondo de la controversia.

6. En el presente caso tenemos a una persona jurídica que acusa a órganos administrativos de la emisión de resoluciones administrativas en proceso de su competencia, pretendiendo que se inaplique disposiciones legales considerando que afectan sus derechos constitucionales.
7. Es evidente que la empresa demandante pretende romper con los límites que imponen las resoluciones cuestionadas resueltas en la vía administrativa, utilizando para tales fines el proceso constitucional de amparo, puesto que obviamente ve afectados sus derechos patrimoniales, no pudiendo este colegiado aceptar tal pretensión. Debo precisar que aún cuando la demandante tuviese legitimidad para obrar activa este tribunal no podría amparar su petición puesto que, como se manifiesta en la resolución en mayoría, este tribunal ya tuvo pronunciamiento sobre la cuestión controvertida en el que incluso expresó que los derechos fundamentales de cada integrante de la sociedad están por encima de los derechos patrimoniales de las empresas.
8. Por lo expuesto y en atención a lo señalado en los fundamentos precedentes queda claro que mi posición es que el proceso constitucional busca la plena protección de los derechos de la persona humana, reservándose el Tribunal la facultad de considerar en su sede, por excepción, temas de emergencia y la solución de conflictos que, ostensiblemente, presenten el riesgo de afectaciones insuperables, caso que no es el de autos considerando por ello que la demanda debe desestimarse por la improcedencia de la sede escogida y por el peligro de la “amparización”.

Por estos fundamentos mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Sr.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 03925-2007-PA/TC**LIMA****CYNTHIA CABALLERO MUÑOZ****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 15 días del mes de octubre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Cynthia Caballero Muñoz contra la sentencia expedida por la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 226, su fecha 14 de marzo de 2007, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de diciembre de 2005, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Miraflores, solicitando se deje sin efecto las ordenanzas N.º 212 y 214, emitidas por dicha municipalidad, toda vez que las mismas suponen una vulneración de su derecho al trabajo y a la libertad de empresa. Refiere la demandante que trabaja como azafata del local comercial de la empresa Italian Food S.A.C., ubicado en el pasaje San Ramón en Miraflores y que como consecuencia de la reducción de horario dispuesta por las ordenanzas N.º 212 y 214, su empleador se ha visto obligado a suspenderla como trabajadora por el plazo de 30 días como resultado de la pérdida de utilidades que afronta la empresa, vulnerando de esta forma su derecho a la libertad de trabajo.

La entidad emplazada contestó la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, toda vez que la Municipalidad emitió la ordenanza en estricto ejercicio de sus potestades, por lo que no existe vulneración de derecho alguno de la demandada.

El 33 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, mediante resolución de fecha 7 de setiembre de 2006, declaró infundada la demanda por considerar que la legitimada para cuestionar las ordenanzas municipales en el presente caso era la empresa Italian Food S.A.C., siendo que la afectación a la que hacía referencia la demandante podía ser sólo remotamente causada por las ordenanzas que pretendía impugnar, y que en esa medida no existía una vulneración de sus derechos constitucionales.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos considerandos.

FUNDAMENTOS

1. A través de su demanda, la demandante hace referencia a una serie de derechos constitucionales, entre los que se encuentra la libertad de trabajo y la libertad de empresa. No obstante, este Tribunal no emitirá pronunciamiento respecto de la libertad de empresa, toda vez que, por un lado, la demandante no es titular de derecho constitucional alguno a la libertad de empresa, en el presente caso, al no ser empresaria; y, por otro, porque el Tribunal Constitucional ha ya emitido pronunciamiento respecto de este punto en la STC N.º 007-2006-PI/TC.
2. El objeto de la demanda en el presente caso es cuestionar las ordenanzas municipales a través de las cuales se dispone un límite de horario al funcionamiento del local comercial que

conduce el empleador de la demandante, toda vez que dicho límite de horario supondría una vulneración del derecho a la libertad de trabajo de la demandante.

3. En relación al derecho a la libertad de trabajo es de señalar que a través de la STC N.º 1124-2001-AA/TC este Tribunal señaló que el contenido esencial del derecho al trabajo está referido a dos aspectos. Por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo; y, por otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción de una política estatal orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto está referido al trabajo entendido como la protección frente al despido arbitrario.

4. Respecto del derecho a la libertad de trabajo, este Tribunal ha señalado en la STC N.º 3330-2004-AA/TC que este derecho hace referencia al derecho de las personas a elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia.
5. En este sentido, es de señalar que la demandante goza de plena libertad para elegir la actividad para su subsistencia, por lo que su alegación debe ser desestimada. Asimismo, las ordenanzas en cuestión no suponen la adopción de una política estatal destinada a impedir el trabajo de las personas ni a despedir personal, sino más bien a promover el respeto de los derechos de los residentes del distrito a la paz y la tranquilidad, tal y como ha sido puesto de manifiesto a través de la STC N.º 007-2006/PI/TC.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

EXP. N.º 04466-2007-PA/TC

**LIMA
EMPRESA DE TRANSPORTE Y
SERVICIOS AMAUTA S.A.C.**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez

Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli, que se acompaña, y el voto dirimente del magistrado Eto Cruz, que también se anexa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transporte y Servicios Amauta S.A.C. contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 115, su fecha 13 de junio de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de setiembre de 2006, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Comas, solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 178-2005-C/MC, concretamente los artículos 2º y 3º que introducen modificaciones al artículo 28º de la Ordenanza Municipal N.º 011-2000-C/MC y al artículo 3º de la Ordenanza N.º 109-2004-C/MC. La demandante señala contar con autorización municipal de funcionamiento de local administrativo y refiere haber solicitado un permiso temporal de circulación vial para vehículos menores, el cual no ha sido concedido sobre la base de la citada Ordenanza. En este sentido afirma que a través de la Ordenanza se vulnera sus derechos de petición, a la libertad de trabajo, de empresa y a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo sostiene haber solicitado una ruta que a la fecha no se encuentra cubierta por empresa alguna de transporte, y que por ello la negativa de la Municipalidad de admitir su pedido resulta arbitraria y constituye una afectación de derechos constitucionales.

La Municipalidad demandada contesta la demanda deduciendo las excepciones de incompetencia y de ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y refiriendo que la Ordenanza en cuestión no lesiona derecho constitucional alguno del demandante, toda vez que se encuentra dentro de las competencias de la Municipalidad.

El Séptimo Juzgado Civil de Independencia, con fecha 25 de enero de 2007, declara infundadas las excepciones e infundada la demanda, por considerar que la norma cuestionada fue expedida para mejorar la calidad del servicio público, siendo esto una facultad de la Municipalidad de Comas.

La recurrida confirma la apelada por las mismas consideraciones.

FUNDAMENTOS

El objeto de la demanda es cuestionar la Ordenanza Municipal N.º 178-2005-C/MC expedida por la Municipalidad Distrital de Comas, a través de la cual se suspende definitivamente la incorporación de nuevas unidades que incrementen la flota vehicular en la jurisdicción, se dispone que los vehículos menores que prestan servicio especial sin pertenecer a una persona jurídica debidamente autorizada serán internados en el depósito oficial de Vehículos Menores, y se suspende definitivamente el otorgamiento de permisos de operación para el servicio de transporte público especial de pasajeros y carga en vehículos menores motorizados, dejando sin efecto la Ordenanza N.º 019-2001-C/MC, disposiciones que afectarían los derechos constitucionales que la empresa recurrente invoca.

Del carácter autoaplicativo de la ordenanza

Como cuestión previa, y tratándose de un amparo contra norma, corresponde analizar si la norma reviste la calidad de autoaplicativa, toda vez que sólo en este caso este Tribunal podrá ingresar a analizar el fondo del asunto. En relación a este punto debe señalarse que una norma es autoaplicativa “cuando no requiere de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma” (STC N.º 2302- 2003-AA/TC).

En el caso concreto la ordenanza en cuestión suspende la posibilidad de obtener una licencia que permita válidamente desarrollar el servicio de transporte público especial de pasajeros y carga en vehículos menores. La prohibición entonces incide de forma directa en la esfera de derechos de la empresa demandante, sin que para ello resulte necesario acto posterior alguno de parte de la autoridad administrativa. Por ello la ordenanza tiene la calidad de autoaplicativa y, en consecuencia, corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto en el presente caso.

Si bien la demandante hace referencia a una serie de derechos constitucionales que serían vulnerados en el presente caso, este Tribunal considera que el derecho que resultaría afectado es el derecho a la libertad de empresa, por lo que el pronunciamiento se centrará sobre éste.

Del derecho a la libertad de empresa

A través de la STC N.º 3330-2006-PA/TC se ha establecido que el contenido del derecho a la libertad de empresa está integrado a su vez por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho; éstas son:

La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, que significa libertad para emprender actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis *infra*.

La libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. La libertad de competencia.

La libertad para cesar las actividades, que se expresa en la libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

Conforme a lo anterior el ámbito de la libertad de empresa que podría resultar vulnerado en el presente caso es el de la libertad para emprender actividades económicas, toda vez que la ordenanza tendría el efecto de impedir la concurrencia al mercado de la empresa demandante.

De la competencia municipal en materia de transporte menor

Corresponde ahora analizar si la ordenanza en cuestión fue emitida en el marco de las competencias de la Municipalidad demandada. Al respecto el artículo 195º de la Constitución, en sus incisos 8) y 4), establece la competencia municipal para:

“(…) desarrollar y regular actividades y /o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”.

Asimismo la Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, establece en su artículo 18º que:

“(…) Es competencia de las Municipalidades Distritales:

En materia de transporte: en general, las que los reglamentos nacionales y las normas emitidas por la Municipalidad Provincial respectiva les señalen y en particular, la regulación del transporte menor (mototaxis y similares).

En materia de tránsito: la gestión y fiscalización, dentro su jurisdicción, en concordancia con las disposiciones que emita la municipalidad provincial respectiva y los reglamentos nacionales pertinentes, entre otras”.

Finalmente la Ley N.º 27189, Ley de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores, precisa que:

“El servicio solo podrá ser prestado luego de obtener la respectiva autorización otorgada por la Municipalidad correspondiente, donde prestan dicho servicio”

Conforme a lo expuesto este Tribunal no puede sino concluir que la Municipalidad demandada era competente para emitir la Ordenanza cuya inaplicación se pretende a través del presente proceso.

No obstante lo anterior corresponde ahora analizar si la prohibición establecida a través de la ordenanza atenta contra el derecho a la libertad de empresa del demandante, concretamente en relación al derecho de acceso al mercado, o si, por el contrario, resulta legítima al permitir la salvaguarda de otros bienes constitucionalmente protegidos como el orden y la seguridad pública. Para ello se analizará la medida a la luz del *test* de razonabilidad o proporcionalidad y de los exámenes de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Del análisis a la luz del *test* de proporcionalidad

A la luz del examen de adecuación se exige que la medida impuesta tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. A su vez dicho fin no debe estar constitucionalmente prohibido y debe ser socialmente relevante.

En concreto, la Municipalidad Distrital de Comas tiene como finalidad reordenar y mejorar la calidad del servicio público de transporte menor en vehículos motorizados y no motorizados en el territorio de su distrito así como prevenir y evitar el caos vehicular, acorde con las nuevas necesidades de la comunidad.

Esta finalidad no está prohibida por la Constitución y, por el contrario, está contemplada en ella, porque está dentro de las competencias de las municipalidades el regular actividades y servicios en materia de transporte público en aras de posibilitar su mejora.

A través del juicio de necesidad se examina si dentro del universo de medidas que la Administración podría aplicar para lograr su objetivo, la medida adoptada es la menos restrictiva de derechos.

Desde esta perspectiva este Tribunal considera que la medida se presenta como necesaria toda vez que del universo de vehículos motorizados de transporte público, los vehículos menores se encuentran dentro del grupo que ofrece menos seguridad para los usuarios del servicio en la ciudad de Lima, que se caracteriza por su elevado número de víctimas producto de accidentes de tránsito (con un total de 77,840 víctimas fatales y no fatales de

accidentes vehiculares según cifras del MTC) y su congestión vehicular, con un parque vehicular estimado de 943,051 vehículos sólo en Lima (cifras proyectadas por el MTC)⁶⁸.

A través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios.

En el caso de autos este Tribunal entiende que si bien la norma ha significado una limitación de los derechos de la recurrente, la medida persigue fines ulteriores, al tener como finalidad la protección y seguridad de los ciudadanos del distrito de Comas, así como el ordenamiento y mejora del servicio público de transporte de pasajeros en la localidad.

Por ello, no obstante que una primera impresión podría sugerir una limitación absoluta, este Tribunal es de la opinión que tal impresión es sólo aparente al quedar abierta a la demandante la posibilidad de realizar otro tipo de actividades de transporte público o de desarrollar el transporte público en vehículos menores en otros distritos de la capital en donde la actividad resulte permitida.

A mayor abundamiento conviene precisar que no existe un deber de la Administración de permitir actividades o conceder rutas de transporte ante el solo requerimiento. Tal posibilidad se encuentra sujeta a otras variables, como serían por ejemplo los tipos de vías por donde se pretende la circulación (calles, avenidas, etc.), los niveles de peligrosidad, la congestión vehicular y consideraciones de índole particular cuyo conocimiento corresponde a cada una de las administraciones municipales dentro del ámbito de su territorio.

En este sentido, tal y como se presenta el caso, este Tribunal no puede sino desestimar la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

⁶⁸ Para mayor referencia consultar: www.mtc.gob.pe

**EXP. N.º 04466-2007-PA/TC
LIMA
EMPRESA DE TRANSPORTE Y
SERVICIOS AMAUTA S.A.C.**

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ
Y ÁLVAREZ MIRANDA**

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transporte y Servicios Amauta S.A.C. contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 115, su fecha 13 de junio de 2007, que declara infundada la demanda de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de setiembre de 2006 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Comas solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 178-2005-C/MC, concretamente los artículos 2º y 3º que introducen modificaciones al artículo 28º de la Ordenanza Municipal N.º 011-2000-C/MC y al artículo 3º de la Ordenanza N.º 109-2004-C/MC. La demandante señala contar con autorización municipal de funcionamiento de local administrativo y refiere haber solicitado un permiso temporal de circulación vial para vehículos menores, el cual no ha sido concedido sobre la base de la citada ordenanza. En este sentido afirma que a través de la ordenanza se vulnera sus derechos de petición, a la libertad de trabajo, de empresa y a la tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo sostiene haber solicitado una ruta que a la fecha no se encuentra cubierta por empresa alguna de transporte, y que por ello la negativa de la Municipalidad de admitir su pedido resulta arbitraria y constituye una afectación de derechos constitucionales.

La Municipalidad demandada contesta la demanda deduciendo las excepciones de incompetencia y de ambigüedad en el modo de proponer la demanda y refiriendo que la ordenanza en cuestión no lesiona derecho constitucional alguno de la demandante, toda vez que se encuentra dentro de las competencias de la Municipalidad.

El Séptimo Juzgado Civil de Independencia, con fecha 25 de enero de 2007, declara infundadas las excepciones e infundada la demanda, por considerar que la norma cuestionada fue expedida para mejorar la calidad del servicio público, siendo esto una facultad de la Municipalidad de Comas.

La recurrida confirma la apelada por las mismas consideraciones.

FUNDAMENTOS

El objeto de la demanda es cuestionar la Ordenanza Municipal N.º 178-2005-C/MC, expedida por la Municipalidad Distrital de Comas, a través de la cual se suspende definitivamente la incorporación de nuevas unidades que incrementen la flota vehicular en la jurisdicción, se dispone que los vehículos menores que prestan servicio especial sin pertenecer a una persona jurídica debidamente autorizada serán internados en el depósito oficial de vehículos menores y se suspende definitivamente el otorgamiento de permisos de operación para el servicio de transporte público especial de pasajeros y carga en

vehículos menores motorizados, dejando sin efecto la Ordenanza N.º 019-2001-C/MC, lo que afectaría los derechos constitucionales que la empresa recurrente invoca.

Del carácter autoaplicativo de la ordenanza

Como cuestión previa, y tratándose de un amparo contra norma, corresponde analizar si la norma reviste la calidad de autoaplicativa, toda vez que sólo en este caso se podrá ingresar a analizar el fondo del asunto. En relación a este punto debe señalarse que una norma es autoaplicativa “cuando no requiere de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma” (STC N.º 2302- 2003-AA/TC).

En el caso concreto la ordenanza en cuestión suspende la posibilidad de obtener una licencia que permita válidamente desarrollar el servicio de transporte público especial de pasajeros y carga en vehículos menores. La prohibición entonces incide de forma directa en la esfera de derechos de la empresa demandante, sin que para ello resulte necesario acto posterior alguno de parte de la autoridad administrativa. Por ello la ordenanza tiene la calidad de autoaplicativa y, en consecuencia, corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto en el presente caso.

Si bien la demandante hace referencia a una serie de derechos constitucionales que serían vulnerados en el presente caso, consideramos que el derecho que resultaría afectado cuestionado es el derecho a la libertad de empresa y, en esa medida, nuestro pronunciamiento se centrará sobre éste.

Del derecho a la libertad de empresa

A través de la STC N.º 3330-2006-PA/TC se ha establecido que el contenido del derecho a la libertad de empresa está integrado a su vez por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho; éstas son:

La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, que significa libertad para emprender actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis *infra*.

La libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. La libertad de competencia.

La libertad para cesar las actividades, que se expresa en la libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

Conforme a lo anterior el ámbito de la libertad de empresa que podría resultar vulnerado en el presente caso es el de la libertad para emprender actividades económicas, toda vez

que la ordenanza tendría el efecto de impedir la concurrencia al mercado de la empresa demandante.

De la competencia municipal en materia de transporte menor

Corresponde ahora analizar si la ordenanza en cuestión fue emitida en el marco de las competencias de la Municipalidad demandada. Al respecto el artículo 195º de la Constitución, en sus incisos 8) y 4), establece la competencia municipal para:

“(…) desarrollar y regular actividades y /o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”.

Asimismo la Ley N.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, establece en su artículo 18º que:

“(…) Es competencia de las Municipalidades Distritales:

En materia de transporte: en general, las que los reglamentos nacionales y las normas emitidas por la Municipalidad Provincial respectiva les señalen y en particular, la regulación del transporte menor (mototaxis y similares).

En materia de tránsito: la gestión y fiscalización, dentro su jurisdicción, en concordancia con las disposiciones que emita la municipalidad provincial respectiva y los reglamentos nacionales pertinentes, entre otras”.

Finalmente la Ley N.º 27189, Ley de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores, precisa que:

“El servicio solo podrá ser prestado luego de obtener la respectiva autorización otorgada por la Municipalidad correspondiente, donde prestan dicho servicio”.

Conforme a lo expuesto no podemos sino concluir que la Municipalidad demandada era competente para emitir la ordenanza cuya inaplicación se pretende a través del presente proceso.

No obstante lo anterior corresponde ahora analizar si la prohibición establecida a través de la ordenanza atenta contra el derecho a la libertad de empresa del demandante, concretamente en relación al derecho de acceso al mercado, o si, por el contrario, resulta legítima al permitir la salvaguarda de otros bienes constitucionalmente protegidos como el orden y la seguridad pública. Para ello se evaluará la medida a la luz del *test* de razonabilidad o proporcionalidad y de los exámenes de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Del análisis a la luz del *test* de proporcionalidad

A la luz del examen de adecuación se exige que la medida impuesta tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. A su vez dicho fin no debe estar constitucionalmente prohibido y debe ser socialmente relevante.

En concreto, la Municipalidad Distrital de Comas tiene como finalidad reordenar y mejorar la calidad del servicio público de transporte menor en vehículos motorizados y no motorizados en el territorio de su distrito así como prevenir y evitar el caos vehicular, acorde con las nuevas necesidades de la comunidad.

Esta finalidad no está prohibida por la Constitución y por el contrario, está contemplada en ella, porque está dentro de las competencias de las municipalidades el regular actividades y servicios en materia de transporte público en aras de posibilitar su mejora.

A través del juicio de necesidad se examina si dentro del universo de medidas que la Administración podría aplicar para lograr su objetivo, la medida adoptada es la menos restrictiva de derechos.

Desde esta perspectiva consideramos que la medida se presenta como necesaria toda vez que del universo de vehículos motorizados de transporte público, los vehículos menores se encuentran dentro del grupo que ofrece menos seguridad para los usuarios del servicio en la ciudad de Lima, que se caracteriza por su elevado número de víctimas producto de accidentes de tránsito (con un total de 77,840 víctimas fatales y no fatales de accidentes vehiculares según cifras del MTC) y su congestión vehicular, con un parque vehicular estimado de 943,051 vehículos sólo en Lima (cifras proyectadas por el MTC)⁶⁹.

A través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios.

En el caso de autos entendemos que si bien la norma ha significado una limitación de los derechos de la recurrente, la medida persigue fines ulteriores, al tener como finalidad la protección y seguridad de los ciudadanos del distrito de Comas, así como el ordenamiento y mejora del servicio público de transporte de pasajeros en el distrito de Comas.

Por ello, no obstante que una primera impresión podría sugerir una limitación absoluta, somos de la opinión que tal impresión es sólo aparente al quedar abierta la posibilidad de realizar otro tipo de actividades de transporte público o de desarrollar el transporte público en vehículos menores en otros distritos de la capital en donde la actividad resulte permitida.

A mayor abundamiento conviene precisar que no existe un deber de la Administración de permitir actividades o conceder rutas de transporte ante el solo requerimiento. Tal posibilidad se encuentra sujeta a otras variables, como serían por ejemplo los tipos de vías por donde se pretende la circulación (calles, avenidas, etc.), los niveles de peligrosidad, la

⁶⁹ Para mayor referencia consultar: www.mtc.gob.pe

congestión vehicular y consideraciones de índole particular cuyo conocimiento corresponde a cada una de las administraciones municipales dentro del ámbito de su territorio.

En este sentido, tal y como se presenta el caso, consideramos que debe desestimarse la demanda.

Por estas razones, nuestro voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

Sres.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 04466-2007-PA/TC
LIMA
EMPRESA DE TRANSPORTE Y
SERVICIOS AMAUTA S.A.C.

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por los fundamentos siguientes:

Petitorio de la demanda

Con fecha 6 de setiembre de 2006 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Comas solicitando la inaplicabilidad de la Ordenanza Municipal N° 178-2005-C/MC, específicamente los artículos 2º y 3º que introducen modificaciones al artículo 28º de la Ordenanza Municipal N° 011-2000-C/MC y al artículo 3º de la Ordenanza N° 109-2004-C/MC. La empresa demandante manifiesta que cuenta con autorización municipal de funcionamiento de local administrativo. También refiere haber solicitado un permiso temporal de circulación vial para vehículos menores, el cual no ha sido concedido sobre la base de la citada Ordenanza. En tal sentido la demandante considera que con la aplicación de la Ordenanza se vulneran sus derechos constitucionales de petición, libertad de trabajo, libertad empresa y la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente sostiene que la negativa de la Municipalidad a su solicitud de autorización para circular por una ruta que no se encuentra cubierta por empresa alguna de transporte constituye una afectación de derechos constitucionales.

Contestación de la demanda

La Municipalidad Distrital de Comas contesta la demanda deduciendo las excepciones de incompetencia y de ambigüedad en el modo de proponer la demanda y señalando que la cuestionada Ordenanza no lesiona derecho constitucional alguno del demandante, puesto que es parte de las competencias de la emplazada.

Pronunciamiento de las instancias precedentes

Las instancias precedentes declaran infundadas las excepciones e infundada la demanda considerando que la norma cuestionada fue expedida para mejorar la calidad del servicio público, teniendo plena competencia la emplazada para realizar este tipo de acciones.

Titularidad de los derechos fundamentales

Primero se debe verificar si la empresa recurrente tiene o no legitimidad para obrar activa para interponer la demanda de amparo.

La Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en su artículo 1º-parte de derechos fundamentales- que “La defensa de la **persona humana** y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” agregando en su artículo 2º que “toda persona tiene derecho (...)”, refiriendo en la aludida nomina derechos atribuidos evidentemente a la persona humana a la que hace referencia sin lugar a dudas el citado artículo 1º.

El Código Procesal Constitucional estatuye en su artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales, que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos por tratados de los que el Perú es parte.”

De lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de **Derechos Humanos**, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: “Todos los **seres humanos** nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, nominado en el artículo 2º la enumeración de los derechos que se les reconoce.

También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos - “Pacto de San José de Costa Rica”- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano”, haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

En conclusión extraemos de lo expuesto que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las denominadas

acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

Por ello es que expresamente el artículo 37º del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que enumera el artículo 2º de la Constitución Política del Perú, referida obviamente a los derechos de la persona humana, exceptuando el derecho a la libertad individual porque singularmente dicho derecho está protegido por el proceso de habeas corpus y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data para los que la ley les tiene reservados tratamientos especiales por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

De lo expuesto queda claro que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace con las particularidades anotadas pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional.

La persona jurídica

El Código Civil en su Libro I desarrolla el tema de “personas” colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas.

Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la distinción al señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivo igual pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha “persona” ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la “persona jurídica” tiene atribuciones que no corresponden a los derechos de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe por ello recalcar que los fines de la persona jurídica son distintos a los fines de las personas naturales que la formaron puesto que la reunión de éstas se da por intereses comunes, y que conforman un interés propio y distinto a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, pudiendo tener fines de lucro el aludido conglomerado venido a conocerse con la denominación legal de persona jurídica.

Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán al fin de cuentas a estas personas naturales y en proporción de sus aportes. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental

directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta *prima facie* que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, teniendo a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio, suelen recurrir, interesadamente, al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana. Esta determinación arbitraria, además de ser anormal y caótica, coadyuva a la carga procesal que tiende a rebasar la capacidad manejable del Tribunal Constitucional y a sembrar en algunos sectores de la sociedad la idea de un afán invasorio que por cierto no tiene este colegiado.

En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para el que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria.

Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen también derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, puedan servirse para traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de solo interés de la persona humana.

De lo expuesto concluyo afirmando que si bien este Tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esta decisión debe ser corregida ya que ello ha traído como consecuencia la “amparización” fabricada por empresas para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio del presente voto pretendemos limitar nuestra labor a solo lo que nos es propio, dejando por excepción eventuales casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total para defenderse de la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia.

Situaciones excepcionales

Creo que es oportuno establecer qué casos podrían ser considerados como excepcionales de manera que este colegiado podría realizar un pronunciamiento de emergencia. Si bien he señalado en reiteradas oportunidades que los procesos constitucionales están destinados a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, también he manifestado que sólo por excepción podría ingresar al fondo en un proceso iniciado por persona jurídica. Estas situaciones excepcionales pueden ser las siguientes:

Cuando la persona jurídica no tenga vía alguna –ya sea administrativa o judicial- para solicitar la defensa de sus derechos constitucionales siendo inevitable la intervención de este tribunal.

Cuando sea totalmente evidente la vulneración de sus derechos constitucionales, es decir cuando de los actuados se evidencie que esté en peligro sus derechos constitucionales. En este supuesto debe tenerse presente que la intervención del Tribunal Constitucional será admitida siempre y cuando del sólo escrito de demanda y de sus anexos sea evidente la vulneración de los derechos constitucionales de la persona jurídica. Ejm. Ejecución de actos administrativos en aplicación de normas derogadas o declaradas inconstitucional por este Tribunal.

Cuando en contravención de un precedente vinculante emitido por este Tribunal un órgano administrativo o judicial vulnera derechos constitucionales de una persona jurídica, evidenciándose ello sólo de los actuados presentados por la persona jurídica; y

Cuando por actos arbitrarios de un órgano administrativo o judicial se vulnere derechos constitucionales que pongan en peligro la existencia de la persona jurídica. En este supuesto la vulneración debe acreditarse de los actuados en la demanda, lo que significa que la vulneración debe ser manifiesta.

En los supuestos c) y d) es necesario exigir que la persona jurídica haya recurrido previamente al órgano judicial cuestionando los actos que considera vulneratorios, ya que *prima facie*, son los encargados de la defensa de la Constitución.

En el presente caso no encontramos situación que amerite pronunciamiento urgente por parte de este colegiado, puesto que la recurrente es, como decimos, una persona jurídica de derecho privado con lícito objetivo de lucro que exige la protección de derechos que considera violados y que aparecen necesariamente relacionados a intereses patrimoniales, acusando a un órgano municipal del Estado de emitir arbitrariamente una Ordenanza Municipal que vulnera sus derechos constitucionales.

En caso en que se evidenciara una situación excepcional que amerite pronunciamiento urgente, la demanda debería ser desestimada, puesto que la verdadera pretensión de la empresa demandante es que se elimine cualquier prohibición impuesta por la municipalidad demandada en ejercicio de sus atribuciones, aduciendo para ello vulneración de sus derechos constitucionales, sin tener presente que los derechos constitucionales no son absolutos y que pueden ser limitados en atención a determinadas circunstancias.

Finalmente, en el presente caso no se observa que el conflicto encaje en alguno de los supuestos señalados para que este Tribunal realice un pronunciamiento urgente, motivo por el cual la demanda debe ser desestimada por improcedente, en atención a que la empresa recurrente no tiene legitimidad para obrar activa.

En consecuencia es por estas razones que considero que la demanda es **IMPROCEDENTE**.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 04466-2007-PA/TC
LIMA
EMPRESA DE TRANSPORTE Y
SERVICIOS AMAUTA S.A.C.

VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Me adhiero a lo resuelto por los magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, y con el respeto que merece el magistrado cuyo voto genera la discordia, considero oportuno subrayar de manera particular los siguientes fundamentos:

A. Derechos fundamentales y las personas jurídicas

1. Los procesos constitucionales de la libertad, como instrumentos procesales de tutela a los derechos fundamentales tienen una finalidad restitutoria, es decir que tras declarar estimativa una demanda se ordenará retrotraer el estado de las cosas al momento anterior a la producción del acto lesivo de los derechos que estos procesos tutelan. Así lo ha entendido el propio legislador cuando en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional ha establecido que *“los procesos constitucionales tiene como finalidad la protección de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de los mismos”*. En tal sentido resulta ser un imperativo para los operadores jurídicos el establecer la naturaleza del agravio; en otras palabras, determinar si es que el mismo tiene contenido constitucional protegido.

2. En el presente caso podremos entrar al análisis del acto lesivo siempre y cuando exponga previamente mi posición respecto al tema de la *titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas*, respecto de lo cual ya en anteriores oportunidades he sostenido lo siguiente:

“(…) es necesario dejar establecido que nosotros no desconocemos ni negamos que desde la génesis de los derechos fundamentales estos fueron creados para la persona humana. Así, los mismos nacen con una eficacia negativa; sin embargo dentro de la evolución de los derechos fundamentales estos fueron concebidos como libertades positivas, alcanzando esta evolución en la actualidad una eficacia incluso entre particulares(…)”.

Somos de la opinión de que la protección de los derechos fundamentales alcanza a los seres humanos cuando estos actúan de manera individual, como cuando estos deciden participar de actividades que involucran la necesaria intervención de otros seres humanos, como son por ejemplo la vida política, social, entre otros, lo cual ha sido perfectamente legitimado por el artículo 2º inciso 17 de la Constitución Política del Perú cuando establece que: “Toda persona tiene derecho: ... 17.- A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación(…)”.

Siguiendo esta misma orientación, nuestra legislación civil ha creado, por ficción, a la persona jurídica. En consecuencia el fundamento de la titularidad de ciertos derechos fundamentales de las personas jurídicas, pues estas son un instrumento al cual recurren los seres humanos (individualmente considerados) para conseguir determinados fines lícitos.

Queda entonces claro que el fundamento de considerar a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales tiene un sustento que parte de la misma Constitución, pues queda evidenciado que existen derechos fundamentales que únicamente pueden ser ejercidos en concurrencia con otras personas, como lo es por ejemplo el previsto en el artículo 2º inciso 24 de la Constitución Política del Perú, cuando señala que: "Toda persona tiene derecho: ... 14.- A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan las leyes de orden público..." (STC 03426-2006-AA/TC).

B. El amparo contra normas jurídicas

3. Una novedad introducida por el Código Procesal Constitucional en su artículo 3º es la posibilidad de interponer proceso constitucional contra *actos lesivos basados en normas*, con la única exigencia de que estas tengan la calidad de autoaplicativas. Respecto de ello el propio Tribunal Constitucional ya ha definido cuando estamos ante una norma de este tipo y ha señalado que estamos ante una norma autoaplicativa: "(...)cuando no requiere de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma(...)" (STC 2302-2003-AA/TC).

4. Analizando el expediente se puede advertir que la norma que es objeto de cuestionamiento a partir del presente proceso constitucional es una Ordenanza Municipal que suspende la posibilidad de obtener una licencia que permita válidamente desarrollar el transporte público especial de pasajeros y carga en vehículos menores. Así las cosas podemos advertir que la prohibición incide en forma directa en la esfera de derechos de la empresa demandante, sin que medie acto posterior alguno de parte de la autoridad administrativa, por lo que debemos concluir en que la norma que se cuestiona tiene en carácter de autoaplicativa. En consecuencia se encuentra perfectamente legitimada un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

C. La libertad de empresa como derecho fundamental vulnerado

5. De lo expuesto en el considerando precedente se puede concluir que el derecho constitucional presuntamente afectado es el derecho a la libertad de empresa; en tal sentido direccionalaremos el análisis del caso concreto para perfilar nuestra posición.

6. El derecho a la libertad de empresa es uno que tiene un contenido "*múltiple*", pues el Tribunal Constitucional en anterior pronunciamiento ha expresado que:

"La libertad de empresa está integrada por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. Estas son: a) Libertad

de creación de empresa y acceso al mercado; b) Libertad de organización; c) Libertad de competencia; d) Libertad para cesar actividades(...)”.

Visto así el abanico de libertades que confluyen en el derecho a la libertad de empresa, debemos decantar a cual de ellos haremos referencia en lo sucesivo.

D. Análisis del caso concreto

7. Los gobiernos municipales o locales son órganos constitucionalmente reconocidos a los cuales se los ha dotado de autonomía política, administrativa y económica tal y conforme se observa en el artículo 194º de la Constitución Política del Perú, siendo sus principales funciones las señaladas en el artículo 195º de la *Norma Normarum* entre las cuales se encuentra el desarrollar y regular el transporte colectivo, circulación y tránsito.

8. En el caso concreto la Ordenanza Municipal dictada por el Consejo Distrital de Comas tiene como objetivo reordenar y mejorar la calidad del servicio público de transporte menor en vehículos motorizados y no motorizados dentro de su jurisdicción a fin de prevenir y evitar el caos vehicular, acorde con las nuevas necesidades de la comunidad. Ello no es una decisión arbitraria pues, además del sustento constitucional, encuentra su desarrollo en la Ley 27181 cuyo artículo 18º ha establecido que: *“Es competencia de la Municipalidad Distrital: (...) en particular la regulación del transporte menor(...)*”.

9. Con ello no pretendemos argumentar que todo acto basado en una norma importa siempre un respeto irrestricto de los derechos constitucionales (aunque a ello deberíamos aspirar), pues la realidad nos revela que no siempre es así; sin embargo, en el caso objeto de análisis podemos observar que dicha regulación no se contrapone a la creación de empresa sino que tiene como objetivo el preservar un derecho de carácter colectivo (de toda la colectividad del Distrito de Comas) al medio ambiente sano y equilibrado.

Por las consideraciones anteriormente expresadas manifiesto mi conformidad con el íntegro del fallo en mayoría.

Sr.

ETO CRUZ

EXP. N.º 04611-2007-PA/TC

UCAYALI

COMUNIDAD NATIVA SAWAWO HITO 40

REPRESENTADA POR JUAN GARCÍA CAMPOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de abril de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan García Campos en representación de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, contra la sentencia de la Sala Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, a fojas 93, su fecha 4 de junio de 2007, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha el 15 de febrero de 2007, el actor interpone demanda de amparo contra don Roy Maynas Villacrez, en su calidad del director del semanario *El Patriota*, alegando que se han vulnerado los derechos de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 al nombre al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar.

Sostiene que el día 26 de enero de 2007, en el indicado semanario se mencionó a su Comunidad atribuyéndole actuar como cómplice de la empresa Forestal Venao S.R.L. en determinados de delitos.

Contestación de demanda

El accionado, pese a estar bien notificado, no contesta la demanda.

Sentencia de primer grado

Con fecha 9 de abril de 2007, el Juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo declara improcedente la demanda estimando que el proceso civil constituye una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria. Añade que el demandante no ha presentado argumento o medio probatorio alguno que demuestre una amenaza o atentado directo a la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40.

Sentencia de segundo grado

La Sala Superior competente confirma la apelada estimando que existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias como, por ejemplo, el proceso previsto en el Código Penal para los delitos contra el honor.

MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Tomando en cuenta la pretensión de la demandante y analizando las circunstancias específicas del caso planteado, la resolución que se está dictando responderá las siguientes cuestiones planteadas:

En primer lugar, se debe determinar cuál es el derecho que en específico ha sido vulnerado. Por tal razón:

¿Se ha producido la afectación de los derechos al nombre y a la imagen?

¿De qué manera se debe analizar la vulneración de los derechos a la contratación y al trabajo?

¿La violación alegada se refiere a la rectificación?

A propósito de lo señalado en las instancias precedentes, ¿existe una vía igualmente satisfactoria para la tutela del derecho al honor? En consecuencia:

¿La vía civil es una igualmente satisfactoria al amparo en el caso de autos?

¿La vía penal es una igualmente satisfactoria al amparo en el caso de autos?

¿La rectificación es una vía igualmente satisfactoria?

La demanda ha sido planteada por el representante de una comunidad nativa, razón por la cual debe analizarse el estatus jurídico de esta comunidad como legitimado activamente para accionar en el proceso de amparo. A consecuencia de ello,

¿Cómo las comunidades nativas son consideradas titulares de derechos fundamentales y con titularidad para plantear una demanda?

¿A quién se le considerará representante de la comunidad?

¿Se puede plantear en un caso como éste la legitimación amplia congruente con la titularidad colectiva?

Con relación a la legitimación pasiva, ¿el demandado debe responder a nombre propio o por la empresa a la cual él dirige?

¿Existen elementos de juicio suficientes para determinar la violación de un derecho fundamental?

¿Las comunidades nativas tienen derecho al honor?

¿Cómo se relaciona este derecho con el ejercicio de las libertades comunicativas?

Congruente con un análisis ordenado de los derechos afectados, ¿se han visto afectados los derechos fundamentales a la libre contratación y al trabajo?

Al declararse fundada la demanda, ¿qué efectos debería tener ésta? Ante ello,
 ¿Qué significa la figura de la reposición al estado anterior a la vulneración?
 ¿La reposición en el caso del honor sólo puede darse a través de la rectificación?
 ¿Se puede determinar la imposibilidad de publicaciones próximas que afecten el derecho de la accionante?
 ¿Puede plantearse algún tipo de satisfacciones a fin de reponer la violación al honor?
 ¿Cómo se deberían dar éstas en el caso de las comunidades nativas?

FUNDAMENTOS

El tema planteado no es uno que haya tenido desarrollo amplio en el ámbito de la justicia constitucional. Por esta razón, este Colegiado analizará cuestiones puntuales y relevantes desde el punto de vista de la tutela de derechos de la persona que han sido invocados en la demanda.

§1. Sobre el derecho supuestamente afectado

La comunidad accionante alega que dos frases aparecidas en el semanario *El Patriota*, del día 26 de enero de 2007, resultan vulneratorias de derechos fundamentales. Como parte de la investigación denominada *Madereros destruyen nuestros bosques. Paremos a Forestal Venao*⁷⁰, se presentan las siguientes frases:

“(...) En esta oportunidad hemos seguido de cerca de la empresa Forestal Venao que opera y arrasa con la madera de la especie caoba por la frontera de Perú con Brasil en contubernio con las comunidades nativas que caen a su merced (...)”.

De lo señalado se ha comprobado que Forestal Venao es responsable de *“(...) la destrucción de nuestros bosques ahora con mayor voracidad en complicidad con las comunidades nativas y con el respaldo del silencio de funcionarios de este gobierno y demás autoridades (...)”.*

Además se ha demostrado *“(...) el atentado contra la naturaleza cuando Forestal Venao realizó una carretera en su desesperación de apoderarse de la caoba de la comunidad nativa Sawawo Hito 40 y Nueva Shahuaya donde actualmente sigue operando sacando hasta el árbol más pequeño de caoba”.*

Sobre la base de tales afirmaciones, el accionante plantea el amparo invocando la violación de determinados derechos fundamentales⁷¹ y sustentando su violación en los siguientes argumentos:

Con relación al **nombre**, alega que no se puede *“(...) permitir que el nombre de nuestra comunidad sea pisoteado y maltratado (...), ya que nuestro pueblo se encuentra en una constante lucha para lograr el desarrollo sostenido (...)”.*

Con relación al **honor**, expresa que no admiten *“(...) que se mancille nuestro honor con publicaciones de esta naturaleza”.*

⁷⁰ Anexo de la Demanda, a fojas 23b y 24.

⁷¹ Punto 2.1 de la Demanda, a fojas 27.

Con relación a la **imagen**, dice que se tiene que proteger “(...) una imagen que se conoce en el mundo social (...)”.

Con relación al **trabajo**, señala que son “*libres de trabajar y hacer empresa de la forma que mejor (...) les conviene.*”

Con relación a **contratar libremente**, asevera que tienen la libertad de realizar contratos “*(...) con fines económicos o comerciales, con las personas o empresa que nosotros decidamos (...)*”.

Al respecto, este Colegiado no puede sino delimitar la afectación alegada y los derechos fundamentales involucrados. Según está estipulado en el Código Procesal Constitucional⁷², bajo el principio *iura novit curia*, el juez constitucional debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, más allá de haber sido invocado erróneamente por las partes. En el caso concreto, el demandante ha planteado una demanda con más derechos fundamentales que los afectados. Por eso, es necesario determinar la existencia de los derechos realmente violentados, a fin de circunscribir la afectación alegada. Los otros serían consecuencia lógica de la determinación de tal violación⁷³.

§1.a. Sobre los derechos al honor, nombre e imagen

El derecho a ser analizado en el presente caso, tal como lo han hecho las instancias inferiores, es el derecho al honor⁷⁴. Es sobre él donde recaerá la argumentación de la presente sentencia. Tal como se explicará en los siguientes fundamentos, de lo alegado por el accionante, el único derecho que podría haber sido vulnerado ha sido el de honor. El nombre y la imagen invocados son formas especiales en que la recurrente ha entendido el honor, razón por la cual, con relación a estos derechos, la demanda debe ser declarada improcedente.

El derecho al nombre como tal no es un derecho fundamental ni tiene reconocimiento constitucional, tan sólo uno civil⁷⁵, aunque está en conexión con la identidad personal⁷⁶. No obstante ello, por la forma en que ha sido planteada la demanda, más bien está en correspondencia con lo que se ha venido a denominar ‘buen nombre’, concepto íntimamente relacionado con el honor en el ámbito conocido como ‘buena reputación’⁷⁷.

El derecho a la imagen⁷⁸ involucra la tutela básicamente de “*(...) la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido (...)*”⁷⁹, es decir, es el “*(...) ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre; cualidades definitorias, inherentes e*

⁷² Exactamente, artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁷³ *Vid.* fundamento 10 de la STC N.º 3330-2004-AA/TC.

⁷⁴ Artículo 2º, inciso 7) de la Constitución.

⁷⁵ Artículo 19º del Código Civil.

⁷⁶ Artículo 2º, inciso 1) de la Constitución; sobre el tema, STC N.º 2273-2005-PHC/TC.

⁷⁷ Artículo 2º, inciso 7) de la Constitución.

⁷⁸ También, artículo 2º, inciso 7) de la Constitución.

⁷⁹ Fundamento 3 de la STC N.º 1797-2002-PHD/TC.

irreductibles de toda persona"⁸⁰. En tal sentido, la comunidad nativa demandante mal podría alegar a favor suyo una protección de su imagen física. Es más, tal como está planteada la demanda, el concepto que usa de 'imagen' sigue insistiendo en el concepto de honor.

§1.b. Sobre los derechos a la contratación y al trabajo

De otro lado, también se ha señalado la afectación de los derechos a la contratación y al trabajo⁸¹. Ambas supuestas vulneraciones tienen relación directa, según se desprende del tenor de la demanda, de la violación del derecho al honor. No se ha precisado, sin embargo, la forma en que se produce dicha conexión, y menos aún en qué consistirían las transgresiones a su contenido.

Aparentemente al ejercer sus derechos a la expresión y la información, que ahora son materia de cuestionamiento, se habrían afectado sus derechos a la contratación⁸² y al trabajo⁸³ respecto de la empresa Forestal Venao. Con tales discursos dificultarían la próximas contrataciones y el ejercicio del trabajo en el futuro. Por tal razón, estos derechos se verían afectados como reflejo de la violación del honor, situación que motiva que este Colegiado recién pueda pronunciarse sobre su vulneración luego de definida la afectación del honor.

§1.c. Sobre el derecho a la rectificación

Retomando el concepto del *iura novit curia* antes señalado, y tal como se ha dejado entrever en la sentencia de segunda instancia, también se podría analizar la afectación de la rectificación⁸⁴. Con relación a ésta, se observa que el derecho a la rectificación como derecho específico, si bien está en relación con la protección del honor tiene un contenido propio. Así lo ha definido este Tribunal en un precedente vinculante⁸⁵. Es tan derecho que por su vulneración se puede plantear la demanda de amparo⁸⁶. Si bien es cierto que una de las formas idóneas en que se puede tutelar el derecho al honor invocado por el accionante sería rectificar lo señalado por el accionado, también resulta posible encontrar otras formas distintas de reposición y efectiva vigencia del derecho al honor.

Solamente se puede aplicar el *iura novit curia* en caso de que el derecho invocado no sea el adecuado, pero de los hechos expuestos en la demanda es claro que la accionante lo que desea es la tutela efectiva de su honor, no una rectificación. Es más, en el supuesto negado

⁸⁰ Fundamento 3 de la STC N.º 0446-2002-AA/TC.

⁸¹ Reconocidos constitucionalmente en los artículos 2º, inciso 14) y 15) de la Constitución, así como en los artículos 62º y 22º del mismo cuerpo normativo, respectivamente.

⁸² STC N.º 0018-2003-AI/TC.

⁸³ Sobre su contenido, STC N.º 10287-2005-PA/TC.

⁸⁴ Artículo 2º, inciso 7) *in fine* de la Constitución.

⁸⁵ STC N.º 3362-2004-AA/TC.

⁸⁶ Artículo 37º, inciso 8) del Código Procesal Constitucional.

que sea pertinente la protección a través de la rectificación, se estaría dejando desprotegido a la persona, toda vez que ésta tiene como requisito de procedibilidad “(...) la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes”⁸⁷.

§2. Sobre la existencia de una vía igualmente satisfactoria para tutelar tal derecho

Las instancias precedentes en el presente proceso constitucional declararon improcedente la demanda en el extremo relativo a la protección del derecho al honor, estimando que existen otros procesos para dilucidar la pretensión, tales como el proceso civil y el penal, los que constituyen vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias⁸⁸. El juez de primera instancia señaló que el proceso civil cumple este requisito debido a que “(...) en el presente caso se puede analizar de acuerdo a lo expuesto por el demandante que el agravio causado a sus derechos están circunscritos en el ámbito de la buen imagen y reputación; siendo así, la demandante puede realizar otras medidas legales, que la ley le faculta, tal como una acción privada”⁸⁹.

Más contundente aún resulta el parecer de los jueces de segunda instancia, quienes señalan que la postulación de un proceso penal y el uso de la rectificación están previstas en la Constitución como los mecanismos específicos con que cuentan los titulares de derechos fundamentales para cuestionar la violación del derecho fundamental al honor. En consecuencia, “(...) existen vías propias establecidas en el propio texto constitucional a las cuales puede recurrir la Comunidad Nativa Sawawo Hito cuarenta (...)”⁹⁰.

La vía igualmente satisfactoria como el proceso de amparo representa la existencia de otro proceso que logre solventar las mismas pretensiones -y en condiciones similares- que se pueden conseguir en aquél. Cuando la persona plantea una demanda de amparo desea la tutela de un derecho fundamental específico en clave subjetiva, incluso la salvaguardia de un *status* objetivo. El accionante desea la tutela efectiva de sus derechos e intereses en cuanto a su calidad de comunidad nativa⁹¹, y a partir de tal determinación, se ha de retornar al estado anterior al momento de la vulneración del derecho (acción precisa o amenaza).

Desde una perspectiva subjetiva-sustantiva de la subsidiariedad del amparo, del análisis de las circunstancias del caso, deriva la necesidad de una solución rápida para evitar que el daño se torne irreparable: ‘factor de urgencia’. Entonces, la pregunta que debería este Colegiado responder es si la pretensión que subyace a la demanda puede ser conseguida en otros tipos de procesos.

87 Artículo 47° del Código Procesal Constitucional, tomando como base la Ley N.º 26775.

88 Artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional

89 Considerando Sexto de la Sentencia del juez especializado civil de la Provincia de Coronel Portillo, a fojas 66.

90 Considerando Cuarto de la Sentencia de la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, a fojas 93 y 94.

91 Petitorio de la Demanda, a fojas 26.

§2.a. Sobre la vía civil

Mediante los procesos civiles, y como parte de los derechos personales, tal como están configurados en el Código Civil se propugna la tutela del honor [artículo 6º], por lo que se “(...) confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos”⁹², con el correspondiente pago indemnizatorio por una responsabilidad extracontractual⁹³. Como se puede observar, aparte de poner coto a la violación del derecho, se pone énfasis en la existencia de una reparación, pretensión que no puede considerarse asimilable a la reposición al estado anterior a la violación que se está intentando en el amparo.

§2.b. Sobre la vía penal

En el ámbito sancionador, la referencia del Código Penal es que configurado uno de los delitos tipificados como injuria, calumnia o difamación, afectantes del bien jurídico honor, el agente activo del delito “(...) será reprimido (...)” con una determinada pena⁹⁴. Si bien la norma constitucional hace mención a una tutela penal ante la violación en el ejercicio de las libertades informativas⁹⁵, ésta cobra sentido si se analiza el debate constituyente de la Constitución de 1979, en el cual se puede observar cómo se deseaba poner coto a los excesos sucedidos en los gobiernos militares de los años setenta, cuando mediante Estatutos de Prensa se penó de manera particular las acciones realizadas por los medios de comunicación social, no como delito común.

Ése es el sentido a ser asumido por la norma citada: como la constitucionalización de una protección necesaria en su momento. El artículo mencionado casi es reproducido en la Constitución actual. Sin embargo, su regulación no presupone que solamente por medio de la tipificación de delitos se realiza la protección del derecho fundamental al honor. Vale repetir que el ámbito penal (mediante querellas) busca esencialmente la represión del agente que comete el delito; no repone al estado anterior a la violación del derecho.

§2.c. Sobre la rectificación como una vía distinta a la planteada

El juez de segunda instancia también plantea como vía igualmente satisfactoria la rectificación. Sin embargo, ésta antes que ser un mecanismo específico para tutelar un derecho fundamental, es en sí mismo un derecho⁹⁶. Por lo tanto, con relación a la rectificación no es ni siquiera analizable la figura de la vía igualmente satisfactoria, toda vez que el amparo sirve tanto para tutelar el honor como la rectificación.

⁹² Artículo 17º del Código Civil.

⁹³ Artículo 1969º del Código Civil.

⁹⁴ Artículos 130º, 131º y 132º del Código Penal.

⁹⁵ Segundo párrafo del artículo 2º, inciso 4 de la Constitución.

⁹⁶ Así está reconocido en la Constitución [artículo 2º, inciso 7)] y en el Código Procesal Constitucional [artículo 37º, inciso 8)].

De lo señalado se puede deducir que el proceso de amparo constituye la vía adecuada para la protección del derecho al honor⁹⁷, que también protege la imagen. Incluso, los otros derechos invocados, como la contratación y el trabajo también cuentan con el amparo como la vía idónea⁹⁸. La garantía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que se protegen mediante los procesos constitucionales de libertad, como es el amparo⁹⁹, obliga al juez constitucional a encontrar los mecanismos procesales adecuados para proteger los derechos invocados. Incluso, así existieran dudas sobre si son aplicables las vías igualmente satisfactorias al caso planteado, el juez constitucional debería aplicar el principio procesal *pro actione*¹⁰⁰.

§3. Sobre la legitimación activa de las comunidades nativas para solicitar la tutela del derecho

El juzgado civil de la provincia de Coronel Portillo declaró inadmisibile la demanda sosteniendo que la recurrente no había acompañado copia debidamente certificada de la Escritura Pública de su constitución como comunidad nativa, dándole un plazo de tres días para subsanar¹⁰¹. La demandante subsana las omisiones detectadas en la demanda. Con tal acto, ¿cumplía los requisitos para tener legitimidad activa en el proceso de amparo planteado?

§3.a. Sobre la titularidad de las comunidades nativas y legitimidad activa

Este Colegiado considera que debe realizarse un análisis de la figura de la legitimidad con especial referencia a las comunidades nativas. Para realizar tal examen se debe tomar en cuenta que los fines del proceso constitucional son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales¹⁰². La Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna¹⁰³.

Dentro del Estado social y democrático de derecho, las personas jurídicas en general son titulares de derechos fundamentales en la medida que su naturaleza permita su ejercicio¹⁰⁴, naturaleza tanto del derecho como de la persona jurídica. La referencia preferente de titularidad, según la propia Constitución recae en las personas naturales a través de vinculación subjetiva de forma individual, pero sin necesidad de entrar a definir el concepto de persona jurídica, lo cual corresponde al ordenamiento infraconstitucional. Es posible constatar que su presencia, en la casi totalidad de oportunidades, responde al ejercicio de un derecho atribuible a toda persona natural. Es una forma de participación

97 Tal como lo expresa el mencionado artículo 37°, inciso 8) del Código Procesal Constitucional.

98 Incisos 4) y 8) del aludido artículo 37 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

99 Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

100 Recogido explícitamente en el artículo III del Título Preliminar del Código.

101 Resolución de 16 de febrero de 2007, a fojas 31.

102 Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

103 Artículo 89° de la Constitución.

104 STC N.º 2939-2004-PA/TC, STC N.º 3045-2004-PA/TC y STC N.º 4972-2006-PA/TC.

asociada¹⁰⁵ que requiere de instrumentos válidos de realización a través de una multiplicidad de derechos para cumplir con dicha finalidad. Incluso, es válido afirmar que la dignidad¹⁰⁶ no sólo posee una dimensión individual, sino también una social.

El Tribunal entiende que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defienden sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden a las personas jurídicas, como es el caso del honor¹⁰⁷. En este sentido, cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos (*universitates personarum*), y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (*universitates bonorum*).

En consecuencia, la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de *universitates personarum*. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo.

Una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución¹⁰⁸, en concordancia válidamente aceptada¹⁰⁹ con el Convenio N.º 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales¹¹⁰.

§3.b. Sobre la titularidad del representante de la comunidad nativa

La accionada, a través de su representante, satisface tal requisito adjuntando la copias de la Partida N.º 11004669 que registra la inscripción de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, así como el nombramiento del Consejo Directivo de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, el cual don Juan García Campos, a la fecha de presentación de la demanda, presidía¹¹¹. Por tanto, se puede afirmar que la comunidad demandante constituye una persona

¹⁰⁵ Artículo 2º, inciso 17) de la Constitución.

¹⁰⁶ Artículo 1º de la Constitución.

¹⁰⁷ Tal como ha sido señalado en los fundamentos 6 y 7 de la STC N.º 0905-2001-AA/TC.

¹⁰⁸ Exactamente, artículo 89º de la Constitución.

¹⁰⁹ IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

¹¹⁰ En estricto, artículo 1º, inciso 2) del Convenio.

¹¹¹ Partida N.º 11004669, obrante a fojas 18 a 20 y 41.

jurídica de derecho privado. Tomando en cuenta la informalidad o aformalismo de los procesos constitucionales y el principio *pro actione*¹¹², aun cuando la inscripción no fuese validada, o no se haya realizado, una comunidad nativa o campesina tendría la legitimidad para plantear la demanda, toda vez que la exigencia constitucional de considerarse como persona jurídica no requiere necesariamente la existencia de un registro.

De otro lado, corresponde ahora pronunciarse sobre la legitimidad de don Juan García Campos para interponer la demanda. Sobre este punto, se debe señalar que mediante las copias de la partida aludida *supra*, el demandante acredita ser el Jefe de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 y, por ende, estar legitimado para interponer la presente demanda. Como jefe de la comunidad, el señor García Campos ostenta la representación de la comunidad.

§3.c. Sobre la titularidad colectiva en el caso de las comunidades nativas: el reconocimiento de una legitimación colectiva

Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar, respecto a la legitimidad activa para interponer la demanda de amparo, que si bien la Constitución omite referirse a ella, el Código Procesal Constitucional sí lo hace estableciendo que el afectado ostenta tal legitimidad¹¹³. Por tanto, la publicación en el semanario *El Patriota* podría generar en el resto de la comunidad sentimientos hostiles o adversos respecto a la demandante y a sus miembros, por ser parte del grupo social (*universitates personarum*). Es más, se estaría afectando el honor al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social. Es así como corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.

En casos como el planteado, incluso también podría argüirse la posibilidad de reconocimiento de titularidad colectiva, figura similar a la de la *class action*.¹¹⁴ En la demanda incluso se pueden encontrar visos de este tipo de titularidad, puesto que, concerniente a la vulneración del derecho al honor de la comunidad, se alega que “*Este derecho se ve vulnerado en cada uno de los miembros de nuestra comunidad, puesto que cada uno de nosotros somos parte integrante de la personería jurídica de la que gozamos por mandato constitucional, por lo que no podemos permitir que se mancille nuestro honor con publicaciones de esta naturaleza*”¹¹⁵. Entonces, si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda.

§4. Sobre si el demandado es efectivamente el director del medio

¹¹² Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

¹¹³ Artículo 39° del Código Procesal Constitucional.

¹¹⁴ Concepto utilizado en jurisprudencia comparada: STC español 214/1991, de 11 de noviembre.

¹¹⁵ Punto 2.1 de la Demanda, a fojas 27.

La demanda ha sido planteada en contra de don Roy Maynas Villacrés. Si bien en ella no se hace mención en calidad de qué se acciona en su contra, es claro que su vínculo es directo con el semanario *El Patriota*. De la lectura de los medios probatorios ofrecidos se colige que el demandado ostenta el cargo de director del medio en el cual supuestamente se ha violentado el derecho de la comunidad. La interrogante, entonces, que este Colegiado debe responder es si la demanda ha sido dirigida contra él, a nombre propio o a nombre de la empresa en la cual labora.

Los medios de comunicación social o *mass media*¹¹⁶ han sido considerados por este Colegiado como instituciones constitucionales, al ser una realidad con efectiva vida social y política que amerita una protección jurídica determinada, por lo que son institutos delimitables y efectivamente existentes¹¹⁷ sobre la base de una tutela efectiva de los derechos fundamentales¹¹⁸.

Al ser el proceso de amparo uno de carácter eminentemente restitutivo, más allá de quien ha sido responsable de la vulneración del derecho, es válido plantear una demanda contra el propio medio de comunicación social, con independencia del propio responsable de la información, noticia u opinión. Los directores, editores o cualquier responsable del mismo, en esta línea de pensamiento, responden por la línea periodística seguida y por el discurso comunicativo que no tiene un responsable específico.

Así, en virtud del principio de suplencia de queja¹¹⁹, este Colegiado entiende que la demanda ha sido interpuesta en contra del semanario *El Patriota*, el mismo que, más allá de la irresponsabilidad penal que tienen las personas jurídicas, sí debe responder constitucionalmente por su actividad. En el caso concreto, a través de la argumentación de la demanda, la accionante, al único que ha responsabilizado de lo que le ha ocurrido en la supuesta violación de su honor, es al medio de comunicación, no al director, por lo que éste sólo será entendido en tanto representante de aquél, independientemente de que, por su parte, el también responda por su intervención particular. De lo señalado, el Tribunal Constitucional considera que la demanda ha sido planteada contra la persona demandada y contra el semanario *El Patriota*.

§5. Sobre la determinación de si se produjo o no violación de un derecho fundamental

La actora alega que el acto lesivo ha vulnerado sus derechos al nombre, a la imagen y al honor, pero todos ellos significan tan sólo una cosa: que les han violado el libre ejercicio

¹¹⁶ Artículo 2º, inciso 4), artículo 6º y artículo 14º de la Constitución.

¹¹⁷ Fundamento 5 de la STC N.º 0013-2007-PI/TC.

¹¹⁸ Fundamento 11 de la STC N.º 3362-2004-AA/TC.

¹¹⁹ STC N.º 0569-2003-AC/TC.

del derecho fundamental al honor, que además de tener reconocimiento constitucional también lo tiene en el ámbito supranacional¹²⁰, lo cual es válido en el ámbito interno por servir como parámetro constitucional de interpretación de los derechos fundamentales¹²¹.

§5.a. Sobre la tutela constitucional del derecho al honor de la comunidad nativa

Ahora debe este Tribunal definir si se ha producido la violación alegada, y para ello se debe pronunciar sobre el contenido del derecho al honor. Este Colegiado ha dejado de adscribirse a la postura fáctica recogida en la Constitución¹²² y en la jurisprudencia antigua¹²³. La consideración de honor subjetivo o interno (honor propiamente dicho u honra) y de honor objetivo o externo (buena reputación o buen nombre -tal vez por dicho motivo, su concepto fue incluido en la demanda-) ha sido superada en vista de las dificultades de coherencia con relación al principio-derecho de igualdad¹²⁴.

El honor es un derecho único que engloba también la buena reputación, reconocida constitucionalmente. Así lo ha postulado también el Código Procesal Constitucional¹²⁵, que deja de mencionar la buena reputación. Y si bien tiene una base en la dignidad humana y, por lo tanto, se cuestionaría su reconocimiento a favor de la persona jurídica, el honor se ha entendido como *“(...) la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...)”*¹²⁶. Protege a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas¹²⁷, al significar un ataque injustificado a su contenido. Forma parte de la imagen humana (quizás por ello el equívoco de incluir en la demanda el cuestionamiento a la imagen)¹²⁸.

A partir de los conceptos vertidos, este Colegiado retoma el tema relativo a la inclusión de la protección del honor a favor de las personas jurídicas. Es cierto que en jurisprudencia tal reconocimiento existe, pero lo hace relacionándolo con buena reputación¹²⁹; incluso es imposible desligar la dignidad humana de la protección del honor. Entonces, ¿cómo así una persona jurídica como la demandante puede tener derecho al honor? El honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para

¹²⁰ Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹²¹ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

¹²² Vid. artículo 2º, inciso 7) de la Norma Fundamental.

¹²³ STC N.º 0018-96-AI/TC, S-331.

¹²⁴ Artículo 2º, inciso 2) de la Constitución.

¹²⁵ Artículo 37.º, inciso 8), del Código Procesal Constitucional.

¹²⁶ Fundamento 14.b de la STC N.º 3362-2004-PA/TC.

¹²⁷ Fundamento 3 de la STC N.º 0446-2002-AA/TC.

¹²⁸ Fundamento 14.b de la STC N.º 3362-2004-PA/TC.

¹²⁹ Fundamento 6 de la STC N.º 0905-2001-AA/TC.

interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor. La tutela de la dignidad de los integrantes de la comunidad nativa origina la salvaguardia del derecho al honor de Sawawo Hito 40.

§5.b. Sobre las relaciones entre honor y las libertades comunicativas

De otro lado, tal como se observa en el caso concreto, la relación entre el ejercicio de las libertades informativas y expresivas¹³⁰ y el honor es más que evidente. Vale recordar que la información como derecho fundamental está referida a la recepción y difusión de noticias, datos o cualquier otro tipo de mensaje tangible, sustentada en el principio de veracidad. Por su parte, la expresión está vinculada con la comunicación de ideas, comentarios u opiniones, que sobre la base de congruencia, merece tutela constitucional.

Los miembros del semanario *El Patriota*, incluso el propio medio, en virtud de un supuesto ejercicio regular de tales derechos comunicativos, han terminado invadiendo aparentemente el honor de la comunidad. Asumiendo en este tema una teoría conflictivista de los derechos fundamentales, y dejando de lado la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, este Tribunal ha venido admitiendo la aplicación del *test* de proporcionalidad en sentido amplio para poder demostrar la afectación de un derecho personal sobre la base del ejercicio de los derechos comunicativos¹³¹.

Tomando en cuenta dos criterios interpretativos transversales, como son el interés del público y el interés sobre los personajes públicos, este Colegiado debe realizar este juicio ponderativo:

Sobre el *test* de adecuación, se ha dicho que invoca un análisis de idoneidad de la acción realizada, tomando en cuenta que la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. Así, los hechos narrados por el semanario *El Patriota* y las opiniones vertidas en la noticia *Madereros destruyen nuestros bosques* tienen el sustento del ejercicio tanto del derecho a la información, al comunicar hechos con relación a la tala indiscriminada de los bosques de la región Ucayali, como del derecho a la expresión, al emitir juicios de valor sobre la intervención o concesión por parte de las comunidades nativas de los recursos naturales a empresas madereras. Incluso, el ejercicio de ambos derechos están en conexión con la protección del medio ambiente¹³².

Sobre el *test* de necesidad, se requiere de la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando, al analizar si, entre las medidas posibles, el demandado optó por la mejor posible, tomando en cuenta el detrimento que podría producirse en el honor de la comunidad supuestamente afectada. En tal sentido, el

¹³⁰ Artículo 2º, inciso 4) de la Constitución.

¹³¹ *Vid.* STC 6712-2005-PHC/TC

¹³² Artículo 2º, inciso 2) de la Constitución, desarrollado en STC N.º 3610-2008-PA/TC.

semanario *El Patriota*, ha dejado claro cuál es su posición con relación a la tala de los bosques. Lo ha dicho con las palabras que consideraba pertinentes y relatando los hechos que, a su entender, cumplían con el mensaje informativo que querían transmitir a la población ucayalina. Bien pudo cuestionar, sin utilizar frases ofensivas, la actitud de la comunidad demandante, que, a su juicio, podría ser equivocada, como señalar que era irresponsable permitir la tala, o expresar que no era adecuado que deje actuar de manera impune a la empresa de tala de árboles. Expresiones como éstas podrían ser consideradas necesarias para cumplir el fin comunicativo; las expuestas en el semanario demandado no lo son.

Por último, **sobre el test de proporcionalidad en sentido estricto**, se puede afirmar que la solución a la cual se arrije debe responder a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego, buscando que el resultado del acto interpretativo garantice al objeto perseguido por la ponderación realizada. En tal sentido, se tiene que ver si el ejercicio de las libertades comunicativas ha afectado el honor de la comunidad. Con relación a la información, ésta se basa en una sola transmisión de hechos que no afectarían la situación de la comunidad en la realidad, si es que ellos han hecho lo que se ha afirmado (permitir la explotación de bosques a la empresa Forestal Venao). Con relación a la expresión, que es la correspondencia clásica entre derechos fundamentales, este Colegiado sí considera que las frases utilizadas para calificar la actuación de la comunidad Sawawo Hito 40 como ‘contubernio’, con la empresa, significando ello una complicidad o confluencia ilícita al momento de la comisión de delitos, es una declaración que no tiene sustento alguno en los datos fácticos ofrecidos en el reportaje. Por tal razón, se puede decir que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la emplazada perjudica el honor de la demandante.

Realizado este análisis de proporcionalidad en sentido amplio, del cual se infiere la afectación del derecho al honor, es menester que este Tribunal señale con más precisión por qué se ha producido tal vulneración. Es cierto que el asunto materia de la investigación periodística es de interés público, máxime si se analiza la actuación de una comunidad nativa específica, pero ello no es óbice para que se califique de una forma desdeñosa a esta persona jurídica. Claramente se ha dañado la capacidad de presentación de la comunidad nativa, dentro de la sociedad ucayalina, señalándola como una entidad contraria a la defensa del medio ambiente e indolente ante la tala indiscriminada de los bosques de la región, perjudicándose así su condición de semejanza con otros grupos sociales y comunitarios.

Este Colegiado no está haciendo un análisis sobre la validez de las informaciones vertidas, puesto que no han sido cuestionadas en el presente proceso de amparo, ni discutidas por la recurrente, menos aún justificadas por el demandado, por lo que no habría elementos probatorios para pronunciarnos sobre ello. Lo que sí se ha podido realizar es el examen de la congruencia de las expresiones vertidas, las cuales han sido catalogadas como desproporcionadas. Un periodismo serio es el sustento de una sociedad democrática¹³³,

133 Fundamento 26 de la STC N.º 0027-2005-PI/TC.

incluso presentada como su piedra angular¹³⁴. La Norma Fundamental sólo puede brindar protección constitucional a la actividad periodística que se realice sobre la base del respeto de los derechos de los demás¹³⁵. Es por tales consideraciones que la demanda debe ser declarada fundada.

§6.c. Sobre la alegada vulneración de los derechos a la contratación y al trabajo

Líneas arriba, este Tribunal señaló que la determinación de los derechos a la contratación y al trabajo sólo podría realizarse luego de concretizada la violación del derecho al honor. Pese a que se ha determinado la vulneración de este derecho, este Colegiado está en la obligación de manifestar que ni la contratación ni el trabajo se han visto violentados con el proceder de la demandada.

Existen dos razones para señalar ello; a saber: **(i)** En primer término, de la acción supuestamente vulneratoria no se desprende la violación alegada. La sustentación que se observa en la demanda sólo se refiere al honor. **(ii)** En segundo lugar, deberían haberse presentado los medios probatorios que validen la conexión entre la violación del honor y los otros derechos. No obra en autos elemento alguno que determine tal vínculo. Por tales razones, la demanda se declara infundada en este extremo.

§7. Sobre el significado de la sentencia declarada fundada en lo relativo a la afectación al honor

Sin decirlo, la segunda instancia parece señalar que la única forma de tutelar el honor de la persona, más allá de los delitos contra dicho bien jurídico, es por medio de una rectificación. Sin embargo, este Colegiado en pos de lograr una verdadera salvaguardia del derecho fundamental en juego realiza una reflexión sobre cómo hacerlo efectivo, tras una vulneración declarada en sede constitucional.

Cuando la Constitución reconoce la viabilidad del uso del amparo (y de los otros procesos de libertad) para proteger derechos fundamentales no decide cómo debe realizarse la reposición. Tan sólo señala contra qué situación precisa se puede plantear: *"(...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)"*¹³⁶.

§7.a. Sobre la reposición al estado anterior a la vulneración

¹³⁴ Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 13 de noviembre de 1985.

¹³⁵ Acápito a del inciso 2) del artículo 13º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; acápito a del inciso 3) del artículo 19º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁶ Artículo 200º, inciso 2) de la Constitución.

La forma en que el juez del proceso de amparo interviene ante la constatación de tal situación es expuesta con claridad en el Código Procesal Constitucional¹³⁷, señalándose que, dentro del sistema constitucional de tutela de derechos fundamentales, es la protección de tales derechos se realiza “(...) *reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional* (...)”. Entonces, la pregunta que fluye ante ello es qué significa *reponer* el derecho al estado anterior a la vulneración concreta o amenaza de ella.

En algunos casos es particularmente sencillo llegar a la *reposición* o *restitución* del derecho conculcado. Por ejemplo, ante una detención arbitraria, el mandato sería dejar en libertad a la persona; frente a una suspensión irregular de la pensión, el pensionista podría volver a recibir su pensión; o cuando existe un despido arbitrario, lo que convendría es la reposición a su centro de labores. Soluciones de este tipo serían especialmente difíciles en el caso del honor. ¿Cómo llegar a situaciones anteriores a la vulneración del honor? O mejor dicho, ¿qué significa reposición al estado anterior a la violación en este caso?

Declarada fundada la demanda, en la legislación procesal constitucional precedente se podía condenar al responsable “(...) *a una indemnización por el daño causado* (...)”¹³⁸, configuración legal que ahora no está presente en el Código Procesal Constitucional, razón por la cual los jueces constitucionales no han utilizado este apremio como forma de lograr la mencionada *reposición*. Dentro de la normatividad constitucional actual, cabrían dos opciones adicionales.

§7.b. Sobre la reposición en el caso del honor: la impertinencia de rectificación

La primera es que el medio de comunicación social rectifique la información equívoca. Con relación a ello, surgen dos problemas. Uno está relacionado con que tal corrección no ha sido pedida, siendo además materia de tutela por parte de un derecho específico, como es el derecho a la rectificación, que tal como se expresara no ha sido determinado en la demanda y que no correspondería además porque no se cumplen los requisitos de procedibilidad si “(...) *no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes*”¹³⁹.

Insiste este Tribunal en si un *iura novit curia* sería perjudicial para la accionante por haber hecho un requerimiento a través de un documento de fecha cierta. Por tal razón, esta opción debe ser descartada, máxime si en el caso concreto, tal como se ha expresado, no está en juego un ejercicio abusivo del derecho a la información, presupuesto básico de una rectificación, sino más bien se está cuestionando el ejercicio abusivo del derecho a la expresión, situación contra la que no cabría rectificación alguna.

¹³⁷ Artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

¹³⁸ Artículo 11º de la Ley N.º 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo.

¹³⁹ Artículo 47º del Código Procesal Constitucional.

§7.c. Sobre la reposición en el caso del honor: la imposibilidad de prohibir nuevas publicaciones

Otra posibilidad que podría contener una forma de satisfacción, antes que reposición, podría ser que el semanario no pueda realizar comentario alguno que involucre una afectación del derecho al honor de la comunidad nativa. Sin embargo, una respuesta de este tipo afectaría directamente el mandato constitucional recogido en la Constitución: *“Toda persona tiene derecho: A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley (...)”*¹⁴⁰.

No hay posibilidad de censura previa alguna¹⁴¹, sin sustento alguno de una posible afectación posterior. Incluso en algún momento se derogó una norma del proceso penal, según la cual *“Formulada la denuncia, y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculcado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso. Si esta prohibición fuere transgredida, el inculcado a que se refiere el párrafo anterior, será considerado como reiterante; y el ofendido incurrirá en la comisión de delito contra el honor. En este caso, el Juez procederá a la acumulación”*¹⁴², y que había llegado a este Tribunal para su declaratoria de inconstitucionalidad¹⁴³. Distinto sería el caso en que una situación concreta amerite un control judicial previo ante una amenaza de violación de un derecho fundamental¹⁴⁴, siempre y cuando se justifique judicialmente el por qué de la intervención¹⁴⁵.

§7.d. Sobre la reposición en el caso del honor: la posibilidad de satisfacciones

De lo señalado, mediante el presente proceso de amparo, no se podría indemnizar al afectado ni prohibir un discurso en caso de que no haya una amenaza concreta. Ante tal paradoja, este Colegiado tiene la necesidad de hacer efectivo un derecho fundamental, como es el honor, y buscar mecanismos que hagan ciertamente válido su ejercicio y proscriban su violación. En tal sentido, y en concordancia con la interpretación amplia que debe hacerse de un derecho fundamental, retomando los contenidos de las normas internacionales e incluso decisiones de organismos que velan por los derechos humanos¹⁴⁶, debe procurarse una tutela efectiva frente a las vulneraciones a este derecho.

¹⁴⁰ Artículo 2º, inciso 4 de la Constitución.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile, de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁴² Segundo párrafo del artículo 317º del Código de Procedimientos Penales.

¹⁴³ STC N.º 0020-96-I/TC, S-333.

¹⁴⁴ Artículo 3º del Código Procesal Constitucional.

¹⁴⁵ Fundamento 18 de la STC N.º 2262-2004-HC/TC.

¹⁴⁶ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Si bien en sede supranacional existe una remisión expresa a soluciones de índole legal¹⁴⁷, ésta hace hincapié en la formulación de medidas ciertas y concretas que puedan condecir contra una protección debida contra los ataques abusivos¹⁴⁸.

Ratificada la necesidad de encontrar soluciones efectivas contra la violación del honor, con independencia de las que se pueden encontrar en sede infraconstitucional, este Colegiado busca darle un contenido propio al significado de la *reposición*, más aún si la propia norma procesal obliga a emitir una sentencia en que más allá de determinar la vulneración de un derecho fundamental, también deba señalar el mandato concreto que se está ordenando¹⁴⁹. Tomando en cuenta que la jurisdicción interna debe estar acorde con la respuesta internacional, entonces es lógico que se pueda tomar como parámetro para entender el concepto *reposición* los mecanismos que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para salvaguardar derechos fundamentales.

No tiene sentido que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional realice un mandato restrictivo de tutela del honor, si la persona -o comunidad, como en el presente caso- puede acudir a la instancia supranacional para conseguir una forma de resguardo más amplio y tuitivo. Por tanto, este Colegiado, tomando en consideración la naturaleza del derecho conculcado y la situación concreta del caso planteado, ha de utilizar mecanismos de *reposición*, más amplios que el mero retorno a la situación anterior a la producción de la violación del derecho.

Cuando se establecen las competencias de la Corte Interamericana, luego de determinarse la afectación de algún derecho tutelado, lo que se busca es que “(...) *se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”¹⁵⁰. Entonces, en determinados supuestos, podrá entenderse la *reposición* al estado anterior a la violación de un derecho fundamental como una *garantía para el goce* de tal derecho.

Si bien la indemnización actualmente no está presente en el Código Procesal Constitucional, es viable que el juez constitucional proponga su aplicación, y que incluso pueda proponer soluciones inventivas que permitan realmente el ejercicio de derechos. De entre las diversas formas en que la Corte ha determinado las ‘reparaciones’ en las sentencias emitidas, que incluyen indemnización por daños y perjuicios y daño moral, costas, reparación frente al proyecto de vida, deber de justicia, entre otras, resaltan las “satisfacciones”, como mecanismo que busca preservar el prestigio de la víctima ante la

147 Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 11.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

148 Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

149 Artículo 17º, inciso 5) del Código Procesal Constitucional.

150 Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

propia comunidad, destacándose las disculpas públicas, la construcción de monumentos o la imposición de ponerle sus nombres a calles o plazas.

§7.e. Sobre la reposición en el caso del honor: la posibilidad de satisfacciones a favor de comunidades nativas

En casos en que han estado involucradas comunidades nativas, la Corte ha dado soluciones bastante llamativas y que pueden servir de parámetro para que este Colegiado solucione el conflicto constitucional planteado en el presente caso. Por ejemplo en un caso¹⁵¹, tras determinar la violación del derecho a la integridad personal, del derecho de circulación y de residencia, del derecho de propiedad y de los derechos de garantías judiciales y protección judicial, se establece que el Estado, aparte de investigar los hechos y sancionar a los responsables, recuperar los restos de la comunidad, garantizar el retorno de sus miembros y un pago indemnizatorio, también debe realizar algunas acciones bastante interesantes tales como implementar un Fondo de Desarrollo Comunitario; realizar un acto de disculpa pública; y construir un monumento y colocarlo en un lugar público apropiado. En otro caso¹⁵², tras determinar la responsabilidad del Estado en la violación de la vida, considera viable, aparte de un pago indemnizatorio y de la creación de una fundación y de dos fideicomisos, reabrir una escuela y equiparla convenientemente.

A propósito de los ejemplos mostrados, este Colegiado considera pertinente, en el caso concreto, dictar algunas medidas satisfactorias para tratar de compensar el derecho conculcado. Tomando en cuenta la situación planteada y que la demanda fue interpuesta contra el director de un diario, por lo que no sólo responderá él en tanto persona natural sino el medio de comunicación en sí, el Tribunal Constitucional, considerando la función constitucionalmente asignada, estima que en el caso concreto el semanario *El Patriota* deberá ejecutar acciones concretas.

En primer lugar, enviarle los desagravios privados correspondientes a la comunidad nativa por medio de una **carta notarial**, o en caso corresponda, mediante el juez de paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia. En segundo lugar, a costo de la accionada, **publicar la mencionada carta** en el diario de mayor circulación en la región, en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

En tercer término, mediante un suplemento especial de mínimo cuatro páginas, en el mismo semanario o en cualquier otro en el caso de que no esté en circulación a la hora de ser notificada la presente sentencia, **reproducir el tenor de la presente sentencia**, bajo el título *Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario El Patriota en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC*; y

¹⁵¹ Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia del 14 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

¹⁵² Caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones y Costas.

también a costo suyo, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

El incumplimiento del mandato que acarrea la presente sentencia permitirá que el juez de ejecución imponga multas acumulativas a la parte demandada¹⁵³, las cuales serán cubiertas solidariamente por el director y por el propio medio de comunicación, por cada día de incumplimiento de alguno de los tres mandatos explicados en el fundamento anterior. Este Tribunal insiste en la intervención activa por parte del juez de ejecución porque un derecho fundamental no será restituido hasta que no haya una ejecución cierta, exacta y expedita del mandato del juez constitucional. Por último, este Colegiado también impone el pago de costos y costas a favor de la accionante¹⁵⁴.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la violación del derecho fundamental al honor de la comunidad nativa demandada y de cada uno de sus miembros. En consecuencia, se obliga a la demandada, el semanario *El Patriota*, además de su director, don Roy Maynas Villacrez, a lo siguiente:

Al **ENVÍO DE UNA CARTA NOTARIAL** de desagravio a la comunidad nativa, o en caso corresponda, mediante el juez de paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

A la **PUBLICACIÓN DE LA MENCIONADA CARTA** en el diario de mayor circulación en la región, a costo de la demandada, en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

A la **PUBLICACIÓN DE UN SUPLEMENTO ESPECIAL** en el mismo semanario o en cualquier otro, en el caso de que el semanario *El Patriota* no esté en circulación a la hora de ser notificada la presente sentencia, de mínimo cuatro páginas, que reproduzca por completo el tenor de la presente sentencia, bajo el título *Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario El Patriota en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC*, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

Al Pago de multas acumulativas a ser fijadas por el juez de ejecución en caso de incumplimiento de los tres mandatos expresados en los puntos 1.1, 1.2 y 1.3 del presente fallo.

¹⁵³ Artículo 22º del Código Procesal Constitucional.

¹⁵⁴ Tal como lo señala el artículo 56º del Código Procesal Constitucional.

Pago de costos y costas.

Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido a la violación del derecho a las libertades de trabajo y de contratación.

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo relativo a la violación del derecho al nombre y a la imagen.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

EXP. N.º 04611-2007-PA/TC
UCAYALI
COMUNIDAD NATIVA SAWAWO HITO 40
REPRESENTADA POR JUAN GARCÍA CAMPOS

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y ETO CRUZ

No obstante estar de acuerdo con el sentido general de los fundamentos expresados en la sentencia y concordar con el fallo, deseamos expresar estas consideraciones adicionales, sobre algunos temas que nos parecen relevantes en la resolución de la presente controversia constitucional.

§1. Delimitación del petitorio

Conforme se desprende del petitorio de la demanda, lo que la Comunidad Nativa *Sawawo Hito 40* pretende mediante el presente proceso de amparo consiste en que el medio de comunicación demandado (Semanario “El Patriota”) se abstenga de seguir vertiendo opiniones o informaciones que la involucran en un supuesto “contubernio” o “complicidad” con la empresa Forestal Venao respecto a la tala ilegal de madera; alegando la vulneración de sus derechos al nombre, al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar.

§2. La legitimación de las Comunidades Nativas y Campesinas

Antes de entrar a analizar el fondo de la controversia, estimamos pertinente referirnos a una cuestión procesal de singulares implicancias para la tutela de los intereses de las Comunidades Nativas y Campesinas de nuestro país, particularmente cuando ésta se dilucida en sede constitucional.

La decisión en mayoría, luego de afirmar que la Constitución reconoce a las Comunidades Nativas y Campesinas existencia legal y personería jurídica –razón por la cual la inscripción registral tendría carácter meramente declarativo, antes que constitutivo–,

señala expresamente que “podría argüirse la posibilidad de reconocimiento de titularidad colectiva” a dichas Comunidades. De esta manera –concluye la citada decisión– resultaría válido que cualquiera de sus integrantes interponga una demanda de amparo en defensa de los intereses atribuibles a ese colectivo.

En efecto, las Comunidades Nativas y Campesinas gozan de reconocimiento constitucional expreso (artículo 89); lo que, a nuestro entender, debe concordarse con el derecho a la identidad étnica y cultural reconocido, a su vez, en el artículo 2, inciso 19, de la Norma Fundamental.

Sin embargo, deducir de este reconocimiento constitucional una supuesta “legitimación colectiva” para estas Comunidades significa ir un paso más allá en relación con lo que *stricto sensu* señala la Constitución. Por esa razón, sin ser una conclusión desatinada o inconducente, estimo que ella requiere, no obstante, una justificación más explícita y, en cierto modo, más acorde con el entorno sociocultural de nuestro país. A tal efecto, creemos que un pronunciamiento de este Tribunal encaminado a brindar las razones que justifican dicha “legitimación colectiva” debería, cuando menos, abordar los siguientes puntos relevantes:

- a) Las relaciones entre Constitución y Multiculturalismo: ¿Es posible hablar de una Constitución Multicultural?
- b) El rol del juez constitucional en el Estado multicultural.
- c) La legitimación procesal en el contexto de los nuevos derechos: intereses colectivos, intereses difusos e intereses individuales homogéneos.

2.1. Multiculturalismo y Constitución: ¿es posible hablar de una Constitución Multicultural?

Una lectura sistemática del articulado de nuestra Constitución nos permite comprobar que varias de sus normas han recogido derechos y obligaciones no sólo de índole cultural, sino especialmente de carácter multicultural que, vistas en conjunto, bien podríamos denominar *Constitución Multicultural* o *contenido multicultural de la Constitución*. En estricto, aludimos a las siguientes normas constitucionales:

El artículo 2, inciso 19), que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, así como la obligación del Estado de proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. El artículo 89, que reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose la obligación del Estado de respetar su identidad cultural.

El artículo 149, que admite la posibilidad de que las Comunidades Campesinas y Nativas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no violen derechos fundamentales.

El artículo 48, que señala que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen.

El artículo 191, que prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, Comunidades Campesinas y Nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales.

De igual forma, y conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, este articulado debe complementarse con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en su artículo 27, establece lo siguiente:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

De lo expuesto, resulta fácil advertir que la Constitución reconoce la diversidad cultural y el pluralismo étnico como dos rasgos esenciales de la sociedad peruana, superando la visión, durante mucho tiempo homogénea, de nuestra sociedad identificada por un solo patrón cultural y unos únicos valores fundantes. El reconocimiento de la diversidad, que hace nuestra Constitución, permite, de este modo, la incorporación de unos específicos derechos para los pueblos indígenas, y con ello, su plena afirmación y el libre desarrollo de su *ethos* social. Por ello, la Constitución Multicultural, al igual que la Constitución del Estado Social, marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el Estado liberal. En el caso de una Constitución Multicultural, la diversidad cultural pasa a ser la condición esencial que determina la construcción de un modelo distinto de Estado, donde sólo el reconocimiento de un “estatus jurídico” particular a las comunidades indígenas puede significar la presencia de una real y efectiva igualdad material, basada en la dignidad.

En suma, sólo la comprensión de nuestra Constitución como un texto normativo marcado por esta realidad fáctica y conceptual, donde se ha otorgado autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, donde se ha reconocido el derecho a su propia lengua, a su cultura, a la libre disposición de sus tierras y a su propia jurisdicción; puede permitir el respeto de su existencia digna, libre e igual, tanto como grupo humano y colectivo, como por las individualidades que lo conforman, tal como lo manda el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental; constituyendo, por otro lado, la única base sobre la cual se puede construir un nuevo contrato social inclusivo que se alimente de la pluralidad y la coexistencia pacífica y respetuosa¹⁵⁵.

2.2. El rol del juez constitucional en un Estado multicultural y multiétnico

La Constitución Multicultural no debe ser, sin embargo, sólo un marco conceptual que se alimente de la retórica y/o de vacías categorías dogmáticas, sino un principio efectivo contenido en la obligación del Estado de asumir políticas multiculturales adecuadas, y en una especial labor del juez ordinario y constitucional en la resolución de específicas controversias jurídicas. De nada vale que el marco jurídico y la política hayan sido penetrados por esta nueva perspectiva multicultural, si en la aplicación concreta de dicho marco jurídico o al surgir conflictos derivados de políticas multiculturales, el juez ordinario o el juez constitucional no incorporan también dicha óptica en la solución de los casos sometidos a su jurisdicción. En este punto, es crucial la función de la interpretación jurídica y, en el caso concreto, de la interpretación constitucional.

No debe escapar, pues, a la atención de este Tribunal que la interpretación de las disposiciones que integran la Constitución Multicultural reúne algunas peculiaridades que es menester explicitar en vista de sus significativas implicancias al momento de emprender la labor de concretización –y efectiva protección– de los derechos que aquella comprende.

155 GUEVARA GIL, Armando: “Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú”, en *Diversidad y Complejidad Legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 76.

Ahora bien, parece claro que la tarea consistente en definir en qué podría consistir esa especificidad no puede valerse ya (sólo) de la invocación de otras normas jurídicas, ni mucho menos de alambicadas construcciones teóricas. Antes bien, una circunstancia tal obliga a este Tribunal a asumir un enfoque multidisciplinario conducente a introducir algunos elementos extranormativos a su labor interpretativa con el fin de arribar a una mejor comprensión de la estructura social del grupo (o grupos) de cuyos derechos se trata.

En ese sentido, habrá que partir por reconocer que, en lo que atañe a su parte dogmática, la Constitución asume de ordinario una visión occidental de los derechos fundamentales según la cual estos se caracterizan por ser universales y por admitir únicamente titularidades individuales o personales. Son *universales* en la medida en que el derecho-principio de dignidad humana que les sirve de sustento corresponde a todas las personas sin distinción alguna. Y son de *titularidad individual* pues los mecanismos de defensa que ellos otorgan se enderezan a proteger a la persona individualmente considerada y a maximizar su privado círculo de intereses. Por supuesto, esta última consideración admite algunos matices como consecuencia del modelo social de Estado de derecho que la Constitución consagra. Sin embargo, hemos de convenir que ambas características – universalidad e individualidad – constituyen, en principio, la plataforma conceptual desde la cual el juez constitucional define el contenido de (y resuelve los conflictos entre) los derechos fundamentales.

Sin embargo, si dirigimos nuestra atención hacia aquellas tradiciones y costumbres que las Comunidades Campesinas y Nativas comparten, advertiremos rápidamente que su visión comunitaria sobre la vida en sociedad difiere notoriamente de la matriz ideológica que hemos descrito brevemente en el considerando anterior.

En efecto, si hay algo que distingue a las Comunidades Campesinas y Nativas respecto de otros tipos de colectivos, ello es precisamente el conjunto de lazos de cooperación y cohesión que une a cada uno de sus miembros y que forman parte de su estructura como grupo social. Ello explica bien por qué nociones tales como “progreso”, “propiedad”, “bienestar”, “religión”, “honor”, entre otras, estén siempre cifrados en relación con la comunidad en su conjunto, en vez de referirse a sus miembros individualmente considerados. En dicho contexto, donde la persona determina su desarrollo y lo conecta, de modo tan directo y esencial, con el bienestar de la comunidad, los intereses de ésta siempre son entendidos, más que en cualquier otro contexto, como intereses suyos. Así, un atentado contra los intereses de la comunidad, será sentido, por cada individuo de ella, como un atentado contra sus propios intereses.

De lo expuesto, cabe, pues, concluir que el proceso interpretativo conducente a definir el contenido de los derechos que comprende la denominada *Constitución Multicultural* exige partir de un *enfoque culturalmente abierto*, de modo tal que el juez constitucional se mantenga siempre atento a la cosmovisión del grupo humano titular de los derechos que interpreta y, al mismo tiempo, esté dispuesto a olvidar sus prejuicios e incluso su propia visión sobre el mundo en aras de arribar a una solución equitativa y acorde con el sustrato cultural que la Norma Fundamental reconoce.

Así también parece haberlo entendido la Corte Constitucional de Colombia cuando, asumiendo un criterio que este Tribunal comparte, señala lo siguiente:

“[...] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo e interlocución –directa

o indirecta–, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural”¹⁵⁶.

Hechas estas precisiones, y volviendo ya al análisis del caso concreto, hemos de preguntarnos, pues, si la legitimidad exigida por el C.P.Const. para interponer un proceso de amparo resulta compatible con la noción de colectividad que caracteriza a las Comunidades Campesinas y Nativas y a los derechos que éstas suelen alegar cuando acuden a los tribunales. A tal efecto, será de gran utilidad revisar los distintos tipos de interés que reconoce la Teoría General del Proceso al momento de otorgar legitimación procesal, para así identificar, luego, cuál de ellos resulta más amoldado a la tutela de los derechos de dichas Comunidades.

2.3. La legitimación procesal en el contexto de los nuevos derechos: intereses colectivos, intereses difusos e intereses individuales homogéneos

Es verdad que –como apunta la decisión en mayoría– el artículo 39 del C.P.Const. señala con claridad que “el **afectado** es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo” (resaltado nuestro). Y es que, sin lugar a dudas, uno de los presupuestos básicos del proceso de amparo consiste en que el acto lesivo impugnado ha de ser alegado por la persona –natural o jurídica– que posee la legitimación activa (*legitimación ad causam*) en el caso concreto, so pena de constituir una relación jurídico-procesal inválida. Esto quiere decir que el demandante debe ser el titular del derecho que se ve presumiblemente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de un particular, funcionario o autoridad.

Por lo demás, hemos de recordar que el fundamento de este requisito procesal radica en el carácter *intuitu personae* que es inherente a los derechos fundamentales¹⁵⁷. En consecuencia, si una demanda de amparo fuese interpuesta por quien no es el real afectado en el derecho, ella debería ser declarada –en principio– *improcedente* (salvo, claro está, los supuestos de representación procesal y legitimación extraordinaria recogidos en el artículo 40 del C.P.Const).

En suma, como quiera que los derechos fundamentales son personalísimos, indelegables e intransferibles, forzoso será concluir que solamente su titular puede hacerlos valer en un proceso de amparo, al mantener aquél un interés directo en la resolución de la *litis*.

Pero, sin perjuicio de que lo expuesto se mantenga hoy como la regla general, no debe perderse de vista que, en los tiempos actuales, el derecho procesal (incluida su vertiente de autonomía procesal constitucional) convive con un sinnúmero de nuevos derechos –singularmente, los de tercera generación– respecto de los cuales resulta difícil o imposible invocar titularidades individuales o personalísimas. Antes bien, derechos como al medio ambiente, de los consumidores, culturales, etc., difieren del resto, precisamente por admitir una titularidad *difusa*, supraindividual o extendida, en tanto que no pertenecen a nadie en exclusiva, pero sí a todos en general.

Es por esa razón que el derecho procesal contemporáneo ha llegado a reconocer hasta tres tipos de interés como merecedores de protección jurídica, a saber: los intereses colectivos, los intereses difusos y los intereses individuales homogéneos. Sobre cada uno de ellos –y

¹⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-510/98, M. P. Cifuentes Muñoz.

¹⁵⁷ STC N.º 1070-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 3.

siguiendo a tal efecto un pronunciamiento anterior de este Tribunal¹⁵⁸– es posible brindar las siguientes definiciones:

Los **intereses difusos** son aquellos que están referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes. Los miembros de ese conglomerado son indeterminables o de muy difícil determinación pero se encuentran ligados por situaciones de hecho. Por eso, en estos casos la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona, pero la sentencia surtirá efectos respecto de todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica a la del que ejercitó la acción correspondiente. Son ejemplos de esta clase de intereses los casos de contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica.

Los **intereses colectivos** atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos, cuyos miembros suelen ser fácilmente determinables. Estos pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria, debido a una relación jurídica base. En estos casos, puede interponer la demanda cualquier persona integrante de ese grupo, y la sentencia surtirá efectos respecto de todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica a la del que ejercitó la acción correspondiente. Un ejemplo podría ser el caso de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o escuela.

Por último, los **intereses individuales homogéneos** aluden a auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de esos derechos descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante. En este supuesto, cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Con todo, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un *estado de cosas inconstitucional*.

Ahora bien, debe recordarse que el propio C.P.Const., reconociendo la importancia de estas nuevas realidades, indica en su artículo 40, tercer párrafo, que cualquier persona puede interponer una demanda de amparo “tratándose de la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros **derechos difusos** que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”. Nada dice el Código, en cambio, sobre la protección de los intereses colectivos. Y sin embargo –como sostendremos en adelante– ésta es la naturaleza que adquiere el bien jurídico constitucional que se pretende proteger en el presente caso (derecho al honor), visto claro está desde la propia especificidad cultural de la comunidad indígena demandante.

En efecto, como ya se ha expresado en los fundamentos precedentes, en el horizonte cultural de las comunidades indígenas, los intereses de los individuos muchas veces se

158 STC N.º 04878-2008-PA/TC, Fundamentos Jurídicos 30 al 34. Cabe mencionar que para hacer estas distinciones el Tribunal se basa en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los intereses difusos y D. F. colectivos*, México, Porrúa, 2003.

corresponden, de un modo esencial con el interés de la comunidad, en un punto tal que difiere en gran medida de nuestra propia comprensión de los bienes sociales. Así, en el caso del honor, mientras en una sociedad anónima difícilmente pueda considerarse que la afectación del honor o imagen de la sociedad comercial afecte también el honor de sus socios, en el caso de una comunidad indígena, el atentado contra su honor o buena reputación puede ser sentido de un modo tan grave por cada integrante de la misma, que puede decirse que el honor de la comunidad pertenece también al ámbito personal de intereses de cada individuo que, por tratarse de un bien tan esencial para su dignidad, representa un atributo de carácter ius-fundamental. En dicho contexto, en una comunidad indígena, bien puede decirse que el honor representa un bien colectivo, que al ser afectado por un funcionario, autoridad o persona, lesiona tanto al colectivo en sí como a cada uno de sus miembros en tanto integrantes de dicha comunidad. Es por esta razón que creemos que, en el caso de autos, el tipo de interés afectado, de acuerdo a la definición efectuada en el fundamento 23, es uno de carácter colectivo.

Ahora bien, nuestra legislación procesal constitucional no ha reservado para este tipo de intereses una específica regulación, lo cual, sin embargo, debe ser suplido por el legislador ordinario y no por el Colegiado Constitucional. No obstante ello, creemos que en este particular caso, la tutela del interés colectivo del honor de la comunidad puede ser materializada a través del supuesto de “afectación directa” a que alude el artículo 40 del C.P.Const. Y ello es así porque, en primer lugar, la propia Comunidad Nativa *Sawawo Hito 40*, en tanto sujeto colectivo con personería jurídica, puede demandar como directamente afectada, tal como efectivamente lo ha hecho, de forma legítima, en el presente caso. Pero, del mismo modo, cada individuo de la comunidad nativa demandante puede pretender la tutela del honor de la comunidad, como “directamente afectado” (teniendo en cuenta, como ya se dijo, la particular cosmovisión de esta comunidad, de acuerdo a la comprensión cultural de la Constitución), aun cuando el interés suyo no sea de carácter personal sino colectivo.

A mayor abundamiento, bien puede concluirse, con carácter general, que los intereses atribuibles a las Comunidades *en cuanto tales* (entiéndase, cuando el acto lesivo afecta los rasgos esenciales de su identidad cultural) pueden ser calificados como *intereses colectivos*, pues si bien no existe una relación jurídica “oficial” que ligue a cada uno de sus miembros, sí existe entre ellos una relación “social” que, en la práctica, cumple iguales (o más importantes) funciones de organización. En tal sentido, deviene válido interpretar que **cualquiera de los miembros de una Comunidad Campesina o Nativa puede interponer una demanda de amparo cuando la afectación de un derecho fundamental compromete la identidad cultural de dicha Comunidad.**

Finalmente, esta interpretación no enerva la posibilidad de que sea la propia Comunidad la que acuda al proceso de amparo a través de sus representantes legales, como cualquier otra persona jurídica. En ese sentido, podríamos decir que, en rigor, la regla expuesta en el fundamento anterior termina cumpliendo un rol complementario o de refuerzo, pues en principio la propia Comunidad en cuanto tal puede reclamar la vulneración de alguno de sus derechos fundamentales, para lo cual deberá entenderse que su representación la ostentan quienes se encuentran inscritos como sus representantes legales o, en su defecto, quienes se hallen socialmente reconocidos como los líderes o jefes de la comunidad.

§3. Dilucidación del fondo de la controversia

En la sentencia se alega también que, en el presente caso, la vulneración del derecho al honor de la comunidad nativa *Sawawo Hito 40* se ha configurado desde que el semanario *El Patriota* ha hecho uso, en la publicación referida, de expresiones inadecuadas que, en

aplicación del test de proporcionalidad, son calificadas como innecesarias y desproporcionadas y, por ello, vulneratorias del derecho al honor de la comunidad.

En efecto, de acuerdo a lo sostenido en el fundamento 41 de la sentencia (acápito b sobre el test de necesidad), el medio de comunicación demandado habría podido utilizar otras expresiones diferentes a la de “contubernio” para expresar el mensaje comunicativo o denuncia periodística, destinada a condenar la actitud de la comunidad indígena que permitía la tala ilegal de árboles. Así, según este considerando de la sentencia, expresiones como “irresponsabilidad al permitir la tala de árboles” o “que no era adecuado que deje actuar de manera impune a la empresa de tala de árboles” lograban también el fin comunicativo y eran menos lesivas del derecho fundamental al honor, por lo que debieron emplearse en lugar de aquella que aludía a un “contubernio”. Se juzga con ello la expresión empleada como innecesaria y violatoria del honor de la comunidad.

De nuestra parte creemos, sin embargo, que este no es el sentido correcto del control constitucional sobre las expresiones comunicativas y, por ende, sobre el derecho a la libertad de expresión, en relación, claro está, con la protección del derecho fundamental al honor. Desde nuestro punto de vista, no puede calificarse una expresión como ilegítima, por vulneratoria del derecho al honor, por el solo hecho de que existan expresiones que puedan ser menos *fuertes* sobre el ámbito espiritual subjetivo de una persona. Así, si bien las expresiones mencionadas por la sentencia pueden ser menos fuertes en relación a dicho ámbito subjetivo espiritual, no quiere ello decir que éstas hayan tenido que ser utilizadas *necesariamente* para no vulnerar el derecho al honor del demandante. Se confunde pues este fuero sentimental personal con el honor de la persona.

Si bien el derecho al honor se ubica dentro de los derechos fundamentales de la persona como ser espiritual, no significa ello que este atributo constitucional proteja cualquier dimensión sentimental o espiritual de la persona, sino sólo una que, por razones objetivas, pueda considerarse como atentatoria de aquel. En dicho contexto, sólo cuando las expresiones utilizadas sean inconducentes, esto es, cuando no tengan nada que ver con el mensaje comunicativo que se pretende transmitir; o cuando sean vejatorias de la dignidad de la persona, pueden ser éstas consideradas ilegítimas y, por tanto, interdictadas a través de un proceso judicial.

Desde esta óptica, creemos que en el caso de autos, no ha existido vulneración del derecho al honor de la comunidad nativa *Sawawa Hito 40*, por el solo hecho de *expresar* que dicha comunidad había entrado en una lógica de “contubernio” con la empresa maderera que talaba ilegalmente la madera en la zona de la selva donde reside la referida comunidad. Y es que si el sentido de la denuncia periodística era mostrar una aparente *cohabitación ilícita* entre comunidad y empresa con relación a la tala ilegal de madera, la expresión utilizada es claramente conducente y no constituye ninguna expresión vejatoria. Y es que no tiene otra significación el vocablo empleado según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. No contiene ella ningún vejamen contra la comunidad, sino sólo la utilización de un término que expresa fielmente el contenido de la denuncia periodística. Cuestión distinta es, como veremos, que la expresión empleada refleje un dato fáctico disvalorativo respecto a la comunidad. Pero ello ingresa dentro de otra libertad comunicativa fundamental, que ya no es la libertad de expresión, sino la libertad de información.

Con relación a ésta, su contenido constitucionalmente protegido no estriba, como en el caso anterior en la libertad para difundir opiniones o asignar calificaciones valorativas a los hechos noticiosos, sino en la libertad para informar respecto a cualquier hecho de relevancia pública. Como en el caso anterior, la libertad de información tiene también sus

límites, no sólo en relación con el derecho a la intimidad personal, sino también en cuanto al honor. Con respecto a éste su límite se encuentra en la veracidad de las informaciones difundidas, la cual no supone la verdad exacta y absoluta de la información emitida sino la obligación de ofrecer la misma con un mínimo de diligencia que demuestre la orientación de la información hacia la verdad.

En el caso *sub exámine*, la vulneración del derecho al honor de la comunidad nativa se encuentra, creemos, en el modo como se ha ejercido la libertad de información por parte del Semanario *El Patriota*. Y es que, como correctamente ha señalado la sentencia en el fundamento 41 (acápito c sobre el test de proporcionalidad en sentido estricto), la grave imputación hecha a la Comunidad Nativa *Sawawa Hito 40*, no tiene sustento alguno en los datos fácticos ofrecidos en el reportaje, donde, como puede apreciarse de autos, no figura ninguna alusión a hechos que puedan siquiera aproximar a la verdad de lo que se afirma. Este punto ha sido, pues, bien anotado por la sentencia, mas no se le ha dado, desde nuestro parecer, una adecuada calificación jurídica. La ausencia total de referencias fácticas en el reportaje que probaran la denuncia efectuada no cabía en el análisis de la libertad de expresión, sino en el de la libertad de información. No obstante ello, la vulneración del derecho al honor de la comunidad nativa demandante se encuentra plenamente acreditada en la presente causa, por lo que concordamos con lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia.

SS.

**LANDA ARROYO
ETO CRUZ**

EXP. N.º 4656-2007-PA/TC

**LIMA
IMPORTADORA
FORMOSA S.R.L.**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de octubre del 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa Importadora Formosa S.R.L. contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 379, su fecha 1 de junio del 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 22 de septiembre del 2006, la empresa Importadora Formosa S.R.L. interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitando la inaplicación del artículo 2º del Decreto Supremo N.º 17-2005-MTC, por considerarlo una norma autoaplicativa que se constituye en una amenaza a sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, contratación y libre iniciativa privada.

Sostiene, a la luz de lo señalado en las sentencias Nros. 0008-2003-AI/TC y 0017-2004-AI/TC, que las medidas adoptadas en el Decreto Supremo materia de cuestionamiento resultan desproporcionadas, tomando en consideración que el fin que persigue la norma es la renovación del parque automotor.

Sin perjuicio de lo expuesto, aduce que el artículo 2.º del Decreto Supremo en mención debe aplicarse a todos los actos que ocurran durante su vigencia, mas no al contrato celebrado entre la demandante y la empresa japonesa K & Y Corporation CO LTD, suscrito el 14 de julio del 2005, de conformidad con la Teoría de los Hechos Cumplidos recogida en el artículo 103.º de la Constitución.

Contestación

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda y deduce la excepción de prescripción, toda vez que habría transcurrido más de un año desde la entrada en vigencia de la norma, por lo que resultaba de aplicación lo dispuesto en el artículo 44.º del Código Procesal Constitucional.

Por otra parte, señala que el Tribunal Constitucional, en las sentencias mencionadas por el demandante, se ha pronunciado respecto a Decretos de Urgencia, pero no respecto a Decretos Supremos.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) se apersona al proceso y solicita su intervención litisconsorcial, al considerar que el petitorio de la demanda está directamente vinculado con las funciones de administración y control de tráfico internacional de mercancías dentro del territorio aduanero, las mismas que son competencia de la SUNAT.

Pronunciamiento de Primera Instancia

Con fecha 11 de diciembre del 2006, el Tercer Juzgado Mixto de Condevilla declara fundada la demanda, al considerar que los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, si bien versan sobre un Decreto de Urgencia, guardan relación con el presente caso, ya que aborda temas relativos a restricción de derechos fundamentales, resultando la medida adoptada irracional y desproporcionada.

Asimismo, manifiesta que el Decreto Supremo introduce elementos distintos a los señalados en el Decreto Legislativo N.º 843, desnaturalizando dicha norma de superior jerarquía, ya que mientras el Decreto Legislativo hace referencia a vehículos automotores de transporte terrestre usados de carga y pasajeros, el Decreto Supremo cuestionado modifica requisitos mínimos a la importación de motores, partes, piezas y repuestos usados de uso automotor.

Pronunciamiento de Segunda Instancia

Con fecha 1 de junio del 2007, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte revoca la sentencia de primera instancia y, reformándola, la declara improcedente, al considerar que no se enuncia ni identifica el hecho concreto que constituye la amenaza de los derechos constitucionales invocados, además de advertirse que se cuestiona de manera general y abstracta la constitucionalidad del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC.

FUNDAMENTOS

& Petitorio y Derechos Alegados

1. El objeto del proceso de amparo consiste en que se inaplique –de acuerdo a los alcances del artículo 3 del Código Procesal Constitucional- al caso de los demandantes y litisconsortes activos –y sólo de aquellos que interpusieron el recurso de agravio constitucional- el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC, que suspende la importación de motores, repuestos, partes y piezas usadas para vehículos automotores.

& Cuestiones Constitucionalmente Controvertidas

2. A fin de mejor resolver la presente demanda de amparo, este Colegiado considera pertinente pronunciarse sobre los siguientes aspectos:
 - 2.1 Cuestiones de procedencia de la demanda materia del presente proceso. Amparo contra normas y agotamiento de la vía previa.
 - 2.2 Verificar si es aplicable al caso en cuestión la Jurisprudencia emitida por este Tribunal (STC 0008-2003-AI/TC y 0017-2004-AI/TC) y si se han vulnerado los derechos alegados.

& Cuestiones de Procedencia - Amparo contra Normas

3. Considerando la sentencia venida en grado es pertinente señalar que en la STC N.º 4677-2004-PA/TC, se señaló "(...) la improcedencia del denominado "*amparo contra normas*", se encuentra circunscrita a los supuestos en los que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en el normativo (...). Es evidente que en tales casos no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 2º del Código Procesal Constitucional (C.P. Const.), ni menos aún la existencia actual de un acto lesivo de tales derechos. De ahí que, en dichos supuestos, la demanda de amparo resulte improcedente."
4. Sin embargo, la restricción contenida en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200º de la Constitución no impide que se interpongan demandas de amparo en contra de las denominadas *normas autoaplicativas*; es decir, contra aquellas normas de eficacia inmediata, cuyas disposiciones no necesitan, para su efectividad y cumplimiento, de ningún acto de la Administración, y que, además, inciden en forma directa en el ámbito subjetivo del demandante.
5. Cabe preguntarse, entonces, si las normas cuestionadas en autos son normas autoaplicativas. En la STC 1311-2000-AA/TC cuando se cuestionó la conformidad con el principio de legalidad del Derecho Supremo N.º 158-99-EF, señalamos que *"...si bien parece que el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N.º 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicatorio, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (...) y por ende, procedía esta acción de amparo, aun cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación para la cobranza del impuesto..."*.
6. En el caso de autos, el demandante cuestiona a través del proceso de amparo la constitucionalidad en abstracto del artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC, habida cuenta que esta disposición incorpora requisitos de cuyo contenido se puede advertir que quienes no cumplan con tales disposiciones no podrán importar motores, repuestos, partes y piezas usadas para vehículos automotores. Planteadas así las cosas, es claro que los tres artículos que contiene el Decreto Supremo N.º 017-2005-MTC son normas de carácter **autoaplicativo**, puesto que al imponer requisitos previos a cualquier acotación al pago (ya que sin ellos es imposible realizar su objeto social) por parte de la Administración Tributaria no necesitan, para su ejecución y cumplimiento, de ningún acto de la Administración, incidiendo en forma directa en el ámbito subjetivo de los demandantes y litisconsortes.
7. De ello, podemos concluir que al ser de naturaleza autoaplicativa la norma en cuestión, no es necesario agotar la vía previa (artículo 3º del C.P.Const. "Cuando se invoque la amenaza

o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la norma citada. Son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada...”).

& Los alcances de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2004-AI/TC en relación con el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 140-2001

8. Este Colegiado, con motivo de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2005-AI/TC, hizo una interpretación del artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 140-2001, la cual es aplicable para resolver la presente controversia.
9. En la referida sentencia, para la evaluación de la inconstitucionalidad material, el Tribunal Constitucional partió de la siguiente premisa: *“si los fines de la norma cuestionada son, como aparece de sus propios considerandos, la implementación de medidas orientadas al mejoramiento y desarrollo del transporte terrestre por carretera, la corrección de las distorsiones que afectan la competencia del mercado formal por la presencia masiva de empresas informales y la preservación de la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros, procede preguntarse si dichos objetivos, sustentados en indiscutibles premisas constitucionales (El primero, referido a una competencia que al Estado corresponde verificar a través del sector correspondiente y los segundos, relativos a principios explícitos reconocidos en la llamada Constitución Económica), justificaban sin embargo, y de alguna forma, la adopción de medidas como las contenidas en el Decreto de Urgencia N° 140-2001, particularmente la concerniente con su artículo 1°, referido a la suspensión de la importación de vehículos automotores usados de peso bruto, mayor a 3000 kilogramos, así como la importación de motores, partes piezas y repuestos usados para uso automotor”*.
10. A fin de responder tal interrogante, el Tribunal Constitucional evaluó la intervención normativa del Ejecutivo mediante el *test de proporcionalidad*, el cual, conforme se aplicó en las sentencias 0045-2004-AI y 0004-2006-AI/TC, involucra la evaluación de la intervención normativa en base a los tres subprincipios que lo conforman; esto es, a) idoneidad; b) necesidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto.

Estos subprincipios han de aplicarse de manera sucesiva, siendo que, en caso de que no se supere alguno de ellos, se declarará inmediatamente la inconstitucionalidad de la norma sin necesidad de continuar con la evaluación en los siguientes niveles.

11. Así las cosas, este Colegiado llegó a la conclusión de que el artículo 1 del Decreto de Urgencia 140-2001 era inconstitucional, luego de que no superara el *examen de necesidad*, conforme a los siguientes argumentos: “ (...) este Colegiado considera que sin necesidad de adoptar una decisión como la contenida en el artículo 1° de la norma impugnada, bien pudo el Estado llegar a los mismos objetivos sobre la base de otro tipo de alternativas, en principio, menos gravosas. Tal aseveración resulta plenamente constatable por diversos motivos, entre los que se puede detallar los siguientes: **a)** La congestión generada por vehículos de transporte como aquellos cuya restricción de importación se ha dispuesto, es resultado, o de la excesiva libertad de acceso al mercado de transporte, o de la falta de control de las reglas que restringen el acceso de vehículos orientados a la finalidad descrita. Se trata, en otros términos, de verificar que las reglas de libre competencia, entendida esta como libertad de acceso y de participación en el mercado, no están siendo correctamente observadas, pese a existir elementos que permitirían corregir los eventuales excesos; **b)** Por otra parte, el mismo fenómeno de congestión y la correlativa contaminación que éste genera son producto del aumento desmedido de vehículos promovido por la existencia de incentivos de mercado que, de alguna forma, exigen un control equilibrado que actualmente no se ha venido dando. No es, pues, que no se pueda participar en la actividad de transporte, sino que la regulación aplicable al ejercicio de la misma no termina siendo la más efectiva en relación con la cantidad y calidad de los vehículos utilizados y a la protección del medio ambiente y la salud de los usuarios; **c)** Otro de los aspectos que se intenta mejorar es el concerniente a la informalidad; sin embargo, este último requiere de efectivas tareas de fiscalización y sanción por parte de las autoridades competentes, las mismas que,

por lo menos durante la época en que se promovió la norma impugnada, no se vinieron realizando en forma efectiva. Más que atacar el problema del tráfico no permitido sobre la base de restricciones en la adquisición de vehículos, era, pues, pertinente reforzar las tareas de fiscalización sobre quienes por tener un vehículo de transporte pretendían ejercer dicha actividad; **d)** Lo mismo puede decirse de la seguridad de los peatones y demás vehículos que circulan por las vías del país así como de la calidad del servicio que se ha venido prestando y que requiere inevitablemente del establecimiento de reglamentos y normas técnicas, así como del cumplimiento de requisitos o exigencias mínimas en la capacitación o formación del personal encargado de brindar el servicio de transporte; **e)** Finalmente, la supuesta existencia de precios predatorios (perjudiciales) justifica de alguna forma, y acorde con los principios de protección al consumidor y el usuario, un cierto control sobre el mercado. Esta tarea, por otra parte, correspondía ser realizada por el Indecopi a través de su Comisión de Libre Competencia; sin embargo, y para la época en que fue emitida la norma cuestionada, dicha alternativa tampoco fue tomada en cuenta.

En suma, queda claro que cuando se señala que existe la necesidad de implementar medidas orientadas al mejoramiento y desarrollo del transporte terrestre por carretera, la corrección de las distorsiones que afectan la competencia del mercado formal por la presencia masiva de empresas informales y la preservación de la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros, es perfectamente viable llegar a los mismos objetivos utilizando fórmulas distintas y menos gravosas a la cuestionada, incorporando para ello adecuadas técnicas de control y fiscalización por parte de los organismos directamente involucrados. (...)”

12. Consecuentemente en la medida que el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 140-2001 fue declarado inconstitucional por la STC 0017-2004-AI, su aplicación al caso concreto, impidiendo la importación de la mercancía de los recurrentes, resulta evidentemente lesivo a sus derechos fundamentales, particularmente los relativos a la libertad de contratación y la libre iniciativa privada como integrantes de la economía social de mercado, entendiéndose que, *“Se toma como base la STC N.º 0008-2003-AI/TC (Constitución Económica), donde se dictaron las pautas de interpretación de los principios que inspiran el régimen económico en la Constitución de 1993, a fin de señalar que el rol del Estado en materia económica debe entenderse necesariamente desde la óptica del Estado Social y Democrático de Derecho. Bajo ese marco, los principios del régimen económico constituyen normas programáticas para el legislador, quien debe buscar el equilibrio entre la subsidiariedad y la solidaridad social...”* (STC 0034-2004-AI/TC).

& Los alcances de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2004-AI/TC en relación con el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC

13. El Decreto Supremo N° 017-2005-MTC en su artículo 2 dispone que para la importación de motores, repuestos, partes y piezas usadas para vehículos de uso automotor, estos deben ser remanufacturados y, por lo tanto, deben cumplir con los siguientes requisitos:
 - a) Ser suministrados con garantía de fábrica similar a la de una mercancía nueva;
 - b) La importación debe ser realizada para actividades productivas dentro del territorio nacional, siempre que los bienes a importar estén destinados a su utilización por empresas dedicadas a tales actividades como consumidores finales;
 - c) El proceso de remanufactura también debe ser el original y los bienes deben estar compuestos completa o parcialmente por mercancías recuperadas; y
 - d) En el mismo bien que se importe se debe indicar su condición de remanufacturado.

Finalmente, señala el dispositivo citado que “Los motores, partes, piezas y repuestos deben tener como destino su utilización exclusiva en vehículos que no circulen dentro del Sistema Nacional de Transporte Terrestre y que sirvan de apoyo en operaciones productivas. En el caso de los motores remanufacturados, estos deben tener una potencia igual o superior a los 380 kW”.

14. Del análisis de la imposición de los requisitos consignados en los incisos a) y c) podemos colegir que estos obligan a que la persona que importa los bienes en cuestión, deba contar con la garantía “de fábrica” y a que el proceso de remanufactura sea “el original”; tornándose ambos requisitos en inviables puesto que no se trata sólo de permitir las importaciones sino que las condiciones a cumplir por el demandante sean razonables, como se ha señalado en la citada jurisprudencia 0017-2004-AI/TC. En cuanto al requisito consignado en el inciso b) y la disposición del párrafo final del referido artículo 29-A del Reglamento Nacional de Vehículos incorporado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 017-2005-MTC, es claro que la intención del legislador es la de restringir la importación sólo a los consumidores finales, pero siempre que sea para vehículos “que no circulen en el Sistema Nacional de Transporte Terrestre”, lo cual se constituye en un requisito configurado para que en los hechos ninguna persona pueda importar motores, repuestos, partes y piezas usadas para vehículos automotores.
15. Además de lo analizado precedentemente, se debe tomar en cuenta la situación como importadores de motores, partes, piezas y repuestos orientados a satisfacer el mercado de piezas básicamente para el transporte público. Por otro lado, la fecha de publicación del Decreto Supremo N° 017-2005-MTC (15 de julio de 2005) que es por demás cercana a la fecha de publicación de la STC N° 017-2004-AI/TC (13 de julio de 2005); pudiendo evidenciarse que Estado aún mantiene pendiente la obligación correspondiente al deber de encontrar formas menos gravosas para cautelar bienes constitucionales superiores como ha establecido este Tribunal. En consecuencia, se permite la importación pero bajo condiciones irrazonables y con el argumento de la “protección del medio ambiente” cuyo análisis y consideración no es ajena al desarrollo de la jurisprudencia emitida por este Colegiado. Así en la STC3510-2003-AA/TC se ha señalado que “ *En el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no solo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el “derecho a un medio ambiente seguro, sano, [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo”*. En consecuencia, lo que en el fondo se está haciendo es crear barreras comerciales incompatibles con nuestro régimen constitucional económico.
16. Por consiguiente, estamos convencidos de que la *protección al medio ambiente* es imprescindible para nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho, y ello se ha expuesto en abundante jurisprudencia. Sin embargo, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante una realidad particular, donde los mecanismos utilizados por el Estado para dar solución a un problema de larga data, como es el “sistema de transporte público”, no son compatibles con los principios relativos a nuestra Constitución Económica de 1993, ya que han puesto a la libre importación de motores, piezas, partes y autopartes en una situación que imposibilita su realización en el sistema de transporte nacional, reconocida en el artículo 58 de la Constitución.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. **Declarar FUNDADA**

la demanda interpuesta y, en consecuencia, **INAPLICABLE** al caso concreto de la demandante los efectos del artículo 2° del Decreto Supremo N° 017-2005-MTC.

2. **EXHORTAR** al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y al Poder Ejecutivo a que cumpla con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con la materia, de conformidad con el artículo 102, inciso 9, de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

EXP. N.º 4739-2007-PHD/TC

**LIMA
PESQUERA VIRGEN
DEL VALLE S.A.C.**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de octubre del 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Pesquera Virgen del Valle S.A.C. contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 55, su fecha 23 de noviembre del 2006, que declaró improcedente la demanda de hábeas data de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de julio de 2006, la recurrente, debidamente representada por su Gerente General don Antonio Cicirello Carabelli, interpone demanda de hábeas data contra Megatrack S.A.C., a fin que se le ordene se abstenga de suministrar a favor del Ministerio de la Producción los datos, reportes e información individualizada proveniente del Sistema de Seguimiento Satelital (SISESAT), así como se declare la inaplicabilidad del numeral 115.2 del artículo 115º y del segundo párrafo del artículo 116º del Reglamento de la Ley General de Pesca. Invoca la vulneración de sus derechos constitucionales al secreto de las comunicaciones, a la intimidad personal, a la iniciativa privada, a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libre competencia.

Manifiesta que mediante el Decreto Supremo N.º 008-2006-PRODUCE se modificaron los artículos 115º y 116º del Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N.º 012-2001-PRODUCE, con el propósito de permitir el uso de los datos, reportes e información del Sistema de Seguimiento Satelital – SISESAT, proveniente de embarcaciones pesqueras dedicadas a la extracción de recursos hidrobiológicos distintos a los altamente migratorios y transzonales, por parte de las asociaciones o gremios pesqueros debidamente reconocidos por el Ministerio de la Producción, afectando de esta manera su derecho constitucional a la “autodeterminación informativa”, permitiendo el acceso a terceros a ciertas informaciones consideradas como secreto industrial o empresarial. Asimismo, expresa que dichas normas tienen carácter “autoaplicativo” ya que con su entrada en vigencia los datos, reportes e información de las embarcaciones pesqueras provenientes del SISESAT pierden el

carácter confidencial y reservado de que hasta ese momento gozaban; por lo que, al tener eficacia inmediata, pueden ser inaplicadas para la recurrente.

El Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 10 de julio de 2006, declara improcedente la demanda, por considerar que la demandante, al ser una persona jurídica, no está comprendida dentro de lo establecido en el inciso 6) del artículo 2º de la Constitución, ya que al ostentar dicha calidad no puede verse afectada su intimidad personal o familiar.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El petitorio de la demanda consiste en ordenar a Megatrack que se abstenga de suministrar a favor del Ministerio de la Producción los datos, reportes e información provenientes del Sistema de Seguimiento Satelital; así como de declarar inaplicables el numeral 115.2 del artículo 115º y el segundo párrafo del artículo 116º del Reglamento de la Ley General de Pesca.

Sobre la autodeterminación informativa

2. El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.

3. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. En ese sentido se ha pronunciado este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, de fecha 29 de enero de 2003^[1].

4. En este orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos.

5. Asimismo, este Tribunal se ha pronunciado respecto de cuáles son los derechos fundamentales cuya titularidad pueden ostentar las personas jurídicas. Así, bajo una interpretación extensiva del inciso 17) del artículo 2º de la Constitución, toda

persona jurídica puede tener o retener para sí aquellos derechos de carácter fundamental que le resulten aplicables. En ese sentido, mediante la sentencia de fecha 4 de agosto de 2006, recaída en el Expediente N.º 4972-2006-PA/TC, este Tribunal ha señalado de manera enunciativa una serie de derechos fundamentales invocables por las personas jurídicas, entre los que encontramos el derecho a la autodeterminación informativa (apartado e del Fundamento N.º 14).

Sobre las normas autoaplicativas

6. De acuerdo al artículo 3 del Código Procesal Constitucional, se consideran normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada; es decir, tienen eficacia inmediata ya que no se encuentran sujetas a la realización de actos posteriores de aplicación o a una eventual reglamentación legislativa, sino que la adquieren al mismo momento de entrar en vigencia.

7. En ese sentido, procede la inaplicabilidad de una norma autoaplicativa en un caso concreto cuando la misma invoque la afectación directa de derechos subjetivos constitucionales, es decir, una norma cuya aplicación al caso concreto resulta incompatible con la Constitución.

8. Con relación a esta materia, el numeral 115.2 del artículo 115º y el segundo párrafo del artículo 116º del Reglamento de la Ley General de Pesca, modificados mediante el Decreto Supremo N.º 008-2006-PRODUCE, tienen un carácter evidentemente autoaplicativo, por cuanto sus efectos se han venido produciendo con la sola entrada en vigencia de dichas normas, sin requerirse actos de ejecución.

Análisis del Caso Concreto

9. Según el Reglamento del Sistema de Seguimiento Satelital, éste constituye un sistema encargado de recaudar información únicamente sobre la ubicación y desplazamiento de las embarcaciones pesqueras de mayor escala de bandera nacional o extranjera a fin de obtener un control de las actividades extractivas que permita adoptar las medidas necesarias orientadas al aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos. Como es de verse, dicha información recabada no tiene el carácter de sensible ni reservada, por lo que puede ser objeto de difusión por parte del Ministerio de la Producción sin transgredir ninguna norma constitucional.

10. En el caso de autos, el Tribunal considera que no se está violentando el derecho constitucional a la autodeterminación informativa de la recurrente, por cuanto los datos objeto de difusión por parte del Ministerio de la Producción no tienen el carácter de sensible ni privado, ni se encuentran referidos a algún mecanismo o procedimiento que afecte de manera alguna el secreto industrial o empresarial de la recurrente, toda vez que la información difundida se refiere sólo a la ubicación y desplazamiento de las embarcaciones pesqueras. En ese sentido, la revelación de dichos datos a terceros no afecta el derecho a la autodeterminación informativa de la recurrente.

11. Asimismo, no se puede invocar la inaplicabilidad del numeral 115.2 del artículo 115º ni del segundo párrafo del artículo 116º del Reglamento de la Ley General de Pesca toda vez que, si bien es cierto, dichas normas tienen el carácter de autoaplicativas, con su entrada en vigencia no han vulnerado derecho constitucional alguno de la recurrente, por cuanto los datos, reportes e información objeto de difusión no pueden ser considerados como de carácter reservado ya que no afectan de manera directa e inmediata a su esfera particular.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas data de autos.

Publíquese y notifíquese

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

III (...)3. El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2º de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2º de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen.

EXP. N.º 00017-2008-PI/TC

LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL
PERÚ**

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**MÁS DE 5,000 CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA**

SÍNTESIS

*Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por
más de 5,000 ciudadanos, contra la Ley N.º 28564,
Ley que deroga la Ley N.º 27504 y restituye el tercer
párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria*

Magistrados firmantes

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

III. ANTECEDENTES

- §1. Argumentos de la demanda.
- §2. Argumentos de la contestación de la demanda.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

V. FUNDAMENTOS

Primera Parte: Constitución, educación y universidad

- §1. El contenido constitucional del derecho fundamental a la educación.
- §2. El derecho fundamental de acceso a una educación de calidad.
- §3. El derecho fundamental a la educación universitaria.

Segunda Parte: Control de constitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28564

- §4. Delimitación de petitorio.
- §5. Incidencia de la Ley N.º 28564 en el contenido protegido de los derechos fundamentales de acceso a la educación universitaria, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa.
- §6. El principio de proporcionalidad.
- §7. La finalidad perseguida por la Ley N.º 28564, según el legislador.
- §8. Las finalidades perseguidas por la Ley N.º 28564, según el apoderado del Congreso.
- §9. Posición de Tribunal Constitucional en relación con las finalidades perseguidas por la Ley N.º 28564, según el apoderado del Congreso.
- §10. Posición del Tribunal Constitucional en relación con la finalidad perseguida por la Ley N.º 28564, según el legislador, y aplicación del *test* de proporcionalidad.
- §11. Justificación constitucional para un pronunciamiento sobre normas conexas vinculadas con el nivel de la educación universitaria.

Tercera Parte: Control de constitucionalidad de las competencias ejercidas por la ANR y el CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales.

- §12. Régimen legal de la universidad peruana.
- §13. Imparcialidad objetiva y aplicación de la “teoría de la apariencia” a la regulación normativa de la ANR y del CONAFU.
- §14. Análisis constitucional del rol cumplido por el CONAFU en el ejercicio de la competencia de autorizar el funcionamiento de universidades.
- §15. Análisis constitucional del rol cumplido por la ANR en el ejercicio de la competencia de autorizar el funcionamiento de filiales universitarias.
- §16. Análisis constitucional del rol cumplido por el CONAFU en el ejercicio de la competencia de ratificar y autorizar el funcionamiento de filiales universitarias.
- §17. Consecuencias de la inconstitucional función cumplida por la ANR y el CONAFU.

Cuarta Parte: Estado y deber constitucional irrenunciable de garantizar y supervisar la calidad de la educación universitaria

- §18. El deber del Estado de garantizar la calidad de la educación.
- §19. Control de la calidad de la educación.
 - 19.1 Control interno de la calidad de la educación universitaria. La autoevaluación.
 - 19.2 Control externo de la calidad de la educación universitaria y autonomía universitaria.
 - 19.3 Control externo de la calidad de la educación universitaria ejercido por el SINEACE.
- §20. Educación universitaria *para el trabajo* y la empleabilidad como uno de los criterios constitucionalmente exigibles para asegurar la calidad de la educación universitaria.
- §21. Sistema universitario y estado de cosas inconstitucional.

VI. FALLO

EXP. N.º 00017-2008-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de junio de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra la Ley N.º 28564, que deroga la Ley N.º 27504 y restituye el tercer párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de julio de 2005.

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

Ley N.º 28564

Ley que deroga la Ley N.º 27504 y restituye el tercer párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Derógase la Ley N.º 27504, Ley que regula la creación de filiales universitarias y otorga facultades adicionales a la Asamblea Nacional de Rectores (ANR).

Artículo 2.- Restituye la vigencia del tercer párrafo del artículo 5 de la Ley N.º 23733

Restitúyese la vigencia del tercer párrafo del artículo 5 de la Ley N.º 23733, Ley Universitaria, quedando prohibida la creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas, fuera del ámbito departamental de su sede principal, a partir de la vigencia de la presente Ley, salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la presente Ley.

Artículo 3.- Funcionamiento de filiales al amparo de la Ley N.º 27504

Las filiales autorizadas al amparo de la Ley N.º 27504 están sujetas a ratificación por parte del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU). La no ratificación genera la clausura definitiva.

Artículo 4.- Nulidad de actos académicos y administrativos

La Asamblea Nacional de Rectores declarará nulo los actos académicos y administrativos que expidan las instituciones que funcionen como filiales en transgresión a la presente Ley. Dispondrá además, la no inscripción de los grados y títulos que otorguen dichas instituciones en el Registro Nacional de Grados y Títulos Profesionales. Bajo responsabilidad informará a la opinión pública sobre estos hechos.

Artículo 5.- Denuncias al Ministerio Público

El Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU) será el encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la presente Ley, debiendo adoptar las acciones pertinentes para clausurar las filiales universitarias no autorizadas y formulará las denuncias penales correspondientes ante el Ministerio Público.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

ÚNICA.- Las solicitudes para autorización de funcionamiento de filiales universitarias tramitadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, ante la Asamblea Nacional de Rectores, deberán ser remitidas al CONAFU, quien en el plazo de ciento veinte (120) días hábiles (*) autorizará o denegará su funcionamiento, conforme al reglamento que apruebe para este propósito.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Las disposiciones de la presente Ley también les son aplicables a las filiales universitarias, sucursales, sedes o anexos constituidos conforme al artículo 5 inciso f) del Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación.

SEGUNDA.- Los estudiantes de las filiales universitarias no ratificadas, conforme al artículo 3, podrán continuar sus estudios en la sede de la universidad o en la universidad de su elección, de acuerdo a los requisitos establecidos por ellas.

TERCERA.- Deróganse las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Con fecha 17 de junio de 2008, los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28564, Ley que deroga la Ley N.º 27504 y restituye el tercer párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria, alegando que es incompatible con los derechos fundamentales de acceso a la educación universitaria, a la constitución de centros docentes universitarios, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. Asimismo, afirman que atenta contra la garantía institucional de la autonomía universitaria. Aún cuando sostienen que, en estricto, el vicio de inconstitucionalidad se encuentra en los artículos 1º y 2º de la ley cuestionada, afirman que éste alcanza al resto de su articulado por conexidad.

Los fundamentos de la demanda, son los siguientes:

- ☐ Señalan que la ley cuestionada afecta el derecho fundamental de acceso a una educación adecuada, pues al prohibir la constitución de filiales universitarias en zonas departamentales distintas de aquélla en la que se encuentra la sede principal de la universidad, los pobladores de muchos lugares del territorio nacional no contarán con una sede universitaria a la cual acudir o, en todo caso, con contarán con una oferta educativa suficiente que les permita realizar una adecuada elección. Dicha situación, además, podría exigir que un vasto número de personas se traslade a otros departamentos para acceder a la educación superior que requiera, lo que resulta prácticamente imposible en razón de la precaria situación económica de la mayoría de peruanos.
- ☐ Aducen que existen zonas del país en las que por razones geográficas, de presupuesto privado o de otra índole, no es posible que se constituyan centros universitarios con sedes principales. Refieren que puede darse el caso de que la demanda en un determinado mercado en una zona departamental requiera la presencia de una simple filial y no de todo el aparato burocrático de la sede principal de una universidad; si en tal caso se exige la constitución de toda una universidad, la demanda educativa no podrá cubrir los costos en que tendría que incurrir la universidad para mantener su oferta educativa.
- ☐ Sostienen que la ley impugnada vulnera el derecho a la libertad de creación y constitución de centros docentes universitarios. Alegan que cuando el artículo 18º de la Constitución señala que la ley fija las condiciones para autorizar el funcionamiento de universidades, alude a que la ley puede fijar las condiciones de dicho funcionamiento o de sus filiales, pero que en modo alguno puede prohibirse constituir universidades o filiales, sea dentro o fuera de la sede departamental de la sede central.
- ☐ Argumentan que cuando el Congreso emitió la ley incoada, no analizó adecuadamente todas las alternativas que tenía para cumplir su propósito, pues se limitó a escoger la vía que le resultaba menos costosa. En tal sentido, señalan que la medida adecuada para mejorar el nivel educativo en el país era aumentar el nivel de fiscalización y supervisión de las filiales por parte del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), y la imposición efectiva de las sanciones administrativas del caso.
- ☐ Aducen que la ley sometida a juicio vulnera la garantía institucional de la autonomía universitaria, pues afecta la facultad de las universidades de autodeterminar su régimen de gobierno, transgrediendo la potestad que tienen para estructurar, organizar y conducir la institución universitaria, concretamente, a través de la creación de filiales, sucursales o establecimientos secundarios en departamentos distintos de aquel en el que se encuentra su sede principal.
- ☐ Afirman que la ley cuestionada limita el ejercicio de la iniciativa privada, pues el espectro de actividades económicas que el sujeto es libre de escoger se va a ver limitado al no existir la posibilidad de abrir filiales de universidades en distintas zonas departamentales. Refieren que el problema de la calidad

del servicio educativo brindado por las filiales podía ser superado por los propios agentes económicos y por una actividad supervisora, fiscalizadora y sancionadora del Estado.

- Sostienen que la ley incoada vulnera el derecho a la libertad de empresa en su manifestación de acceso al mercado, pues para competir en diversos departamentos será necesario constituir toda una universidad, lo cual es impracticable por resultar altamente costoso e ineficiente.

- Aducen que la ley enjuiciada afecta la libertad de empresa en su manifestación de libertad de organización, pues limita la posibilidad de expansión organizativa y de desconcentración de las universidades, frenando el proceso de crecimiento económico de este sector empresarial en el ámbito educativo.

- Señalan que la ley viola la libertad de empresa en su manifestación de derecho a la libre competencia, en la medida de que provoca que la poca competencia que puede ser efectuada se realice en desigualdad de condiciones, toda vez que para que los inversionistas puedan competir en diversos mercados dominados por filiales, tendrán que constituir una universidad, lo cual resulta desventajoso.

- Sostienen que al tomarse en cuenta que la prohibición de constituir filiales tiene como finalidad eliminar las deficiencias de la oferta educativa universitaria ocasionadas por el bajo nivel del servicio prestado por muchas filiales universitarias autorizadas por CONAFU y por la presencia de muchas pseudofiliales, dicha medida resulta desproporcionada por no resultar idónea ni necesaria para alcanzar dicha finalidad, en tanto que la prohibición en modo alguno genera que las ya constituidas presten un mejor servicio. Ello se lograría —refieren— con la aplicación de actividades de fiscalización y sanción por parte de CONAFU o, en todo caso, de INDECOPI. Con relación a las pseudofiliales, señalan que su situación antes y después de la entrada en vigencia de la ley cuestionada es la misma.

§2. Argumentos de la contestación de la demanda.

Con fecha 31 de octubre de 2008, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- Refiere que dado que los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial universitaria, la ley coadyuva, en mayor medida, a que el servicio educativo universitario sea prestado con mayor eficiencia, y favorece el acceso en condiciones de igualdad a una educación universitaria de calidad, es decir, a que las personas de cualquier departamento del país puedan estudiar en universidades cuya constitución haya sido evaluada rigurosamente. Asimismo, aduce que la ley promueve que los centros educativos cuenten con infraestructura y personal idóneos para la prestación eficiente del servicio educativo y favorece a que la educación brindada sea pertinente, adecuada culturalmente, de buena calidad y acorde con las normas del Estado.

- Alega que la ley cuestionada procura que todas las personas, sin importar el departamento en el que vivan, accedan a la educación universitaria, a través de universidades. En concreto, afirma que, a través de la ley, el legislador estimula que los inversionistas creen universidades en vez de filiales.

- Sostiene que el artículo 18° de la Constitución establece que la ley fija las condiciones para el funcionamiento de las universidades, más no de sus filiales, por lo que no puede hablarse de un derecho constitucional a constituir filiales.

- Aduce que el legislador tiene la potestad constitucional de establecer cuáles son los requisitos para iniciar, impulsar y dirigir universidades, y en base a dicha potestad y en aras de promover la creación de dichas instituciones educativas, ha establecido que el servicio público de educación universitaria sea prestado a través de universidades y, excepcionalmente, mediante filiales universitarias dentro del ámbito departamental de la sede principal.

- Señala que el estímulo de creación de universidades reside en que las universidades de un departamento no serán afectadas por competir en condiciones desiguales con filiales de otras universidades pertenecientes a otro departamento. Los agentes económicos que han creado una universidad verían mermada

su inversión si tienen que competir con más filiales, las cuales tienen menor inversión y costos, incentivándose la creación indiscriminada de filiales, en vez de constituir universidades.

- Refiere que la ley no viola la autonomía universitaria, pues no afecta el régimen de estudios, ni el sistema curricular de enseñanza ni los créditos de los cursos de las universidades; tampoco interfiere con la libertad de cátedra, ni la potestad de definir su estructura de gobierno, ni su organización interna, ni la forma como deben conducirse para alcanzar sus fines académicos.
- Alega que la ley no viola la libre iniciativa privada, pues no está limitando en demasía la libre elección económica, sino que cumple con la función supervisora y correctiva o reguladora del Estado respecto del mercado. Con la ley —aduce— se delimita el ejercicio del derecho a la libertad de empresa para la prestación del servicio público de educación universitaria en condiciones de igualdad y con las garantías que aseguren una auténtica educación integral de calidad.
- Argumenta que la ley no vulnera la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, pues no impide el ejercicio del derecho a fundar instituciones educativas particulares; tan solo regula el medio a través del cual se puede acceder al mercado para promover la inversión en un servicio educativo adecuado y eficiente. Asimismo refiere que si bien la ley incide en el ejercicio de la libertad organizativa de las universidades, no resulta inconstitucional, pues persigue fines constitucionalmente legítimos.
- Señala que la Constitución otorga facultad al legislador para regular las condiciones dentro de las cuales debe ejercerse el derecho a la libertad de empresa para prestar el servicio público de educación universitaria. Aduce que de no establecerse la prohibición prevista en la ley, se afectaría las posibilidades reales de los alumnos matriculados en las filiales universitarias de tener un mayor acceso a la sede principal, pues ésta se encontraría fuera de su departamento, desincentivándose la creación de universidades, todo lo cual disminuye los niveles óptimos de competencia y, por ende, los beneficios para los usuarios y consumidores.
- Sostiene que la ley no vulnera la libre competencia en igualdad de condiciones, pues con su entrada en vigencia todos los competidores que deseen emprender actividad económica en materia educativa universitaria se encuentran sometidos a las mismas condiciones.
- Aducen que no debe perderse de vista que para efectos de determinar la validez de la ley sometida a juicio, no debe resultar relevante el control de carácter político relacionado con la conveniencia, utilidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la medida legislativa adoptada.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

1. Determinar cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la educación universitaria.
2. Determinar si la prohibición de constituir filiales universitarias fuera del ámbito departamental de la sede principal, prevista por la Ley N.º 28564, incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de acceso a la educación universitaria, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa.
3. Determinar en qué consiste la aplicación del *test* de proporcionalidad al momento de analizar la validez constitucional de las leyes.
4. Determinar si la prohibición de constituir filiales universitarias fuera del ámbito departamental de la sede principal, prevista por la Ley N.º 28564, persigue una finalidad constitucionalmente válida.
5. Determinar si la prohibición de constituir filiales universitarias fuera del ámbito departamental de la sede principal, prevista por la Ley N.º 28564, es idónea para alcanzar una finalidad constitucionalmente válida.

6. Determinar si la prohibición de constituir filiales universitarias fuera del ámbito departamental de la sede principal, prevista por la Ley N.º 28564, es necesaria para alcanzar una finalidad constitucionalmente válida, en comparación con otros medios alternativos que hubiesen permitido alcanzar la misma finalidad.
7. Determinar, de ser necesario, si la eventual afectación de carácter constitucional que pudiese generar la prohibición de constituir filiales universitarias fuera del ámbito departamental de la sede principal, prevista por la Ley N.º 28564, es ponderada en comparación con los beneficios constitucionales a los que pudiese dar lugar.
8. Determinar si existe justificación constitucional para que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento en relación con la constitucionalidad de determinadas normas que resultan conexas a la norma impugnada.
9. Determinar si las normas que regulan las competencias del CONAFU y de la ANR en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias, es acorde con el derecho fundamental de toda persona a la imparcialidad objetiva del órgano que, a través de sus resoluciones, decida sobre sus derechos u obligaciones.
10. Determinar si la ANR y el CONAFU han ejercido constitucionalmente las referidas competencias.
11. Determinar cuáles son los alcances del deber constitucional del Estado de garantizar y supervisar una educación universitaria de calidad.
12. Determinar si a la luz de la normativa vigente y de la situación actual del sistema universitario, el Estado ha renunciado al deber constitucional de garantizar y supervisar una educación universitaria de calidad.
13. Determinar cuáles son las condiciones que debe cumplir un sistema de control de la calidad de la educación universitaria para garantizar que ella cumpla con los fines constitucionalmente exigidos por los artículos 13º y 18º de la Constitución.
14. Determinar cuáles son las condiciones constitucionalmente exigidas que debe cumplir una universidad para poder crear una filial o una nueva facultad, teniendo en cuenta que de acuerdo con los artículos 14º y 23º de la Constitución, la educación prepara para el trabajo.
15. Determinar si a la luz de la actual situación del sistema universitario, de su respectiva regulación, y de la función cumplida por los órganos públicos concernidos, existe mérito para la declaración de un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural.

V. FUNDAMENTOS

Primera parte: Constitución, educación y universidad

§1. El contenido constitucional del derecho fundamental a la educación

1. Los derechos fundamentales participan de un presupuesto ético y jurídico cifrado en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), el que está orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2º 1 de la Constitución).

La libertad, no obstante, pierde su sentido axiológico si a ella no acompaña el conocimiento. En la libertad desinformada o desprovista de saber, anida el serio riesgo de hacer del ser humano objeto de voluntades ajenas, y no sujeto de la construcción meditada de su propio proyecto de vida, así como el peligro de hacer de la persona humana un punto estático en el camino de la evolución de las sociedades, o, peor aún, un elemento promotor de la involución.

2. Es bajo este presupuesto que se comprende toda la virtualidad constitucional del derecho fundamental a la educación. Se trata de un derecho cuya efectiva vigencia no solo garantiza subjetivamente el desarrollo integral de cada ser humano, sino también el progreso objetivo de la sociedad en su conjunto. Es así que el artículo 13° de la Constitución, establece que “[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”, mientras que el artículo 14°, reconoce que a través de ella, en general, se “promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte”.
3. Todo ello, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debe ser interpretado de conformidad con el artículo 26° 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que, en sentido similar, establece que “[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”, y con los artículos 13° 1 y 13° 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), respectivamente, que, en esencia, disponen lo mismo.
4. Sin la debida protección y promoción del derecho fundamental a la educación, el sentido mismo de la dignidad humana y de los derechos en ella directamente fundados, se torna esencialmente debilitado e ineficaz, pues la libertad sin conocimiento, lejos de fortalecer la autonomía moral del ser humano, lo condena a la frustración que genera la ausencia de la realización personal. Tal como ha dejado establecido este Tribunal, es a través del derecho fundamental a la educación “que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social”^[1].
5. Por ello, con meridiana razón, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la Organización de Naciones Unidas, a través de su Observación General N.º 13, sobre el derecho a la educación, ha sostenido que se trata de “un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico”^[2].
6. Como ha tenido ocasión de puntualizar este Colegiado, “la educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la cristalización de un ‘proyecto de vida’”^[3]. A lo que cabe agregar que tal proceso “no debe comprenderse solo a partir de una perspectiva individual, puesto que el ideal de la educación correspondiente a una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar lazos de empatía y la noción de igualdad, fomentándose con ello la solidaridad (art. 14° de la Constitución) que es un valor troncal de nuestro sistema constitucional”^[4].
7. Dicho proceso educativo se encuentra regido por una serie de principios (coherencia, libertad y pluralidad de la oferta educativa, responsabilidad, participación, obligatoriedad y contribución) que este Tribunal ha tenido oportunidad de delinear^[5], y tiene como fines constitucionales la promoción del desarrollo integral del ser humano, su preparación para la vida y el trabajo y el desarrollo de la acción solidaria^[6].
8. Del análisis conjunto del articulado constitucional en virtud del cual se reconoce y regulan los puntos basales del derecho fundamental a la educación (artículos 13° a 19° de la

Constitución), este Tribunal ha concluido que son fundamentalmente tres las principales manifestaciones de este derecho, “a saber; a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del [educando]; y c) la calidad de la educación”^[7].

9. Ahora bien, es imprescindible tener en cuenta que la educación posee un carácter binario, pues no solo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público: “la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana”^[8].
10. De esta manera, de una adecuada lectura de la Constitución, deriva el derecho de toda persona de tener acceso a una educación de calidad, y consecuentemente, el deber del Estado de garantizar, a través de una participación directa y de una eficiente e irrenunciable fiscalización, un adecuado servicio educativo accesible en condiciones de igualdad a todos los peruanos.

§2. El derecho fundamental de acceso a una educación de calidad

11. Como una garantía para asegurar el debido acceso a la educación, el artículo 17º de la Constitución establece el deber del Estado de promover “la creación de centros de educación donde la población los requiera”, mientras que con el mismo espíritu, el artículo 15º dispone que “[t]oda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas (...)”, conforme a ley”.
12. El derecho de acceso a la educación y las exigencias que de él derivan, también tienen respaldo en el Derecho Internacional de los derechos humanos. En efecto, con relación al artículo 13º 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se establece que la enseñanza debe hacerse “accesible a todos”, el CDESC ha advertido que la educación en todas sus formas y en todos sus niveles debe responder, entre otras, a las características de disponibilidad y accesibilidad. Estas características, en palabras del aludido Comité, implican lo siguiente:
 - “Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.;
 - Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
 - No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación.)
 - Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia.)
 - Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada (...): mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita”^[9].

13. Por su parte, la exigencia de la calidad de la educación impartida deriva de la finalidad constitucional que ella está llamada a cumplir. En efecto, es evidente que solo una educación de calidad asegura “el desarrollo integral de la persona humana”, según exige el artículo 13 constitucional. Por lo demás, como bien ha afirmado el CDESC, de todos los objetivos de la educación que son comunes al artículo 26° 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al artículo 13° 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “acaso el fundamental sea el que afirma que ‘la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana’”^[10].

Desde tal perspectiva, el concepto de calidad de la educación ha sido definido en referencia a dos principios: “el primero considera que el desarrollo cognitivo del educando es el objetivo explícito más importante de todo el sistema, y por consiguiente su éxito en este ámbito constituye un indicador de la calidad de la educación que ha recibido”; “el segundo hace hincapié en el papel que desempeña la educación en la promoción de actitudes y los valores relacionados con una buena conducta cívica, así como las condiciones propicias para el desarrollo afectivo y creativo del educando”^[11].

14. De esta manera, amplitud de acceso y calidad de la oferta educativa, son dos exigencias constitucionales de primer orden que no pueden ser desatendidas y entre las que hay que privilegiar un razonable equilibrio. Así, en procura de garantizar el acceso a la educación, no es posible permitir y menos aún promover la apertura indiscriminada de centros educativos que no garanticen ciertos estándares de calidad educativa. Como tampoco resulta razonable que ante la constatación de la baja calidad de la educación impartida, el Estado opte por la llana prohibición de la apertura de centros educativos. En ambos casos, el Estado estaría renunciando a cuando menos uno de los deberes impuestos por el Constituyente, y en ese sentido, decantándose por una alternativa que, aunque quizá sencilla, se encontraría también sensiblemente alejada del razonable equilibrio antes referido. Todo accionar del Estado debe estar orientado a garantizar el derecho fundamental de *acceso a una educación de calidad*.

§3. El derecho fundamental a la educación universitaria

15. Desde luego, la fuerza jurídica del contenido esencial del derecho fundamental a la educación, así como los fines constitucionales que está llamado a cumplir, rigen también en el ámbito de la educación universitaria, la cual, de conformidad con el artículo 18° de la Constitución, “tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica”. Cada uno de estos fines adopta características particulares descritas en estos términos por el Tribunal Constitucional:

a) La formación profesional.

Consiste en la exposición de los fundamentos conceptuales y científicos atinentes a las distintas y calificadas ramas del conocimiento humano, así como el desarrollo de las habilidades personales para su aplicación práctica.

Dicho proceso de preparación e inculcamiento de las bases teóricas y prácticas de las respectivas profesiones, implica también la actualización de los conocimientos de quienes las ejercen, a través de las actividades de postgrado.

b) La difusión cultural.

Se refiere a la diseminación de los aportes trascendentales del saber y la experiencia humana hacia la sociedad en un conjunto.

A través de esta suerte de ‘vaso comunicante’ entre la universidad y la sociedad, se permite el acceso a la cultura de personas ajenas a los claustros universitarios, vía las actividades de proyección social.

c) La creación intelectual y artística.

Tiene que ver con la estimulación del poder forjador de ideas y conceptos, la capacidad de invención y los atributos imaginativos del espíritu humano.

En el primer caso, contribuye al avance del conocimiento a través del desarrollo de la ciencia.

En el segundo caso, contribuye a la plasmación del goce espiritual a través de la comunión fecunda de los conocimientos, las emociones y los sentimientos humanos.

d) La investigación científica y tecnológica.

Se expresa en la promoción del progreso y desarrollo de los pueblos a través del conocimiento de la realidad y de las ideas; proponiéndose para tal efecto nuevas explicaciones sobre ellas.

Ello supone alentar las acciones de averiguación, indagación o descubrimiento en el ámbito de las ideas y la realidad; así como la aplicación de los conocimientos científicos a la praxis.

En el primer caso, contribuye a la consecución de nuevas interpretaciones sobre las ideas o la sustantividad de todo aquello que circunda la existencia y la coexistencia humana.

En el segundo caso, coadyuva a la producción de bienes y servicios destinados a mejorar la vida cotidiana”^[12].

16. Resumidamente, tal como lo tiene expuesto este Tribunal, “a la universidad le corresponde realizar el servicio público de la educación mediante la investigación, la docencia y el estudio, teniendo como funciones, entre otras, las de creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como las de difusión, valorización y transferencia del conocimiento para lograr una mayor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo”^[13].
17. Tal como se ha mencionado, el artículo 15º de la Constitución, reconoce el derecho constitucional de “[t]oda persona, natural o jurídica, (...) de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”. Por su parte, el segundo párrafo de su artículo 18º, establece que “[l]as universidades son promovidas por entidades privadas o públicas”.

A juicio de este Tribunal, la razón subyacente más inmediata que emana del análisis conjunto de los referidos artículos es la promoción de la inversión privada en la educación universitaria, a efectos de tener garantizado el acceso a la misma y a asegurar su calidad, como consecuencia del ejercicio de la libre y estatalmente supervisada competencia, reconocida en el artículo 61º constitucional.

18. Con miras a concretizar este postulado, el Poder Ejecutivo, en ejercicio de las facultades legislativas delegadas a las que hace referencia el artículo 104º de la Constitución, emitió el Decreto Legislativo N.º 882 —Ley de Promoción de la Inversión Privada en Educación—. Es así que en su artículo 2º, dispone que “[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho a la libre iniciativa privada, para realizar actividades en la educación. Este derecho comprende los de fundar, promover, conducir y gestionar Instituciones Educativas Particulares, con o sin finalidad lucrativa”; mientras que en su artículo 7º se enfatiza que “[s]on de aplicación en las Instituciones Educativas Particulares las garantías de libre iniciativa privada, propiedad, libertad contractual, igualdad de trato y las demás que reconoce la Constitución”.
19. El Tribunal Constitucional, *prima facie*, no encuentra mérito para cuestionar este enfoque económico y competencial en el ámbito de la educación universitaria, pues advierte que su finalidad se desenvuelve dentro de los márgenes de lo constitucionalmente permitido, en la medida que se pretende una educación universitaria cuantitativa y cualitativamente óptima, conforme a la voluntad del Constituyente.
20. No obstante, es evidente que este cometido no puede ser abordado perdiendo de vista los alcances del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la educación universitaria y la función que compete al Estado en asegurar el cumplimiento de las finalidades que ella está constitucionalmente llamada a cumplir.
21. De esta manera, en primer término, es preciso recordar que el régimen económico constitucional no está sometido al imperio de los simples designios del mercado. Por el contrario, de conformidad con el artículo 58º de la Constitución, el derecho a la iniciativa privada, “[s]e ejerce en una economía social de mercado”, lo cual implica que toda actividad económica no agota su virtualidad en los intereses privados de quienes la ejercen, sino que tiene el deber constitucional de fomentar el desarrollo social y asegurar el bienestar de los consumidores y usuarios (artículo 65º de la Constitución), como fines últimos y más valiosos del proceso económico^[14].

Según tiene expuesto este Colegiado “[l]a Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero se advierte la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, *tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios*. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, *apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario*, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”^[15].

22. En segundo término, es fundamental tener en cuenta que la función social de toda actividad económica, alcanza una singular dimensión cuando ella se desarrolla en el ámbito de la educación, en general, y en el de la educación universitaria, en particular.

En efecto, si, como ha quedado dicho, el derecho fundamental a la educación tiene un nivel axiológico de singular importancia en el orden constitucional merced a la relación simbiótica que existe entre el acceso al conocimiento y la optimización del principio-derecho a la dignidad (artículo 1° de la Constitución), y entre aquél y el libre desarrollo de la personalidad del ser humano (artículo 2° 1 de la Constitución), entonces toda actividad humana que participe del proceso educativo debe estar orientada a garantizar “el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13° de la Constitución), y, en el caso específico de la educación universitaria, a garantizar “la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica” (artículo 18° de la Constitución).

En consecuencia, la actividad educativa universitaria debe contar con la *irrenunciable, eficiente, eficaz y permanente* supervisión y fiscalización del Estado, a efectos, de asegurar su accesibilidad, su calidad y el cumplimiento de los fines exigidos por la Norma Fundamental.

23. El desarrollo de carácter constitucional expuesto en la primera parte de esta sentencia, en relación con el derecho fundamental a la educación, en general, y a la educación universitaria, en particular, constituye el fundamento dogmático que servirá de parámetro para controlar la validez constitucional de la Ley N.º 28564, y la de aquellas otras normas del sistema educativo universitario a las que el juicio de inconstitucionalidad deba extenderse en razón de la conexidad material que guarden con la que ha sido objeto de impugnación.

A continuación, en la segunda parte de esta sentencia, se llevará a cabo el control de constitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ley N.º 28564.

Segunda parte: Control de constitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ley N.º 28564

§4. Delimitación de petitorio.

24. Mediante el artículo 1° de la Ley N.º 28564, publicada el 2 de julio de 2005, se deroga la Ley N.º 27504. El artículo 1° de la Ley N.º 27504, publicada el 9 de julio de 2001, permitía a las universidades la constitución de filiales fuera del ámbito departamental de su creación, previa opinión favorable de la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), derogando el tercer párrafo del artículo 5° de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—, que prohibía a las universidades tener filiales, permitiéndoles, excepcionalmente, la creación de nuevas facultades, dentro del ámbito departamental de su sede principal.

De esta manera, por vía de la derogación de la Ley N.º 27504, la Ley N.º 28564, tal como dispone en su artículo 2°, restituye la prohibición de creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas, fuera del ámbito departamental de su sede principal. Es

esta prohibición la que los recurrentes juzgan inconstitucional.

RÉGIMEN NORMATIVO PARA LA CREACIÓN DE FILIALES UNIVERISTARIAS

NORMA	RÉGIMEN NORMATIVO
Tercer párrafo de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—, publicada el 17 de diciembre de 1983	Prohíbe que las universidades constituyan filiales, permitiendo, excepcionalmente, la creación de nuevas facultades dentro del ámbito departamental de la sede principal
Artículo 1º de la Ley N.º 27504, publicada el 9 de julio de 2001	Permite a las universidades constituir filiales fuera del ámbito departamental de la sede principal
Artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28564, publicada el 2 de julio de 2005 y cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita en este proceso	Restituye la vigencia del tercer párrafo del artículo 5º de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—, quedando prohibida la creación de nuevas filiales de universidades fuera del ámbito departamental de su sede principal.

25. De esta manera, en concreto, los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28564 —Ley que deroga la Ley N.º 27504 y restituye el tercer párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria—, que prohíbe la creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas fuera del ámbito departamental de su sede principal, pues consideran que es contraria a los derechos fundamentales de acceso a la educación universitaria, a la constitución de centros docentes universitarios, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. Aun cuando sostienen que, en estricto, el vicio de inconstitucionalidad se encuentra en los artículos 1º y 2º de la ley cuestionada, afirman que éste alcanza al resto de su articulado por conexidad.

§5. Incidencia de la Ley N.º 28564 en el contenido protegido de los derechos fundamentales de acceso a la educación universitaria, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa

26. La filial es la unidad académica desconcentrada, ubicada fuera del departamento en que se creó la universidad, que ofrece carreras profesionales o estudios de post grado. De acuerdo a los requisitos que en su momento exigió el ordenamiento jurídico para la constitución de filiales, solo las universidades institucionalizadas podían constituir filiales, es decir, solo aquellas que, en razón de haber probado a lo largo de un tiempo determinado su clara viabilidad, contaban con resolución de autorización de funcionamiento definitiva (artículo 1º de la Ley N.º 27504). Además, entre otras cuestiones, se exigía a la universidad solicitante probar el carácter diferencial de la oferta educativa que brindaría la filial en comparación con la que ya se estaba ofertando en la localidad donde se pretendía establecerla (artículo 7º del “Reglamento de Funcionamiento de Filiales Universitarias”, aprobado mediante Resolución N.º 386-2002-ANR).
27. Siendo ello así, cabe concluir que el objeto de las filiales, de acuerdo al diseño previsto en la Ley N.º 27504 y su Reglamento, era desconcentrar geográficamente la oferta educativa, haciéndola accesible a personas que, de otro modo, no tendrían sencillo acceso a una específica carrera.
28. Bajo este esquema, la constitución de filiales forma parte del libre ejercicio de la iniciativa privada y de la libertad de empresa protegidas por los artículos 58º y 59º de la Constitución, respectivamente, y tiene incidencia también en el ámbito de la educación universitaria en la medida de que, tal como fue expuesto, de un lado, el artículo 15º de la Constitución reconoce el derecho de toda persona, natural o jurídica, a promover y conducir instituciones educativas, y, de otro, el artículo 18º prevé que las universidades pueden ser promovidas por entidades privadas o públicas.
29. Pero, asimismo, y más importante aún, la constitución de filiales, tal como se encontraba

regulada por la Ley N.º 27504, era un modo de optimizar el derecho fundamental de acceso a la educación, concretizando el mandato constitucional en virtud del cual “[e]l Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera”. Por lo demás, cabe recordar que de conformidad con el artículo 13º c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en idéntico sentido a lo que señala el artículo 13º c. del “Protocolo de San Salvador”), “la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados”, y que, sobre el particular el CDESC de las Naciones Unidas, ha destacado que una de las manifestaciones de la accesibilidad que debe caracterizar al derecho fundamental a la educación, es la “accesibilidad material”, en el sentido de que “[l]a educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (...) o por medio de la tecnología moderna (...)”^[16].

30. Por ello, el Tribunal Constitucional coincide con los demandantes en que la Ley N.º 28564, al prohibir la creación de filiales de universidades fuera del ámbito departamental de su sede principal, *prima facie*, incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de acceso a la educación universitaria, y de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, manifestadas en el derecho a promover y conducir centros educativos universitarios. En efecto, en palabras de los demandantes:

“La Ley N.º 28564, al derogar la Ley N.º 27504 eliminando la posibilidad de que las universidades puedan contar con filiales departamentales fuera de su sede central y restituyendo la vigencia del párrafo tercero del artículo 5 de la Ley N.º 23733, LEY UNIVERSITARIA, está afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación universitaria, no solo en lo que respecta al derecho de constituir universidades y filiales, sino al mismo derecho de acceso material a la educación universitaria”^[17].

§6. El principio de proporcionalidad

31. No obstante, tal como es jurisprudencia reiterada de este Tribunal, el hecho de que una medida legislativa incida sobre el contenido constitucionalmente protegido de determinado(s) derecho(s) fundamental(es), no es mérito suficiente para declarar su inconstitucionalidad. Un razonamiento semejante desconocería el significativo margen de libre configuración normativa de los derechos fundamentales que alcanza al legislador, en razón de su legitimidad democrática directa (artículo 93º de la Constitución).

Ello es así, sobre todo, si se toma en cuenta que, de conformidad con el propio texto constitucional, el derecho de toda persona a promover y conducir instituciones educativas se ejerce “conforme a ley” (artículo 15º de la Constitución), siendo aún más preciso el artículo 18º constitucional, al señalar que “[l]a ley fija las condiciones para autorizar” el funcionamiento de las universidades, lo que evidentemente alcanza a las filiales que aquellas pretendan instituir en ejercicio su libre iniciativa privada.

En tal sentido, corresponde al legislador, por expreso mandato constitucional, regular y, en su caso, limitar el ejercicio del derecho a promover y conducir entidades educativas. Ahora bien, desde luego, dicha regulación y eventual limitación debe hacerse, en todo caso, sin desnaturalizar el contenido esencial del derecho, y de manera razonable y proporcionada, es decir, resguardando el correspondiente equilibrio entre los distintos valores que componen el ámbito material de la Constitución.

32. Por ello, para declarar la inconstitucionalidad de una medida legislativa, es preciso demostrar, además de su incidencia sobre el contenido protegido de un derecho, valor o principio protegido constitucionalmente, su manifiesta desproporción e irrazonabilidad. El respeto al principio de proporcionalidad aparece pues como el *límite de los límites* a los derechos fundamentales.
33. Para determinar si una concreta ley resulta o no compatible con el principio de proporcionalidad, es preciso ingresar en la formulación de un método estructural de razonamiento, compuesto por una serie de pasos subsecuentes y preclusivos. En primer término, debe analizarse la finalidad de la medida legislativa, con miras a asegurar que

resulte constitucionalmente válida.

Con relación a este punto, debe distinguirse entre el objetivo inmediato y la finalidad mediata de la medida. El objetivo inmediato es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende lograr a través de la restricción o limitación del derecho. La finalidad mediata esta referida a la protección u optimización del derecho, principio o bien constitucional que se logra con la realización del objetivo inmediato. Esta finalidad justifica normativamente en abstracto la legitimidad del objetivo de la medida restrictiva. Por ello, la ausencia de finalidad constitucionalmente válida determina la invalidez de la medida interventora en el contenido del derecho fundamental.

34. En segundo lugar, debe llevarse a cabo un juicio de idoneidad entre la medida legislativa de intervención y el fin propuesto por el legislador. Es decir, debe apreciarse una relación de causalidad o de adecuación entre el medio y el fin. En caso de no existir dicha relación, la medida legislativa será inconstitucional por inadecuada y, consecuentemente, irrazonable.
35. En tercer lugar, corresponde realizar un juicio de necesidad. Conforme a este criterio no resulta válida una medida limitativa de un derecho fundamental, si existían medios alternativos que hubiesen permitido alcanzar con igual o mayor adecuación la finalidad perseguida, incidiendo con menor, nimia o sin ninguna intensidad en el contenido del concernido derecho fundamental. En consecuencia, este examen conlleva una comparación de medios (el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin), tanto en relación con su mayor a menor incidencia sobre el contenido del derecho fundamental, como en relación con su mayor o menor adecuación para la consecución de la finalidad propuesta.
36. Finalmente, en caso de que se haya acreditado la adecuación y la necesidad de la medida legislativa interventora del derecho, en la procura de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, debe analizarse la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de la referida medida. Este juicio consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, conforme a la denominada ley de ponderación, en virtud de la cual, “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”^[18].

§7. La finalidad perseguida por la Ley N.º 28564, según el legislador

37. Un paso inicial para identificar la finalidad que, a juicio de legislador, justificaba su promulgación, consiste en analizar la exposición de motivos de los proyectos de ley que le sirvieron de antecedente (Proyectos de Ley N.ºs 10184/2003-CR, 11144/2004-CR, 11574/2004-CR, 11597/2004-CR, 12314-2004-CR, 12358/2004-CR, 12425/2004-CR, 12463/2004-CR, 12679/2004-CR, 12717/2004-CR, y 12751/2004-CR). Así, por ejemplo, en el Proyecto de Ley N.º 12463/2004-CR, se lee:

“...este crecimiento en el número de universidades no es precisamente el reflejo de los que el país necesita, sino más bien el resultado de haber transformado la educación en un negocio, de ahí que gran parte de nuestras universidades han caído en el descrédito debido a que su mayor preocupación se ha centrado en la proliferación de su oferta educativa, dejando en segundo plano la calidad de sus servicios académicos, situación que está dando lugar para que salgan de sus claustros malos profesionales que no encuentran lugar digno en el mercado laboral. (...). [E]l camino que han encontrado para satisfacer sus intereses es el mismo: crear indiscriminadamente una serie de academias preuniversitarias y nuevas sedes descentralizadas y/o filiales con facultades y programas que no cuentan con presupuestos para funcionar normalmente y ninguna autoridad educativa fiscaliza, las mismas que están ubicadas incluso fuera de su departamento de origen y no reúnen los requisitos mínimos de calidad educativa e infraestructura (...).”
38. A partir de esta consideración, que, *mutatis mutandis*, se mantiene como eje permanente en los otros proyectos, se advierte que la preocupación esencial reside en haberse constatado el virtual abandono de estándares siquiera mínimos de calidad en la educación que se ofrece

a través de diversas universidades existentes en el país y sus respectivas filiales.

39. Esta preocupación se ve reflejada de manera más clara y concluyente en el Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural del Congreso de la República, recaído sobre el conjunto de los aludidos proyectos de ley. En efecto, en dicho Dictamen se señala:

“...existe un elevado número de usuarios de los servicios universitarios, comprendidos en el ámbito regular o de normal desarrollo; sin embargo, existe en nuestro país un elevado número, realmente indeterminado de filiales o pseudofiliales de Universidades que vienen ofertando servicios que no cumplen con los mínimos niveles de exigencia académica ni los requerimientos que la Universidad exige a sus usuarios. En ese sentido, la sociedad está a la espera que los organismos rectores del Estado, en materia educacional, se pronuncien de manera coherente y oportuna, antes de que este evento pernicioso, termine por complicar de manera irreversible la calidad de los profesionales que la Universidad peruana estaría produciendo.

Las propuestas legislativas apuntan precisamente a corregir esta situación, derogando a la Ley que dio nacimiento a las filiales, restituyendo el tercer párrafo del Artículo 5° de la Ley Universitaria, Ley N.° 23733 y otorgando facultades a la ANR, a efectos de buscar una salida coherente al problema que existe en el Sistema Universitario Peruano”^[19].

40. En tal sentido, la emisión de la Ley N.° 28564, y la consiguiente prohibición de creación de nuevas filiales de universidades fuera del ámbito departamental de su sede principal, a juicio del legislador, tiene por finalidad atacar el problema de las filiales que ofertan servicios “que no cumplen con los mínimos niveles de exigencia académica ni los requerimientos que la Universidad exige a sus usuarios”.

§8. Las finalidades perseguidas por la Ley N.° 28564, según el apoderado del Congreso

41. El apoderado del Congreso de la República, por su parte, ha planteado de esta manera los que a su juicio son los fines que persigue la promulgación de la Ley N.° 28564:

“...el legislador (...) ha considerado conveniente que el servicio público de educación universitaria sea prestado a través de universidades y, excepcionalmente, mediante filiales universitarias dentro del ámbito departamental de la sede principal, para alcanzar los fines de:

- i) Procurar la plena eficiencia del servicio público de educación universitaria, de conformidad con el rol del Estado de supervisor del cumplimiento y la calidad de la educación (artículo 16° de la Constitución) y en atención a que la educación, en este caso universitaria, tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana (artículo 13° y 19° de la Constitución).
- ii) Promover la creación de universidades (artículos 17° y 18° de la Constitución).
- iii) Promover la inversión en el servicio público de educación universitaria (artículos 58° y 59° de la Constitución).
- iv) Promover el acceso en condiciones de igualdad al servicio público de educación universitaria (artículo 2°, inciso 2, de la Constitución)”^[20].

42. A juicio del apoderado del Congreso de la República, la prohibición de filiales generará mayor eficiencia en la prestación del servicio educativo universitario, porque, según afirma, “los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial universitaria”^[21]. Asimismo, explica de esta manera las razones por las que considera que la norma impugnada permitirá promover la inversión en el servicio público de educación, a través de la creación de universidades:

“[D]ado que la rigurosidad para evaluar los requisitos y planes institucionales para la creación de una universidad es mayor a la de creación de una filial, en el supuesto de no existir la norma impugnada se presentarían los siguientes elementos que desincentivarían la creación de universidades y afectarían la igualdad de acceso y la eficiencia plena en la prestación del servicio público de educación universitaria:

- i) Los agentes económicos que han creado una universidad verían mermada su inversión dado que tendrían que competir con más filiales, las cuales tienen

- menor inversión y costos (...).
- ii) Los agentes económicos preferirían crear filiales indiscriminadamente en vez de constituir universidades (...).
 - iii) A raíz de los dos puntos anteriores, se crearían menos universidades en los departamentos, lo cual generaría que no todos los peruanos tengan la misma posibilidad de acceder a la educación universitaria a través de universidades.
 - iv) La menor rigurosidad en los requisitos para la creación de una filial coadyuva en menor medida (comparado con la creación de universidades) a la plena eficiencia del servicio público de educación universitaria (...)"^[22].
43. De igual manera, en relación concreta con la promoción de acceso en condiciones de igualdad al servicio público de educación universitaria, el apoderado afirma que ella se verá beneficiada con la prohibición de filiales, porque, según sostiene, la prohibición permitirá "que las personas de cualquier departamento del país puedan estudiar en universidades, cuya constitución haya sido evaluada rigurosamente"^[23]. En ese sentido, reafirma que, a su criterio, "no cabe hablar de igualdad en el acceso al servicio público de educación universitaria, si es que no todas las personas, independientemente del departamento donde vivan, puedan acceder a una universidad"^[24].
44. Así las cosas, el apoderado del Congreso ha planteado una serie de finalidades pretendidas por la Ley N.º 28564, distintas de aquélla que deriva de sus antecedentes legislativos. En efecto, a su juicio, si se parte de la premisa de que los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial universitaria, el objetivo de la Ley N.º 28564 no se circunscribe a solucionar el problema de la baja calidad educativa de las filiales, sino a incentivar la creación de universidades, permitiendo que las personas accedan en igualdad de condiciones a una educación eficiente.
45. Tomando en cuenta que una vez promulgada una norma ésta tiene vida propia y que, en consecuencia, nada impide que a partir de una metodología hermenéutica teleológica se puedan encontrar en ella finalidades adicionales e incluso distintas a las expresamente propuestas por el legislador, es de recibo ingresar en el análisis de este planteamiento del apoderado del Congreso.

§9. Posición de Tribunal Constitucional en relación con las finalidades perseguidas por la Ley N.º 28564, según el apoderado del Congreso

46. El planteamiento del apoderado del Congreso parece seguir dos derroteros que tienen un mismo punto de origen, a saber, la premisa de que los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial. De esta manera, el primer derrotero pretende seguir la siguiente secuencia lógica:
- a) Los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial; si ello es así, b) existen mayores costos de transacción para crear universidades, en comparación a los que existen para crear filiales; si ello es así, c) al permitirse la creación de filiales existe un bajo incentivo para la creación de universidades, pues tienen que competir con filiales que son menos costosas; si ello es así, d) la prohibición de creación de filiales aumentará el incentivo para la creación de universidades; y, si ello es así, e) hay que prohibir la creación de filiales.
47. Sobre el particular, cabe precisar que este Colegiado no encuentra que el incentivo en la creación de universidades constituya *per se* una finalidad constitucionalmente válida, si ella no va acompañada de las medidas y mecanismos necesarios que permitan asegurar que dichas nuevas universidades cumplan con ciertas garantías y estándares de calidad en los servicios educativos que vayan a ofrecer. Por el contrario, el Tribunal Constitucional estima que la ausencia de estas medidas hace del incentivo de creación de nuevas universidades una finalidad constitucionalmente proscrita, en la medida que la única promoción de la educación que se encuentra amparada constitucionalmente es la de aquélla que permita "el desarrollo integral de la persona humana" (artículo 13º de la Constitución), y, en el caso específico de la educación universitaria, la de aquélla que permita "la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica"

(artículo 18° de la Constitución).

48. Podría interpretarse que, a juicio del apoderado del Congreso, la creación de nuevas universidades que cumplan con estos estándares, se encuentra garantizada por los requisitos exigidos para dicha creación por el “Reglamento para la autorización provisional de funcionamiento de nuevas universidades”, aprobado mediante Resolución N.º 387-2009-CONAFU, de fecha 14 de septiembre de 2009, entre los que destaca la presentación al CONAFU del Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI).

En efecto, de conformidad con su artículo 9º, “[e]l Proyecto de Desarrollo Institucional consolida los resultados del estudio en los aspectos técnicos, económicos, financieros, administrativos, con el fin de instalar, poner en marcha y desarrollar una universidad, con previsiones económicas para sus diez (10) primeros años de funcionamiento. La elaboración del Proyecto de Desarrollo Institucional de una universidad responde a una sucesión lógica de etapas que buscan la coherencia entre la misión, visión, los objetivos del proyecto, el cronograma elegido para alcanzarlos y los recursos que son necesarios para ello”. Dicho PDI comprende tres secciones generales: una referida a la estructura académica, otra a la organización jurídico administrativa de la futura universidad, y otra relacionada con la hoja de vida documentada de los integrantes propuestos para conformar la Comisión Organizadora y los Responsables de Carrera (artículo 11º).

49. La Comisión Calificadora del CONAFU debe elaborar un Informe Preliminar y un Informe Final de evaluación del PDI, emitiendo un pronunciamiento “detallado y preciso” sobre la base del análisis de los siguientes aspectos (artículos 23º y 28º):

- ☐ La justificación del proyecto institucional que demuestre la conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que propone ofrecer la universidad, proyectada a 10 años de funcionamiento.
- ☐ Las opiniones técnicas emitidas por la ANR, el Gobierno Regional de la sede en la que se ubicará la futura universidad, y los Colegios Profesionales relacionados con las carreras profesionales consideradas en el proyecto.
- ☐ La factibilidad de los grados académicos y títulos profesionales que otorgará.
- ☐ Las previsiones para disponer de personal docente calificado en el periodo de implementación inicial.
- ☐ Las previsiones para disponer de infraestructura física y recursos educacionales adecuados para la enseñanza de nivel universitario (aulas, laboratorios, biblioteca, servicio de informática, etc.) en el periodo inicial de implementación.
- ☐ Las previsiones para brindar servicios estudiantiles: psico-pedagógico, salud y de apoyo para el desarrollo individual, social, académico, cultural y deportivo de los estudiantes.
- ☐ Las previsiones que hagan posible el acceso a la permanencia de estudiantes que no cuentan con suficientes recursos para cubrir el costo de su educación (becas, préstamos, bolsas de trabajo, etc.).
- ☐ La previsión económica y financiera del Proyecto de universidad para los 10 años iniciales de funcionamiento.
- ☐ La capacidad económica propia y probada, principalmente a través del capital que proyecta en su constitución social o del capital con que cuente su promotora para financiar no menos del 30% de toda la infraestructura considerada en el PDI, mas el total de egresos en gasto corriente correspondiente a los dos primeros años de funcionamiento que tendría la universidad. La infraestructura considerada se refiere a la adquisición de terrenos e inmuebles, remodelación y construcción de edificaciones inherentes a las funciones de la universidad. El pago de remuneraciones y la adquisición de bienes y servicios constituyen el gasto corriente de la universidad.
- ☐ La administración financiera, que comprende la evaluación de previsión económica financiera de la universidad para los diez (10) primeros años iniciales de funcionamiento, que debe proporcionar un flujo neto de fondos anual equivalente al 12% o más del ingreso total de cada año, para garantizar los gastos operativos indispensables.

50. El Pleno del CONAFU, luego de analizar el Informe Final de la Comisión Calificadora, se pronuncia con respecto al PDI presentado, aprobando o desaprobandolo el proyecto de la universidad (artículo 30º). En caso de aprobación, la promotora del proyecto adquiere el

compromiso ineludible de cumplir estrictamente con la implementación programada en el PDI, bajo expreso apercibimiento de revocarse o dejarse sin efecto la resolución en caso de incumplimiento (artículo 31º). Tras la presentación del Informe de Implementación Inicial, por parte de la promotora, el Pleno del CONAFU debe designar la Comisión de Verificación de la implementación inicial, la misma que analizará el informe y verificará *in situ* la información presentada (artículo 35º). Si la información proporcionada por la Promotora y la Comisión de Verificación resultan satisfactorias, de acuerdo a lo señalado en el PDI aprobado, el Pleno del CONAFU debe llevar a cabo una última verificación *in situ* para ratificar el informe de la comisión de verificación, tras lo cual se pronuncia sobre su aprobación, emitiendo la resolución de autorización de funcionamiento provisional de la universidad (artículo 39º).

Las universidades cuyo funcionamiento provisional se haya autorizado, se deben someter a la evaluación permanente del CONAFU por un período mínimo de 5 años, prorrogable por un plazo máximo de 3, a cuyo término el Pleno del CONAFU, con respaldo en los informes técnicos correspondientes, decide sobre el otorgamiento o denegación de la autorización de funcionamiento definitiva (artículo 44º)^[25].

51. El procedimiento de evaluación realizado por el CONAFU entre el momento de otorgar la autorización de funcionamiento provisional y el momento de decidir si se concede o no la autorización definitiva, se encuentra regulado por el “Reglamento de funcionamiento, evaluación y certificación institucional de universidades y escuelas de posgrado bajo competencia del CONAFU”, aprobado mediante Resolución N.º 100-2005-CONAFU, de fecha 31 de marzo de 2005. El artículo 1º de dicho Reglamento señala que la función evaluadora debe cumplir con los siguientes objetivos:
 - a) Cautelar la fe pública depositada en las nuevas universidades o escuelas de posgrado del país, para que garanticen que los servicios educativos que ofrecen sean de calidad;
 - b) Asegurar niveles mínimos de calidad en los servicios que prestan las universidades y escuelas de posgrado evaluadas;
 - c) Proteger a los usuarios: alumnos, padres de familia y comunidad en general; y,
 - d) Contribuir a la creación de condiciones para el progreso e innovación institucional en las universidades en evaluación, y cuyo funcionamiento definitivo se autorice.
52. Asegurar la calidad educativa universitaria es pues la principal función encomendada a este procedimiento de evaluación ejercido por el CONAFU. Ello se ve confirmado por el artículo 53º, en cuanto dispone que el referido procedimiento debe cumplir con los siguientes objetivos: “a) Verifica[r] la calidad de los servicios que ofrecen las universidades bajo su competencia. b) Eval[uar] el grado de desarrollo del Proyecto de Desarrollo Institucional verificando la implementación progresiva de los parámetros programados para su funcionamiento. c) Busca[r] la mejora continua, que permita asegurar la calidad de los servicios que ofrece la universidad. d) Contribu[ir] a crear condiciones para el progreso e innovación institucional en las universidades bajo su competencia”.
53. De acuerdo al artículo 83º del referido Reglamento, el CONAFU solo deberá otorgar autorización definitiva de funcionamiento a las universidades con autorización provisional que después del período mínimo de evaluación de 5 años o del período de prórroga concedido, cuenten cuando menos con una promoción de egresados “y que hayan demostrado en sus procesos anuales de evaluación que han alcanzado un nivel de desarrollo institucional satisfactorio de los parámetros programados en su PDI”.

En esa medida, es facultad del CONAFU denegar la autorización de funcionamiento definitivo a una universidad, cancelando la autorización de funcionamiento provisional otorgada, y disponiendo accesoriamente el cierre y liquidación de la universidad, en cualquiera de estas dos circunstancias: a) si merece del Pleno del CONAFU un pronunciamiento de dos evaluaciones sucesivas de Deficiente; y b) si el informe final de la evaluación de la universidad al quinto año de funcionamiento o finalizado el período de prórroga recibe del Pleno del CONAFU una calificación de Deficiente (artículo 89º).

54. Ciertamente, como ha podido apreciarse, en teoría, el procedimiento de control previo a la autorización de funcionamiento provisional y definitivo de universidades, *prima facie*, aparece

como riguroso, por lo que, en principio, debería resultar idóneo para garantizar la creación de universidades con aceptables niveles de calidad en su servicio público educativo.

55. Sin perjuicio de que —como se desarrollará en la tercera parte de esta sentencia— esto no ha sido así en la realidad concreta, cabría sostener que este no es un problema que resida *en la norma*, sino *en la aplicación de la norma*, por lo que si se lograra verificar, tal como sostiene el apoderado del Congreso, que el orden jurídico no exige los mismos niveles de calidad educativa a las filiales, entonces la permisión de su apertura, en efecto, desincentivaría la creación de universidades de calidad, por lo que cabe prohibir a las filiales a efectos de alcanzar una finalidad constitucionalmente exigida, a saber, el incentivo en la creación de universidades de adecuado nivel educativo.
56. Sucede, sin embargo, que realizado un análisis estrictamente normativo (y, por ahora, no concreto), este Tribunal no considera que exista el alegado distinto nivel de exigencia en materia de calidad educativa entre las condiciones para autorizar el funcionamiento de universidades y las condiciones para autorizar el funcionamiento de filiales. Para sustentar esta discrepancia, evidentemente, corresponde analizar las exigencias normativas para la creación de filiales que regían antes de la prohibición introducida por la Ley N.º 28564.
57. Sobre el particular, en primer término, conviene recordar algo que parece haber pasado inadvertido para el apoderado del Congreso, y que ya ha sido mencionado con anterioridad. De acuerdo al artículo 1º de la Ley N.º 27504, solo las universidades creadas por ley y las que habían obtenido autorización de funcionamiento definitiva expedida por el CONAFU, podían constituir filiales. Vale decir, que solamente podían constituir filiales las universidades institucionalizadas que habían superado todo el control de viabilidad institucional y calidad educativa antes descrito, y que, como se ha dicho, resultaba teóricamente (plano en el que también se desenvuelve la presunción de calidad educativa de las universidades desarrollado por el apoderado del Congreso) adecuado para asegurarlas.

Siendo ello así, cuando menos desde este primer punto de vista, no existe tampoco razón teórica para desconfiar de la calidad educativa que pudiesen dispensar las respectivas filiales.

58. Por otra parte, el “Reglamento de funcionamiento de filiales universitarias” (Reglamento de la Ley N.º 27504), aprobado mediante Resolución N.º 386-2002-ANR, del 2 de junio de 2002, resultaba ser razonablemente exigente al momento de establecer los requisitos que las universidades debían cumplir para poder instituir una filial. Así, en su artículo 7º, se establecía que para tales efectos, se tenía que presentar un Proyecto en el que se debían “sustentar las razones de conveniencia y la factibilidad de la filial, contemplando aspectos académicos, organizativos económicos y de infraestructura y equipamiento con énfasis en los puntos más relevantes como son la viabilidad y el carácter diferencial [de la] oferta educativa respecto a la que ya se está dando en la localidad, así como a la capacidad de llevarla a cabo”.

Asimismo, el Consejo Regional Interuniversitario (CRI) de la sede principal, y el de la localidad donde se pretendía establecer la filial, debían elaborar un Informe Técnico, el cual debía “contener principalmente la evaluación a la Universidad solicitante para constatar, como requisito indispensable para crear filiales, el adecuado nivel académico de los profesores, su gobernabilidad y buena organización, la infraestructura, recursos económicos y financieros, etc.”, sin restar especial atención a “la justificación y demás aspectos del proyecto referentes a su factibilidad y aporte diferencial, por razones de contenido o de índole geográfico” (artículo 8º).

Finalmente, la Comisión de Asuntos Académicos de la ANR, “conformada por cinco rectores elegidos por y entre los miembros del Pleno de Rectores, con representación de los cinco CRI, a propuesta del Presidente” (artículo 17º), preparaba el dictamen final para la decisión del Pleno de Rectores (artículo 9º).

59. De esta manera, aun cuando, evidentemente, en razón de las distintas dimensiones de infraestructura, el grado de exigencia logística disminuía en comparación al que era exigido para la creación de universidades, la regulación para autorizar la creación de una filial,

mantenía el suficiente grado de exigencia material, profesional y organizativa para asegurar los estándares necesarios de calidad del servicio educativo brindado por ella. Y ello resulta constitucionalmente adecuado si se toma en cuenta que —a diferencia de lo que parece sostener el apoderado del Congreso— las garantías para asegurar la calidad educativa de una filial deben ser aún más exigentes que las aplicables a la propia sede principal, dado el distinto nivel logístico con el que cuenta cada una.

60. Es necesario enfatizar e insistir en que el Tribunal Constitucional no pierde de vista ni un solo instante que estos niveles de calidad no se han presentado en la realidad (tal como se desarrollará en la tercera parte de esta sentencia), y que, consecuentemente, la presunción teórica y abstracta que pudiera surgir del análisis meramente normativo, se desvanece una vez que se ingresa en el análisis de su aplicación concreta por parte de los organismos que han tenido a su cargo la competencia en esta materia.

El razonamiento que ahora se expone tiene, por el momento, el exclusivo propósito de demostrar que el apoderado del Congreso no acierta cuando sostiene que la prohibición de filiales cumpliría con la finalidad de incentivar la creación de universidades de calidad.

61. Y no lo hace porque, como se ha demostrado, no existen razones normativas para sostener que los niveles jurídicos de exigencia de calidad de las filiales son menores que aquellos exigidos para la creación de las universidades. Y si ello es así, la permisión de apertura de filiales de calidad educativa en departamentos que no cuentan o cuentan con una baja oferta de las carreras que se implementarán en dicha filial (recuérdese que uno de los requisitos que debía cumplirse para autorizar la filial, era la acreditación del “carácter diferencial [de su] oferta educativa respecto a la que ya se está dando en la localidad” —artículo 7° del Reglamento de la Ley N.º 27504—), lejos de desincentivar la creación de universidades de calidad, la incentivaría, pues ésta sería la única manera de competir eficientemente con tales filiales.

Por lo demás, es evidente que el análisis de constitucionalidad de las normas aplicables para la creación de universidades o filiales universitarias, no puede utilizar como simple parámetro los incentivos o desincentivos que dimanen de la oferta y de la demanda que rigen el mercado. Esta perspectiva no solo se encuentra alejada del componente “social” que es consustancial a todo el régimen económico de la Constitución (artículo 58° de la Constitución), sino que además (y lo que resulta aún más grave), pierde de vista que la determinación de la validez constitucional de las referidas normas se encuentra ante todo determinada por su adecuación a los fines de la política constitucional educativa.

62. Desvirtuada la primera secuencia lógica planteada en la contestación de la demanda, corresponde ahora ocuparse de la segunda. Ésta puede ser planteada en estos términos:

a) Los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial; si ello es así, b) la eficiencia y la calidad del servicio educativo que brinda una universidad son mayores que los que brinda una filial; si ello es así, c) los alumnos de una filial no acceden a una educación de igual calidad que los alumnos de las sedes principales de las universidades; si ello es así, d) la prohibición de filiales generará que la generalidad de alumnos universitarios accedan a una educación de igual calidad, a saber, aquella ofrecida por las universidades; y, si ello es así, e) hay que prohibir la creación de filiales.

63. Una vez más, el apoderado del Congreso parte de la errónea premisa de que cabe interpretar que los estándares de calidad exigibles a las filiales son normativamente menores que aquellos exigibles para la creación de nuevas universidades. Se trata de una interpretación incompatible con el espíritu de los artículos 13° y 18° de la Constitución.
64. Es probable que el apoderado no haya querido partir de una constatación normativa, sino de una constatación real o sociológica, pero lo cierto es que —tal como se demostrará en la tercera parte de esta sentencia— el diagnóstico de enorme deficiencia que es aplicable a muchas de las filiales existentes en el Perú, es en igual medida extensible a muchas de las universidades. Por lo que, incluso en este plano de análisis, no existe mérito para prohibir a unas en aras de incentivar la creación de las otras.

65. No siendo sostenibles constitucionalmente ninguna de las dos hipótesis lógicas planteadas por el apoderado del Congreso, en razón, especialmente, de la errónea premisa normativa de la que parten, corresponde analizar el asunto desde la perspectiva planteada por el legislador en los antecedentes de la Ley N.º 28564.

§10. Posición del Tribunal Constitucional en relación con la finalidad perseguida por la Ley N.º 28564, según el legislador, y aplicación del *test* de proporcionalidad

66. Desde la perspectiva del legislador, como quedó dicho, la finalidad de prohibir la creación de filiales universitarias se circunscribe concretamente a evitar que continúe extendiéndose el problema ya detectado de proliferación de filiales “que no cumplen con los mínimos niveles de exigencia académica”^[26]. A su juicio, éste es el objetivo inmediato que pretende lograrse, y la finalidad mediata es evitar la afectación del artículo 13º de la Constitución, al permitirse la institucionalización de un servicio educativo que no tiene por objeto el desarrollo integral de la persona humana.

67. Esta finalidad, desde luego, resulta constitucionalmente válida, por lo que continuando con la aplicación del *test* de proporcionalidad a la ley impugnada, corresponde analizar si la medida de prohibición es idónea para alcanzarla. Sobre el particular, llama la atención la siguiente afirmación contenida en el Dictamen legislativo recaído en los proyectos de ley que dieron lugar a la dación de la Ley N.º 28564:

“La Asamblea Nacional de Rectores (ANR) con fecha 28 de mayo de 2002, aprobó mediante la Resolución N.º 386-2002-ANR, el Reglamento de Funcionamiento de Filiales, el cual establece el procedimiento de evaluación de las filiales universitarias. Existiendo estas disposiciones de la ANR, los responsables de ciertas universidades públicas y privadas, las han ignorado y sin respetarlas, ni someterse al procedimiento establecido, han continuado creando filiales universitarias sin criterios técnicos, ni considerando elementos que son insustituibles como infraestructura, equipamiento, mobiliario, personal docente calificado, biblioteca, talleres, módulos para áreas especializadas, áreas verdes y los otros servicios indispensables con que debe contar una universidad
(...)

La Ley N.º 27504, Ley que regula la creación de filiales universitarias en el país y otorga facultades adicionales a la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), establece que las universidades sujetas al ámbito de la Ley N.º 23733, Ley Universitaria y las autorizadas por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), pueden constituir filiales fuera de la circunscripción departamental de su creación, previa opinión favorable de la ANR. Esta disposición mal aplicada por algunas universidades, ha propiciado la proliferación de pseudo filiales universitarias que no cumplen con los requisitos mínimos para su funcionamiento”^[27].

68. Es sobre esta base que, como se mencionó antes, la Comisión del Congreso, en el referido Dictamen, advierte que “existe en nuestro país un elevado número, realmente indeterminado de filiales o pseudofiliales de Universidades que vienen ofertando servicios que no cumplen con los mínimos niveles de exigencia académica ni los requerimientos que la Universidad exige a sus usuarios”, concluyendo que, en tal sentido,

“[l]as propuestas legislativas apuntan precisamente a corregir esta situación, derogando a la Ley que dio nacimiento a las filiales, restituyendo el tercer párrafo del Artículo 5º de la Ley Universitaria, Ley N.º 23733...”^[28].

69. Así las cosas, en primera instancia, la preocupación del Legislativo estaba cifrada en aquellas “pseudo filiales” creadas por universidades, sin haberse sometido al procedimiento de autorización regulado por la Ley N.º 27504, es decir, en aquellas filiales que habían sido constituidas sin la previa emisión de un acto regular por una autoridad competente. Siendo ello así, la pregunta evidente es la siguiente: ¿resulta idónea para solucionar el problema de las pseudo filiales creadas violando la Ley N.º 27504, la derogación de la Ley N.º 27504? A todas luces, la repuesta a esta interrogante es negativa. La absoluta falta de adecuación medio-fin en este caso es patente.

70. Desde luego, con ello no pretende negarse que, en efecto, en el país existe un número indeterminado de filiales universitarias cuya creación no ha sido autorizada por ninguna autoridad competente. Para comprobar ello basta recordar que en mayo de 2004, es decir, en tiempos en los que la ANR solo reconocía haber autorizado oficialmente 9 filiales al amparo de la Ley N.º 27504, se constató la existencia de 28 filiales que ofrecían la carrera de Derecho^[29].

Tan solo se pretende dejar clara la manifiesta falta de adecuación entre la derogación de la Ley N.º 27504 y consecuente prohibición de creación de filiales “legales”, y la finalidad de solucionar el problema de las filiales “ilegales”. Visto así el asunto, la Ley N.º 28564, al prohibir la creación de filiales por parte de la ANR, aparece como manifiestamente inconstitucional, por irrazonable y desproporcionada.

71. No obstante, también cabe interpretar que, más allá de lo previsto en el aludido Dictamen, el propósito de la prohibición consistía en impedir que la ANR continúe autorizando el funcionamiento de filiales que carecen de mínimos niveles de calidad educativa, con miras, evidentemente, a proteger el derecho fundamental a una educación de calidad, derivado de los fines de la educación universitaria (artículos 13º y 18º de la Constitución) y cumplir con el deber constitucionalmente previsto del Estado de “[s]upervisa[r] (...) la calidad de la educación” (artículo 16º de la Constitución).

Prima facie, para el cumplimiento de dicho fin, sí resultaba idónea la prohibición.

72. Empero, dado que, como quedó dicho, una prohibición semejante limita el derecho fundamental de acceso a la educación universitaria de aquellas personas que residen en departamentos que carecen de una suficiente oferta educativa en determinadas carreras, y los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, manifestadas en el derecho a promover y conducir centros educativos universitarios, es preciso analizar si la prohibición introducida por la Ley N.º 28564, resultaba constitucionalmente necesaria.
73. Tal como fue expuesto, conforme al subprincipio de necesidad, no resulta constitucionalmente válida una medida limitativa de un derecho fundamental, si existen medios alternativos que permiten alcanzar con igual o mayor adecuación la finalidad perseguida, incidiendo con menor o sin ninguna intensidad en el contenido del concernido derecho. En consecuencia, este examen conlleva una comparación de medios (el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin) tanto en relación con su mayor o menor incidencia sobre el contenido del derecho fundamental, como en relación con su mayor o menor adecuación para la consecución de la finalidad propuesta.
74. Atendiendo a esta premisa, a juicio del Tribunal Constitucional, la prohibición de crear filiales universitarias, prevista en la Ley N.º 28564, bajo la justificación de proteger el derecho fundamental a una educación universitaria de calidad, resulta innecesaria y, por consiguiente, inconstitucional. Ello es así en razón de la existencia de un medio alternativo que no solo incide en menor medida en los derechos fundamentales involucrados, sino que además permite cumplir con mayor eficiencia la finalidad constitucional perseguida. Dicho medio alternativo consiste en adoptar las medidas que permitan asegurar que solo se autorice la creación de filiales que garanticen el ofrecimiento de un servicio educativo que cumpla con los imprescindibles niveles de calidad exigidos por el ordenamiento jurídico, sin necesidad de prohibirlas de modo absoluto.
75. En efecto, si el Estado —en este caso, representado por el Congreso— hubiese adoptado medidas en dicho sentido, no solo no hubiese afectado el derecho de la población de acceder a una educación universitaria de calidad y hubiese afectado en menor medida el derecho de las universidades de ejercer su libertad de empresa, sino que hubiese cumplido, en el sentido constitucionalmente exigido, con su deber de supervisar la calidad educativa (artículo 16º de la Constitución).
76. A juicio de este Tribunal, limitándose a emitir prohibiciones, implícitamente, el Estado

renuncia a su deber constitucional de controlar la calidad educativa, adoptando una medida tan sencilla como ineficaz en la búsqueda de solucionar la profunda crisis educativa universitaria que aqueja a la sociedad peruana.

En ese sentido, este Colegiado comparte el parecer de los recurrentes, en el sentido de que “la Ley N° 28564 no es sino la lamentable abdicación del Estado peruano respecto de sus facultades-deberes de control para garantizar la idoneidad y calidad de la prestación de los servicios educativos, y una muestra inaceptable de facilismo, según el cual, ‘si el Estado no tiene la capacidad de cumplir adecuadamente con sus deberes de control, entonces ‘es mejor’ eliminar la actividad que debe controlar’, sin importar sin con ello trasgrede el texto Constitucional y, como efecto directo de ello, afecta derechos fundamentales de la población”^[30].

77. Por lo demás, conforme quedó consignado en el propio Dictamen del Congreso antes citado, el problema había sido oportunamente advertido por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual —INDECOPI—, el cual, mediante Carta N.º 131-2005-/PRE-INDECOPI, del 14 de abril de 2005, remitió al Congreso el Informe N.º 020-2005/GEE-INDECOPI, en el que puntualiza que la prohibición de creación de filiales que se pretendía introducir por ley,

“...no es la más adecuada, dado a que el problema no radica en la creación de nuevas Universidades o filiales universitarias, sino en la falta de control y fiscalización adecuada de su funcionamiento, por lo que consideran prioritario reforzar los mecanismos de control vinculados a la autorización de inicio de actividades (...).

[O]pinan que la aprobación de una norma como la propuesta, cerraría el acceso a nuevos agentes proveedores de servicios educativos al mercado de la educación universitaria, desincentivando la realización de mejoras en eficiencia y calidad por parte de los proveedores, limitando la elección de los consumidores, restringiendo el acceso a la educación superior de la población que reside en zonas alejadas de los centros urbanos”^[31].

78. En efecto, asegurando la creación de filiales universitarias con una oferta educativa de calidad y diferenciada, no solo se asegura un régimen de competencia que incentiva la creación de entidades educativas que cumplan con los fines constitucionales de la educación universitaria, sino que se optimiza el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria adecuada.
79. En definitiva, por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional la prohibición de creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas, prevista en el artículo 2º de la Ley N.º 28564, y, por conexidad, considera inconstitucional también el artículo 1º de la misma ley que, con la derogación de la Ley N.º 27504, pretendía la misma finalidad. En concreto, la inconstitucionalidad de estos artículos radica en su manifiesta desproporción en relación con la finalidad perseguida, y en el hecho de que denotan una implícita renuncia por parte del Estado a su deber constitucional de supervisar activamente la calidad de la educación (artículo 16º de la Constitución).
80. El Tribunal Constitucional precisa, sin embargo, que a la fecha no existe en el ordenamiento jurídico ninguna autoridad que resulte competente para autorizar el funcionamiento de nuevas filiales universitarias, motivo por el cual la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28564 no conlleva el derecho de las universidades a crear nuevas filiales. Este derecho solo podrá ser ejercido una vez cumplidos los requisitos que el Estado exija normativamente, los que, en todo caso, deberán garantizar que la respectiva filial cumpla con su deber de brindar un servicio educativo universitario de calidad.

En consecuencia, mientras esta normativa no sea dictada, se mantiene suspendida la posibilidad de que las universidades constituyan filiales, tomándose en cuenta que, de conformidad con el artículo 83º *in fine* del Código Procesal Constitucional, “[por la declaración de inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado”, motivo por el cual la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 28564, que derogó la Ley N.º 27504, no genera que ésta recobre

vigencia, manteniéndose derogada.

§11. Justificación constitucional para un pronunciamiento sobre normas conexas vinculadas con el nivel de la educación universitaria

81. Habiendo, llegado a este punto, este Tribunal podría dar por culminado su análisis y concluir que en el presente caso, técnicamente ha cumplido con dar cabal respuesta a la concreta pretensión de los recurrentes. No obstante, el Tribunal Constitucional juzga que, si así procediese, estaría abdicando de las funciones de pacificación, valoración y ordenación que el orden constitucional del Estado social y democrático de Derecho (artículo 43º de la Constitución) le asigna.
82. En efecto, tal como se tiene expuesto, “el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales. La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones, persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural”^[32].
83. Por ello, “[l]as funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control”^[33].
84. En tal sentido, el Tribunal Constitucional no puede ser ajeno al hecho de que la inconstitucionalidad que se ha detectado en la Ley N.º 28564, al prohibir la creación de filiales universitarias, no agota en lo absoluto el problema de relevancia constitucional mucho más trascendente —y con el que guarda conexión material—referido a la manifiesta crisis de la calidad educativa universitaria que afecta sensiblemente a nuestra sociedad.
85. De esta manera, si este Colegiado diera ahora por culminada la causa sin abordar, siquiera en cierto grado, esta acuciante problemática, lejos de cumplir las funciones que le han sido constitucionalmente asignadas, estaría sumándose a la larga lista de órganos constitucionales que han abdicado del deber constitucional que se impone al Estado de garantizar, supervisar y promover la calidad de la educación en el país (artículo 16º de la Constitución).
86. Ahora bien, es evidente que por más valioso que sea el fin perseguido por este Tribunal, en tanto órgano jurisdiccional y poder constituido, no podría abordar el mentado asunto si no existiese una regla procesal que en razón de la claridad de su texto o de su razonable interpretación, así lo autorice. Este Colegiado considera que esa regla existe.

En efecto, el artículo 78º del CPCo., establece que “[l]a sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”. A juicio del Tribunal Constitucional, entre otros, esta norma admite ser interpretada en el sentido de que no solo se autoriza una extensión de la “sanción” de inconstitucionalidad a las normas que guarden conexión material con aquella que fue objeto de impugnación, sino también una extensión del “juicio” de inconstitucionalidad a otras normas del ordenamiento, con la condición de que guarden conexión material con aquella que ha sido impugnada, exista o no una posterior sanción de inconstitucionalidad. Dicha conexión material puede presentarse en razón del concreto asunto regulado por las normas, o por pertenecer todas ellas a un sector del sistema jurídico afectado *in toto* por un sustancialmente idéntico vicio de inconstitucionalidad estructural, a saber, en este caso, la virtual inoperancia práctica para asegurar un sistema educativo universitario de calidad.

87. Por lo demás, este criterio resulta acorde con el principio de supremacía constitucional

(artículo 51° de la Constitución). La fuerza normativa de la Constitución, se vería severamente disminuida si ella no se irradia con todas sus consecuencias, no solo sobre la disposición impugnada en el proceso de inconstitucionalidad, sino también sobre cualquier otra que mantenga con ella una conexión material.

88. Así las cosas, este Tribunal entiende pertinente, en primer término, analizar cuál ha sido la regulación y la actuación concreta de la Asamblea Nacional de Rectores (ANR) y del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), al momento de autorizar el funcionamiento de universidades y sus filiales; concretamente, se buscará analizar si han llevado a cabo esta función imparcialmente y de manera acorde con el deber de garantizar una educación universitaria de calidad.

En segundo lugar, corresponde emitir pronunciamiento con relación a las características constitucionales que debe adoptar el control y la supervisión de la calidad educativa universitaria, así como con relación a las condiciones que deben ser exigidas a las universidades y filiales, para garantizar que cumplan con ciertos estándares de calidad educativa. En efecto, tal como se advirtió al analizarse la validez constitucional de los artículos 1° y 2° de la Ley N.º 28564, el vicio de inconstitucionalidad no consiste en crearse filiales (por el contrario, *prima facie*, ello se manifiesta como perteneciente al contenido protegido de los derechos a crear centros educativos y de acceso a la educación universitaria), sino en permitirse la creación de aquéllas que no garanticen un nivel satisfactorio de educación universitaria, por lo que se hace necesario concretizar la exigencia de algunas condiciones que permitan una educación universitaria acorde con la finalidad de alcanzar el desarrollo integral a la persona humana (artículo 13° de la Constitución).

Estos tópicos son analizados en la tercera y cuarta parte de esta sentencia, respectivamente.

Tercera parte: Control de constitucionalidad de las competencias ejercidas por la anr y el conafu en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales

§12. Régimen legal de la universidad peruana

89. En el caso peruano, la gestión y el funcionamiento de las universidades han estado regidos por la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—, publicada el 17 de diciembre de 1983. El artículo 5° de dicha ley, establecía que “[l]as Universidades nacen y son suprimidas sólo por ley. (...) Para la creación de una Universidad se deberá acreditar previamente su necesidad, así como la disponibilidad de personal docente calificado y los recursos que aseguren la eficiencia de sus servicios”. En esa línea, el artículo 7°, disponía que “[l]a ley de creación de una Universidad establece una Comisión Organizadora de ella, la que debe realizar su labor y regirla por el plazo máximo e improrrogable de cinco años (...). Durante el plazo señalado, y anualmente, la Asamblea Nacional de Rectores evalúa a la nueva Universidad, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de su creación y en la presente ley. En caso de ser desfavorable el resultado de la evaluación, al término del plazo, será remitida al Poder Legislativo para el efecto de la derogatoria de la ley de creación de la Universidad”. Por ello, una de las atribuciones específicas e indelegables que el artículo 92° g. de la Ley Universitaria asignaba a la ANR, era “[e]valuar a las nuevas Universidades de conformidad con lo establecido en el artículo 7°”.
90. No obstante, el 21 de enero de 1995 fue publicada la Ley N.º 26439, que creó el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), como órgano autónomo de la ANR. De acuerdo al artículo 2° de esta ley, son atribuciones del CONAFU, “[e]valuar los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades a nivel nacional, y emitir resoluciones autorizando o denegando el funcionamiento provisional, previa verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos” (literal a), y “[e]valuar en forma permanente y durante el tiempo que estime conveniente el funcionamiento de las universidades, hasta autorizar o denegar su funcionamiento definitivo”, precisándose que “[l]a autorización de funcionamiento definitivo no puede ser concedida antes de transcurridos cinco años, contados a partir de la fecha de la autorización provisional de funcionamiento” (literal c).

91. No obstante, conforme a lo dispuesto por el artículo 6° de esta ley, el régimen aplicable para la creación de universidades públicas es distinto, pues en este caso, de acuerdo al referido artículo “se requiere la ley de creación, la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la capacidad del Estado para financiar su funcionamiento y la aprobación del estudio de factibilidad por el [CONAFU]”.
92. De esta manera, cabe afirmar que mientras la autorización de funcionamiento de universidades privadas es una competencia privativa del CONAFU, en el caso de las universidades públicas la situación es distinta, pues es necesaria su creación por ley —en el marco de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley Universitaria—, además de la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), con miras a garantizar la cobertura para su futuro financiamiento.
93. Adicionalmente a ello, tal como fue expuesto, el 10 de noviembre de 1996, entró en vigencia el Decreto Legislativo N.º 882 —Ley de Promoción de la Inversión en Educación—, que, de acuerdo a su artículo 1º, “establece condiciones y garantías para promover la inversión en servicios educativos, con la finalidad de contribuir a modernizar el sistema educativo y ampliar la oferta y la cobertura”. El artículo 2º de esta norma, dispone que “[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho a la libre iniciativa privada, para realizar actividades en la educación. Este derecho comprende los de fundar, promover, conducir y gestionar Instituciones Educativas Particulares, con o sin finalidad lucrativa”.

De esta manera, el propósito del referido decreto legislativo, ha sido, de un lado, incorporar la posibilidad de que se funden instituciones educativas particulares con fines de lucro, y, de otro, crear para éstas un alternativo régimen de organización, de gestión, de funcionamiento (artículo 5º) y tributario (Capítulo II), que incentive la inversión privada en educación.

En ese sentido, su Tercera Disposición Final establece que pueden adecuarse a lo dispuesto por él:

- “a) Las universidades particulares que cuenten con autorización de funcionamiento provisional otorgado de conformidad con la Ley N° 26439 (Ley del CONAFU), a solicitud de su promotora.
- b) Las demás universidades, siempre que lo acuerde su Asamblea Universitaria (...) Las solicitudes de adecuación se presentarán ante el CONAFU que establecerá en cada caso (...) los procedimientos correspondientes”.

94. Así las cosas, a la fecha, tomando en cuenta los criterios vigentes en el ordenamiento jurídico peruano para la creación de universidades, éstas pueden ser divididas entre
- a) Universidades públicas: Deben ser creadas por ley, con pronunciamiento favorable del MEF y con aprobación del estudio de factibilidad por parte del CONAFU (artículo 5º de la Ley N.º 23733 y artículo 6º de la Ley N.º 26439).
 - b) Universidades privadas: Su funcionamiento provisional y, de ser el caso, definitivo, es autorizado por el CONAFU (artículo 2º, literales a y c, de la Ley N.º 26439, el “Reglamento para la autorización provisional de funcionamiento de nuevas universidades”, aprobado mediante Resolución N.º 387-2009-CONAFU, y el “Reglamento de funciones, evaluación y certificación institucional de universidades y escuelas de posgrado bajo competencia del CONAFU”, aprobado mediante Resolución N.º 100-2005-CONAFU).
95. De otra parte, en el caso de las universidades privadas, atendiendo al orden jurídico que gobierna su organización, su gestión, su funcionamiento y su régimen tributario, éstas pueden ser divididas en:
- a) Universidades privadas, regidas por el Decreto Legislativo N.º 882 y, en determinados aspectos, por la Ley N.º 23733.
 - b) Universidades privadas, regidas por la Ley N.º 23733.
96. En total, actualmente en el Perú existen, oficialmente, 91 universidades: 35 públicas y 56 privadas. De las 56 universidades privadas, 32 se encuentran bajo el régimen del Decreto Legislativo N.º 882 y 24 bajo el régimen de la Ley N.º 23733^[34].

§13. Imparcialidad objetiva y aplicación de la “teoría de la apariencia” a la regulación normativa de la ANR y del CONAFU.

97. La ANR es un organismo público autónomo constituido por los rectores de las universidades públicas y privadas, que tiene por fines el estudio, la coordinación y la orientación de las actividades universitarias, de acuerdo al artículo 90° de la Ley N.º 23733. Tiene autonomía económica, normativa y administrativa en los asuntos de su competencia, de conformidad a lo establecido en la Ley N.º 23733.
98. Por su parte, el CONAFU es un órgano autónomo de la ANR (artículo 1° de la Ley N.º 26439) y está integrado por cinco ex rectores, elegidos entre los candidatos propuestos por las universidades institucionalizadas. Tres de ellos son elegidos por las universidades públicas y dos por las universidades privadas (artículo 3° de la Ley N.º 26439).

La ANR es una institución administrativa *sui generis*, pues si bien es un organismo público, en razón de su autonomía económica, normativa y administrativa, no es dependiente, ni directa ni indirectamente, de ningún órgano del Estado. Lo propio ocurre con el CONAFU, que es un órgano autónomo de la ANR.

99. De acuerdo a la información contenida en las Memorias Anuales del CONAFU^[35], entre los años 2001 y 2009, han sido consejeros de esta institución las siguientes personas: Ing. Carlos Chacón Galindo; Rvdo. Padre Raymundo Villagrasa Novoa; Ing. Mario Zapata Tejerina; Dr. Guillermo Gil Malca; Dr. Alberto Cazorla Talleri; Ing. Alberto Silva del Águila; Dr. Roger Guerra-García Cueva; Ing. César Orestes Cruz Carvajal; Mat. Rafael Serafín Castañeda Castañeda; Dr. Elio Leoncio Delgado Azañero; Dr. Jorge Arturo Benites Robles; y Dr. Luis Enrique Carpio Ascuña.
100. Según es jurisprudencia pacífica de este Tribunal, los derechos y las garantías del debido proceso, reconocidos básicamente en el artículo 139° de la Constitución, son, en esencia, extensibles al ámbito de los procedimientos administrativos: “el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución”^[36].
101. Componente basilar del debido proceso es el derecho fundamental a la imparcialidad del juez. Aunque este derecho fundamental no tiene mención explícita en la Constitución, ello no evita que goce de la máxima fuerza jurídica constitucional. Tal como ha advertido este Tribunal, se trata de “un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución”. Por lo demás, esta conclusión deriva de la necesidad de interpretar los derechos constitucionales, de conformidad con los tratados de derechos humanos, ratificados por el Estado peruano (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En ese sentido, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formuladas contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (cursiva agregada).
102. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho está identificado con dos vertientes, a saber, una subjetiva y otra objetiva. La primera se encuentra orientada a proscribir cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso^[37]. Por su parte, la dimensión objetiva se encuentra referida a la proscripción de la influencia negativa que puede generar en el juez la estructura del sistema normativo y/o institucional, restándole imparcialidad. Es decir, esta segunda dimensión queda afectada si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable sobre su imparcialidad en el asunto que conoce, encontrándose

esencialmente vinculada al principio de independencia funcional, que sí encuentra expresa mención en el artículo 139° 2° de la Constitución^[38].

103. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “[un] Tribunal no podría (...) contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)”^[39]. Se trata de la denominada “teoría de la apariencia”, expresada bajo el brocardo “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*” [la justicia no solo debe ser ejercida, sino también parecer que se ejerce]^[40].
104. Es evidente que la dimensión objetiva de la imparcialidad no puede ser aplicable sin matices a los órganos administrativos estatales, puesto que su usual pertenencia al Poder Ejecutivo determina que estén también regidos por el principio de autotutela de la Administración.

No obstante, a criterio de este Tribunal, se trata de un derecho que rige plenamente en el ámbito de la actuación del CONAFU, cuando éste determina si permite o no el funcionamiento de una nueva universidad o de sus filiales. Ello es así no solo porque, según quedó expuesto, se trata de un organismo público que goza de autonomía y que no pertenece a la base estructural estatal, sino también, y más importante aún, porque a través de dicha función incide en el contenido de un derecho constitucionalmente garantizado por el artículo 15° de la Constitución, a saber, el derecho de toda persona, natural o jurídica, de promover y conducir instituciones educativas. Y, en esa medida, no puede olvidarse que de acuerdo al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las garantías del debido proceso son aplicables a “cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”^[41].

105. Así las cosas, a juicio de este Tribunal, el hecho de que el CONAFU esté conformado por ex rectores propuestos y elegidos por las universidades y que sea un organismo de la ANR, la cual está conformada por rectores de las universidades institucionalizadas, genera, en principio, una duda razonable en relación con la imparcialidad objetiva de estas instituciones al momento de ejercer las competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias; competencias que, en el caso del CONAFI, se encuentran a la fecha previstas en el artículo 2° de la Ley N.° 26439.

La manera como se encuentra estructurado este sistema, y el hecho de que las decisiones relacionadas con el futuro de las universidades deriven, al mismo tiempo y solamente, de lo que podría denominarse el propio *círculo universitario*, determina la probable verificación de una tendencia a la falta de objetividad y rigurosidad en su adopción.

106. Lo expuesto permite poner en evidencia una estructura que *no aparenta* una suficiente objetividad conforme a las exigencias del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de toda persona a la imparcialidad del órgano que, a través de sus resoluciones, se encuentre encargado de determinar sus derechos u obligaciones (artículo 139°, incisos 2 y 3, de la Constitución).

Ahora bien, conforme se tiene señalado, la llamada “teoría de la apariencia”, “no consiente que, en abstracto, este Tribunal pueda establecer cuáles son esas condiciones o características de orden orgánico o funcional que impiden que un juzgador pueda ser considerado como un ente que no ofrece una razonable imparcialidad. Su evaluación, por el contrario, debe realizarse en cada caso concreto”^[42]. Es por ello que tomando en cuenta que el hecho de que el proceso de inconstitucionalidad sea uno eminentemente objetivo y abstracto, no impide que se realicen razonablemente determinadas apreciaciones subjetivas y concretas, a efectos de determinar la constitucionalidad de las normas^[43], a continuación se analizarán algunos aspectos relacionados con la actuación concreta de la ANR y del CONAFU, al momento de ejercer las competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias, cuya apreciación conjunta permitirá determinar si han, o no, actuado con la objetividad que la Constitución exige.

§14. Análisis constitucional del rol cumplido por el CONAFU en el ejercicio de la competencia de autorizar el funcionamiento de universidades.

107. Antes de ingresar a analizar la función cumplida por el CONAFU y la ANR al momento de ejercer las competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias, conviene tener presente que de acuerdo al punto 5.03, referente a la “Calidad del Sistema Educativo”, del último reporte de competitividad global 2008-2009 preparado por el *World Economic Forum*, el Perú figura en el muy preocupante puesto 133 de 134 países evaluados^[44].

108. A la fecha de entrada en vigencia de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—, en el Perú existían 33 universidades, todas ellas (las contemporáneas) creadas a través de alguna norma proveniente directamente de un Poder del Estado, sea una ley, un decreto legislativo o un decreto supremo.

Tales universidades eran las siguientes: Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1551); Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (1692); Universidad Nacional de Trujillo (1824); Universidad Nacional San Agustín de Arequipa (1827); Pontificia Universidad Católica del Perú (1917); Universidad Nacional de Ingeniería (1955); Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica (1955); Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga (1957); Universidad Nacional Agraria La Molina (1960); Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (1961); Universidad Nacional del Altiplano (1961); Universidad Nacional de Piura (1961); Universidad Peruana Cayetano Heredia (1961); Universidad Católica Santa María de Arequipa (1961); Universidad Nacional del Centro del Perú (1962); Universidad Nacional de Cajamarca (1962); Universidad del Pacífico (1962); Universidad de Lima (1962); Universidad de San Martín de Porres (1962); Universidad Femenina del Sagrado Corazón (1962); Universidad Nacional Federico Villarreal (1963); Universidad Nacional Agraria de la Selva (1964); Universidad Nacional Hermilio Valdizán (1964); Universidad Inca Garcilazo de la Vega (1964); Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle (1965); Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (1965); Universidad Nacional del Callao (1966); Universidad de Piura (1968); Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión (1968); Universidad Ricardo Palma (1969); Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (1970); Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann (1971); y la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (1977)^[45].

109. Como puede apreciarse, de las citadas universidades, 23 eran públicas y solo 10 privadas. Desde entonces se han creado 12 universidades nacionales más^[46]:

Universidad	Fuente de creación	Año de creación	Situación institucional
U. N. de San Martín	Decreto Ley N.º 22803	1979	Con rector
U. N. de Ucayali	Decreto Ley N.º 22804	1979	Con rector
U. N. de Tumbes	Ley N.º 23881	1984	Con rector
U. N. del Santa	Ley N.º 24035	1984	Con rector
U. N. de Huancavelica	Ley N.º 25265	1990	Con rector
U. N. Intercultural de la Amazonía	Ley N.º 27250	1999	Con Comisión Organizadora
U. N. Amazónica de Madre de Dios	Ley N.º 27297	2000	Con Comisión Organizadora
U. N. Toribio Rodríguez de Mendoza	Ley N.º 27347	2000	Con Comisión Organizadora
U. N. Micaela Bastidas de Apurímac	Ley N.º 27348	2000	Con Comisión Organizadora
U. N. Tecnológica del	Ley N.º 27413	2001	Con Comisión

Cono Sur de Lima			Organizadora
U. N. José María Arguedas	Ley N.º 28372	2004	Con Comisión Organizadora
U. N. de Moquegua	Ley N.º 28520	2005	Con Comisión Organizadora

110. Tal como quedó dicho, el 21 de enero de 1995, fue publicada la Ley N.º 26439, que creó el CONAFU, como órgano autónomo de la ANR. De acuerdo al artículo 2º de esta ley, son atribuciones del CONAFU, “[e]valuar los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades a nivel nacional, y emitir resoluciones autorizando o denegando el funcionamiento provisional, previa verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos” (literal a), y “[e]valuar en forma permanente y durante el tiempo que estime conveniente el funcionamiento de las universidades, hasta autorizar o denegar su funcionamiento definitivo”, precisándose que “[l]a autorización de funcionamiento definitivo no puede ser concedida antes de transcurridos cinco años, contados a partir de la fecha de la autorización provisional de funcionamiento” (literal c).
111. De acuerdo al artículo 7º de esta ley, para la autorización de funcionamiento provisional de una universidad, la entidad promotora de la misma debe acreditar lo siguiente:
- a) Conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a los diez años de funcionamiento.
 - b) Objetivos académicos, grados y títulos a otorgar, así como los planes de estudios correspondientes.
 - c) Disponibilidad de personal docente calificado.
 - d) Infraestructura física adecuada.
 - e) Previsión económica y financiera de la universidad, proyectada para los primeros diez años de funcionamiento.
 - f) Servicios académicos imprescindibles (bibliotecas, laboratorios y afines) y de los servicios educacionales complementarios básicos (servicio médico, social, psicopedagógico y deportivo).
 - g) Previsiones que hagan posible el acceso y la permanencia de estudiantes que no cuenten con suficientes recursos para cubrir el costo de su educación”.
112. Por su parte, tal como fue mencionado, el “Reglamento para la autorización provisional de funcionamiento de nuevas universidades”, aprobado mediante Resolución N.º 387-2009-CONAFU, de fecha 14 de septiembre de 2009 —en sentido sustancialmente parecido a cómo lo hacía su antecesor aprobado mediante Resolución N.º 196-2004-CONAFU—, exige la presentación al CONAFU del Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI).
113. La Comisión Calificadora del CONAFU debe elaborar un Informe Preliminar y un Informe Final de evaluación del PDI, emitiendo un pronunciamiento “detallado y preciso” sobre la base del análisis de los siguientes aspectos (artículos 23º y 28º del Reglamento):
- ☐ La justificación del proyecto institucional que demuestre la conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que propone ofrecer la universidad, proyectada a 10 años de funcionamiento.
 - ☐ Las opiniones técnicas emitidas por la ANR, el Gobierno Regional de la sede en la que se ubicará la futura universidad, y los Colegios Profesionales relacionados con las carreras profesionales consideradas en el proyecto.
 - ☐ La factibilidad de los grados académicos y títulos profesionales que otorgará.
 - ☐ Las previsiones para disponer de personal docente calificado en el periodo de implementación inicial.
 - ☐ Las previsiones para disponer de infraestructura física y recursos educacionales adecuados para la enseñanza de nivel universitario (aulas, laboratorios, biblioteca, servicio de informática, etc.) en el periodo inicial de implementación.
 - ☐ Las previsiones para brindar servicios estudiantiles: psico-pedagógico, salud y de apoyo para el desarrollo individual, social, académico, cultural y deportivo de los estudiantes.

- Las previsiones que hagan posible el acceso a la permanencia de estudiantes que no cuentan con suficientes recursos para cubrir el costo de su educación (becas, préstamos, bolsas de trabajo, etc.).
 - La previsión económica y financiera del Proyecto de universidad para los 10 años iniciales de funcionamiento.
 - La capacidad económica propia y probada, principalmente a través del capital que proyecta en su constitución social o del capital con que cuente su promotora para financiar no menos del 30% de toda la infraestructura considerada en el PDI, más el total de egresos en gasto corriente correspondiente a los dos primeros años de funcionamiento que tendría la universidad. La infraestructura considerada se refiere a la adquisición de terrenos e inmuebles, remodelación y construcción de edificaciones inherentes a las funciones de la universidad. El pago de remuneraciones y la adquisición de bienes y servicios constituyen el gasto corriente de la universidad.
 - La administración financiera, que comprende la evaluación de previsión económica financiera de la universidad para los diez (10) primeros años iniciales de funcionamiento, que debe proporcionar un flujo neto de fondos anual equivalente al 12% o más del ingreso total de cada año, para garantizar los gastos operativos indispensables.
114. Posteriormente, el Pleno del CONAFU debe pronunciarse con respecto al PDI presentado, aprobando o desaprobando el proyecto de la universidad (artículo 30° del Reglamento). Más tarde, el Pleno del CONAFU debe designar la Comisión de Verificación de la implementación inicial. Solo si la información proporcionada por la Promotora y la Comisión de Verificación resultan satisfactorias, de acuerdo a lo señalado en el PDI aprobado, el Pleno del CONAFU se pronuncia sobre su aprobación, emitiendo la resolución de autorización de funcionamiento provisional de la universidad (artículo 39°).
115. El procedimiento de evaluación realizado por el CONAFU entre el momento de otorgar la autorización de funcionamiento provisional y el momento de decidir si se concede o no la autorización definitiva, se encuentra regulado por el “Reglamento de funcionamiento, evaluación y certificación institucional de universidades y escuelas de posgrado bajo competencia del CONAFU”, aprobado mediante Resolución N.º 100-2005-CONAFU, de fecha 31 de marzo de 2005. El artículo 1º de dicho Reglamento señala que la función evaluadora debe cumplir con los siguientes objetivos:
- a) Cautelar la fe pública depositada en las nuevas universidades o escuelas de posgrado del país, para que garanticen que los servicios educativos que ofrecen sean de calidad;
 - b) Asegurar niveles mínimos de calidad en los servicios que prestan las universidades y escuelas de posgrado evaluadas;
 - c) Proteger a los usuarios: alumnos, padres de familia y comunidad en general; y,
 - d) Contribuir a la creación de condiciones para el progreso e innovación institucional en las universidades en evaluación, y cuyo funcionamiento definitivo se autorice.
116. De acuerdo al artículo 83° del referido Reglamento, el CONAFU solo deberá otorgar autorización definitiva de funcionamiento a las universidades con autorización provisional que después del período mínimo de evaluación de 5 años o del período de prórroga concedido, cuenten cuando menos con una promoción de egresados “y que hayan demostrado en sus procesos anuales de evaluación que han alcanzado un nivel de desarrollo institucional satisfactorio de los parámetros programados en su PDI”.
117. Desde luego, a la luz de estas condiciones, los requisitos para la autorización provisional y definitiva de funcionamiento de universidades parecen ser exigentes, por lo que se hace necesario analizar algunos aspectos relacionados con la función que ha cumplido el CONAFU al momento de controlar su cumplimiento.
118. Desde la entrada en vigencia de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria— (18 de diciembre de 1983), han sido creadas 46 nuevas universidades privadas:

Universidad	Fuente de creación	Año de creación	Situación institucional

U. Andina Néstor Cáceres Velásquez	Ley N.º 23738	1983	Con rector
U. Peruana Los Andes	Ley N.º 23757	1983	Con rector
U. Peruana Unión	Ley N.º 23758	1983	Con rector
U. Andina del Cusco	Ley N.º 23837	1984	Con rector
U. Tecnológica de los Andes	Ley N.º 23852	1984	Con Comisión Transitoria de Gobierno
U. de Tacna	Ley N.º 24060	1985	Con rector
U. Privada de Chiclayo	Ley N.º 24086	1985	Con rector
U. Los Ángeles de Chimbote	Ley N.º 24163	1985	Con rector
U. Privada San Pedro	Ley N.º 24871	1988	Con rector
U. Privada Antenor Orrego	Ley N.º 24879	1988	Con rector
U. Privada Huánuco	Ley N.º 25049	1989	Con rector
U. José Carlos Mariátegui	Ley N.º 25153	1989	
U. Privada Marcelino Champagnat	Ley N.º 25180	1990	Con rector
U. Privada de Iquitos	Ley N.º 25213	1990	Con rector
U. Privada César Vallejo	Ley N.º 25350	1991	Con rector
U. Privada del Norte	Ley N.º 26275	1994	Con rector
U. Peruana de Ciencias Aplicadas	Ley N.º 26276	1994	Con rector
U. San Ignacio de Loyola	Res. N.º 060-95-CONAFU	1995	Con rector
U. Alas Peruanas	Res. N.º 102-96-CONAFU	1996	Con rector
U. Privada Norbert Wiener	Res. N.º 177-96-CONAFU	1996	Con rector
U. Privada San Pablo	Res. N.º 190-97-CONAFU	1997	Con rector
Asociación Universitaria Privada "San Juan Bautista"	Res. N.º 224-97-CONAFU	1997	Con rector
U. Tecnológica del Perú	Res. N.º 278-97-CONAFU	1997	Con rector
U. Científica del Sur	Res. N.º 356-98-CONAFU	1998	Con rector
U. Continental de Ciencia y Tecnología	Res. N.º 429-98-CONAFU	1998	Con rector
U. Privada Santo Toribio de Mogrovejo	Res. N.º 474-98-CONAFU	1998	Con rector
U. Privada Antonio Guillermo Urrelo	Res. N.º 490-98-CONAFU	1998	Con rector
U. Privada Señor de Sipán	Res. N.º 575-99-CONAFU	1999	Con rector
U. Católica Sedes Sapientiae	Res. N.º 688-99-CONAFU	1999	Con rector
U. Católica de Trujillo	Res. N.º 147-2000-CONAFU	2000	Con Comisión Organizadora
U. para el Desarrollo	Res. N.º 148-2002-	2002	Con Comisión

Andino	CONAFU		Organizadora
U. Peruana de Ciencias e Informática	Res. N.º 167-2002-CONAFU	2002	Con Comisión Organizadora
U. Sergio Bernaldes S.A.C.	Res. N.º 171-2002-CONAFU	2002	Con Comisión Organizadora
U. Peruana de las Américas	Res. N.º 199-2002-CONAFU	2002	Con Comisión Organizadora
U. Antonio Ruiz Montoya	Res. N.º 055-2003-CONAFU	2003	Con Comisión Organizadora
U. de Administración de Negocios - ESAN	Ley N.º 28021	2003	Con rector
U. Privada Telesup S.A.C.	Res. N.º 037-2004-CONAFU	2004	Con Comisión Organizadora
U. Privada de Pucallpa	Res. N.º 093-2005-CONAFU	2005	Con Comisión Organizadora
U. Privada Abraham Valdelomar	Res. N.º 247-2005-CONAFU	2005	Con Comisión Organizadora
U. Ada A. Bryson	Res. N.º 136-2006-CONAFU	2006	Con Comisión Organizadora
U. Samuel Pastor	Res. N.º 213-2006-CONAFU	2006	Con Comisión Organizadora
U Privada de Trujillo	Res. N.º 334-2006-CONAFU	2006	Con Comisión Organizadora
U. Peruana Simón Bolívar	Res. N.º 349-2006-CONAFU	2006	Con Comisión Organizadora
U. Privada San Carlos	Res. N.º 354-2006-CONAFU	2006	Con Comisión Organizadora
U. Peruana de Oriente	Res. N.º 405-2006-CONAFU	2006	Con Comisión Organizadora
U. Julio C. Tello	Res. 411-2006-CONAFU	2006	Con Comisión Organizadora

119. Como puede apreciarse, de las 46 nuevas universidades privadas, 18 fueron creadas por ley y 28 por el CONAFU. De las 28 universidades autorizadas por el CONAFU, 12 cuentan con autorización de funcionamiento definitiva, y 16 con autorización de funcionamiento provisional.
120. Ello quiere decir que del total de 56 universidades privadas creadas durante la historia de la República, es decir, desde el año 1917 en el que se crea la primera, la mitad fueron autorizadas por el CONAFU en los 14 años que lleva de funcionamiento. De hecho, solo en el año 2006 autorizó el funcionamiento de 7 nuevas universidades, a lo que debe agregarse que actualmente 18 propuestas adicionales se encuentran en proceso de implementación, es decir, con el Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI) aprobado^[47]; 7 más con proyectos admitidos a trámite^[48], y 9 solicitudes más a la fecha presentadas^[49].
121. Evidentemente, podría sostenerse que los 28 casos de universidades autorizadas por el CONAFU, superaban con claridad los requisitos exigidos por la legislación para asegurar los estándares de calidad propios de las finalidades constitucionales que la educación universitaria está llamada a cumplir. Para cotejar si dicha aseveración es correcta o no, se hace necesaria la revisión de una serie de datos.
122. En primer lugar, como quedó dicho, de acuerdo al punto 5.03, referente a la “Calidad del Sistema Educativo”, del último reporte de competitividad global 2008-2009 preparado por el *World Economic Forum*, el Perú figura en el muy preocupante puesto 133 de 134 países evaluados.
123. En segundo término, aunque en el Perú no existen cifras oficiales relacionadas con el nivel

de empleabilidad y colocación laboral entre los egresados de las universidades, de acuerdo al Informe Técnico N.º 11, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), correspondiente al trimestre agosto-octubre de 2009, denominado “Situación del Mercado Laboral en Lima Metropolitana”, en esta localidad existen 4 millones 488 mil 300 personas que constituyen la Población Económicamente Activa (PEA). De dicha población, el 52% se encuentra subempleada (44%) o desempleada (8%). El 20.9% de la PEA tiene educación universitaria. Del total de la PEA subempleada por horas, 24,3% tiene educación universitaria. Del total de la PEA desempleada, 16,7% tiene educación universitaria. Del total de la PEA desempleada con experiencia laboral, 14,7% tiene educación universitaria.

Evidentemente, no se trata de cifras de las que quepa derivar la existencia de una educación universitaria de calidad, sobre todo si se toma en cuenta que, justamente, como se desarrollará con más detalle en la cuarta parte de esta sentencia, una de las consecuencias de una adecuada educación universitaria debiera ser la cobertura de un cierto índice de colocación laboral.

124. En tercer lugar, debe tomarse en cuenta que en el año 2004, de 106,090 postulantes a las universidades privadas, ingresaron 81,849 (el 77%); en el año 2005, de 118,813 postulantes, ingresaron 91,879 (el 77%); en el año 2006, de 133,155 postulantes, ingresaron 103,101 (el 77%); y en el año 2007, de 166,154 postulantes, ingresaron 124,769 (el 75%)^[50].

A todas luces, se trata de una muy alta tasa de admisión que, lejos de dar cuenta de convenientes niveles de exigibilidad en el examen de ingreso, denotan una muy baja rigurosidad en dicho control, lo que demuestra que el ánimo particular de lucro, en buena medida, prevalece por sobre el interés social de brindar adecuados estándares de calidad educativa universitaria. Esto que resulta evidente en el escenario educativo de los últimos años, parece haber pasado desapercibido para el CONAFU.

125. Sobre el particular, es pertinente recordar que el artículo 13º 2, literales b. y c., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que, con el objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho humano a la educación “b) La enseñanza secundaria (...) debe ser generalizada y hacerse accesible a todos (...); c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, *sobre la base de la capacidad de cada uno (...)*” (cursiva agregada). A propósito de ello, el CDESC, ha precisado que la diferencia “más significativa, entre los apartados (b) y (c) del párrafo 2 del artículo 13 estriba en que, si bien la enseñanza secundaria ‘debe ser generalizada y hacerse accesible a todos’, la enseñanza superior ‘debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno’. Según el apartado (c) del párrafo 2 del artículo 13, la enseñanza superior no ‘debe ser generalizada’, sino solo disponible ‘sobre la base de la capacidad’, capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual”^[51].
126. No se trata, en consecuencia, de concebir a la universidad como un negocio que puede ser implementado por todo aquel que tenga capacidad económica para hacerlo, y abierto a todo aquél que tenga la capacidad económica de costearlo, sino como un centro educativo de alta calidad, forjado por quienes tienen verdadera vocación humanística, orientado, en términos de la Constitución, a la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica (artículo 18º), y, consecuentemente, accesible solo a aquellos que tengan el perfil, la capacidad y la aptitud compatibles con dicha visión.

De otra parte, la exigencia de acceso a una educación superior *sobre la base de la capacidad de cada uno*, requiere no concebir a la educación superior bajo una idea reduccionista que la convierta en sinónimo de educación universitaria. Parte del éxito del desarrollo de otras sociedades más avanzadas que la nuestra, reside en haber reconocido la alta importancia de la *educación técnica*, por lo que el Estado no puede perder de vista ello y debe adoptar las medidas necesarias para fortalecerla y promoverla.

127. Así pues, los datos revisados permiten concluir con razonable objetividad que el CONAFU no ha ejercido constitucionalmente la competencia para autorizar el funcionamiento de

universidades.

Analizado el muy cuestionable rol que ha cumplido el CONAFU en el ejercicio de la competencia de autorizar el funcionamiento de universidades, corresponde a continuación analizar el rol que ha cumplido esta misma entidad y la ANR, al momento de determinar si corresponde o no autorizar o, en su caso, ratificar el funcionamiento de las filiales universitarias. Se empezará por el caso de la ANR.

§15. Análisis constitucional del rol cumplido por la ANR en el ejercicio de la competencia de autorizar el funcionamiento de filiales universitarias

128. Como se sabe, mientras estuvo vigente, el artículo 1º de la Ley N.º 27504, publicada el 9 de julio de 2001, permitía a las universidades la constitución de filiales fuera del ámbito departamental de su creación, previa opinión favorable de la ANR.
129. El artículo 5º del Reglamento de la Ley N.º 27504 —“Reglamento de funcionamiento de filiales universitarias”—, aprobado mediante Resolución N.º 386-2002-ANR, del 2 de junio de 2002, definía a la filial como la unidad académica desconcentrada, ubicada fuera del departamento en que se creó la universidad, que ofrece carreras profesionales o estudios de post grado.
130. Tal como se ha expuesto, dicho Reglamento resultaba ser razonablemente exigente al momento de establecer los requisitos que las universidades debían cumplir para poder instituir una filial. Así, en su artículo 7º, establecía que para tales efectos, se debía presentar un Proyecto en el que se debían “sustentar las razones de conveniencia y la factibilidad de la filial, contemplando aspectos académicos, organizativos económicos y de infraestructura y equipamiento con énfasis en los puntos más relevantes como son la viabilidad y el carácter diferencial [de la] oferta educativa respecto a la que ya se está dando en la localidad, así como a la capacidad de llevarla a cabo”. Asimismo, el Consejo Regional Interuniversitario (CRI) de la sede principal, y el de la localidad donde se pretendía establecer la filial, debían elaborar un Informe Técnico, el cual debía “contener principalmente la evaluación a la Universidad solicitante para constatar, como requisito indispensable para crear filiales, el adecuado nivel académico de los profesores, su gobernabilidad y buena organización, la infraestructura, recursos económicos y financieros, etc.”, sin restar especial atención a “la justificación y demás aspectos del proyecto referentes a su factibilidad y aporte diferencial, por razones de contenido o de índole geográfico” (artículo 8º). Finalmente, la Comisión de Asuntos Académicos de la ANR, “conformada por cinco rectores elegidos por y entre los miembros del Pleno de Rectores, con representación de los cinco CRI, a propuesta del Presidente” (artículo 17º), preparaba el dictamen final para la decisión del Pleno de Rectores (artículo 9º).
131. Pues bien, de estas exigencias, en el corto tiempo de vigencia de la Ley N.º 27504 (del 10 de julio de 2001 al 2 de julio de 2005, apenas 4 años), la ANR autorizó el funcionamiento de 18 filiales. Dichas filiales fueron las siguientes^[52]:
 - a) ☐ Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
Filial: Barranca – Lima
 - b) ☐ Universidad Peruana Unión.
Filial: Juliaca – Puno
 - c) ☐ Universidad de Piura.
Filial: Lima – Lima
 - d) ☐ Universidad César Vallejo:
☐ Filial: Piura – Piura
☐ Filial: Chiclayo – Lambayeque
☐ Filial: Chimbote – Áncash
☐ Filial: Tarapoto - San Martín
 - e) ☐ Universidad Andina del Cusco
Filial: Puerto Maldonado - Madre de Dios
 - f) ☐ Universidad Alas Peruanas
Filial: Piura – Piura

- ☐ Filial: Ica – Ica
- g) ☐ Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
- ☐ Filial: Cutervo – Cajamarca
- h) ☐ Universidad Privada del Norte
- ☐ Filial: Cajamarca – Cajamarca
- i) ☐ Universidad Particular de Chiclayo
- ☐ Filial: Jaén – Cajamarca
- j) ☐ Asociación Universidad Privada San Juan Bautista
- ☐ Filial: Ica – Ica
- k) ☐ Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión
- ☐ Filial: Tarma – Junín
- l) ☐ Universidad Privada San Pedro
- ☐ Filial: La Libertad – Trujillo
- m) ☐ Universidad Tecnológica de los Andes
- ☐ Filial: Cusco – Cusco
- n) ☐ Universidad Peruana los Andes
- ☐ Filial: Lima – Lima

132. Podría argüirse, sin embargo, que todas estas filiales cumplían con los requisitos previstos en el referido Reglamento, motivo por cual resultaba regular autorizar su funcionamiento. No obstante, tal como a continuación se sustentará, basta un análisis de la situación de las filiales hacia el año 2004, para constatar la falsedad de dicho planteamiento.

133. En efecto, en primer lugar, conviene recordar que los proyectos de ley del año 2004 que antecedieron a la Ley N.º 28564, que derogó la Ley N.º 27504, dan cuenta de haberse constatado la exagerada proliferación de filiales universitarias que no ofrecían siquiera una mínima calidad en el servicio educativo. Así, tal como quedó dicho, en el Dictamen de los aludidos proyectos, se lee:

“[E]xiste en nuestro país un elevado número, realmente indeterminado de filiales o pseudofiliales de Universidades que vienen ofertando servicios que no cumplen con los mínimos niveles de exigencia académica ni los requerimientos que la Universidad exige a sus usuarios. En ese sentido, la sociedad está a la espera que los organismos rectores del Estado, en materia educacional, se pronuncien de manera coherente y oportuna, antes de que este evento pernicioso, termine por complicar de manera irreversible la calidad de los profesionales que la Universidad peruana estaría produciendo”^[53].

134. Este diagnóstico es plenamente confirmado —en relación con las carreras de Derecho— por el estudio de campo *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*, elaborado por Luis Pásara, en el año 2004, por encargo del Ministerio de Justicia. Uno de los aspectos de este estudio consistió en el análisis de la situación de las filiales del país que ofrecían la carrera de Derecho. Se identificaron 28 filiales, y a partir de la entrevista realizada a las autoridades de 10 de estas 28 filiales, se pudo establecer que:

- “(i) seis contaban con más de cien alumnos matriculados y una de ellas tenía 1,800 estudiantes;
- (ii) en 2003, en una de ellas habían ingresado 500 alumnos nuevos y en otra, 400;
- (iii) en cinco del total no se requería efectuar estudios universitarios previos al ingreso en la facultad de derecho;
- (iv) las filiales no estaban bajo la dirección de un abogado en diez de los 16 casos sobre los que se obtuvo la respectiva información;
- (v) cinco de las autoridades entrevistadas no pudieron entregar al entrevistador el plan de estudios ni el *syllabus* de un curso de los dictados en la filial;
- (vi) en dos filiales y una subsede no existía una biblioteca; en una filial había una biblioteca dotada de 37 volúmenes, en otra eran 60 y en una tercera, 100; 23 además, siete de las bibliotecas no contaban con la colección de *Normas Legales* y ocho no tenían la colección del diario oficial; y
- (vii) siete del conjunto de estas unidades académicas no realizaban concursos para reclutar docentes y, por cierto, la proporción de profesores contratados era abrumadora”^[54].

135. De esta manera, las carencias que en el estudio ya habían sido identificadas en las facultades de Derecho de las sedes principales de muchas universidades, “...se revelaron (...) sumamente agravadas en las filiales visitadas. Se comprobó que los locales utilizados por las filiales –legalmente constituidas o no– carecen del tipo de instalaciones propios de los locales sede de las universidades. Las filiales funcionan en casas, colegios o en locales comerciales manifiestamente inapropiados para el funcionamiento de una universidad. En la filial de una universidad privada del centro del país, los investigadores comprobaron que en un salón no había pizarra sino que el profesor tenía que usar un papelógrafo. Y en las entrevistas con los profesores se constató un nivel sensiblemente más bajo que en las universidades sede, que en algunos casos implicó ciertas dificultades de expresión. Pese a todo, algunos de los alumnos entrevistados consideraban que la existencia de filiales en su localidad es el único medio de superación mediante la obtención de un título cualquiera”^[55].
136. Una adicional constatación del estudio de campo antes aludido fue la siguiente: “En el trabajo realizado en las diez filiales visitadas no se encontró huella o indicador alguno de que la ANR ejerciera un sistema de control o supervisión sobre su funcionamiento; esta ausencia explica el obvio y generalizado incumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para establecer una filial”^[56].
137. Todo lo expuesto, se ve confirmado por la siguiente apreciación que, con relación a la ANR, queda consignada en el *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú*, de junio de 2009:
- “la aplicación de la autonomía universitaria en el Perú ha asumido un carácter muy peculiar desde la dación de la actual ley universitaria en 1983, donde el estado dejó de lado su atribución normativa, coordinadora y de exigencia de calidad respecto a la actividad universitaria, encomendando dicha función a la Asamblea Nacional de Rectores, entidad que al estar integrada por los Rectores de las mismas universidades, no ha podido ser suficientemente autoexigente con ellas mismas, para alcanzar niveles de calidad acordes al desarrollo sostenible que necesita nuestro país”^[57].
138. Así las cosas, es evidente que mientras la ANR gozó de la atribución de autorizar o no el funcionamiento de filiales en el país, ejerció esa prerrogativa de modo muy alejado al deber de asegurar que la educación universitaria cumpla con los fines previstos en los artículos 13º y 18º de la Constitución.

A continuación, se analiza el rol del CONAFU mientras tuvo a cargo la misma competencia.

§16. Análisis constitucional del rol cumplido por el CONAFU en el ejercicio de la competencia de ratificar y autorizar el funcionamiento de filiales universitarias

139. Siendo este el escenario que rodeaba la promulgación de la Ley N.º 28564 —y más allá de que, como se ha sustentado, ésta incurría en una manifiesta inconstitucionalidad al prohibir de manera absoluta las filiales, sin advertir que el problema residía en la ausencia de un sistema efectivo que garantice su calidad—, era evidente que se esperaba que el CONAFU no actúe flexiblemente al momento de decidir si ratificaba o no a las filiales autorizadas por la ANR. Y es que, tal como establecía el artículo 3º de la Ley N.º 28564, las filiales autorizadas al amparo de la Ley N.º 27504 estaban sujetas a ratificación por parte del CONAFU, y la no ratificación debía generar la clausura definitiva.
140. El aludido escenario, sin embargo, pasó inadvertido para el CONAFU, pues, sorprendentemente, una vez llevado a cabo el procedimiento de ratificación, ratificó a 17 de las 18 filiales que habían sido aprobadas previamente por la ANR^[58]. El único caso que no culminó con una resolución aprobatoria fue el de la Filial Barranca – Lima, de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, y no porque el CONAFU denegara la solicitud, sino porque el procedimiento fue declarado en abandono mediante Resolución N.º 103-2008-CONAFU, de fecha 26 de marzo de 2008.

141. Por su parte, de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28564, las solicitudes que se encontraban en trámite ante la ANR al momento de la entrada en vigencia de esta ley, debían ser remitidas al CONAFU, el cual debía encargarse de autorizar o denegar su funcionamiento.
142. Las solicitudes de creación de filiales que se encontraban en giro ante la ANR al entrar en vigencia la Ley N.º 28564, eran las siguientes^[59]:
- a) Universidad Privada San Pedro
 - ☐ Filial: Lima – Lima
 - b) Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez
 - ☐ Filial: Arequipa – Arequipa
 - c) Universidad César Vallejo
 - ☐ Filial: Lima – Lima
 - d) Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión
 - ☐ Filial: La Merced – Junín
 - e) Universidad Privada del Norte
 - ☐ Filial: Lima – Lima
 - f) Universidad San Martín de Porres
 - ☐ Filial: Chiclayo – Lambayeque
 - ☐ Filial: Arequipa – Arequipa
 - ☐ Filial: Huancayo – Junín
 - g) Universidad Privada San Juan Bautista
 - ☐ Filial: Chíncha – Ica
 - h) Universidad Peruana Unión
 - ☐ Filial: San Martín – Tarapoto
 - i) Universidad Tecnológica de los Andes
 - ☐ Filial: Lima – Lima
 - ☐ Filial: Juliaca - Puno
 - j) Universidad Inca Garcilaso de la Vega
 - ☐ Filial: Chíncha - Ica
 - k) Universidad Privada San Pedro
 - ☐ Filial: Cajamarca – Cajamarca
 - ☐ Filial: Piura – Piura
 - l) Universidad Alas Peruanas
 - ☐ Filial: Arequipa – Arequipa
 - ☐ Filial: Trujillo - La Libertad
 - ☐ Filial: Chiclayo – Lambayeque
 - ☐ Filial: Ayacucho – Ayacucho
 - ☐ Filial: Pucallpa – Ucayali
 - ☐ Filial: Huancayo – Junín
 - m) Universidad Tecnológica del Perú
 - ☐ Filial: Arequipa – Arequipa
 - n) Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco
 - ☐ Filial: Andahuaylas - Apurímac
143. Pues bien, tampoco en ejercicio de esta función el CONAFU parece haber caído en cuenta de la gravedad de la situación educativa universitaria en el Perú, pues de estas 23 solicitudes de creación de filiales que se encontraban en giro ante la ANR, el CONAFU autorizó 20^[60]. Fue denegada la solicitud de creación de la Filial Lima de la Universidad Tecnológica de los Andes, mediante Resolución N° 703-2004-ANR, de fecha 23 de diciembre del 2004, en mérito al Informe N° 358-2005-CEAA-CONAFU. Con relación a la solicitud de creación de la Filial Juliaca de la Universidad Tecnológica de los Andes, y de la Filial Andahuaylas de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, la autorización de su funcionamiento no consta en la información obrante en la página web del CONAFU^[61], por lo que se presume que fueron desautorizadas.
144. En definitiva, tal como había sucedido con la ANR en su momento, mientras el CONAFU tuvo asignada la competencia de controlar el cumplimiento de las condiciones que garanticen la calidad del futuro servicio educativo universitario de las filiales que solicitaban

su autorización de funcionamiento, demostró una absoluta desconexión con el deber constitucional de hacer de la educación universitaria un valor orientado a “la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica” (artículo 18º de la Constitución).

145. Por ello se explica el siguiente diagnóstico que, en relación con el modo cómo el CONAFU ha venido ejerciendo sus funciones, realiza de modo detallado, crítico y concluyente, el *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú 2009*:

“La percepción general de parte de la comunidad universitaria, es la falta de eficacia de las acciones de autorización y evaluación de las nuevas universidades por parte del CONAFU. Esta afirmación podría basarse en los siguientes hechos:

a) La mayoría de las nuevas universidades dejan de cumplir los requisitos exigidos por el CONAFU durante los 5 años mínimos de supervisión, ni bien consiguen la autorización definitiva y pasan al esquema de coordinación de la ANR. Por otro lado la ANR no ha implementado ningún mecanismo de seguimiento a estas nuevas universidades bajo el argumento de respeto a la autonomía universitaria.

b) Los requisitos para la autorización y evaluación de nuevas universidades han sido poco exigentes, siendo especialmente críticos los factores para evaluar la idoneidad del perfil del egresado de cada una de las carreras.

c) El CONAFU no ha desarrollado procesos de revisión o validación de sus metodologías, ni del perfil de competencias y evaluación de sus profesionales evaluadores. Tampoco ha solicitado el apoyo de instituciones similares de países con más experiencia en este tipo de actividades.

d) A esto se agrega la autorización indiscriminada de apertura de filiales (sucursales de la misma universidad en lugares distintos de la sede principal) que ha realizado el CONAFU en los últimos años, sin aplicar criterios de racionalización de recursos, ni cobertura educativa y siendo muy flexible en requisitos de calidad.

e) El presidente del CONAFU, es elegido entre ex-Rectores hecho que no garantiza tener adecuadas competencias sobre Gestión Universitaria, Calidad, estándares de evaluación y evaluación sistémica Institucional

f) No existen procesos específicos ni transparentes para la selección de evaluadores de las universidades.

(...)

En conclusión, el CONAFU se ha convertido en un ente administrativo que tiene poco impacto en el aseguramiento de la calidad de las universidades a formarse”^[62].

§17. Consecuencias de la inconstitucional función cumplida por la ANR y el CONAFU

146. Tal como fue expuesto en la primera parte de esta sentencia, el derecho previsto en el artículo 15º de la Constitución, conforme al cual “[t]oda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”, no puede ser interpretado como el derecho de hacer de las entidades educativas simples sociedades sometidas a las directivas de la oferta y la demanda que rigen el mercado.
147. Aun cuando en el marco de la Constitución cabe la configuración empresarial de las universidades —gozando, en esa medida, del núcleo duro de la protección económica que la Constitución dispensa—, por encima de ello se encuentra el deber constitucional de carácter social que exige de ellas coadyuvar de manera eficaz, permanente y decidida con el desarrollo integral de la persona humana (artículo 13º de la Constitución), en dignidad (artículo 1º de la Constitución) y en libertad (artículo 2º 1 de la Constitución).
148. No obstante, la situación de las universidades y las filiales que ha sido constatada, evidencia que la mayoría de éstas se han regido estrictamente por el ánimo de lucro y valiéndose —lo que resulta aún más censurable— de las necesidades de una juventud que no encuentra mejores alternativas a su alcance.
149. Desde luego, la supervisión para que la actividad educativa universitaria en ningún caso se aparte de sus objetivos constitucionales, debe ser ejercida en primera instancia y

oportunidad, por el órgano encargado de autorizar el funcionamiento de nuevas universidades o sus filiales. Este control *ex ante* es el punto de inicio vital de esta esencial supervisión que por mandato constitucional, en todo tiempo, debe ser ejercida con eficiencia y con un compromiso humano por la calidad de la educación universitaria.

150. Lamentablemente, como ha quedado demostrado, ni la ANR ni el CONAFU ejercieron esta función inspirados en los mandatos constitucionales, sino, por el contrario, muy alejados de ellos, lo que termina de confirmar su falta de imparcialidad objetiva en este aspecto.

Es preciso enfatizar, sin embargo, que la referida inconstitucionalidad no deriva llanamente del análisis del concreto ejercicio que de las competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias han llevado a cabo la ANR y el CONAFU. Si así fuese, este Tribunal estaría haciendo del proceso de inconstitucionalidad un proceso de control concreto de actos, lo que evidentemente —y sin perjuicio de la dimensión subjetiva que también posee— desvirtuaría su naturaleza.

La referida inconstitucionalidad deriva de la relación existente entre la duda razonable que respecto a la compatibilidad con el derecho fundamental a la imparcialidad objetiva, deriva de la regulación estructural del CONAFU y la ANR, y la forma cómo estas instituciones han venido ejerciendo sus competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales. De esta manera, el control ejercido en este proceso de inconstitucionalidad no recae solo sobre la norma abstracta, ni tampoco solo sobre el simple acto de aplicación, sino sobre la *norma inconstitucional viva*, es decir, sobre una aparente inconstitucionalidad normativa que se ve confirmada con el análisis objetivo acerca del modo como ha venido siendo aplicada.

En esta línea, puede afirmarse que tanto la ANR como el CONAFU han incurrido en una inconstitucionalidad por abuso del Derecho (artículo 103° de la Constitución), en la medida que, con la aplicación mecánica y reglamentista de las disposiciones que establecían los requisitos para autorizar el funcionamiento de universidades y filiales, han desvirtuado y se han apartado de los fines constitucionales que debía perseguir dicha aplicación, a saber, garantizar una educación universitaria que permita el desarrollo integral de la persona humana (artículo 13° de la Constitución), así como la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual, la creación artística y la investigación científica y tecnológica (artículo 18° de la Constitución).

151. En tal sentido, a juicio del Tribunal Constitucional, la apariencia de falta de imparcialidad objetiva que deriva de la estructura normativa y de la regulación de las competencias asignadas antes a la ANR y ahora al CONAFU para la autorización de funcionamiento de universidades o filiales universitarias, queda confirmada con el concreto ejercicio que de ellas realizaron estas instituciones. Esta constatación permite concluir que resulta inconstitucional que dichas competencias sean ejercidas por la ANR o el CONAFU.
152. En la actualidad, no existe norma alguna que confiera a la ANR competencia alguna en la referida materia de autorización de funcionamiento de universidades. Ello debe mantenerse así, so pena de incurrir en un acto normativo inconstitucional.
153. De otra parte, a la fecha, tampoco existe norma que confiera a la ANR o al CONAFU competencias en materia de autorización de funcionamiento de filiales. Como es sabido, las competencias de la ANR sobre dicho asunto, fueron derogadas por la Ley N.º 28564. Mientras que las competencias que sobre la referida materia le fueron asignadas al CONAFU por la misma Ley N.º 28564, han devenido en ineficaces por haber transcurrido en exceso el plazo máximo para ejercerlas^[63]. Ello debe mantenerse así, so pena de incurrir en un acto normativo inconstitucional.
154. No obstante, las competencias del CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades se encuentran previstas en el artículo 2° de la Ley N.º 26439, publicada el 21 de enero de 1995. Dicha norma se encuentra fuera del plazo en el que este Tribunal se encuentra habilitado para sancionar la inconstitucionalidad de una norma.

155. En efecto, según reza el artículo 100° del CPCo., “[l]a demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución”.
156. Tal como tiene interpretado este Colegiado, dicho plazo de prescripción es aplicable también a las normas a las que la sanción de inconstitucionalidad pueda extenderse “por conexión o consecuencia” (artículo 78° del CPCo.). En efecto, según se ha expuesto, “si legislativamente esta ‘prohibido’ (...) impugnar directamente normas con rango de ley cuyo plazo prescriptorio haya superado los seis años desde su publicación *con mayor razón* también se ‘prohíbe’ (...) la impugnación de normas por conexión o consecuencia a la principal declarada inconstitucional, cuyo plazo prescriptorio haya superado los seis años desde su publicación”^[64].
157. Sin embargo, cabe precisar que en tanto el plazo de prescripción regulado en el artículo 100° del CPCo. se encuentra relacionado con la pretensión, su cumplimiento tan solo impide que a través del control concentrado de constitucionalidad pueda sancionarse el objeto de aquélla, consistente en dejar sin efecto la norma juzgada inconstitucional. Y es que debe recordarse que, de acuerdo al artículo 81° del CPCo., la consecuencia de estimar una pretensión a través de sentencias recaídas en un proceso de inconstitucionalidad, es dejar “sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian”.
158. Siendo ello así, cumplido el plazo de prescripción, el Tribunal Constitucional queda impedido de sancionar la inconstitucionalidad de una norma, dejándola sin efecto, pero ello no enerva en lo absoluto la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad, aunque su consecuencia no pueda ser la expulsión del sistema jurídico de la norma controlada.
159. Por lo demás, ello ya había sido advertido por este Colegiado, cuando, sin perjuicio de reconocer que el plazo de prescripción previsto en el artículo 100° del CPCo., alcanza también a las normas conexas, señaló que, incluso en ese escenario, “nuestro sistema jurídico constitucional (...) ha establecido dos mecanismos de salvaguarda de la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico nacional. Por un lado, el control difuso de constitucionalidad del artículo 138° de la Constitución (...) Por otro lado, el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPC, [que] dispone que ‘Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional’”^[65]. A lo que cabe agregar que, de conformidad con el artículo 82° del CPCo., “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.
160. De esta manera, aun cuando en virtud de la prescripción, una concreta norma no pueda ser expulsada del orden jurídico, las interpretaciones que con relación a ella sean realizadas por el Tribunal Constitucional, en virtud de lo previsto por los artículos VI del Título Preliminar y 82° del CPCo., vinculan a todos los poderes públicos. Desde luego, ello incluso será así cuando de dichas interpretaciones derive la inequívoca inconstitucionalidad de dicha norma.
161. Así las cosas, a la luz de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional advierte que las competencias del CONAFU previstas en el artículo 2° de la Ley N.º 26439 en materia de autorización de funcionamiento de universidades, resultan inconstitucionales por violación del derecho fundamental de toda persona a la imparcialidad objetiva del órgano que, a través de sus resoluciones, decida sobre sus derechos u obligaciones.

Esta interpretación, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82° del CPCo., resulta vinculante para todos los poderes públicos a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, motivo por el cual, a partir de entonces, el CONAFU se encuentra impedido de ejercer las referidas competencias.

Cuarta parte: Estado y deber constitucional irrenunciable de garantizar y supervisar la calidad de la educación universitaria

§18. El deber del Estado de garantizar la calidad de la educación

162. La función y el deber del Estado en el aseguramiento de la calidad y eficiencia del proceso educativo, se desprende con nitidez de la fuerza normativa de distintos artículos constitucionales. Así, el segundo párrafo del artículo 16º de la Constitución, establece: “El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. *Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.* Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas” (cursiva agregada). Asimismo, el artículo 14º dispone que “[e]s deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país”.

Con relación al profesorado en la enseñanza oficial, el artículo 15º señala que “[e]l Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes”. Por su parte, el artículo 17º de la Constitución, exige al Estado promover “la creación de centros de educación donde la población los requiera”, y el artículo 16º ordena que se dé “prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República”.

163. Tal como fue expuesto en la primera parte de esta sentencia, si el derecho fundamental a la educación tiene un nivel axiológico de singular importancia en el orden constitucional, merced a la relación simbiótica que existe entre el acceso al conocimiento y la optimización del principio-derecho a la dignidad (artículo 1º de la Constitución), y entre aquél y el libre desarrollo de la personalidad del ser humano (artículo 2º 1 de la Constitución), entonces toda actividad humana que participe del proceso educativo debe estar orientada a garantizar “el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13º de la Constitución) y, en el caso específico de la educación universitaria, a garantizar “la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica” (artículo 18º de la Constitución).

En consecuencia, la actividad educativa universitaria debe contar con la *irrenunciable, eficiente, eficaz y permanente* supervisión y fiscalización del Estado, a efectos, de asegurar su accesibilidad, su calidad y el cumplimiento de los fines exigidos por la Norma Fundamental.

164. Bajo tal perspectiva, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación el control por parte del Estado de la calidad con la que ella debe ofrecerse, pues es ésta, a su vez, la única forma de garantizar el cumplimiento de sus fines constitucionales, previstos en los artículos 13º y 18º de la Constitución. Todo ciudadano, en consecuencia, tiene el derecho a exigir del Estado la adopción de medidas idóneas para garantizar una educación universitaria de calidad.
165. De ahí que tanto el alejamiento por parte del proceso educativo del cumplimiento de los fines constitucionales de la educación, como la ausencia de una supervisión estatal eficiente, son generadoras de un estado de abierta inconstitucionalidad.

§19. Control de la calidad de la educación

166. La supervisión de la calidad de la educación, conforme a las exigencias que derivan del artículo 16º de la Constitución, debe adoptar diversas formas, dependiendo de la oportunidad y del origen de los órganos llamados a ejercerla. De esta manera, debe tratarse, en primer término, de una *supervisión ex ante*, en el sentido de que debe ejercerse con rigurosidad y eficiencia antes de que los promotores sean autorizados a desarrollar la actividad educativa. Asimismo, debe también ser un *control ex post*, de forma tal que, a través de una evaluación permanente y rigurosa, quede asegurado que en ningún intervalo de su ejercicio aquélla se desvincule de la finalidad general de lograr el desarrollo integral

de la persona humana (artículo 13° de la Constitución), y, en el caso específico de la educación universitaria, del objetivo de lograr la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística, y la investigación científica y tecnológica (artículo 18° de la Constitución).

167. De otro lado, debe tratarse de un *permanente control interno*, llevado a cabo por las propias entidades educativas, que permita asegurar la calidad de los procesos de evaluación y formalización, a través de un sistema que desarrolle criterios cada vez más altos de autoexigencia, orientados a generar una *cultura interna de la calidad educativa*. Del mismo modo, debe desarrollarse un *periódico control externo imparcial*, llevado a cabo por organismos que no se encuentren vinculados ni directa ni indirectamente con las entidades evaluadas, y caracterizado por la implementación de un sistema exigente y obligatorio de evaluación, acreditación y auditoría¹⁶⁶.
168. A juicio del Tribunal Constitucional, a partir de una interpretación adecuada del artículo 16° de la Constitución, y que resulte acorde con la defensa y garantía del contenido esencial del derecho fundamental a la educación y de sus fines, el Estado tiene la obligación de participar tanto en el control externo previo como en el control externo posterior de la calidad de la educación impartida por las universidades públicas y privadas, a través de la supervisión rigurosa de los organismos especializados independientes, imparciales y autónomos encargados de llevarlos a cabo.

Ahora bien, como resulta lógico, dicha evaluación no debe manifestarse con una idéntica intensidad en todos los casos. Hay distintos factores que pueden condicionar los estándares de calidad exigibles, tales como el tiempo que lleva en funcionamiento la universidad, si se trata de una universidad institucionalizada o no, la cantidad de carreras que ofrece, la cantidad de procesos evaluativos que haya superado anteriormente, etc. Es preciso pues manejar un estándar mínimo, medio y alto de control, dependiendo de estos y otros factores, resguardando, en todo caso, que los niveles de exigibilidad nunca se encuentren por debajo del mínimo de calidad constitucionalmente exigible.

Sobre el particular, dentro del marco constitucional (artículo 19° de la Constitución), es recomendable que el Estado instituya una política de incentivos tributarios, que permita motivar la elevación de los niveles de calidad educativa universitaria.

169. Como es evidente, ello no ha venido ocurriendo. Por el contrario, dadas las características del CONAFU (su pertenencia a la ANR, y su necesaria conformación por ex rectores propuestos y elegidos por las propias universidades), el tipo de control ejercido por éste se aproxima más a uno de carácter interno, quedando ausente el control externo estatal exigido por el artículo 16° de la Constitución. Esta situación, a su vez, según fue expuesto, da lugar a que la supervisión definitiva de la calidad educativa de las universidades privadas no haya estado revestida de la constitucionalmente exigida imparcialidad con la que debe actuar todo organismo público autónomo.

19.1 Control interno de la calidad de la educación universitaria. La autoevaluación

170. La autoevaluación o evaluación interna resulta fundamental en el proceso de aseguramiento de la calidad educativa universitaria, a pesar de ello en la Ley Universitaria tan solo existe un tímido artículo sobre el particular. En efecto, en su artículo 25° dispone: "Las Universidades están obligadas a mantener sistemas de evaluación interna para garantizar la calidad de sus graduados y profesionales".
171. De conformidad con el artículo 11° A de la Ley N.º 28740 —Ley del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa—, la autoevaluación de la gestión pedagógica, institucional y administrativa está a cargo de los propios actores de la institución educativa, su realización "es requisito fundamental e indispensable para mejorar la calidad del servicio educativo que se ofrece". En dicha línea, el artículo 12.1 del Reglamento de la referida ley, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 018-2007-ED, define a la autoevaluación como "el proceso de evaluación orientado a la mejora de la calidad, y llevado a cabo por las propias instituciones o programas educativos con la

- participación de sus actores sociales, es decir, estudiantes, egresados, docentes, administrativos, autoridades, padres de familia, y grupos de interés”.
172. Sin perjuicio de que, tal como ha sido determinado en la tercera parte de esta sentencia, resultaría inconstitucional que la ANR vuelva a gozar de competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades o filiales, el Tribunal Constitucional toma nota que de acuerdo al *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú 2009*, promovido por la Unión Europea, la ANR, a través de su Dirección General de Investigación y Calidad Universitaria, ha llevado a cabo ciertas actividades orientadas a revisar y hacer propuestas de estándares de acreditación y evaluación de universidades, y a difundir entre ellas la cultura de la autoevaluación^[67].
173. No obstante, en líneas generales, en relación con la evaluación interna de la calidad “[s]on pocas las universidades que han implementado verdaderos sistemas de gestión de la calidad, con políticas y procedimientos formales, con participación de los estudiantes, egresados, empleadores, otros grupos de interés y sobretodo con el liderazgo y real involucramiento de las principales autoridades para la promoción de una cultura organizacional orientada a la mejora continua”^[68], por lo que se hace preciso adoptar medidas que aseguren la eficacia de este sistema interno de control.

19.2 Control externo de la calidad de la educación universitaria y autonomía universitaria

174. Tal como quedó establecido, el control externo de la calidad educativa universitaria, debe ser llevado a cabo por organismos imparciales que no se encuentren vinculados ni directa ni indirectamente con las entidades evaluadas, y debe estar caracterizado por la implementación de un sistema exigente y obligatorio de evaluación, acreditación y auditoría.
175. Evidentemente, este control externo no puede ser ejercido violando la autonomía universitaria. Como se sabe, el artículo 18º de la Constitución señala que “[c]ada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes”.
176. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la autonomía universitaria es una garantía institucional cuyo contenido constitucionalmente protegido cubre los siguientes aspectos:
- a) Régimen normativo.
Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular, *per se*, la institución universitaria.
 - b) Régimen de gobierno.
Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir, *per se*, la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo.
 - c) Régimen académico.
Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.
 - d) Régimen administrativo.
Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.
 - e) Régimen económico.
Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros.^[69]
177. Es probable que la manifestación más importante de esta autonomía se encuentre cifrada en la búsqueda de una plena libertad ideológica en el ámbito académico, que pueda hacer

de la universidad un espacio seguro para la libre exploración en el conocimiento y en la evolución del pensamiento, protegida frente a cualquier injerencia de carácter político.

178. Tal como tiene expuesto este Tribunal, “una promoción de la educación que condiga con el desarrollo integral de la persona exigido por la Constitución, requiere que el Estado garantice la libertad de enseñanza (artículo 13°), la libertad de conciencia (artículo 14°) y la libertad de cátedra (artículo 18° de la Constitución). El fundamento de tales libertades supone una autonomía en sentido general que garantice que la formación en conocimientos y espíritu tenga lugar en un ambiente libre de todo tipo de injerencias ilegítimas, particularmente de aquellas provenientes del poder público, sean estas de carácter confesional, académico o ideológico”^[70].
179. Pues bien, es la autonomía universitaria, así entendida, la que no puede resultar afectada por el proceso de evaluación externo de su calidad. En tal sentido, dicho proceso no podrá incidir en el ideario o visión de la universidad, en la libertad de cátedra de sus docentes o en el nombramiento de éstos sin discriminación de ningún tipo, en su economía o en su organización estructural y administrativa.
180. Pero, con el mismo énfasis, debe quedar claro que autonomía no es sinónimo de autarquía, por lo que ninguna universidad se encuentra exenta de un proceso de evaluación externo riguroso, y, en su caso, de la obligación de adoptar las medidas que les sean impuestas por los órganos del Estado competentes para elevar su nivel educativo.
181. En dicho sentido, como bien ha precisado este Tribunal, la “libre iniciativa para realizar actividades educativas no implica, de modo alguno, la concesión, a favor de la persona natural o jurídica que la ejerza, de un ámbito que se encuentre desvinculado de las disposiciones constitucionales, de los principios y fines del proceso educativo y de las políticas generales que en materia de educación haya fijado el Estado, pues como ya se ha mencionado ampliamente, la educación se constituye también como un servicio público y, como tal, exige una activa participación del Estado para su eficaz realización”^[71].
182. En la misma línea, el CDESC, luego de señalar que la autonomía es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas, advierte que dicho autogobierno, “debe ser compatible con los sistemas de fiscalización pública, especialmente en lo que respecta a la financiación estatal. Habida cuenta de las considerables inversiones públicas destinadas a la enseñanza superior, es preciso llegar a un equilibrio correcto entre la autonomía institucional y la obligación de rendir cuentas”^[72].

19.3 Control externo de la calidad de la educación universitaria ejercido por el SINEACE

183. Con la creación del CONAFU, a través de la Ley N.º 26439, se confirió a esta institución la tarea de evaluar a las universidades hasta que sea autorizado su funcionamiento definitivo. Sin perjuicio de que, tal como ha sido desarrollado en la tercera parte de esta sentencia, resulta inconstitucional que el CONAFU ejerza competencias en materia de autorización de funcionamiento de universidades o filiales, en relación con las competencias de evaluación a las ya existentes que le fueron conferidas, corresponde señalar algunas cuestiones.

En primer término, este control evaluativo no puede ser considerado como *externo*, en razón de la falta de imparcialidad objetiva o estructural del CONAFU. En segundo lugar, este control evaluativo, regulado a través del “Reglamento de funcionamiento, evaluación y certificación institucional de las universidades y escuelas de posgrado bajo competencia del CONAFU”, aprobado mediante Resolución N.º 100-2005-CONAFU, dada la profunda crisis de la calidad educativa de la universidad peruana, ha demostrado su absoluta inoperancia, por lo que debiera ser derogado y reformado. Finalmente, corresponde señalar que, a la fecha, el CONAFU ya no cuenta con competencia para evaluar a las filiales universitarias, pues, de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 28740, dicha competencia ha sido transferida al Consejo de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad de la Educación Superior Universitaria (CONEAU) del Sistema

Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE).

184. En efecto, el Tribunal Constitucional ha tomado nota de que el 23 de mayo de 2006 se dictó la Ley N.º 28740 —Ley que crea el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE)—, cuyo Reglamento fue aprobado a través de Decreto Supremo N.º 018-2007-ED, de fecha 10 de julio de 2007.
185. El SINEACE es definido por el artículo 2º de la ley como el conjunto de organismos, normas y procedimientos estructurados e integrados funcionalmente, destinados a definir y establecer los criterios, estándares y procesos de evaluación, acreditación y certificación a fin de asegurar los niveles básicos de calidad que deben brindar las instituciones educativas, y promover su desarrollo cualitativo. De este modo, tiene por finalidad “garantizar a la sociedad que las instituciones educativas públicas y privadas ofrezcan un servicio de calidad. Para ello recomienda acciones para superar las debilidades y carencias identificadas en los resultados de las autoevaluaciones y evaluaciones externas, con el propósito de optimizar los factores que inciden en los aprendizajes y en el desarrollo de las destrezas y competencias necesarias para alcanzar mejores niveles de calificación profesional y desempeño laboral” (artículo 5º de la ley).
186. De acuerdo al artículo 8º 1 de esta ley, el Consejo Superior del SINEACE es su Ente Rector y se constituye como un órgano adscrito al Ministerio de Educación. Por su parte, sus órganos operadores son los encargados de garantizar la calidad educativa en el ámbito de la Educación Básica y Técnico-Productiva, en la Educación Superior No Universitaria y Universitaria. Los órganos operadores del SINEACE son: a) el Instituto Peruano de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad de la Educación Básica - IPEBA, con competencia en las Instituciones Educativas de Educación Básica y Técnico-Productiva; b) el Consejo de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad de la Educación Superior No Universitaria - CONEACES, con competencia en las Instituciones de Educación Superior No Universitaria; y, c) el Consejo de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad de la Educación Superior Universitaria - CONEAU, con competencia en las Instituciones de Educación Superior Universitaria.
187. De acuerdo a esta ley, la mejora de la calidad educativa es viabilizada, básicamente, a través de dos procedimientos: el procedimiento de evaluación con fines de acreditación y el procedimiento de evaluación con fines de certificación. La acreditación es el reconocimiento público, formal y temporal —otorgado por el Estado a través del órgano operador correspondiente, según el informe de evaluación externa emitido por una entidad evaluadora, debidamente autorizada, de acuerdo con las normas vigentes— de la calidad demostrada por una institución educativa, área, programa o carrera profesional que voluntariamente ha participado en un proceso de evaluación de su gestión pedagógica, institucional y administrativa (artículo 11º C de la ley y 14º de su Reglamento). Solo cuando el servicio educativo impartido está directamente vinculado a la formación de profesionales de la salud o de la educación, la evaluación con fines de acreditación es obligatoria (artículo 7º del Reglamento).
- Cabe resaltar que, de conformidad con el artículo 17º del Reglamento, cada órgano operador debe llevar un registro de las entidades evaluadoras con fines de acreditación que haya autorizado. Asimismo, a solicitud de las instituciones y programas educativos, los órganos operadores podrán reconocer procesos de acreditación realizados por agencias acreditadoras del extranjero, cuyas funciones sean compatibles con la naturaleza del SINEACE y tengan reconocimiento oficial en sus respectivos países o por el organismo internacional al que pertenecen. Cada órgano operador deberá establecer los requisitos para el reconocimiento de estas acreditaciones (artículo 17.3 del Reglamento).
188. Por su parte, la certificación de competencias profesionales es el reconocimiento público y temporal de las competencias adquiridas dentro o fuera de las instituciones educativas por personas naturales para ejercer funciones profesionales o laborales. Es otorgada por el colegio profesional correspondiente, previa autorización, de acuerdo a los criterios establecidos por el SINEACE. Se realiza a solicitud de los interesados (artículo 11º de la ley y 20º 1 del Reglamento).

189. En relación con las universidades, como se decía, es el CONEAU el órgano operador encargado de asegurar la calidad de la educación universitaria. En tal sentido, debe definir los criterios, indicadores y estándares de medición para garantizar en las universidades públicas y privadas los niveles aceptables de calidad, así como alentar la aplicación de las medidas requeridas para su mejoramiento (artículo 29° de la ley). Y por ello, entre sus objetivos se encuentran: a) promover el desarrollo de procesos de evaluación, acreditación y certificación de la calidad de la educación superior universitaria; b) contribuir a alcanzar niveles óptimos de calidad en los procesos, servicios y resultados de la educación superior universitaria; y, c) garantizar la calidad del servicio educativo universitario (artículo 57° del Reglamento).
190. La Dirección de Evaluación y Acreditación del CONEAU tiene como objetivo, entre otros, contribuir al mejoramiento de la calidad educativa de instituciones y programas universitarios, mediante el desarrollo del procedimiento de evaluación y acreditación antes descrito (artículo 63° a. del Reglamento). Por su lado, la Dirección de Evaluación y Certificación del CONEAU, tiene como objetivo, entre otros, contribuir a desarrollar la calidad de los procedimientos de evaluación certificación de las competencias profesionales de los egresados de las universidades (artículo 65° a. del Reglamento).
191. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que la creación del SINEACE y del CONEAU, como uno de sus órganos operadores, pueden ser considerados un buen inicio en el camino de reformar y garantizar la calidad educativa universitaria en el Perú, máxime si se toma en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría con la ANR y el CONAFU, la estructuración de este sistema sí permitirá asegurar la imparcialidad objetiva en el ejercicio de sus funciones, exigida por los incisos 2° y 3° del artículo 139° de la Constitución.

Ello es así es virtud de las garantías de imparcialidad que son exigidas por el artículo 10° de la Ley. En efecto, dicho artículo establece que “[e]stán impedidos de ser miembros del Ente Rector del SINEACE y de los órganos operadores:

- a. Los propietarios de acciones o participaciones en las personas jurídicas que se encuentren en el ámbito de aplicación de la presente Ley, sus cónyuges o parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad.
- b. Las personas que desempeñen función directiva en las instituciones educativas que se encuentran en el ámbito de aplicación de la presente Ley, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad.
- c. Personas que tengan, entre ellas, parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- d. Los miembros de una misma sociedad conyugal.
- e. Los condenados penalmente por delito doloso. Y,
- f. Los funcionarios y servidores públicos que estén comprendidos en las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en la Ley N° 27588.

192. Por ello es precisa su potenciación y la asignación del presupuesto necesario para cumplir sus funciones conforme a los niveles de exigencia constitucionalmente impuestos, y sin perder de vista, en todo caso, el hecho de que “la dación de la Ley si bien es necesaria para la formalización de una política pública, no es determinante para un mejoramiento constante de la educación superior. La promoción de una cultura de calidad, no se genera por mandato de la ley sino con el esforzado concurso de todos los actores que participan en el proceso educativo, y que exceden en mucho, a las instituciones educativas propiamente dichas o a los organismos operadores del SINEACE”^[73].
193. En todo caso, en atención a que, según se ha expuesto, la Ley N.º 28740, que crea el SINEACE y al CONEAU, como uno de sus órganos operadores, representa una adecuada concretización del deber constitucional por parte del Estado de adoptar medidas para garantizar una educación universitaria de calidad (artículo 16° de la Constitución), transcurrido un plazo razonable determinado en la legislación, el legislador tiene la obligación de exigir a las universidades que pretendan constituir nuevas filiales o nuevas facultades, que demuestren, alternativamente:

- haberse sometido de manera institucional integral a un

procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de acreditación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Acreditación del CONEAU, y haberlo superado satisfactoriamente; o

- ☐ que un número representativo y razonable de sus áreas académicas (determinado por el legislador), se han sometido a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de acreditación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Acreditación del CONEAU, y lo han superado satisfactoriamente; o
- ☐ que un número representativo y razonable de sus egresados (determinado por el legislador), se han sometido a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de certificación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Certificación del CONEAU, y lo han superado satisfactoriamente.

§20. Educación universitaria para el trabajo y la empleabilidad como uno de los criterios constitucionalmente exigibles para asegurar la calidad de la educación universitaria

194. Como ha quedado expuesto, de conformidad con el artículo 18º de la Constitución, “[l]a educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica”. A criterio de este Tribunal, de entre todas las finalidades que constitucionalmente son impuestas a la educación universitaria, el logro de la formación profesional es la axiológica y técnicamente más importante, por ser su paradigma ontológico.
195. En efecto, una adecuada interpretación del artículo 18º de la Constitución lleva a la conclusión de que el fin último de la educación universitaria no es la institucionalización de *profesiones*, sino la formación de *profesionales*, entendidos éstos como egresados universitarios con una colocación laboral digna. Es ése el mandato del artículo 14º de la Constitución, al señalar que “[l]a educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”.

Es evidente que cuando este dispositivo constitucional precisa que la educación debe *preparar para el trabajo*^[74], hace especial referencia a la educación universitaria por ser ésta la técnicamente dirigida a llevar en dignidad *la fase laboral de la vida* del ser humano profesional.

196. En ese sentido, la institucionalización de profesiones no debe ser vista como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar la finalidad de formar profesionales con capacidad efectiva de ejercer un trabajo digno. Si aquélla (la institucionalización de la profesión o carrera universitaria), no es idónea para alcanzar esta finalidad, carece del valor y el sentido constitucionalmente impuesto a la educación universitaria por los artículos 13º y 18º de la Constitución.
197. Por estas razones, en el ejercicio del deber de resguardar la calidad de la educación (artículo 16º de la Constitución), el Estado tiene la obligación de garantizar que la educación universitaria y la institucionalización de carreras que las universidades formalicen, guarden correspondencia con la demanda del mercado laboral.
198. En ese sentido, es preciso tener en cuenta lo señalado por el *Informe sobre Educación Superior Universitaria en el Perú 2002*, preparado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura —UNESCO—. Según este Informe: “...el desbalance entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo, (...) es producto de la creación y sobre oferta de carrera de servicio, por ejemplo: educación, derecho, etc, como consecuencia de la creación desmesurada de universidades privadas donde es más rentable ofrecer este tipo de carreras que es de claustro y de tiza y pizarra; por otro lado por la creación de nuevas universidades públicas solamente por ofrecimientos o favores políticos. Es hora en este sentido que la creación de cualquier claustro universitario se deba solamente a MERITOS ACADEMICOS”^[75].

199. Así las cosas, es deber del Estado supervisar directamente la realización de un estudio técnico sobre la aludida demanda laboral, de forma tal que la creación de nuevas filiales o facultades universitarias —en tanto entidades orientadas a la formación de profesionales que puedan gozar de un trabajo digno— se adecue razonablemente a los índices de la referida demanda. Este es un deber del Estado que emana de una interpretación conjunta de los artículos 13º, 14º, 16º y 18º de Constitución, en armonía con el artículo 23º que exige al Estado promover las “condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de *fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo*” (cursiva agregada).
200. Hasta la fecha esto no ha tenido reflejo en la política de creación de nuevas universidades o filiales universitarias, la cual, además de haberse ejecutado al margen de la supervisión del Estado exigida por la Constitución, se ha encontrado condicionada tan solo por las demandas de una masa poblacional desinformada y ávida de títulos profesionales laboralmente inútiles. Esta visión, desde luego, privilegia la idea de una universidad-negocio, inspirada y agotada en el interés de lucro de sus promotores y, consecuentemente, se halla desprovista de la función social que una universidad constitucionalmente implementada está llamada a cumplir, esto es, brindando un servicio público educativo de calidad y orientado al trabajo digno.
201. En ese sentido, debe recordarse que, en su momento, se constató que “[l]a dinámica de multiplicación de filiales no se orienta por criterios académicos. Según las entrevistas realizadas, las autoridades de la facultad-filial, tienen muy poca injerencia respecto a la política de ingresos, al número de alumnos de derecho, o a la creación de subsedes o filiales. Evidentemente, la oferta de filiales corresponde a objetivos puramente empresariales”^[76].
202. En consecuencia, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que un factor objetivo para medir la calidad de la formación profesional de una universidad es el índice de empleabilidad de sus egresados, entendida, en este caso, como la capacidad académica y/o técnica para acceder a un adecuado puesto de trabajo.
203. De acuerdo a los profesores Andries De Grip, Jasper Van Loo y Jos Sanders del *Research Centre for Education and the Labour Market* de la Universidad de Maastricht, Holanda, “empleabilidad se refiere a la capacidad y disposición o voluntad de los trabajadores de permanecer atractivos para el mercado laboral (factores de la oferta), reaccionando y anticipándose a los cambios en las tareas y en el entorno de trabajo (factores de la demanda), facilitada por los instrumentos disponibles para el desarrollo de los recursos humanos (instituciones)”^[77].
204. De esta manera, el Tribunal Constitucional no pierde de vista que, como bien se ha advertido en la doctrina, la empleabilidad “no sólo depende de las características del individuo y de su preparación para desempeñar una variedad de funciones, sino que también está relacionada con las oportunidades de empleo disponibles en el mercado laboral”^[78], motivo por el cual la calidad de la formación universitaria es uno entre varios factores que repercuten en ella.
205. Sin embargo, que una universidad no pueda mantener un cierto índice de colocación laboral es un dato razonablemente objetivo, cuando menos, para impedir que constituya nuevas facultades de una determinada profesión o filiales, por lo que a la luz de una adecuada interpretación de la exigencia constitucional de promover una educación universitaria para el trabajo (artículos 14º y 23º de la Constitución), debe ser obligatoria la superación de ese índice determinado por el legislador.
206. En atención a las consideraciones expuestas, y en virtud de la exigencia constitucional de promover una educación universitaria *para el trabajo* (artículos 14º y 23º de la Constitución), la regulación en la que se establezcan las condiciones concurrentes que deberán cumplir los proyectos que presenten las universidades con el objeto de ser autorizadas a crear una filial, o una nueva facultad, obligatoriamente, entre otras, deberá exigir las siguientes:

- a) Solo podrán constituir filiales o nuevas facultades, las universidades institucionalizadas, es decir, aquellas creadas por ley o que cuentan con autorización de funcionamiento definitiva expedida por el CONAFU.
- b) Solo podrán constituirse las filiales en departamentos que carezcan de oferta educativa suficiente en relación con la carrera o carreras profesionales que pretende institucionalizar la filial, para lo cual el Estado deberá garantizar la existencia de estudios técnicos actualizados y plenamente fiables que así lo demuestren.
- c) Los proyectos deberán sustentar de manera pormenorizada y satisfactoria las razones de conveniencia y la factibilidad de la filial o la nueva facultad, contemplando aspectos académicos, organizativos, económicos, de infraestructura y equipamiento que garanticen un servicio público de educación universitaria de calidad. Por lo cual, entre otros factores, deberá encontrarse garantizado el adecuado nivel académico de los docentes, la gobernabilidad, su buena organización, la adecuada infraestructura, y la disponibilidad de suficientes recursos económicos y financieros.
- d) Tomando en cuenta que de conformidad con el artículo 14° de la Constitución, “[l]a formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo”, es exigible el adecuado perfil ético de los promotores, funcionarios y docentes del respectivo centro universitario.
- e) Las nuevas filiales o facultades que pretendan constituirse deberán guardar adecuación con la demanda en el mercado laboral nacional. Las exigencias para asegurar dicha adecuación deberán ser previstas por el legislador.
- f) No podrán constituir filiales o nuevas facultades las universidades que no demuestren de manera integral que cuentan con un determinado índice de empleabilidad y colocación laboral digna entre sus egresados. El índice mínimo que deberá superarse será determinado por el legislador.

207. Asimismo, y en virtud también de la aludida exigencia constitucional de promover una educación universitaria *para el trabajo* (artículos 14° y 23° de la Constitución), el legislador tiene la obligación de establecer entre las condiciones para la creación de nuevas universidades, la demostración de que las carreras profesionales que se pretenden implementar se adecuan a la demanda del mercado laboral nacional.

§21. Sistema universitario y estado de cosas inconstitucional

208. El Tribunal Constitucional tiene establecido que “si bien la Norma Fundamental reconoce el derecho de las entidades privadas a iniciar, impulsar y dirigir universidades, delega en el Legislador la especificación de los requisitos que se deben cumplir para emprender y desarrollar su actividad, la que permanentemente deberá estar orientada, como exige el artículo 13°, al desarrollo integral de la persona humana y, además, al respeto de los derechos y libertades fundamentales”^[79]. Esto se aprecia con singular claridad, de un lado, cuando el artículo 15° de la Constitución establece que el derecho de toda persona natural o jurídica de promover y conducir instituciones educativas, debe ser ejercido “conforme a ley”; y, de otro, cuando el artículo 18° de la Constitución, dispone que “[l]a ley fija las condiciones para autorizar el funcionamiento” de universidades privadas o públicas.
209. Quiere ello decir que el Estado, y singularmente el legislador, sin perder de vista y asegurando el cumplimiento de los fines de la educación previstos por el Constituyente (artículos 13° y 18° de la Constitución), tienen el deber constitucional de especificar requisitos rigurosos para la creación de universidades, y de supervisar y garantizar la calidad de la educación que ellas y sus filiales imparten (artículo 16° de la Constitución).
210. No obstante ello, a lo largo de esta sentencia ha quedado plenamente acreditada la presencia de elementos objetivos que permiten concluir no solo la profunda crisis de un amplio ámbito de la educación universitaria, sino también el hecho de que el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para cumplir cabalmente con su deber constitucional de garantizar una educación universitaria de calidad.
211. En efecto, al controlar la validez de la Ley N.º 28564 (parte segunda de esta sentencia), se ha acreditado que el Congreso de la República, lejos de adoptar las medidas de reforma

- necesarias para asegurar la calidad de la educación impartida por las filiales universitarias, se ha limitado a adoptar la inconstitucional medida de prohibirlas, afectando desproporcionada e irracionalmente el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria (artículo 13° de la Constitución, artículo 13° 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículo 13° 3 del “Protocolo de San Salvador”), y el derecho a promover y conducir instituciones educativas (artículos 15°, 58° y 59° de la Constitución).
212. Por otra parte, a través del desarrollo de la tercera parte de esta sentencia, ha quedado acreditada la manifiesta inconstitucionalidad de la regulación y el ejercicio de las competencias asignadas a la ANR y al CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias. Dicha inconstitucionalidad se sustenta en el incumplimiento de los deberes impuestos a todos los poderes públicos por los artículos 13° y 18° de la Constitución, en relación con el resguardo de la calidad de la educación universitaria, y en la afectación del derecho fundamental a la imparcialidad objetiva del poder público que decida sobre el ejercicio de derechos y obligaciones de la persona humana (incisos 2 y 3 del artículo 139° de la Constitución).
213. Asimismo, el hecho de que la ANR sea un organismo público descentralizado con autonomía económica, normativa y administrativa en los asuntos de su competencia, que el CONAFU sea un órgano autónomo de la ANR, ninguno adscrito o supervisado directamente por el Estado, y el hecho de que la competencia exclusiva de evaluación y posterior autorización de funcionamiento de universidades privadas y sus filiales haya sido conferida al CONAFU desde 1995, permiten sostener que a partir de dicho año el Estado renunció a su deber constitucional, derivado del artículo 16° de la Constitución, de supervisar la calidad de la educación impartida por la universidades privadas, lo que a todas luces resulta inconstitucional.
214. De otra parte, a pesar de que desde hace varios años el Perú ocupa uno de los niveles más bajos del mundo en lo referido a la calidad educativa —lo cual, como fue indicado, ha sido nuevamente confirmado por el último reporte de competitividad global 2008-2009 preparado por el *World Economic Forum*, en cuyo punto 5.03 referente a la “Calidad del Sistema Educativo”, el Perú figura en el muy preocupante puesto 133 de 134 países evaluados—, el monto destinado a la Educación representó tan solo el 6.9% de la totalidad del Presupuesto General de la República 2008, porcentaje que, lejos de incrementarse, ha ido en línea decreciente en los últimos años (2007 – 7.5%; 2006 – 8.3%)^[80]. Y ello, a pesar de que el artículo 16° de la Constitución exige dar prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República, lo que evidentemente debe alcanzar a la educación en todos sus niveles.
215. En ese sentido, es relevante recordar que de acuerdo al *Informe sobre Educación Superior Universitaria en el Perú 2002*, preparado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura —UNESCO—,
- “[l]a presencia de nuevas universidades es deseable porque el país necesita una elite intelectual capaz de contribuir significativamente en su proceso de desarrollo; pero esto exige una universidad que cumpla a cabalidad su responsabilidad en la formación de profesionales en todas las ramas del saber *lo que implica que esto este acompañado de un presupuesto adecuado y nuevo para estas universidades y no dividir [el] ya existente pues perjudica más a las ya creadas*. Las universidades ofrecen una alternativa a la creciente demanda de educación superior, fomentan la competencia y, por ésta, el deseo de elevar el nivel académico de todas las instituciones”^[81](cursiva agregada).
216. Asimismo, como es de conocimiento público, existen determinadas filiales universitarias que funcionan al amparo de resoluciones judiciales que así lo autorizan. Evidentemente, el proceso de inconstitucionalidad no es la vía idónea para el control constitucional de resoluciones judiciales. No obstante, es preciso enfatizar que, existiendo incluso de por medio una resolución judicial, ninguna filial universitaria tiene derecho a mantener su funcionamiento si no acredita un nivel educativo que resulte acorde con las exigencias constitucionales. De esta manera, si como consecuencia de una evaluación llevada a cabo

por el órgano administrativo competente, no se acredita dicho mínimo nivel de calidad, habrá sobrevenido un hecho que, sin afectar la eventual calidad de cosa juzgada de las referidas resoluciones, las tornará inejecutables al haberse constatado la inexistencia de los presupuestos constitucionales exigibles para mantener el funcionamiento de dichas filiales.

217. Todo lo expuesto permite declarar la existencia de un *estado de cosas inconstitucional de carácter estructural* en el sistema educativo universitario. Dicho estado solo puede ser reparado en un sentido mínimo con las decisiones adoptadas en esta sentencia, motivo por el cual es obligación del Estado adoptar de inmediato —respetando los criterios expuestos en esta sentencia— las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución.

218. Entre dichas medidas deberá disponerse la clausura inmediata y definitiva de toda filial universitaria que no haya sido ratificada o autorizada regularmente, en su momento, por el CONAFU. A ellas no alcanza autonomía universitaria alguna por haber sido creadas al margen del orden jurídico.

En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.

219. Asimismo, deberá disponerse la creación de una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado, que cuente, entre otras, con las siguientes competencias:

- ☐ Evaluar a todas las universidades del país, y sus respectivas filiales, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa.
- ☐ Evaluar a todas las universidades y filiales ratificadas o autorizadas por el CONAFU, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa. Esta evaluación, de conformidad con el fundamento jurídico 216, *supra*, deberá incluir a las filiales universitarias cuyo funcionamiento haya sido autorizado judicialmente. En caso de que, en un tiempo razonable, estas entidades no alcancen el grado necesario de calidad educativa, deberá procederse a su clausura y disolución. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.
- ☐ Garantizar que el examen de admisión a las universidades cumpla con adecuados niveles de exigibilidad y rigurosidad intelectual, tomando en cuenta que, de acuerdo al artículo 13° 2 c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la enseñanza superior universitaria debe hacerse accesible a todos, “sobre la base de la capacidad de cada uno”.

El ejercicio de estas competencias de evaluación externa no deberá dar lugar en ningún caso a violación de la autonomía universitaria, por lo que no podrán incidir en el ideario o visión de la universidad o en la libertad de cátedra de sus docentes, o en su organización estructural y administrativa.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad;

en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1° y 2° de la Ley N.° 28564, por haber limitado desproporcionada e irrazonablemente el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria (artículo 13° de la Constitución, artículo 13° 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículo 13° 3 del “Protocolo de San Salvador”), y el

derecho a promover y conducir instituciones educativas (artículos 15º, 58º y 59º de la Constitución).

2. Precisar, de conformidad con el fundamento jurídico 80 *supra*, que a la fecha no existe en el ordenamiento jurídico ninguna autoridad que resulte competente para autorizar el funcionamiento de nuevas filiales universitarias, motivo por el cual la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28564, no conlleva el derecho de las universidades a crear nuevas filiales. Este derecho solo podrá ser ejercido una vez cumplidos los requisitos que el Estado exija normativamente, los que, en todo caso, deberán garantizar que la respectiva filial cumpla con su deber de brindar un servicio educativo universitario de calidad. En consecuencia, mientras esta normativa no sea dictada, se mantiene suspendida la posibilidad de que las universidades constituyan filiales.
3. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 97 a 161, *supra*, la inconstitucionalidad, por conexidad, del artículo 2º de la Ley N.º 26439, en cuanto asigna competencias al CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades, por violar el derecho fundamental de toda persona a la imparcialidad objetiva del órgano que, a través de sus resoluciones, decida sobre sus derechos u obligaciones (incisos 2 y 3 del artículo 139º de la Constitución).

Esta declaración de inconstitucionalidad no puede ser sancionada, en razón de que el artículo 2º de la Ley N.º 26439 se encuentra fuera del plazo de prescripción previsto en el artículo 100º del CPCo.

No obstante, de conformidad con los fundamentos jurídicos 157 a 161, *supra*, la interpretación de este Tribunal que determina la referida inconstitucionalidad, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82º del CPCo., resulta vinculante para todos los poderes públicos a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, motivo por el cual, a partir de entonces, el CONAFU se encuentra impedido de ejercer las referidas competencias.

4. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 208 a 219 *supra*, la existencia de un *estado de cosas inconstitucional de carácter estructural* en el sistema educativo universitario. Dicho estado solo puede ser reparado en un sentido mínimo con las decisiones adoptadas en esta sentencia, motivo por el cual es obligación del Estado adoptar de inmediato —respetando los criterios expuestos en esta sentencia— las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución. Entre dichas medidas deberá, obligatoriamente, disponerse la siguientes:
 - a) La clausura inmediata y definitiva de toda filial universitaria que no haya sido ratificada o autorizada regularmente, en su momento, por el CONAFU. A ellas no alcanza autonomía universitaria alguna por haber sido creadas al margen del orden jurídico. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.
 - b) La creación de una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado, que cuente, entre otras, con las siguientes competencias:
 - (i) Evaluar a todas las universidades del país, y sus respectivas filiales, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa.
 - (ii) Evaluar a todas las universidades y filiales ratificadas o autorizadas por el CONAFU, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa. Esta evaluación, de conformidad con el fundamento jurídico 216, *supra*, deberá incluir a las filiales universitarias cuyo funcionamiento haya sido autorizado judicialmente. En caso de que, en un tiempo razonable, estas entidades no alcancen el grado necesario de calidad educativa, deberá procederse

a su clausura y disolución. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.

- (iii) Garantizar que el examen de admisión a las universidades cumpla con adecuados niveles de exigibilidad y rigurosidad intelectual, tomando en cuenta que, de acuerdo al artículo 13° 2 c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la enseñanza superior universitaria debe hacerse accesible a todos, “sobre la base de la capacidad de cada uno”.

El ejercicio de estas competencias de evaluación externa no deberá dar lugar en ningún caso a violación de la autonomía universitaria, por lo que no podrán incidir en el ideario o visión de la universidad o en la libertad de cátedra de sus docentes, o en su organización estructural y administrativa.

5. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 191 a 193, *supra*, que dado que la Ley N.º 28740, que crea el SINEACE y el CONEAU como uno de sus órganos operadores, representa una adecuada concretización del deber constitucional por parte del Estado de adoptar medidas para garantizar una educación universitaria de calidad (artículo 16º de la Constitución), transcurrido un plazo razonable determinado en la legislación, el legislador tiene la obligación de exigir a las universidades que pretendan constituir nuevas filiales o nuevas facultades, que demuestren, alternativamente:

- ☐ haberse sometido de manera institucional integral a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de acreditación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Acreditación del CONEAU, y haberlo superado satisfactoriamente; o
- ☐ que un número representativo y razonable de sus áreas académicas (determinado por el legislador), se han sometido a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de acreditación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Acreditación del CONEAU, y lo han superado satisfactoriamente; o
- ☐ que un número representativo y razonable de sus egresados (determinado por el legislador), se han sometido a un procedimiento de evaluación de la calidad educativa con fines de certificación, supervisado por la Dirección de Evaluación y Certificación del CONEAU, y lo han superado satisfactoriamente.

6. Declarar, de conformidad con los fundamentos jurídicos 194 a 206, *supra*, que en virtud de la exigencia constitucional de promover una educación universitaria *para el trabajo* (artículos 14º y 23º de la Constitución), la regulación en la que se establezcan las condiciones concurrentes que deberán cumplir los proyectos que presenten las universidades con el objeto de ser autorizadas a crear una filial, o una nueva facultad, obligatoriamente, entre otras, deberá exigir las siguientes:

- a) Solo podrán constituir filiales o nuevas facultades las universidades institucionalizadas, es decir, aquellas creadas por ley o que cuentan con autorización de funcionamiento definitiva expedida, en su momento, por el CONAFU.
- b) Solo podrán constituirse las filiales en departamentos que carezcan de oferta educativa suficiente en relación con la carrera o carreras profesionales que pretende institucionalizar la filial, para lo cual el Estado deberá garantizar la existencia de estudios técnicos actualizados y plenamente fiables que así lo demuestren.
- c) Los proyectos deberán sustentar de manera pormenorizada y satisfactoria las razones de conveniencia y la factibilidad de la filial o la nueva facultad, contemplando aspectos académicos, organizativos económicos, de infraestructura y equipamiento que garanticen un servicio público de educación universitaria de calidad. Por lo cual, entre

otros factores, deberá encontrarse garantizado el adecuado nivel académico de los docentes, la gobernabilidad, su buena organización, la adecuada infraestructura y la disponibilidad de suficientes recursos económicos y financieros.

- d) Tomando en cuenta que de conformidad con el artículo 14° de la Constitución, “[l]a formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo”, es exigible el adecuado perfil ético de los promotores, funcionarios y docentes del respectivo centro universitario.
 - e) Las nuevas filiales o facultades que pretendan constituirse deberán guardar adecuación con la demanda en el mercado laboral nacional. Las exigencias para asegurar dicha adecuación deberán ser previstas por el legislador.
 - f) No podrán constituir filiales o nuevas facultades las universidades que no demuestren de manera integral que cuentan con un determinado índice de empleabilidad y colocación laboral digna entre sus egresados. El índice mínimo que deberá superarse será determinado por el legislador.
7. Declarar, de conformidad con el fundamento jurídico 207, *supra*, que en virtud de la exigencia constitucional de promover una educación universitaria *para el trabajo* (artículos 14° y 23° de la Constitución), el legislador tiene la obligación de establecer entre las condiciones para la creación de nuevas universidades, la demostración de que las carreras profesionales que se pretenden implementar se adecuan a la demanda del mercado laboral nacional.
8. De conformidad con los artículos 81° y 82° del CPCo., esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00017-2008-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Llega a conocimiento de este Tribunal la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por mas cinco mil ciudadanos contra la Ley N° 28564, que derogó la Ley N° 25704 y restituye el tercer párrafo del artículo 5° de la Ley Universitaria bajo los argumentos de que es incompatible con los derechos fundamentales de acceso a la educación universitaria, a la constitución de centros docentes universitarios, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. Refieren los demandantes en su escrito de demanda que si bien los artículos que en estricto estarían viciados de inconstitucionalidad serían los artículos 1° y 2° de la cuestionada ley, también la inconstitucionalidad debe alcanzar a los otros artículos de la Ley por conexidad. Expresan los demandantes que:
 - a) La cuestionada ley vulnera el derecho fundamental de acceso a la educación, considerando que dicha prohibición afecta principalmente a pobladores que se encuentran en lugares alejados, lo que impide que puedan acudir a la sede central de la universidad, puesto que ello implicaría el traslado de éstos a lugares en donde puedan obtener el servicio educativo, encontrándose muchas veces imposibilitados totalmente de acceder a una educación adecuada. Agrega que en ciertos casos existen zonas en los que por su ubicación geográfica es innecesario que se instale una sede principal, con todas las oficinas administrativas que corresponden a una sede principal, lo que acarrearía que el costo para que se brinde el servicio educativo sea mas elevado.
 - b) Refiere que la cuestionada ley afecta su derecho a la libertad de creación y constitución de centros docentes universitarios, puesto que le impone la prohibición que impide la creación de filiales creando una prohibición inconstitucional puesto que el artículo 18° de la Constitución Política del Perú permite la creación de filiales, fijando sólo las condiciones respectivas para su autorización.
 - c) Consideran los demandantes que no era necesaria una medida tan radical, puesto que debió de implementarse otros mecanismos de fiscalización y supervisión a las filiales, ya que existen organismos como el Consejo Nacional

para la Autorización y Funcionamiento de Universidades (CONAFU), quien al advertir irregularidades está facultado para tomar las medidas pertinentes.

- d) Finalmente refieren que se les está afectando su autonomía, puesto que se les niega la facultad de autodeterminar su régimen de gobierno, se limita el ejercicio de la iniciativa privada pues las universidades se encuentran limitadas al no tener posibilidades de abrir filiales en distintas zonas departamentales, afectando esto a la vez su derecho a la libertad de empresa en su manifestación de acceso al mercado y libertad de organización, ya que al encontrarse las universidades limitadas para abrir filiales, tendrían que constituir toda una universidad, lo que es demasiado costoso y limitaría la expansión organizativa y de desconcentración de las universidades.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda bajo los siguientes argumentos:

- a) Refiere que la ley cuestionada tiene como principal objetivo que el servicio universitario se brinde con calidad, requiriéndose para ello que exista mayor rigor y supervisión de las universidades. Es así que considera de necesidad la infraestructura adecuada e idónea para la prestación eficiente del servicio educativo.
- b) La ley promueve a los inversionistas crear universidades y no filiales, favoreciendo de esta manera a los destinatarios de dicho servicio público
- c) Sostiene que no se puede hacer referencia a un derecho constitucional de constituir filiales al amparo del artículo 18° de la Constitución Política del Perú, pues dicha norma sólo hace referencia a las condiciones para el funcionamiento de universidades y no de filiales.
- d) Considera que el legislador en uso de sus facultades está estableciendo los requisitos necesarios para iniciar, impulsar y dirigir universidades, y en consecuencia puede legítimamente promover la creación de dichas instituciones educativas, por lo que a su consideración el servicio educativo debe ser brindado por las universidades y no por las filiales.
- e) Refiere que la ley cuestionada no vulnera la autonomía universitaria ni la libre iniciativa privada, pues respecto a la primera no realiza variación alguna en relación a su currículo, régimen de estudios ni sistema de créditos de los cursos, no interfiriendo en la amplitud de la cátedra, gobierno y otros; y respecto a la segunda no limita en demasía la libre elección económica, sino que más bien cumple con la función supervisora y correctiva o reguladora del Estado respecto al mercado.
- f) Expresa que la Ley cuestionada no vulnera la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, puesto que no existe limitación alguna para fundar universidades, buscándose sólo que el servicio educativo se brinde con calidad, considerándose que aunque exista una mínima incidencia en la libertad organizativa ello no resulte inconstitucional por los fines constitucionalmente legítimos que persigue.
- g) Finalmente expresa que debe tenerse en cuenta para determinar la validez de la ley sometida a juicio, la conveniencia, utilidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la medida adoptada y no sólo realizar un control de carácter político.

Fundamentos

Derecho Fundamental a la Educación

1. El artículo 13° de la Constitución Política del Perú expresa que *“La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.”* Asimismo el artículo 14° señala que *“La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica,*

las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.

La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.”

2. Es claro que la educación cumple un papel prioritario en la formación de la persona humana, otorgándole así no solo preparación profesional sino brindándole a la persona formación en valores, en ética, en relaciones humanas, etc, abriendo un espectro de amplitud necesario para la vida de todo ser humano. Es así que la Educación es concebida como aquel proceso por el cual el ser humano adquiere conocimientos, valores, usos, costumbres y conductas que permiten el desarrollo integral de la persona humana, trascendiendo hasta las relaciones con los demás integrantes de la sociedad. Debe tenerse presente que sin el cabal desarrollo y protección del derecho a la educación no podemos hablar de libertades, puesto que no sería posible concebir a un ser humano que exija el cumplimiento de derechos sin ni siquiera saber en que consisten éstos. Es así que las otras libertades van de la mano con este derecho, erigiéndose en un derecho fundamental que le permite a todo ser humano su desarrollo integral y la defensa cabal de sus demás derechos.
3. Es tan importante dicho derecho fundamental a la educación que el Estado se convierte en el responsable y principal garante para exigir que este servicio se brinde con calidad a toda la sociedad. Es así que en la STC N° 0008-2008-AI/TC este Tribunal expresó que “Las principales manifestaciones del derecho a la educación que emanan del propio texto constitucional son las siguientes: a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y, c) la calidad de la educación. Asimismo en dicha sentencia (citando la STC N.º 04646-2007-PA/TC) señaló que:

“(…) en un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho a la educación adquiere un carácter significativo. Así, del texto constitucional se desprende una preocupación sobre la calidad de la educación, la cual se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla (segundo párrafo del artículo 16º de la Constitución). “También se pone de manifiesto al guardar un especial cuidado respecto al magisterio, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente (Art. 15º, primer párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incide firmemente en la obligación de brindar una educación ‘ética y cívica’, siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (art. 14, tercer párrafo)” (subrayado agregado).

4. Por esto es que ponemos de relevancia la función y obligación del Estado de cumplir el rol encomendado por la Constitución el que lo lleva a estar inmerso en todos los ámbitos relacionados con el proceso educativo, debiendo constituirse en el primer garante del servicio educativo. Es así que aparece el concepto de educación como servicio público, pues al convertirse en una obligación del Estado le corresponde el encargo de velar porque se brinde a la sociedad un servicio educativo óptimo al que todos los seres humanos tengan acceso en igualdad de condiciones.

Las Universidades y su rol en la sociedad

5. Las Universidades son centros educativos dedicados a la enseñanza superior, en las que se lleva a cabo el proceso de formación profesional, transmitiendo a los usuarios de dicho servicio público los conocimientos necesarios en diversas materias para el desempeño óptimo del profesional en la sociedad. Es así que ante la existencia de un derecho fundamental a la educación universitaria las universidades se erigen como centros de investigación, creación intelectual, transmisión cultural, entre otros servicios capaces de dotar al ser humano con la suficiente información y capacitación que le asegura seguridad de un buen desempeño profesional al servicio de la comunidad. En tal sentido el ser humano se convierte así en el destinatario de un servicio calificado otorgado por las universidades, obligándose a éstas a adoptar los medios necesarios para hacer viable la transmisión del conocimiento pleno y de calidad, adecuando para ello la infraestructura necesaria y todo lo que pudiera asegurar un servicio educativo idóneo para poder cumplir con el objetivo principal de formación de profesionales de primer nivel, capaces de desempeñarse con decoro y seguridad dentro de la sociedad y estar al servicio de ella-.
6. Siendo así se evidencia que la función de las universidades no se reduce meramente a la transmisión de conocimientos dislocados sino que trasciende a una función axiológica que nos dice que el ser humano no sólo adquiere conocimientos calificados en la universidad y fortalece su personalidad, su ideología, sus valores, su moral, etc., constituyéndose ésta en una entidad capaz de formar no a simples profesionales mecanizados en su labor sino a personas solventes moral y profesionalmente que aseguren a la sociedad un servicio calificado.

Formadores de Profesionales e incidencia en la sociedad

7. Es así que concebimos a la universidad como el encargado de la formación integral de nuestros médicos, ingenieros, abogados, profesores, congresistas, Presidentes de la República, etc, es decir centros de estudios superiores capaces de otorgar bases sólidas a nuestros futuros profesionales y representantes políticos, adquiriendo tal relevancia su función, lo que significa que el futuro de toda una sociedad está directamente ligada a la formación que tengan sus integrantes.
8. Considero necesario resaltar por ende la importancia en que radica la formación de nuestros profesionales y la función y misión singularísima a la que responden. Es esta misión la que ha sido el argumento o fundamento para que las universidades obtengan el apoyo del Estado en ámbitos, como por ejemplo el Tributario, debiendo por ello los consumidores de dicho servicio educativo recepcionar un aprendizaje que le permita, como lo hemos señalado anteriormente, no sólo la transmisión de conocimientos sino la formación integral capaz de asegurarle a la sociedad que el profesional que vende sus servicios va a servir a quien los requiere, con idoneidad y con pleno conocimiento de sus derechos y libertades desde que un profesional que se exhibe ante la comunidad debe satisfacer exigencias mínimas que aseguren a ésta idoneidad profesional. Es evidente que un egresado de la universidad, bien formado, será también un baluarte de la democracia dispuesto a apoyar al Estado en el deber de éste de organizar y proteger a la ciudadanía, mostrando interés social y no solo beneficio económico personal, como suele ocurrir cotidianamente.

El Rol del Estado en el servicio educativo

9. Conforme lo hemos expresado el servicio educativo es preponderante para una sociedad civilizada que goza de sus derechos fundamentales donde impera una verdadera democracia. Es en tal sentido que el Estado está llamado a brindar, garantizar y supervisar que este servicio sea ofrecido con calidad, exigiendo a las universidades el cumplimiento del objetivo constitucional para el que han sido creadas.
10. El artículo 16° de la Constitución Política del Estado expresa que *“El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así*

como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República.”

Asimismo en su artículo 17° del citado texto señala en su tercer y cuarto párrafo que “*El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.*

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.” (resaltado nuestro)

Entonces observamos que el texto constitucional, consciente de la relevancia del servicio educativo, ha establecido obligaciones amplias al Estado para que imparta, difunda, supervise, etc la mejor educación para los integrantes de una sociedad, siendo por ello que las universidades, que son las encargadas de la formación superior, se encuentran supeditadas a los lineamientos que el Estado proponga. En la STC N° 0005-2008-AI/TC este Tribunal señaló que:

“(…) en un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho a la educación adquiere un carácter significativo. Así, del texto constitucional se desprende una preocupación sobre la calidad de la educación, la cual se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla (segundo párrafo del artículo 16° de la Constitución). “También se pone de manifiesto al guardar un especial cuidado respecto al magisterio, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente (Art. 15°, primer párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incide firmemente en la obligación de brindar una educación ‘ética y cívica’, siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (art. 14, tercer párrafo)” (subrayado agregado). (Cfr. STC N.º 04646-2007-PA/TC).”

Asimismo en el párrafo siguiente expresó que:

“(…) la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público. Así lo ha señalado este Tribunal al establecer que,

“la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos (...)” (subrayado agregado). (Cfr. STC N.º 04232-2004-PA/TC).”

11. Es por tal razón entonces que la educación es considerada como un servicio público, puesto que es una de las funciones-fines del Estado, como lo ha manifestado este Colegiado en jurisprudencia anterior, debiendo por ello ser el primer garante para crear e implementar todos los instrumentos legislativos, judiciales, administrativos, tendientes a cumplir con el citado objetivo. En conclusión, es sobre el Estado que recae la obligación de que este servicio sea brindado bajo los cánones exigidos por la Constitución, debiéndose crear entes idóneos, con atribuciones y funciones estrictamente establecidas, para que coadyuven en tal finalidad.

La Asamblea Nacional de Rectores (ANR) y el Consejo Nacional para la Autorización y Funcionamiento de Universidades (CONAFU)

12. Con fecha 17 de diciembre de 1983 se emitió la Ley N° 23733, Ley Universitaria, que estableció en su artículo 7° *“La ley de creación de una Universidad establece una Comisión Organizadora de ella, la que debe realizar su labor y regirla por el plazo máximo e improrrogable de cinco años. En el caso de una Universidad privada, sus fundadores, organizados como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, designan a los miembros de la Comisión Organizadora. Los miembros de las Comisiones Organizadoras deben tener el título o grado previstos en el artículo 45 de esta ley para el ejercicio de la docencia. Durante el plazo señalado, y anualmente, **la Asamblea Nacional de Rectores evalúa a la nueva Universidad**, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de su creación y en la presente ley. En caso de ser desfavorable el resultado de la evaluación, al término del plazo, será remitida al Poder Legislativo para el efecto de la derogatoria de la ley de creación de la Universidad.”* (resaltado nuestro) Asimismo en su artículo 90° establece que “Los Rectores de las Universidades públicas y privadas constituyen la Asamblea Nacional de Rectores cuyos fines son el estudio, la coordinación y la orientación general de las actividades universitarias en el país, así como de su fortalecimiento económico y de su responsabilidad con la comunidad nacional. En el ámbito regional los Rectores constituyen Consejos Regionales.”
13. Asimismo encontramos en la pagina web de la ANR (http://www.anr.edu.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=77), que dentro de sus principales atribuciones ostenta:
- **Estudiar, coordinar y orientar las actividades de las universidades.**
 - *Compilar y remitir los proyectos de presupuesto anuales y planes estratégicos de las Universidades Públicas y pedidos de las Universidades Privadas.*
 - *Elaborar y publicar un informe anual sobre la realidad y política universitaria.*
 - **Elaborar y difundir estándares académicos.**
 - *Elegir a los representantes de las Universidades Privadas ante la Comisión de Coordinación Interuniversitaria.*

En el artículo 92° de la Ley 23733, Ley Universitaria también se establecen dentro de sus principales atribuciones indelegables:

- **Evaluar a las nuevas Universidades** de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la presente ley; (resaltado nuestro)
14. Con fecha 21 de enero se publicó la Ley N° 26439 que creó el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), estableciendo en su artículo 1° *“Créase el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU) como órgano autónomo de la Asamblea Nacional de Rectores, con sede en la ciudad de Lima.”*, y estableciendo en su artículo 2° de sus principales atribuciones:
- **Evaluar los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades a nivel nacional**, y emitir resoluciones autorizando o denegando el funcionamiento provisional, previa verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos.
 - *Autorizar la fusión de universidades, previa evaluación del proyecto, así como la supresión de las mismas.*

- **Evaluar en forma permanente y durante el tiempo que estime conveniente el funcionamiento de las universidades,** hasta autorizar o denegar su funcionamiento definitivo. La autorización de funcionamiento definitivo no puede ser concedida antes de transcurridos cinco años, contados a partir de la fecha de la autorización provisional de funcionamiento. (resaltado nuestro)

Asimismo encontramos en su artículo 3° de la mencionada Ley que “El CONAFU está integrado por cinco ex-rectores de reconocida trayectoria institucional, elegidos entre los candidatos propuestos por las universidades institucionalizadas. Tres de ellos son elegidos por las universidades públicas y los dos restantes por las universidades privadas. La Asamblea Nacional de Rectores convoca y organiza el proceso electoral respectivo y emite la resolución de nombramiento.

El mandato de los miembros de CONAFU es de cinco años. Pueden ser reelegidos. Eligen a su presidente y vicepresidente. En caso de vacancia, la Asamblea Nacional de Rectores convoca al proceso electoral respectivo para cubrirlo dentro de los cuarenta y cinco días de producida.”

15. Es así que tenemos que el Estado ha creado por Ley a dos instituciones autónomas cuya independencia queda en tela de juicio debido a las personas que la conforman, ya que al estar conformados por integrantes que son personas ligadas a las universidades, la evaluación, supervisión y control que realizarán no podrá ser objetiva sino todo lo contrario, puesto que todas las medidas que éstos implementen estarán en función a interés particulares.
16. Es por ello que no podemos exigir a una Comisión, que tiene como función principal controlar y evaluar el funcionamiento de las universidades, imparcialidad y objetividad cuando los integrantes de dicha comisión evidentemente defenderán intereses de las universidades de las cuales han sido propuestos o a las cuales están ligados, por lo que dicha función no podría ser ejercida de ninguna manera por dicho órgano, por los fundamentos expuestos.

¿Qué nos muestra nuestra realidad?

17. Como he venido sosteniendo en el desarrollo del presente voto el derecho a la educación finalmente tiene un impacto social, puesto que los resultados positivos o negativos de lo recepcionado a nivel universitario se reflejarán en el servicio que éstos brindarán a la colectividad. Es así que día a día encontramos que las deficiencias en la calidad educativa nos ha traído como consecuencia a una sociedad que recibe servicios de profesionales que carecen no sólo de sólidos conocimientos sino también carencias de valores y principios necesarios e imprescindibles en un ser humano. Es por ello que afirmo que la realidad nos muestra y nos golpea día a día en el rostro con una educación deficiente, que mas que ser supervisada y controlada por los entes mencionados, busca de todas las maneras beneficiar a las universidades de las que son parte. Actualmente el servicio educativo es concebido más que como un servicio de relevancia que permite el desarrollo de una sociedad, como una empresa rentable con la que, sin mayor inversión, se pueda obtener grandes beneficios económicos.
18. Es así que he venido señalando en oportunidades anteriores que el Estado ha abdicado de su función contralora, dejando en manos de dos entes, que tienen total independencia y autonomía, al punto que sin control superior alguno, hacen que el servicio educativo nos convierta en el penúltimo país con peor calidad de servicio educativo (conforme lo expresa la sentencia en mayoría en su fundamento 214), lo que nos muestra que existe graves fallas, no de las Universidades ni de los entes encargados de supervisarlas, sino del Estado que en una actitud facilista considera que dejando su labor en manos de dos entes autónomos para la supervisión y fiscalización de la calidad educativa, cumple cabalmente con lo ordenado por el texto constitucional, lo que es un craso error.

19. Es por ende que considero que mientras no exista interés del Estado en asumir el rol que le corresponde dentro del sistema educativo, no tendremos educación de calidad y continuaremos siendo golpeados con una realidad que nos muestra una formación deficiente, sin ética, sin valores, y que finalmente egresan (puesto que el servicio educativo es visto como una cuestión empresarial) profesionales que día a día son denunciados, por ejemplo, por mala praxis medica, por corrupción, o por estafa, sin importar que la sociedad es la única que sufre las consecuencias de estas deficiencias de formación educativa. En dicho sentido es que no encontramos que la realidad nos muestre que nuestros profesionales han cumplido con su labor ante la sociedad, ya que el profesional no se hace para obtener un beneficio propio sino para brindar a la sociedad con decencia y con amor lo adquirido en conocimientos y en moral y devolver así un servicio de calidad. Debe tenerse presente pues que ese es el fundamento del Estado para beneficiar tributariamente a las universidades, puesto que en su afán de cumplir con la función atribuida constitucionalmente, les otorga concesiones a favor consiguiendo así que puedan invertir lo necesario para obtener mas que un servicio a la sociedad, un servicio en pro de sus utilidades. Pero contrario a lo esperado y con el mismo fundamento, los dueños de universidades dan una prestación de servicios ciertamente muy rentables sin importarles la calidad.

En el presente caso

20. En el presente caso tenemos que lo que ha hecho el Estado es, ante una realidad educativa universitaria superior preocupante, adoptar una medida simple para decir la prohibición de la apertura de nuevas filiales, sin preocuparse por esta realidad doliente y palpitante que dice de una universidad deficitaria para la sociedad y boyante para sus propietarios, que hacen una inversión con la seguridad de utilidades exageradas que sobrepasan el real valor del servicio que prestan. En atención a ello concuerdo con la sentencia en mayoría respecto a que la medida adoptada no es la idónea para la protección de un derecho. Es así que por medio del presente voto quiero hacer énfasis en que la solución a este problema que aqueja a la comunidad no es el prohibir la apertura de filiales, sino “tomando al toro por las astas” buscar la solución integral que el Perú espera, dando una legislación adecuada a partir del establecimiento de un ente idóneo capaz de supervisar y controlar de manera continua y permanente a todo el sistema universitario. Es cierto que las denominadas “filiales” así como la llamada “educación a distancia” constituyen sistemas inoperantes de los que se sirven algunos propietarios de estos “centros de enseñanza privados” para engatusar a una juventud desprovista de valores que solo le interesa “comprar” un título profesional que a su vez le permita patentizar el engaño a su comunidad. No son buenas pues, como solución, las medidas que tiendan a salidas fáciles que poco o nada consiguen.
21. Finalmente concuerdo con todos los extremos expuestos en la ponencia, principalmente los referidos al CONAFU, puesto que en la realidad este ente no cumple ni siquiera minimamente con el objetivo constitucional establecido.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda con las especificaciones señaladas, y en consecuencia inconstitucionales los artículos 1° y 2° de la Ley N° 28564, por haber afectado el derecho al acceso a la educación universitaria.

SS.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00017-2008-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que merece la opinión de mis colegas emito el siguiente fundamento de voto, con el fin de precisar mi posición respecto de alguna de las medidas que con carácter de obligatorias se disponen en la parte resolutive de la presente sentencia:

1. Considero importante precisar que la parte resolutive recogida en el punto 4. a) en cuanto se dispone que es obligación del Estado adoptar ciertas medidas institucionales entre las que se encuentra la de disponer *“la clausura inmediata y definitiva de toda filial universitaria que no haya sido ratificada o autorizada regularmente, en su momento, por el CONAFU. A ellas no alcanza autonomía universitaria alguna por haber sido creadas al margen del orden jurídico. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados”*, solo incluye a aquellas filiales que han recibido pronunciamiento de la CONAFU denegando su autorización o ratificación así como aquellas que no hubieran iniciado el procedimiento de autorización y ratificación conforme lo dispuesto en las resoluciones N° 128-2005-CONAFU y N° 114-2006-CONAFU y no a aquellas que tengan procedimiento en trámite, si las hubiera, en todo caso respecto de estas últimas el propio Estado deberá tomar las previsiones urgentes para la definición de su condición de filial debidamente autorizada o su clausura definitiva.
2. Por otro lado, respecto del punto 7 de la parte resolutive y del fundamento en el que se apoya (*cfr.* fundamento jurídico 207), en el que se dispone que “el legislador tiene la obligación de establecer entre las condiciones para la creación de nuevas universidades, la demostración de que las carreras profesionales que se pretenden implementar se adecuan a la demanda del mercado laboral nacional” conviene precisar que esta medida, atendiendo a la libre configuración de la ley por parte del legislador, se puede cumplir con el establecimiento de un mecanismo de cotejo entre el proyecto de creación de una nueva universidad —el que deberá contar con una proyección del índice de empleabilidad— y la

realidad de la colocación de los egresados en el mercado laboral; dicho cotejo deberá arrojar como resultado la evidencia de que se ha superado el índice mínimo dispuesto por el legislador, ello en atención a la procura del fomento de una sana competencia en la oferta educativa de calidad y una adecuada protección de la satisfacción de la demanda evitando la instalación de una suerte de monopolio en la oferta referida.

S.

CALLE HAYEN

**EXP. N.º 00017-2008-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

No obstante que suscribo los fundamentos de la sentencia de autos y, por tanto, concuerdo con el fallo al que finalmente se ha llegado, deseo añadir las siguientes consideraciones:

a. Sobre la función social de las universidades en un Estado constitucional de Derecho

1. Conforme se desprende de la lectura de varios de sus fundamentos, la sentencia de autos ha optado por mantener un sano equilibrio entre dos exigencias constitucionales que se

derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la educación universitaria. Me estoy refiriendo a la tensión existente entre el derecho de acceso a la educación universitaria y el derecho a una educación universitaria *de calidad*.

2. Así, por ejemplo, en el Fundamento 14 de la sentencia, se menciona que “[...] en procura de garantizar el acceso a la educación, no es posible permitir y menos aún promover la apertura indiscriminada de centros educativos que no garanticen ciertos estándares de calidad educativa. Como tampoco resulta razonable que ante la constatación de la baja calidad de la educación impartida, el Estado opte por la llana prohibición de la apertura de centros educativos [...] Todo accionar del Estado debe estar orientado a garantizar el derecho fundamental de acceso a una educación de calidad.”
3. Más adelante, al pronunciarse sobre los alcances del Decreto Legislativo N.º 882–Ley de Promoción de la Inversión Privada en Educación, la sentencia señala que “[e]l Tribunal Constitucional, *prima facie*, no encuentra mérito para cuestionar este enfoque económico y competencial en el ámbito de la educación universitaria, pues advierte que su finalidad se desenvuelve dentro de los márgenes de lo constitucionalmente permitido [...]” (Fundamento 19). No obstante ello, hace bien en advertir que dicho cometido “no puede ser abordado perdiendo de vista los alcances del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la educación universitaria y la función que le compete al Estado en asegurar el cumplimiento de las finalidades que ella está constitucionalmente llamada a cumplir.” (Fundamento 20).
4. A mi modo de ver, no existen razones valederas para sostener que la amplitud del acceso y la calidad de la oferta constituyan fines irreconciliables de la educación universitaria, máxime si, como se recuerda en el Fundamento 21 de la sentencia, toda iniciativa privada “[s]e ejerce en una economía social de mercado”. En esa medida, concuerdo plenamente con los argumentos esgrimidos por la sentencia de autos.
5. Sin embargo, estimo que, aunado a todo ello, existen importantes razones de índole histórica, y no sólo jurídica, que podrían aclarar aún más el panorama de los intereses y valores comprometidos en la presente causa; sobre todo, si tenemos en cuenta la relación que es posible establecer entre la universidad como centro del conocimiento y del humanismo, por un lado, y el *animus lucrandi* que subyace a la lógica de la inversión privada ofertante de este tipo de servicios, por el otro.
6. En efecto, si nos remontamos a los orígenes históricos de las universidades, podremos comprobar que ellas nacen bajo la forma de comunidades o gremios que reunían a estudiantes y profesores en una relación simbiótica de mutuo aprendizaje, donde la formación crítica a través de la investigación ocupaba un lugar preponderante. Así pues, la universidad era el espacio donde el saber y la ciencia se construían y reinventaban a través de la interacción entre educadores y educandos, quienes así enriquecían sus bagajes culturales y espirituales.
7. Sin embargo, lejos de cumplir un rol meramente académico en la esfera de lo individual, es de verse que la universidad proyectaba también una importante función social consistente en la aplicación final de los beneficios de esos saberes al plano de la realidad. Con lo cual, se promovía en los círculos intelectuales un fuerte *sentimiento de compromiso* con el progreso de la sociedad en todos sus aspectos, así como una saludable actitud de tolerancia o *cultura de paz*, en tanto la universidad era también un espacio para la confrontación respetuosa e informada de las ideas y opiniones de todos sus integrantes.
8. Dentro de este contexto, no cabe duda que estos caros ideales podrían verse seriamente comprometidos, si no frustrados, si el Estado permitiera la creación “a diestra y siniestra” de universidades y filiales universitarias con el pretexto de fomentar la libre iniciativa privada, ya que ello sería tanto como consentir el abuso de un derecho, en este caso el reconocido en el segundo párrafo del artículo 18 de la Constitución. A decir verdad, la finalidad de la universidad como centro del saber y la investigación quedaría herida de muerte si el Estado no controlase la calidad de la educación realmente impartida, cualidad que, como ya expuse, es la justificación misma de la universidad como institución social. Naturalmente, ello cobra

mayor sentido si tenemos en cuenta que el problema de la educación universitaria en el Perú no es sólo ni principalmente cuantitativo, sino básicamente cualitativo.

9. Antes bien, el legislador no puede perder de vista los graves efectos contraproducentes que el libre juego de la oferta y la demanda podría causar en el campo de la educación universitaria, así como los abusos que esto podría propiciar en perjuicio de los consumidores. Al respecto, no debe olvidarse que aún hoy es una creencia extendida entre los peruanos sostener que el ascenso social sólo puede basarse en la obtención de un título universitario¹. Siendo ello así, parece evidente que el Estado no puede permitir que una determinada actividad económica lucre sin ningún tipo de limitaciones con esta clase de expectativas.
10. En definitiva, si bien creo que la sentencia acierta al afirmar que el derecho a la educación universitaria no es uno de acceso universal sino que corresponde “según cada quien” (Fundamento 125), también estimo que ello no enerva los valiosos servicios que presta o podría prestar la educación universitaria al sistema democrático y a la construcción de una verdadera ciudadanía. Teniendo este objetivo en mente, el Estado debiera asumir el firme compromiso de crear un ambiente propicio para la gestación de universidades de rango mundial donde se conjuguen la concentración de talento, la abundante financiación y una gobernabilidad adecuada, que es el estándar que actualmente exige la globalización².

b. Sobre la falta de representatividad de la Asamblea Nacional de Rectores como ente rector del sistema universitario en el Perú

11. Finalmente, deseo aludir a un tema gravitante que, en mi opinión, atraviesa y explica en gran medida el problema de la universidad peruana de nuestros días. Me refiero a la falta de representatividad que actualmente aqueja al ente rector del sistema universitario en nuestro país: la Asamblea Nacional de Rectores (ANR).
12. Como es sabido, la ANR es un organismo público autónomo creado por la Ley 23733 –Ley Universitaria–, norma que a la fecha cuenta ya con veintisiete años de existencia, al haber sido aprobada el 9 de diciembre de 1983. Pues bien, el artículo 93 de esta ley señala que “los **Rectores de las Universidades públicas y privadas** constituyen la Asamblea Nacional de Rectores cuyos fines son el estudio, la coordinación y la orientación general de las actividades universitarias en el país, así como de su fortalecimiento económico y de su responsabilidad con la comunidad nacional” (énfasis agregado). Cabe concluir, por tanto, que el **Pleno de la ANR** lo conforman los rectores de **todas** las universidades de nuestro país, tanto públicas como privadas.
13. Pues bien, entrando ahora a revisar su conformación actual, tenemos que el número total de universidades que conforman el Pleno de la ANR asciende a **setenta y cinco (75)**, de los cuales **treinta y uno (31)** son universidades públicas, y **cuarenta y cuatro (44)** son universidades privadas, tal como podemos apreciar en los siguientes cuadros:

UNIVERSIDADES QUE ESTÁN BAJO LA JURISDICCIÓN DE LA ANR

UNIVERSIDADES PÚBLICAS

1.	Universidad Nacional Mayor de San Marcos	Dr. Luis Fernando Izquierdo Vásquez
2.	Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga	M. SC. Jorge Adolfo Del Campo Cavero
3.	Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco	Dr. Víctor Raúl Aguilar Callo
4.	Universidad Nacional de Trujillo	Dr. Orlando Velásquez Benites
5.	Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa	Dr. Valdemar Medina Hoyos
6.	Universidad Nacional de Ingeniería	Mg. Ing. Aurelio Padilla Ríos
7.	Universidad Nacional Agraria La Molina	Dr. Jesús Abel Mejía Marcacuzco

8.	Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica	Mg. Juan Marino Alva Fajardo
9.	Universidad Nacional del Centro del Perú	Dr. Carlos Antonio Aduato Justo
10.	Universidad Nacional de la Amazonía Peruana	Dr. Antonio Pasquel Ruiz
11.	Universidad Nacional del Altiplano	Ms. Sc. Martha Nancy Tapia Infantes
12.	Universidad Nacional de Piura	Dr. José Raúl Rodríguez Lichtenheldt
13.	Universidad Nacional de Cajamarca	Ing. Carlos Segundo Tirado Soto
14.	Universidad Nacional Federico Villarreal	Dr. Juan Néstor Escudero Román
15.	Universidad Nacional Agraria de la Selva	Dr. Milthon Muñoz Berrocal
16.	Universidad Nacional Hermilio Valdizán	Dr. Víctor Pedro Cuadros Ojeda
17.	Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle	Dr. Máximo Juan Tutuy Aspauza
18.	Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión	Dr. Santos Salvador Blanco Muñoz
19.	Universidad Nacional del Callao	Dr. Víctor Manuel Merea Llanos
20.	Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión	Mg. Alberto Coayla Vilca
21.	Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo	M. Sc. Francis Villena Rodríguez
22.	Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann	Mg. Huberto Noriega Tirado
23.	Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo	Dr. Heraclio Fernando Castillo Picón
24.	Universidad Nacional de San Martín	
25.	Universidad Nacional de Ucayali	Ing. Edgar Juan Díaz Zúñiga
26.	Universidad Nacional de Tumbes	Ing. Napoleón Puño Lecarnaque
27.	Universidad Nacional del Santa	Mg. Pedro Eliseo Moncada Becerra
28.	Universidad Nacional de Huancavelica	Dra. Yda Flor Camposano Cordova
29.	Universidad Nacional Amazónica de Madre de Dios	Dr. Juan Huayllani Moscoso
30.	Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas	Dr. Vicente Castañeda Chavez
31.	Universidad Nacional Micaela Bastidas de Apurímac	Dr. Leoncio Teófilo Carnero Carnero

UNIVERSIDADES PRIVADAS

1.	Pontificia Universidad Católica del Perú	Dr. Marcial Rubio Correa
2.	Universidad Peruana Cayetano Heredia	Dra. Fabiola León-Velarde Servetto
3.	Universidad Católica Santa María	Dr. Abel Tapia Fernández
4.	Universidad del Pacífico	Dr. Felipe Portocarrero Suárez
5.	Universidad de Lima	Dra. Ilse Wisotzki Loli
6.	Universidad de San Martín de Porres	Ing. Raúl Eduardo Bao García
7.	Universidad Femenina del Sagrado Corazón	Hmna. Dra. Elga García Aste
8.	Universidad Inca Gracilazo de la Vega	Dr. Luis Claudio Cervantes Liñán
9.	Universidad de Piura	Dr. Antonio Abruña Puyol
10.	Universidad Ricardo Palma	Dr. Elio Iván Rodríguez Chávez
11.	Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez	Dr. Juan Luque Mamani
12.	Universidad Peruana Los Andes	Dr. Dimas Fernández Barrantes

13.	Universidad Peruana Unión	Dr. Juan Choque Fernández
14.	Universidad Andina del Cusco	Dra. Gloria Charca Puente de la Vega
15.	Universidad Tecnológica de los Andes	Dr. David Rufino Terrazas Estacio
16.	Universidad de Tacna	Dra. Elva Inés Acevedo Velásquez
17.	Universidad Particular de Chiclayo	Dr. Augusto Virgilio Tello Amenero
18.	Universidad Privada San Pedro	Dr. Jose María Huaman Ruiz
19.	Universidad Privada Antenor Arrego	Dr. Guillermo Gregorio Guerra Cruz
20.	Universidad Privada de Huanuco	Dr. José Antonio Beraun Barrantes
21.	Universidad José Carlos Mariátegui	Dr. Aya Chaparro Guerra
22.	Universidad Particular Marcelino Champagnat	Pdre. Pablo Gonzáles Franco
23.	Universidad Científica del Perú	
24.	Universidad César Vallejo	Dr. Brijaldo Sigifredo Orbegoso Venegas
25.	Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote	Dr. Julio Domínguez Granda
26.	Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas	Dr. Luis Bustamante Belaunde
27.	Universidad Privada del Norte	Econ. Daniel Rodríguez Risco
28.	Universidad San Ignacio de Loyola	Dr. Edward Roekaert Embrechts
29.	Universidad Alas Peruanas	Dr. Fidel Ramírez Prado
30.	Universidad Peruana Norbert Wiener	Dr. César Alonso Lip Licham
31.	Universidad Católica San Pablo	Dr. Pío Alonso Quintanilla Pérez-Wicht
32.	Asociación Universidad San Juan Bautista	Dr. Víctor César Mayhuasca Cabrera
33.	Universidad Tecnológica del Perú	Dr. Enrique Bedoya Sánchez
34.	Universidad Continental de Ciencia e Ingeniería	Dr. Esau Caro Meza
35.	Universidad Científica del Sur	Dr. Agustín Iza Stoll
36.	Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo	Dr. Hugo Martín Calienes Bedoya
37.	Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo	Dr. Wilman Manuel Ruiz Vigo
38.	Universidad Católica Sedes Sapientiae	Dr. Joaquín Martínez Valls
39.	Universidad Privada Señor de Sipán	Dr. Humberto C. Liempén Coronell
40.	Universidad Peruana de las Américas	Dr. Luis Efraín Hurtado Valencia
41.	Universidad ESAN	Dr. Jorge Talavera Traverso
42.	Universidad Peruana de Ciencias e Informática	Dr. Héctor Vilca Palacios
43.	Universidad Peruana TELESUP	Dr. Walter Manrique Pacheco
44.	Faculta de Teología Pontificia Civil de Lima	Mons. Dr. Pedro Hidalgo Díaz

Fuente: www.anr.gob.pe (consultado el 22 de marzo de 2010)

14. Ahora bien, el artículo 92 de la Ley 23733 –Ley Universitaria– señala las funciones que cumple el Pleno de la ANR como ente rector del sistema universitario. Ellas son las siguientes:

“a) Informar a requerimiento del Poder Legislativo, en los casos de creación, fusión o suspensión de Universidades públicas o privadas;

b) Elevar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo los proyectos de los presupuestos anuales de las Universidades públicas y los pedidos de ayuda de las privadas, con la información correspondiente a cada uno, y formula su propio proyecto de presupuesto;

c) Publicar un informe anual sobre la realidad universitaria del país y sobre criterios generales de política universitaria;

- d) Elegir a los Rectores de las Universidades que integran la comisión de coordinación interuniversitaria conforme al artículo 93 de la presente ley;**
 - e) Coordinar, proporcionando información previa e indispensable, la creación de carreras, títulos profesionales y de segunda especialidad acordados por una Universidad y de las facultades en que se hacen estudios respectivos;
 - f) Concordar en lo referente a los requisitos mínimos exigibles para el otorgamiento de grados y títulos universitarios y a la unificación de sus nominaciones, sin perjuicio del derecho privativo de cada universidad a establecer la currícula y requisitos adicionales propios;
 - g) Evaluar a las nuevas Universidades de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la presente ley;**
 - h) Designar a las Universidades que puedan convalidar estudios, grados y títulos obtenidos en otros países;**
 - i) Elegir a los miembros del Consejo de Asuntos Contenciosos Universitarios;
 - j) Recopilar los Estatutos vigentes en las Universidades del país;
 - k) Conocer y resolver de oficio y en última instancia, los conflictos que se produzcan en las Universidades Públicas y Privadas del país relativos a la legitimidad o reconocimiento de sus autoridades de gobierno;**
 - l) Llevar el Registro nacional de Grados y Títulos expedidos por las Universidades de la República.” (énfasis agregado)
15. Complementando lo anterior, el artículo 13 del Reglamento General de la Comisión de Coordinación Interuniversitaria, aprobado mediante Resolución N.º 913-2002-ANR, indica como funciones de la ANR a las siguientes:
- a. Estudiar, coordinar y orientar las actividades de las universidades.
 - b. Compilar y remitir los proyectos de presupuesto anuales y planes estratégicos de las Universidades Públicas y pedidos de las Universidades Privadas.
 - c. Formular su propio proyecto presupuestal.
 - d. Elaborar y publicar un informe anual sobre la realidad y política universitaria.
 - e. Elaborar y difundir estándares académicos.
 - f. Elegir a los representantes de las Universidades Privadas ante la Comisión de Coordinación Interuniversitaria.
 - g. Evaluar y designar universidades para revalidar Grados y Títulos del extranjero con países sin convenio.
 - h. Recopilar Estatutos vigentes de las universidades.
 - i. Intervenir y adoptar medidas correctivas en universidades Públicas y Privadas, sobre irregularidades.
 - j. Intervenir ante conflictos de legitimidad en las universidades Públicas y Privadas conforme el inc.) K, Artículo 92º de la Ley Universitaria N° 23733.**
 - k. Administrar el Registro Nacional de Grados y Títulos Profesionales.
 - l. Administrar el Registro Nacional de Trabajos y Proyectos de Investigación según lo dispuesto por la Ley N° 27705.
 - m. Evaluar y emitir pronunciamiento favorable para la creación de Escuelas de Post Grado o Sección de igual carácter.
 - n. Expedir Carnés Universitarios.
 - o. Reconocer Grados y Títulos extranjeros de países con los que se ha suscrito convenios.
 - p. Certificar Grados de Maestría y Doctorado.
 - q. Establecer Comisiones Reorganizadoras, Transitorias, de Orden y Gestión y Comisiones Organizadores y de Institucionales por mandato de la Ley.
 - r. Ejercitar auditorías financieras en las universidades.
 - s. Designar a los representantes de la ANR ante los organismos que las normas legales establecen.
 - t. Evaluar y aprobar proyectos de filiales universitarias (Ley N° 27504).**
 - u. Funciones específicas acordadas por el Pleno de Rectores (Resolución No. 1028-2007-ANR)
 - 1. Constituir Fondos con Recursos Propios de la Asamblea Nacional de rectores, sujeto a la disponibilidad presupuestal, con la finalidad de estimular la investigación científica y promover la excelencia académica de estudiantes y docentes universitarios.

2. Auspiciar con estímulo económico la realización de investigación científica por los docentes universitarios, incluida la adquisición de equipos y su transferencia en uso a las universidades nacionales.
 3. Apoyar el otorgamiento de becas a estudiantes universitarios que acrediten buen rendimiento académico durante su formación profesional y no cuenten con recursos económicos suficientes.
 4. Apoyar la edición y publicación a través de un fondo editorial de los trabajos de investigación realizados por docentes universitarios o intelectuales.” (énfasis agregado)
16. Como podemos apreciar, las funciones que la ley atribuye a la ANR son de suyo trascendentales para los destinos de la educación universitaria en nuestro país. Ellas abarcan temas tan amplios que van desde la elección de los miembros de la Comisión de Coordinación Interuniversitaria (que es el órgano de representación de la ANR) hasta la elaboración y difusión de estándares académicos, pasando por la evaluación y aprobación de nuevas filiales universitarias.
 17. Ahora bien, tal como se advierte en la sentencia, lo cierto es que, a juzgar por los datos consignados, el rol cumplido por la ANR en el ejercicio de la competencia de autorizar el funcionamiento de filiales universitarias (cuando tuvo a cargo esa función) ha sido, cuando menos, displicente o desvinculada de su deber de asegurar una educación universitaria de calidad (Fundamentos 128-138 y 146-161), todo lo cual ha llevado finalmente a este Tribunal a declarar una inconstitucionalidad por abuso del Derecho (Fundamento 150). A su vez, la sentencia explica que esa inconstitucionalidad se deriva de la falta de imparcialidad objetiva de la ANR al momento de ejercer esa competencia, dado que ella es parte del propio *círculo universitario* (Fundamento 105); es decir, esta apariencia de falta de imparcialidad objetiva se deriva de la estructura normativa y de la regulación de las competencias antes asignadas a la ANR (y ahora al CONAFU) en la materia señalada (Fundamento 151)
 18. A mi modo de ver, esta situación revela un problema en la conformación de la ANR como ente rector del sistema universitario en nuestro país. En efecto, resulta paradójico que la ANR, que es una entidad cuya finalidad consiste en garantizar una educación universitaria de calidad, pueda terminar siendo capturada por las universidades privadas, cuyo enfoque empresarial, si bien no es del todo incompatible con aquella finalidad, sí puede generar trabas e incoherencias en la gestión de dicho ente rector; máxime si, como hemos comprobado, a la actualidad existen más universidades privadas que públicas en su conformación.
 19. En realidad, éste es un problema de diseño normativo cuya solución corresponderá, en última instancia, al legislador. En esa medida, resultan saludables algunas iniciativas que buscan darle una mayor cuota de representatividad a la ANR como ente rector de nuestro sistema universitario (v. gr. Proyecto de Ley N.º 3748-2009-CR, que dispone la representatividad de la universidad pública y privada en la Asamblea Nacional de Rectores)
 20. En todo caso, es mi deber dejar sentada mi posición en el sentido de que la ANR debiera estar conformada sólo por universidades nacionales, con lo cual, ciertamente, no se estaría vetando o disminuyendo las posibilidades de coordinación de las universidades privadas, las cuales a tal efecto podrían constituir sus propios entes de organización en el ámbito privado.

Sr.

ETO CRUZ

¹ TORRES ARANCIVIA, Eduardo: *Buscando un rey*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 239.

² SALMI, Jamil: *El desafío de crear universidades de rango mundial*, Banco Mundial-Mayol Ediciones, Colombia, 2009, p. 17.

EXP. N.º 00017-2008-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Suscribiendo el fallo emitido por la mayoría de mis colegas, estimo que la demanda debe ser declarada **FUNDADA**; sin embargo, dada la trascendencia de la materia *sub litis*, considero leal frente a mis convicciones constitucionales exponer las razones que me han permitido formar convicción:

I. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante	:	Carlos Augusto Sotomayor Bernos y más de 5000 ciudadanos
Norma sometida a control	:	Ley N.º 28564, Ley que deroga la Ley N.º 27504 y restituye el tercer párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria, publicada en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 2 de julio de 2005.
Normas constitucionales cuya vulneración se alega	:	Derechos al acceso a la educación universitaria, a la constitución de centros universitarios, a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, y a la garantía institucional de la autonomía universitaria.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28564, siendo que el vicio de inconstitucionalidad alcanza al resto de su articulado por conexidad.

II. FUNDAMENTOS

§1. El derecho fundamental a la educación universitaria

1.1. La naturaleza binaria del derecho a la educación

1. La educación, como derecho fundamental garantiza subjetivamente el desarrollo integral del ser humano (artículo 13º de la Constitución). Siendo que desde el punto de vista objetivo, también asegura el progreso de la sociedad en su conjunto (artículo 14º de la Constitución), al cristalizar un “proyecto de vida” y al fomentar el valor solidaridad.
2. A través de las tres principales manifestaciones de este derecho, a saber, acceso, permanencia y calidad (STC N.º 4646-2007-PA, fundamento 15), el proceso educativo promueve el desarrollo integral del ser humano e insiste en su preparación para la vida y el trabajo. Para asegurar la accesibilidad, la Constitución ha establecido la facultad personal de promover la creación de centros educativos donde se requiera, característica que debe ser ampliada “a todos”, bajo la característica de disponibilidad. Pero no basta ser accesible, la educación también debe ser de calidad [UNESCO 2004. *Rapport mondial de suivi sur EPT Education pour tous, L'exigence de qualite*, reiterado por el Ministerio de Educación. Plan Nacional de Educación para Todos 2005-2015, Perú. Hacia una educación de calidad con equidad, de 2005].
3. La fuerza jurídica de este derecho se extiende también para la educación universitaria que de conformidad con el artículo 18º de la Constitución, “(...) tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica”. Es decir, a través de ella se difunde, valoriza y transfiere el conocimiento para lograr una mayor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo.
4. Aparte de ser derecho fundamental, por su carácter binario, la educación se exhibe como un servicio público, prestación pública de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización (STC N.º 4232-2004-PA, fundamento 11). El rol del Estado dentro de contextos como los anteriormente señalados impone pues no sólo garantizar la existencia misma de los servicios públicos, sino su adecuada prestación, independientemente de quien los administre. Ello, en resumidas cuentas, permite que desde el Estado no sólo se regulen los aspectos esenciales del mismo, sino que éste pueda intervenir en el momento en que estos son ejecutados, sea cuando el destinatario de los servicios reclame frente a un servicio mal dispensado. A tales efectos la relación Servicio Público-Estado es indisoluble en cualquiera de sus etapas, sin que sea posible invocar ámbitos exentos de control o fiscalización, siempre atendiendo la perspectiva constitucional de considerar a la persona humana, en tanto consumidor o usuario, como fin supremo de los servicios.
5. Por tanto, el nivel axiológico de singular importancia en el orden constitucional del derecho a la educación, y de la educación universitaria en particular, obliga a que el proceso educativo cuente con la irrenunciable y eficiente fiscalización del Estado a efectos, de asegurar su accesibilidad y calidad. En dicho sentido, se ha dictado una importante regulación:
 - La Ley N.º 23733, Ley Universitaria, de 1983, señala que la creación y supresión de universidades tiene reserva legal. Se reconocen como requisitos constitutivos, acreditar su necesidad y disponibilidad de docentes calificados y recursos, etapa de formación regida por una comisión organizadora por el plazo improrrogable y máximo de cinco años, a ser evaluada por la Asamblea Nacional de Rectores (ANR).
 - La Ley N.º 26439, de 1995, que crea el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), encargado de evaluar las solicitudes de autorización de nuevas universidades privadas. En el caso de ser públicas, aparte de la

necesidad de ley de creación, interviene el Ministerio de Economía y Finanzas para sustentar la capacidad estatal de financiamiento.

- El *Decreto Legislativo N.º 882*, Ley de Promoción de la Inversión en Educación, entró en vigencia en 1996, establece condiciones para impulsar la inversión en servicios educativos, a fin de concretar su modernización permitiendo instituciones educativas con fines de lucro, y, creando un régimen alternativo de organización, de gestión, de funcionamiento y tributario.

De estas normas, se puede concluir que son dos los entes a los que legislativamente se les ha encargado la labor de controlar la calidad de las universidades. La ANR, es el organismo público constituido por los rectores de las universidades públicas y privadas, que goza de autonomía económica, normativa y administrativa, en el cumplimiento de sus funciones de estudio, orientación y coordinación de las actividades universitarias (artículo 90º de la Ley N.º 23733). Por su parte, el CONAFU, es el órgano autónomo de la ANR, integrado por cinco ex rectores, elegidos entre los candidatos propuestos por las propias universidades institucionalizadas¹; tres de ellos elegidos por las públicas y dos por las privadas (artículo 3º de la Ley N.º 26435).

1.2. La exigencia de calidad en la educación universitaria

6. El logro de una verdadera formación profesional deviene en mandato axiológico y técnico de la educación universitaria, pues existe una mutua imbricación entre la existencia de una auténtica elite intelectual y el impulso del proceso del desarrollo del país, basado en lo que podríamos denominar una sociedad de información y en una economía del conocimiento. Entonces, el objeto último no es institucionalizar profesiones sino la correcta formación de egresados universitarios con una colocación laboral digna.
7. Con el objeto de resguardar la calidad de la educación, se debe garantizar que la educación universitaria y las carreras que en ellas se ofrecen, guarden correspondencia con la demanda del mercado laboral. Resulta ser deber del Estado supervisar la realización de un estudio técnico sobre la aludida demanda laboral, de forma tal que la creación de nuevas filiales o facultades universitarias se adecue razonablemente a los índices de la referida demanda.

En nuestro país, existe una gran demanda de carreras por parte de una masa poblacional desinformada y ávida de títulos profesionales laboralmente insuficientes. Lo cual nos lleva a cuestionar, de un lado, el deber estatal de una suficiente fiscalización; y de otro, el cumplimiento de la función social asignada a los proveedores del servicio educativo a nivel universitario; sin desconocer por ello los principios básicos de la teoría económica tal como será desarrollado *infra*.

8. Por tanto, la supervisión de la calidad de la educación, dependiendo de la oportunidad y del origen de los órganos estatales llamados a ejercerla, debe realizarse *ex ante*, es decir, antes de que los promotores sean autorizados a desarrollar la actividad educativa; y *ex post*, a través de una evaluación permanente y rigurosa, que asegure que en ningún intervalo de su ejercicio aquella se desvincule de la finalidad educativa. En esta línea, también corresponde, a las propias entidades educativas implementar mecanismos de excelencia: un *permanente control interno* aseguraría la calidad de los procesos de evaluación y formalización, a través de un sistema con criterios cada vez más altos de autoexigencia, orientados a generar una cultura interna de la calidad educativa; y, un *periódico control externo imparcial* llevado a cabo por organismos que no se encuentren vinculados ni directa ni indirectamente con las entidades evaluadas, importaría la implementación de un sistema exigente y obligatorio de acreditación y auditoría².
9. Por tanto, en virtud de la exigencia de promover una educación universitaria para el trabajo, la regulación legislativa de los requisitos que deberán cumplir los proyectos de creación de una filial o una nueva facultad, como mínimo deberá contener: (i) sólo las universidades institucionalizadas están posibilitadas de crear nuevas facultades o filiales, según estudios técnicos que lo demuestren; (ii) los proyectos deberán sustentar las razones de conveniencia y la factibilidad de la filial o la nueva facultad, garantizando un nivel de calidad; y, (iii) las nuevas filiales o facultades deberán guardar adecuación con la demanda en el mercado

laboral nacional.

10. No obstante, en nuestro sistema la constitución de filiales según la Ley N.º 27504 no optimizó el derecho al acceso a la educación. Por el contrario, a partir del análisis del ámbito fáctico de la actuación concreta de la ANR y del CONAFU al momento de autorizar el funcionamiento de universidades y sus filiales se constata que tuvo un impacto lesivo de los derechos fundamentales de los educandos universitarios. Por tanto, suscribo el criterio del Pleno del Tribunal Constitucional, de declarar la existencia de un **estado de cosas inconstitucional de carácter estructural** en el sistema educativo universitario peruano (fundamentos 208 al 219 de la sentencia).
11. Dicha técnica sirve cuando fijado un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí relacionados con la violación de un derecho, se puede efectuar un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales (STC N.º 2579-2003-HD, fundamento 19). El estado de cosas inconstitucionales sólo puede ser reparado en un sentido mínimo con la observancia de la obligación estatal de adoptar de inmediato las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, entre otras) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país.
12. Dentro del marco constitucional vigente corresponde que puedan implementarse medidas legislativas coherentes con las necesidades de la educación superior de calidad que atraviesan desde el soporte presupuestario suficiente al sector educación, y llegan hasta la aplicación estricta de las consecuencias jurídicas que se derivan de la irregularidad del sistema, disponiéndose la clausura inmediata y definitiva de toda filial universitaria, e incluso de cualquier universidad, no ratificada o autorizada regularmente, protegiendo los derechos de alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.

§2. El derecho fundamental a la libre empresa

13. La libertad de empresa, por un lado, garantiza a los particulares un ámbito de actuación libre de injerencia estatal, y por otro, impone al Estado la obligación de establecer las condiciones organizativas –institucionales– que aseguren la efectividad del ejercicio del derecho. Las libertades, que como la de empresa, se ejercitan *en el mercado* requieren que el Estado *constituya* el mercado, es decir, produzca las instituciones que permiten afirmar que una economía lo es “de mercado”³.
14. No obstante, el modelo económico en el cual debe encardinarse el ejercicio de dicho derecho, tiene también un componente *social*. De esta forma, se garantiza que a través de este derecho se permita un nivel de protección adecuado de los agentes económicos en su facultad de elegir su organización y desarrollar una unidad de producción de bienes o de prestación de servicios para satisfacer la demanda de la población.
15. Esta comprensión parte de una afirmación de principio en torno a la empresa dentro de un mercado democrático. La empresa de la economía social de mercado depende, aparte de su nivel y organización, también de los fines, de las necesidades y procesos de desarrollo histórico y cultural de nuestra sociedad. Es imprescindible que quienes ejercen derechos económicos sepan concertar los elementos jurídicos con los educativos, axiológicos, espaciales y temporales que determinen el éxito o el fracaso de dicha actividad comercial.
16. Al respecto, siguiendo el mandato de la Constitución, las empresas deben actuar en igualdad (artículo 2º, inciso 2) dentro de una situación de libre competencia (artículo 61º), por lo que el Estado debe facilitar su ejercicio dentro de los marcos constitucionales y legales. De la competencia en libertad se deriva el mencionado acceso al mercado, y la capacidad del agente económico para actuar dentro de él, reconociéndose la suficiente libertad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la ley de la oferta y la demanda. Éstos son justamente los ámbitos del derecho que según han alegado los demandantes está siendo afectados a través de la norma impugnada.

17. A la luz de la Constitución, las universidades pueden ser promovidas por particulares (artículo 15º, artículo 18º *segundo párrafo*), constitucionalizándose así la inversión privada en la educación superior, a efectos de tener garantizado el acceso a la misma y a asegurar su calidad, consecuencia de una libre pero supervisada competencia. Con miras a concretizar este postulado, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo N.º882, a fin de que pueda ofrecerse una educación universitaria cuantitativa y cualitativamente óptima, propuesta que tiene sentido en nuestro régimen económico.
18. Tal como ha sido establecido *supra*, la función social de toda actividad económica alcanza una singular dimensión cuando ella se desarrolla en el ámbito de la educación, en general, y en el de la educación universitaria, en particular. El ejercicio de libertades económicas por parte de las universidades importa que el promotor tenga un vínculo ineludible con la sociedad y el poder público dentro del mercado, y en el caso concreto de la educación, de los usuarios que reciben el servicio de las universidades o las filiales.
19. Así, el derecho conforme al cual toda persona puede promover y conducir instituciones educativas no puede ser interpretado como un derecho absoluto a conformar sociedades unilateralmente sometidas a las directivas de la oferta y la demanda que rigen el mercado. Aún cuando en el marco de la Constitución cabe la configuración empresarial de las universidades, también se encuentra el deber de coadyuvar de manera eficaz, permanente y decidida con el desarrollo integral de la persona humana en dignidad y en libertad.
20. En dicho balance, la situación constatada de las universidades y las filiales hace parecer que la mayoría de ellas se han regido meramente por un ánimo de lucro, aprovechándose incluso de las necesidades de la juventud. Por tal razón, la supervisión de la actividad educativa universitaria no debió apartarse de sus objetivos constitucionales, a ser realizada con eficiencia y con un compromiso humano por su calidad. Tanto la ANR como el CONAFU han incurrido en una inconstitucionalidad por abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), en la medida de que, con la aplicación mecánica y reglamentista de las disposiciones que los han guiado, se han apartado de los fines constitucionales educativos.

§3. Respecto a la Ley N.º 28564, que prohíbe la creación de filiales universitarias

3.1. Consideraciones económicas del control judicial de la regulación de las filiales universitarias

21. La naturaleza que tiene el proceso de inconstitucionalidad importa que el Tribunal Constitucional pueda realizar, con relación a la norma impugnada, un control de naturaleza mixta: *objetivo*, revisando su conformidad con los valores y principios que integran el orden público constitucional; y, *subjetivo*, valorando los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada (STC N.º 0002-2005-PI, fundamento 2).
22. Es menester reconocer la ostensible crisis de la calidad educativa universitaria como un problema de relevancia constitucional, no correspondiendo a este Colegiado “crear” realidades al margen de los agentes sociales y económicos involucrados. Solamente deberán establecerse principios rectores de configuración del sistema que permitan al Estado garantizar y promover la calidad de la educación en el país (artículo 16º de la Constitución). Siendo que el pronunciamiento deberá ser respetuoso del programa constitucional ha realizarse en la materia.
23. La *filial* es la unidad académica desconcentrada de una universidades institucionalizada, ubicada fuera del departamento en que su sede queda establecida, con justificado carácter diferencial de oferta educativa entre filial y sede (artículo 7º del Reglamento de Funcionamiento de Filiales Universitarias, Resolución N.º 386-2002-ANR), y que ofrece a los usuarios educandos carreras profesionales y estudios de post grado. El objeto de las filiales, de acuerdo al diseño previsto en la Ley N.º 27504 y su reglamento, era desconcentrar geográficamente la oferta educativa, haciéndola accesible a personas que, de otro modo, no tendrían sencillo acceso a una específica carrera.
24. La educación superior de que provea al país de profesionales y tecnólogos competitivos en

todos los campos, es piedra angular de los procesos desarrollo económico y social. Por tanto, corresponde atender los requerimientos de los educandos que esperan de las universidades una educación de calidad; los promotores requieren del Estado el respeto de sus libertades empresariales; la población anhela que la universidad forme correctamente a los profesionales que demanden las necesidades de nuestras empresas y organizaciones sociales.

25. De acuerdo a la teoría económica, los servicios educativos, sobretudo aquellos en el nivel superior, pueden ser considerados como “bienes experiencia”. La calidad y pertinencia de estos bienes o servicios es difícil de percibir por adelantado, y sólo se revelan con precisión luego de la experiencia de su consumo efectivo por parte de la sociedad (en el caso de una profesión universitaria o técnica, esto significa entre 3 a 8 años después del inicio de la formación). De forma que actualmente se complementa con sistemas reconocidos de acreditación de la calidad académica, que pueden ser procedimientos voluntarios u obligatorios para las universidades y facultades, según la preferencia mayor o menor por las reglas de asignación de recursos por el mercado⁴.
26. Al respecto, la justificación para reducir las presiones competitivas sobre determinado mercado está basado en la posibilidad de que una competencia intensa resulte en una caída de la calidad del servicio. No obstante, no nos permitimos sostener dichas posturas de regulación de la competencia, por carecer de sustento económico. Lo primero es que cada empresa que maximiza los beneficios busca la forma de aumentar sus beneficios. Esto incluye la reducción de los costos de producción y posiblemente la calidad. A menos que ésta búsqueda de beneficios más elevados sea diferente o menos activa durante el período de competencia intensa, no aparece claro que la calidad sea diferente durante las condiciones normales del mercado.

Al mismo tiempo, el argumento que dice que la calidad sufrirá, parte de la creencia de que los consumidores no están interesados en la calidad del servicio o no perciben la diferencia entre un buen o mal servicio. Si la primera situación es la correcta, la reducción de calidad aparece como deseable. La segunda situación dispone que una mayor competencia en el mercado le daría a los consumidores la información necesaria para distinguir entre un buen o mal servicio⁵.

27. Por tanto, los controles cuantitativos para el mercado de la educación superior deben responder a los mismos criterios. La experiencia de muy buenas universidades privadas aparecidos en la última década en el país indican claramente que el dilema no es prohibir o no la aparición de nueva oferta. Lo que corresponde al Estado es garantizar la calidad de la formación, por el lado de la acreditación, y por proveer de mayor y mejor información al mercado para la toma de decisiones adecuada, por el lado de los jóvenes y sus familias⁶.
28. Considero que ello busca introducir en el análisis constitucional un respeto por las consecuencias de las normas, de lo contrario podría derivarse a un fracaso institucional del sistema universitario basado en la elección de soluciones ineficientes, es decir, distribuciones derechos que dejen a algún sector en situación de mayor desventaja sin que ello traiga consigo beneficio para ningún otro sector⁷. Además, tratándose de la grave violación de derechos fundamentales no podría recurrirse a un mecanismo de compensaciones, pues las consecuencias son irreparables.
29. No desconocemos que el mercado por sí mismo no es capaz de discriminar entre buenos y malos y solo elegir a los buenos. Esto no ocurre así en la realidad, porque el mercado es imperfecto, pero en nuestro análisis también hay que tomar en cuenta los costos de la regulación⁸.
30. En suma se trata de dar la oportunidad a que sean los agentes sociales y económicos quienes provistos de toda la información sobre la calidad y pertinencia del caso en el marco regulatorio otorgado por el Estado, tomen sus decisiones razonablemente de forma que no vean perjudicado su proyecto de vida profesional con carreras poco empleables. En todo caso, no nos encontramos ante una dicotomía irresoluble de contraposición del interés de las empresas al interés del público. Este es justamente el cauce subsidiario que determina

el contenido propio de la economía social de mercado, otorgando la garantía institucional de la resolución de conflictos cuando estos se presenten.

3.2. Análisis constitucionalidad de la norma impugnada

31. Mediante el artículo 1º de la Ley N.º 28564 queda derogada la Ley N.º 27504, de forma que, la actual situación del sistema universitario peruano importa la denegación de creación de nuevas filiales.
32. Para analizar la viabilidad constitucional de la norma impugnada, se debe emplear el examen de proporcionalidad, comparando su contenido con el parámetro normativo de constitucionalidad, a través de los *tests* de idoneidad, necesidad y ponderación. Tal como ha sido señalado la prohibición de creación de filiales universitarias prevista en la Ley N.º 28564, *prima facie*, incide en la libre empresa y en la educación. La actividad universitaria, a través de filiales, no deben desconfigurar la esencia de ambos derechos, al no estar ningún derechos aislados sino que su ejercicio están limitados por la presencia o existencia previa de otros bienes constitucionales.

3.2.1. Finalidad constitucional de la ley

(a) Promoción de universidades

33. Son distintas las finalidades que han ido enunciando los accionados a favor de la norma cuestionada. El apoderado del Congreso de la República señaló mediante su escrito de contestación de la demanda que los legisladores han considerado conveniente que la educación universitaria sea prestado a través de universidades con el objeto de promover la creación de universidades y más inversión en este servicio público.
34. Por tanto, entendemos que si los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial, entonces existen mayores costos de transacción para crear universidades. Si ello es así, al permitirse crear filiales existe un bajo incentivo para la creación de universidades, al competir con filiales que son menos costosas; con ello, prohibiendo la creación de filiales aumentará el incentivo para la creación de universidades.
35. Sobre el particular, no encontramos que tal incentivo constituya *per se* una finalidad válida; sólo lo sería si está acompañada de mecanismos necesarios que aseguren que las nuevas universidades cumplan con ciertos estándares de calidad en los servicios a ofrecer. Desvirtuando lo señalado por el accionado, se puede observar del estricto ámbito normativo, que la creación de nuevas universidades de altos estándares se encontraba garantizada por exigencias previstas: el Reglamento para la autorización provisional de funcionamiento de nuevas universidades, Resolución N.º 387-2009-CONAFU, y el Reglamento de funcionamiento, evaluación y certificación institucional de universidades y escuelas de posgrado bajo competencia del CONAFU, Resolución N.º 100-2005-CONAFU. Frente a ello, la creación de filiales tenía un procedimiento propio. De acuerdo al artículo 1º de la Ley N.º 27504, sólo las universidades creadas por ley y las que habían obtenido autorización de funcionamiento definitiva, podían constituir las. *Ergo*, no debió existir razón para desconfiar de la calidad educativa que pudiesen dispensar las respectivas filiales.
36. El problema, entonces, residiría no en la norma cuestionada, sino en su aplicación. Antes de la Ley N.º 28564, ya existía el invocado grado de exigencia diferenciado, basado en un nivel exigido a las filiales distinto al de las universidades. El apoderado del Congreso, en tal sentido, no acierta cuando sostiene que la prohibición de filiales cumpliría con la finalidad de incentivar la creación de universidades de calidad; por el contrario, dicha norma lejos de desincentivar la creación de universidades de calidad, la impulsaría, al ser la única manera de competir de forma eficiente con ellas.

(b) Calidad del servicio público de educación universitaria

37. También se ha señalado en autos que el fin de la norma era procurar la plena eficiencia y calidad del servicio público de educación universitaria. En efecto, a su juicio, el propósito de

la norma se circunscribiría a solucionar el problema de la baja calidad educativa de las filiales. Este planteamiento tiene un nuevo derrotero, planteado en estos términos: los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial, entonces sucederá que la eficiencia y la calidad del servicio educativo que brinda una universidad son mayores que los de una filial. Así, prohibir filiales generará que la mayoría de alumnos accedan a una educación de igual calidad.

38. En tal línea de pensamiento, se parte de la errónea idea de interpretar que los estándares de calidad exigibles a las filiales son considerablemente menores que los de las universidades, premisa antes rechazada, por ser incompatible con el espíritu de los artículos 13º y 18º de la Constitución. Siendo que en el actual contexto el diagnóstico de deficiencia aplicable a muchas de las filiales del país, es en igual medida extensible a muchas de las universidades.

(c) Adecuado control sobre las filiales

39. No obstante, siguiendo el *íter* legislativo de la norma impugnada, la comisión respectiva expresó a fin de complementar la hipótesis antes expresada que “(...) existe en nuestro país un elevado número, realmente indeterminado de filiales o pseudofiliales de universidades que vienen ofertando servicios que no cumplen con los mínimos niveles de exigencia académica ni los requerimientos que la Universidad exige a sus usuarios”⁹. Es palpable la preocupación por el virtual abandono de estándares siquiera mínimos de calidad en la educación ofrecida a través de diversas universidades y sus respectivas filiales.
40. Desde esta perspectiva, la finalidad de prohibir la creación de filiales, se circunscribe concretamente a evitar que continúe extendiéndose el problema de proliferación de filiales que no cumplen con los mínimos niveles de exigencia académica. La existencia de múltiples unidades empresariales universitarias que compiten entre sí -sea como productores o como consumidores y usuarios- hace que el mecanismo de calidad visto desde la economía social de mercado pueda ser compatible con el respeto a la persona humana previsto como elemento intrínseco al Estado social y democrático de Derecho.
41. Una educación de calidad es una exigencia a la empresa que se dedica a este rubro. A nuestro juicio, por lo tanto, lograr un adecuado nivel de exigencia en las filiales, como objetivo inmediato que pretende lograrse, aparece como una finalidad constitucionalmente válida. Sobre esta base, entonces, tocaría continuar el *test* de proporcionalidad.

3.2.2. Análisis del juicio de idoneidad de la ley

42. Ahora corresponde examinar si la medida de prohibición es idónea para alcanzarla. Sobre el particular, debe destacarse la afirmación congresal según la cual la normatividad de la propia ANR no ha sido respetada ni aplicada con fidelidad por las propias universidades, habiendo proliferado filiales que no reúnen los estándares legales de calidad. Siendo así, la preocupación parlamentaria estuvo centrada en aquellas filiales que no se sometieron al procedimiento de autorización regulado por la Ley N.º 27504.
43. Consideramos que en este punto, no se da la necesaria adecuación medio-fin. El problema de las filiales de funcionamiento irregular no se encuentra en el mandato contenido en la Ley N.º 27504. En ese sentido, la idoneidad se encontraría en impedir la actividad irregular de la ANR que autorizaba el funcionamiento de filiales que carecen de mínimos niveles de calidad educativa. *Prima facie*, para el cumplimiento de dicho fin, sí podría resultar idónea la prohibición.

3.2.3. Análisis del juicio de necesidad de la ley

44. Si la prohibición introducida por la Ley N.º 28564 ha incidido en los derechos al acceso a la educación y la libertad de empresa, es preciso analizar si era constitucionalmente necesaria.
45. Al respecto, sostenemos que existe un medio alternativo que no sólo incide en menor dimensión en los derechos involucrados, sino que cumple con mayor eficiencia el fin

perseguido: la adopción de medidas que aseguran que sólo se autorice la creación de filiales cuando se hay garantía del ofrecimiento de un servicio educativo con niveles de calidad imprescindibles, sin necesidad de prohibirlas; una respuesta de este tipo sería congruente, además con la libre iniciativa privada de los centros universitarios. Por consiguiente, tal interdicción deviene en innecesaria, y, en tal sentido, inconstitucional, por lo que no es preciso continuar con el test de proporcionalidad en sentido estricto.

46. En efecto, el Estado pudo haber adoptado medidas de control en la búsqueda de una educación universitaria de calidad, en vez de impedir creación de filiales. Al circunscribirse a emitir prohibiciones, de manera implícita, el Estado está renunciando y abdicando a su constitucional deber de controlar la calidad educativa, adoptando una medida sencilla e ineficaz en la búsqueda de solucionar la profunda crisis educativa universitaria que aqueja a nuestra sociedad. El problema no radica en la creación de nuevas universidades o filiales, sino en la falta de control y fiscalización adecuada de su funcionamiento; siendo que la creación de filiales con una oferta educativa de calidad y diferenciada optimizaría, por ende, el derecho de los usuarios de acceder a una educación universitaria de calidad.
47. Por las razones expuestas, suscribo con el proyecto de mayoría que deviene en inconstitucional la prohibición de creación de nuevas filiales de universidades, prevista en los artículo 1º y 2º de la Ley N.º 28564, decisión sustentada en la necesidad de la medida.

III. CONCLUSIÓN

48. De expulsarse la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, en la actualidad no existe regulación vigente que confiera a la ANR o al CONAFU competencias en materia de autorización de funcionamiento de filiales. Las de la primera están derogadas [Ley N.º 28564]; las del segundo han devenido en ineficaces por haber transcurrido el plazo para ejercerlas, ampliado a 120 días adicionales desde la fecha de su promulgación [Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 28740, Ley del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa, de 2006]. Ello debe mantenerse así, so pena de incurrir en un acto normativo inconstitucional.
49. Además, atendiendo a que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales (artículo 83º in fine del Código Procesal Constitucional). Entonces, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 28564, que derogó la Ley N.º 27504, no genera que ésta recobre vigencia.
50. Por ello, en vista que en la actualidad no existe en el ordenamiento, reconocimiento explícito alguno de autoridad competente para autorizar nuevas filiales universitarias, no resulta admisible que este Colegiado, disponga que algún otro órgano de manera provisional mantenga esta atribución (como sería el CONAFU). Corresponde al legislador, en el más breve plazo, establecer normativamente los requisitos que aseguren que las filiales satisfagan su deber de brindar una educación universitaria de calidad, sobre los parámetros establecidos en la sentencia emitida por el Pleno de este Colegiado, y debe aportar directamente a la elevación de la calidad universitaria facilitando la creación de nuevas universidad y filiales universitarias que cumplan el mandato constitucional. Pues, resultaría paradójico que se prohibiera la existencia de nuevas filiales promovidas por universidades institucionalizadas, permitiendo la permanencia de las actualmente conformadas en situación de ilegitimidad constitucional. La convalidación del *status quo* redundaría en perjuicio mayor de nuestro sistema universitario.

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda.

Sr.
ÁLVAREZ MIRANDA

- ¹ Aquélla de probada viabilidad, con autorización definitiva, según el artículo 1º de la Ley N.º 27504.
- ² European Association for Quality Assurance in Higher Education (ENQA). *Criterios y Directrices para la Garantía de Calidad en el Espacio Europeo de Educación Superior*, Helsinki, 2005.
- ³ PAZ-ARES, Cándido y ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. "Un Ensayo sobre la libertad de empresas". En: *Estudios en Homenaje a Luis Díez-Picazo*, tomo IV. Madrid: Thomson – Civitas, 2003, pp. 595.
- ⁴ YAMADA, Gustavo. "El mercado y la regulación de la educación superior en el Perú". En: *Blog El Cristal roto. Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico*. Ver: <http://blogcristalroto.wordpress.com/>.
- ⁵ VICENTE SOLA, Juan. *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, pp. 734-735.
- ⁶ YAMADA, Gustavo. "El mercado y la regulación de la educación superior en el Perú". En: *Blog El Cristal roto. Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico*. Ver: <http://blogcristalroto.wordpress.com/>.
- ⁷ POSNER, Eric. "Strategies of constitutional scholarship", *Law and Social Inquiry*, Spring, 2001.
- ⁸ SÚMAR, Óscar. "Los románticos y la educación legal en el Perú: respuesta a Pásara". En: *Blog El Cristal roto. Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico*. Ver: <http://blogcristalroto.wordpress.com/>.
- ⁹ Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural.

[1] Cfr. STC 0091-2005-PA, fundamento 6.

[2] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General N.º 13, El derecho a la educación*, 21º período de sesiones, E/C. 12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párrafo 1.

[3] Cfr. SSTC 4232-2004-PA, fundamento 10, y 4646-2007-PA, fundamento 10.

[4] Cfr. STC 4646-2007-PA, fundamento 10.

[5] Cfr. SSTC 4232-2004-PA, fundamento 12 y 4646-2007-PA, fundamento 12.

[6] Cfr. SSTC 4232-2004-PA, fundamento 13 y 4646-2007-PA, fundamento 13.

[7] Cfr. STC 4646-2007-PA, fundamento 15.

[8] Cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 11.

[9] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General N.º 13, El derecho a la educación*, ob. cit., párrafo 6.

[10] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General N.º 13, El derecho a la educación*, ob. cit., párrafo 4.

[11] Cfr. UNESCO 2004, *Rapport mondial de suivi sur EPT Education pour tous, L'exigence de qualite 2005*, Editions UNESCO, París, p. 461. De ello toma nota el Ministerio de Educación (cfr. Ministerio de Educación. *Plan Nacional de Educación para Todos 2005-2015, Perú. Hacia una educación de calidad con equidad*, septiembre, 2005, p. 101).

[12] Cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 22.

[13] Cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 20.

[14] Cfr. STC 0008-2003-PI, fundamento 28.

[15] Cfr. STC 7339-2006-PA, fundamento 22.

[16] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General N.º 13, El derecho a la educación*, ob. cit., párrafo 4 b.

[17] Cfr. Escrito de demanda, p. 56.

[18] Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón V., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 161.

[19] Cfr. Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley N.ºs 10184/2003-CR, 11144/2004-CR, 11574/2004-CR, 11597/2004-CR, 12314-2004-CR, 12358/2004-CR, 12425/2004-CR, 12463/2004-CR, 12679/2004-CR, 12717/2004-CR, y 12751/2004-CR, que proponen Ley que deroga la Ley N.º 27504, y restablece el tercer párrafo del artículo 5º de la Ley Universitaria, pp. 5 – 6.

- [20] Cfr. Escrito de contestación de la demanda, p. 4.
- [21] Cfr. Escrito de contestación de la demanda, p. 5.
- [22] Cfr. Escrito de contestación de la demanda, p. 22.
- [23] Cfr. Escrito de contestación de la demanda, p. 10.
- [24] Cfr. Escrito de contestación de la demanda, p. 14.
- [25] En esencia, este procedimiento de control previo para la autorización de funcionamiento es el mismo que se encontraba anteriormente regulado por el “Reglamento para la autorización de funcionamiento de universidades y escuelas de postgrado no pertenecientes a universidades bajo competencia del CONAFU, aprobado mediante Resolución N.º 196-2004-CONAFU, de fecha 13 de octubre de 2004 (vid., especialmente, los artículos 8º, 9º, 14º, 26º, 29º, 33º, 34º, 36º, 38º, 45º, 46º y 49º).
- [26] Cfr. Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley N.º 10184/2003-CR..., ob. cit., p. 5.
- [27] Cfr. Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley N.º 10184/2003-CR..., ob. cit., p. 3.
- [28] Cfr. Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley N.º 10184/2003-CR..., ob. cit., p. 5.
- [29] Cfr. Pásara, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*, Lima, junio, 2004, p. 21.
- [30] Cfr. Escrito de demanda, p. 69.
- [31] Cfr. Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley N.º 10184/2003-CR..., ob. cit., p. 7.
- [32] Cfr. SSTC 0048-2004-PI, fundamento 2 y 3; y, 5854-2005-PA, 10.
- [33] Cfr. STC 0019-2005-PI, fundamento 47.
- [34] Cfr. *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú* (Proyecto ALFA N.º DCI-ALA-2008-42, “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria”), elaborado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Cayetano Heredia y la Universidad de Lima, junio, 2009, p. 28.
- [35] Cfr. <http://www.anr.edu.pe/conafu/memoria.html>
- [36] Cfr. STC 5085-2006-PA, fundamento 4.
- [37] Cfr. SSTC 0004-2006-PI, fundamento 20; 0023-2003-PI, F. J. 34; y, 6149-2006-PA / 6662-2006-PA (acumulados), fundamento 55.
- [38] Cfr. SSTC 0004-2006-PI, fundamento 20; y, 6149-2006-PA / 6662-2006-PA (acumulados), fundamento 56.
- [39] Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso De Cubre v. Bélgica*, sentencia del 26 de octubre de 1984, párrafo 34.
- [40] Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Delcourt v. Bélgica*, sentencia del 17 de enero de 1970, párrafo 31.
- [41] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribunal Constitucional v. Perú*, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71.
- [42] Cfr. STC 6149-2006-PA / 6662-2006-PA (acumulados), fundamento 59.
- [43] Cfr. STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados), fundamento 18.
- [44] Cfr. http://www.cdi.org.pe/pdf/IGC/2008-2009/Perfil_econ_Peru.pdf
- [45] Cfr. Artículo 97º de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—.
- [46] Fuente: http://www.anr.edu.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=252&Itemid=188 Cabe precisar que la información está actualizada al 31 de diciembre de 2006.
- [47] Cfr. http://www.anr.edu.pe/conafu/proy_implementacion.html
- [48] Cfr. http://www.anr.edu.pe/conafu/proy_tramite.html
- [49] Cfr. http://www.anr.edu.pe/conafu/proy_solicitud.html
- [50] Cfr. Página web de la ANR. Resumen Estadístico Universitario 2004, 2005, 2006 y 2007.
- [51] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General N.º 13, El derecho a la educación*, ob. cit., párrafo 19.
- [52] Cfr. Primera Disposición Final y Transitoria del Reglamento para la Ratificación y Autorización de Funcionamiento de Filiales Universitarias, aprobado mediante Resolución N.º 138-2005-CONAFU.
- [53] Cfr. Dictamen de la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley Nros. 10184/2003-CR, 11144/2004-CR ..., ob. cit. p. 5.
- [54] Cfr. Pásara, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*, ob. cit., p. 22.
- [55] Cfr. Pásara, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*, ob. cit., p. 23.
- [56] Cfr. Pásara, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*, ob. cit., p. 23.
- [57] Cfr. *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú* (Proyecto ALFA N.º DCI-ALA-2008-42, “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria”), ob. cit., p. 30.
- [58] Cfr. Res. N.º 202-2006-CONAFU, del 13 de julio de 2006; Res. N.º 207-2006-CONAFU, del 13 de julio de 2006; Res. N.º 209-2006-CONAFU, del 13 de julio de 2006; Res. N.º 210-2006-CONAFU, del 13 de julio de 2006.

de 2006; Res. N.º 217-2006-CONAFU, del 24 de julio de 2006; Res. N.º 226-2006-CONAFU, del 24 de julio de 2006; Res. N.º 255-2006-CONAFU, del 21 de agosto de 2006; Res. N.º 260-2006-CONAFU, del 21 de agosto de 2006; Res. N.º 261-2006-CONAFU, del 21 de agosto de 2006; Res. N.º 262-2006-CONAFU, del 21 de agosto de 2006; Res. N.º 265-2006-CONAFU, del 21 de agosto de 2006; Res. N.º 271-2006-CONAFU, del 21 de agosto de 2006; Res. N.º 272-2006-CONAFU, del 21 de agosto de 2006; Res. N.º 298-2006-CONAFU, del 7 de septiembre de 2006; Res. N.º 312-2006-CONAFU, del 22 de septiembre de 2006; Res. N.º 094-2007-CONAFU, del 22 de marzo de 2007; y, Res. N.º 282-2007-CONAFU, del 25 de octubre de 2007.

[59] Cfr. Segunda Disposición Transitoria del “Reglamento para la ratificación y autorización de funcionamiento de filiales universitarias”, aprobado mediante Resolución N.º 128-2005-CONAFU, de fecha 3 de agosto de 2005.

[60] Cfr. Res. N.º 219-2005-CONAFU, del 5 de diciembre de 2005; Res. N.º 220-2005-CONAFU, del 7 de diciembre de 2005; Res. N.º 221-2005-CONAFU, del 7 de diciembre de 2005; Res. N.º 222-2005-CONAFU, del 7 de diciembre de 2005; Res. N.º 244-2005-CONAFU, del 21 de diciembre de 2005; Res. N.º 245-2005-CONAFU, del 21 de diciembre de 2005; Res. N.º 246-2005-CONAFU, del 21 de diciembre de 2005; Res. N.º 007-2006-CONAFU, del 17 de enero de 2006; Res. N.º 019-2006-CONAFU, del 30 de enero de 2006; Res. N.º 020-2006-CONAFU, del 30 de enero de 2006; Res. N.º 021-2006-CONAFU, del 30 de enero de 2006; Res. N.º 026-2006-CONAFU, del 10 de febrero de 2006; Res. N.º 028-2006-CONAFU, del 13 de febrero de 2006; Res. N.º 030-2006-CONAFU, del 13 de febrero de 2006; Res. N.º 072-2006-CONAFU, del 29 de marzo de 2006; Res. N.º 113-2006-CONAFU, del 2 de mayo de 2006; Res. N.º 127-2006-CONAFU, del 16 de mayo de 2006; Res. N.º 211-2006-CONAFU, del 13 de junio de 2006; Res. N.º 078-2007-CONAFU, del 9 de marzo de 2007; y, Res. N.º 485-2008-CONAFU, del 11 de diciembre de 2008.

[61] Cfr. http://www.anr.edu.pe/conafu/filiales_universitarias.html

[62] Cfr. *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú* (Proyecto ALFA N.º DCI-ALA-2008-42, “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria”), ob. cit., pp. 59 - 60.

[63] La Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 28740 —Ley del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa—, de fecha 23 de mayo de 2006, amplió a ciento 120 días calendario adicionales, contados desde su entrada en vigencia, el plazo previsto en la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28564 y estableció el mismo plazo para la culminación del proceso de ratificación dispuesto en el artículo 3º de la citada Ley. Ambos plazos se han cumplido en exceso.

[64] Cfr. STC 0033-2007-PI, fundamento 19.

[65] Cfr. STC 0033-2007-PA, fundamento 21.

[66] A propósito de la implementación de un sistema de aseguramiento de la calidad educativa, tanto a través de controles internos como externos, puede revisarse el Informe de la *European Association for Quality Assurance in Higher Education* (ENQA), “Criterios y Directrices para la Garantía de Calidad en el Espacio Europeo de Educación Superior”, Helsinki, 2005.

[67] Cfr. *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú* (Proyecto ALFA N.º DCI-ALA-2008-42, “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria”), ob. cit., pp. 56 - 58.

[68] Cfr. *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú* (Proyecto ALFA N.º DCI-ALA-2008-42, “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria”), ob. cit., pp. 56.

[69] Cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 28.

[70] Cfr. SSTC 0005-2004-PI, fundamento 8; y, 4232-2004-PA, fundamento 27.

[71] Cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 30.

[72] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General N.º 13, El derecho a la educación*, ob. cit., párrafo 40.

[73] Cfr. *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú* (Proyecto ALFA N.º DCI-ALA-2008-42, “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria”), ob. cit., pp. 62 - 63.

[74] Cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 13.

[75] Cfr. UNESCO, *Informe sobre Educación Superior Universitaria en el Perú*, Lima, 2002, p. 10.

[76] Cfr. Pásara, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*, ob. cit, p. 23.

[77] Cfr. De Grip, Andries, Van Loo, Jasper y Sanders, Jos, “The Industry Employability Index: Taking account of supply and demand characteristics”, en *Internacional Labour Review*, Vol. 143, N.º 3, International Labour Organization, 2004, p. 216.

[78] Cfr. Gamboa, Juan Pablo y otros, *La empleabilidad y la iniciativa personal como antecedentes de la satisfacción laboral*, Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, 2007, p. 7.

[79] Cfr. STC 1387-2003-PA, fundamento 2.

[80] Cfr. *Informe sobre el Sistema de Educación Superior Universitaria del Perú* (Proyecto ALFA N.º DCI-ALA-2008-42, “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria”), ob. cit., p. 12, el cual, a su vez, tiene como fuente al MEF – Transparencia Económica / Consulta amigable mensual / Consulta de ejecución de gastos, <http://ofi.mef.gob.pe/transparencia/mensual/>

[81] Cfr. UNESCO, *Informe sobre Educación Superior Universitaria en el Perú*, Lima, 2002, pp. 10 - 11.

**EXPS. N.º 00026-2008-PI/TC
Y 00028-2008-PI/TC
(ACUMULADOS)
LIMA
COLEGIO DE INGENIEROS
DEL PERÚ Y MÁS DE 5,000 CIUDADANOS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes marzo de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se acompañan; y los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, que también se agregan.

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú y más de 5,000 ciudadanos contra los Decretos Legislativos N.ºs 1027, 1047 y 1084, publicados en el diario oficial *El Peruano* el 22, 26 y 28 de junio de 2008, respectivamente.

ANTECEDENTES

- Demanda del Exp. N.º 00026-2008-PI/TC

Con fecha 28 de octubre de 2008, el Decano del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú (en adelante, el Colegio) interpone demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºs 1027, 1047 y 1084, por considerar que contravienen la Constitución.

La demanda comienza señalando que a fin de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, el Congreso mediante la Ley N.º 29157 delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las siguientes materias: **a)** facilitación del comercio; **b)** mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa y modernización del Estado; **c)** mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativo; **d)** promoción de la inversión privada; **e)** impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de las capacidades; **f)** promoción del empleo y de la micro, pequeñas y medianas empresas; y **g)** fortalecimiento institucional de la gestión ambiental y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

Considera que, a la vista de las materias específicas delegadas, el Decreto Legislativo N.º 1047, que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, contraviene de manera formal, indirecta y total la Constitución, debido a que ha sido emitido en exceso de las facultades legislativas, pues ninguna de las materias delegadas especifica que el Poder Ejecutivo podía emitir una ley de organización y funciones de algún Ministerio. Asimismo, refiere que este decreto legislativo colisiona la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N.º 29158, entendida como parte del bloque de constitucionalidad, porque en su Primera Disposición Transitoria señala que las leyes de organización y funciones de los Ministerios deben ser tramitadas y aprobadas por el Congreso de la República.

De otra parte, señala que el Decreto Legislativo N.º 1027, que modificó los artículos 9º y 44º de la Ley General de Pesca y el Decreto Legislativo N.º 1084, que aprobó la Ley sobre límites máximos de captura por embarcación, es inconstitucional porque: **a)** ha sido emitido en exceso de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo al regular materia pesquera; **b)** regula una materia reservada a ley orgánica, como es el aprovechamiento del recurso natural pesquero; y **c)** limita y restringe el derecho a la libertad de trabajo.

- **Demanda del Exp. N.º 00028-2008-PI/TC**

Con fecha 26 de noviembre de 2008, más de cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºs 1047 y 1084, por considerar que contravienen la Constitución.

Alegan que por razones de forma, el Decreto Legislativo N.º 1084 es inconstitucional, debido a que el Poder Ejecutivo al momento de promulgarlo ha excedido los términos de la delegación de facultades legislativas conferidas mediante la Ley N.º 29157, pues la materia regulada no tiene vinculación con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda ni con su aprovechamiento, toda vez que la actividad pesquera, en general, y la extracción de anchoveta en particular, no se encuentran comprendidas dentro del conjunto de actividades y productos objeto de acuerdo y regulación. Agregan que la anchoveta peruana y la harina de pescado para el consumo humano indirecto no tienen mayor demanda real o potencial en el mercado comercial de los Estados Unidos.

En sentido similar señalan que, formalmente, el Decreto Legislativo N.º 1084 también contraviene el artículo 66º y el inciso 4) del artículo 104º de la Constitución porque está regulando una materia reservada a ley orgánica y que es indelegable al Poder Ejecutivo, como es la explotación de recursos naturales.

Por otro lado, consideran que por razones de fondo, los artículos 1º a 26º del Decreto Legislativo N.º 1084 vulneran el principio de libre competencia y los derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la no discriminación, a la libertad de contratar y de propiedad. En tal sentido, precisan que el establecimiento de un límite máximo de captura por embarcación y de cuotas individuales de pesca de anchoveta es inconstitucional por violar el principio de la libre competencia y el derecho a la libertad de empresa, porque anula la posibilidad de competir en el mercado.

Sostienen que la fórmula empleada para la determinación del límite máximo de captura por embarcación y la cuota individual de pesca vulnera el derecho a la no discriminación, pues para su determinación se toma en consideración la capacidad de bodega de la embarcación, lo que beneficia a las empresas de mayores dimensiones y perjudica a las empresas medianas y pequeñas, así como a las embarcaciones de madera.

De otra parte, expresan que los Programas de Incentivos a la Reconversión Laboral y Promoción de Mypes previstos en los artículos 11º a 26º del Decreto Legislativo N.º 1084 vulneran el derecho a la libertad de trabajo de los trabajadores y armadores; y que la prohibición contenida en el inciso 3) del artículo 15º del Decreto Legislativo N.º 1084 limita irrazonablemente el derecho a libertad de contratar, pues prohíbe la contratación de aquellos tripulantes que cancelaron su libreta de embarco por haberse acogido al programa de reconversión laboral.

Por último, refieren que los artículos 27º a 30º del Decreto Legislativo N.º 1084 contravienen el principio constitucional de legalidad, pues la ley autoritativa no ha habilitado en ninguno de sus extremos a crear o modificar figuras delictivas incluidas en el Código Penal.

- **Auto de acumulación**

Mediante auto de fecha 5 de mayo de 2009, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal resolvió acumular la demanda de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N.º 00028-2008-PI/TC a la demanda de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N.º 00026-2008-PI/TC, que seguirán así una

misma tramitación hasta su resolución también única, por considerar que concurren todos los requisitos para proceder a la acumulación.

- **Contestación de la demanda**

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Producción, en representación y en nombre del Poder Ejecutivo, contesta la demanda señalando que la regulación contenida en el Decreto Legislativo N.º 1084 es una medida que cumple los propósitos señalados por el Congreso de la República en la ley autoritativa, pues en virtud del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos el Estado asumió la obligación de adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales para proporcionar y estimular altos niveles de protección ambiental, como sucede con la protección y conservación del recurso de anchoveta mediante el establecimiento de límites máximos de captura por embarcación con un tope global de pesca.

De otra parte, refiere que la materia regulada por el Decreto Legislativo N.º 1084 no se encontraba reservada a ley orgánica, pues las condiciones de utilización de los recursos naturales se encuentran señaladas en la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales N.º 26821.

En sentido similar, señala que el Decreto Legislativo N.º 1084 no contraviene el principio de la libre competencia y el derecho a la libertad de empresa, debido que las medidas adoptadas en él no benefician a un sector de la población ni mucho menos a una empresa o grupo de empresas, sino a toda la sociedad en su conjunto, pues tiene como finalidad cumplir los compromisos medioambientales asumidos por el Estado en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos.

Con relación a la infracción de los derechos al trabajo y a la igualdad, expresa que el régimen especial para retiro voluntario previsto en el Decreto Legislativo N.º 1084 es una medida temporal que se encuentra justificada en el bienestar y que se produce como consecuencia del exceso de mano de obra en el sector, el cambio de régimen y las alteraciones que este cambio producirá en el mercado laboral. Agrega que el régimen de retiro voluntario no genera discriminación porque los trabajadores deciden voluntariamente si se acogen o no a los programas de incentivos.

En cuanto al régimen de incentivos previstos en el Decreto Legislativo N.º 1084, sostiene que si bien es cierto que éste impide que se pueda contratar nuevamente al trabajador cesante, es porque aquel trabajador que cesó y percibió un beneficio excepcional fue precisamente para que realizara otras actividades económicas; sin embargo, dicha limitación de contratación no significa que se contravengan los derechos a libertad de contratar y de propiedad, pues estos derechos no son absolutos sino que pueden ser limitados en su ejercicio dependiendo el caso.

Asimismo, alega que el máximo de captura de anchoveta por embarcación no produce discriminación entre los pescadores que tienen embarcaciones de acero y los pescadores que tienen embarcaciones de madera, debido a que no es responsabilidad del Estado la capacidad de carga que tengan las embarcaciones referidas y porque el límite de captura para las embarcaciones pequeñas no ha cambiado. Añade que el artículo 29º del Decreto Legislativo N.º 1084 no contraviene el principio de legalidad, debido a que la disposición de carácter penal contenida en él se fundamenta en la delegación de facultades dispuesta por la Ley N.º 29157, específicamente en lo señalado en su artículo 2.1, literal b).

De otra lado, refiere que el Poder Ejecutivo al haber promulgado el Decreto Legislativo N.º 1047 no se ha excedido de las facultades legislativas delegadas, toda vez que la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción se encuentra incluida en las materias específicas delegadas por el artículo 2.1, literal b) de la Ley N.º 29157, que prevé la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado. Asimismo, refiere que este decreto legislativo se enmarca dentro de los fines del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y no contraviene lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

N.º 29158, pues ésta no establece que la organización y funciones de los Ministerios sea una materia reservada a ley orgánica.

En cuanto a la alegada inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo N.º 1027, manifiesta que los demandantes confunden la reserva de ley orgánica de los recursos naturales, prevista en el artículo 66º de la Constitución, con la reserva de ley que el legislador ordinario ha previsto para la regulación sectorial. En dicho entendido, manifiesta que el Decreto Legislativo N.º 1027 es conforme con el artículo 66º de la Constitución, en la medida que existe una ley orgánica que se encarga de regular las condiciones de utilización de los recursos naturales, como lo es la Ley N.º 26821.

FUNDAMENTOS

1. §. Delimitación del petitorio y de la controversia constitucional

1. La presente demanda tiene por objeto que se declare inconstitucional:
 - a. El Decreto Legislativo N.º 1027, que modificó los artículos 9º y 44º de la Ley General de Pesca.
 - b. El Decreto Legislativo N.º 1047, que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción.
 - c. El Decreto Legislativo N.º 1084, que aprobó la Ley sobre límites máximos de captura por embarcación.
2. Como ha quedado reseñado en los antecedentes, los demandantes, por similares argumentos, consideran que los Decretos Legislativos N.ºs 1027, 1047 y 1084 son inconstitucionales porque contravienen formalmente la Constitución. Asimismo, por diferentes razones, consideran que los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084 son inconstitucionales porque también infringen por el fondo la Constitución.
3. Teniendo presente ello, este Tribunal estima que, en primer término, debe analizarse la supuesta inconstitucionalidad formal de los Decretos Legislativos N.ºs 1027, 1047 y 1084 y, en segundo término, la supuesta inconstitucionalidad material de los Decretos Legislativos N.º 1027 y 1084. A su vez, cuando se analice la alegada infracción formal de los Decretos Legislativos N.ºs 1027, 1047 y 1084, se evaluará, en primer lugar, la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1047, debido a que los alegatos de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084 son los mismos.

Previamente, para resolver los alegatos de inconstitucionalidad formulados se precisará cuáles han sido los alcances de la ley autoritativa o, en otros términos, qué materias específicas el Congreso de la República delegó a favor del Poder Ejecutivo, porque uno de los alegatos de inconstitucionalidad formal que se aduce, es que los tres decretos legislativos mencionados son producto del exceso de las facultades legislativas delegadas.

4. Asimismo, debe precisarse que conforme a lo expuesto en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00042-2004-AI/TC, los Decretos Legislativos N.ºs 1027, 1047 y 1084 serán sometidos a los siguientes controles:
 - a. *Control de contenido*, a fin de verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de dichos decretos;
 - b. *Control de apreciación*, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo no rebasan los parámetros de la dirección política – tributaria – que asume el Congreso de la República en materia legislativa; y
 - c. *Control de evidencia*, para verificar si los decretos legislativos no son violatorios de la Constitución por el fondo o por la forma, y si son compatibles o no guardan conformidad con ella.

2. §. Delegación de facultades legislativas: Ley N.º 29157

5. El Congreso de la República actuando de conformidad con el artículo 104º de la Constitución, mediante la Ley N.º 29157 delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar

sobre diversas materias para facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (en adelante, el TLC) y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento.

Anótese que las facultades legislativas se delegaron al Poder Ejecutivo con la finalidad de que: **a)** se facilite la implementación del TLC; y **b)** se apoye la competitividad económica para el aprovechamiento del TLC.

6. En el artículo 2.1 de la Ley N.º 29157 se estableció como materias específicas a delegar las siguientes:
 - a. La facilitación del comercio.
 - b. La mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado.
 - c. La mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativo; para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial.
 - d. La promoción de la inversión privada.
 - e. El impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades.
 - f. La promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas.
 - g. El fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
 - h. Mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

Debe precisarse que el artículo 2.2 de la Ley N.º 29157 establece expresamente que el “contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento”.

7. Pues bien, teniendo presente las materias específicas que fueron delegadas y cuáles fueron las finalidades de la delegación de facultades legislativas, este Tribunal ha de iniciar el control de constitucionalidad de los Decretos Legislativos N.ºs 1027, 1047 y 1084.

3. §. Inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo N.º 1047

8. Mediante el Decreto Legislativo N.º 1047 se aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, que conforme a su artículo 1º, tiene por finalidad determinar y regular el ámbito de sus competencias, sus funciones y su estructura orgánica básica.
9. A decir de los demandantes, el Decreto Legislativo N.º 1047 contraviene por la forma la Constitución debido a que su emisión excede las facultades legislativas delegadas, porque, a su juicio, la ley autoritativa no ha autorizado al Poder Ejecutivo a expedir norma alguna que establezca la organización y funciones de algún Ministerio, y porque, conforme a la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N.º 29158, las leyes de organización y funciones de los Ministerios son tramitadas y aprobadas mediante leyes ordinarias ante el Congreso de la República y no mediante decretos legislativos.
10. En cuanto al exceso de las facultades legislativas delegadas, este Tribunal considera que dicho exceso no se ha producido con la emisión del Decreto Legislativo N.º 1047, debido a que la regulación contenida en éste es compatible con las materias específicas que fueron delegadas mediante la Ley N.º 29158, toda vez que entre ellas se encuentran el fortalecimiento institucional y la modernización del Estado (artículo 2.1, inciso b).

Teniendo presente las materias delegadas aludidas, este Tribunal estima que una de las formas que el Poder Ejecutivo podía haber adoptado para modernizar y fortalecer institucionalmente el Estado era, justamente, la emisión de decretos legislativos que tengan por objeto regular la organización y funcionamiento de los Ministerios, como ha sucedido con el Decreto Legislativo N.º 1047, que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción.

11. Además, debe tenerse presente que las medidas legislativas adoptadas por el Poder Ejecutivo a fin de modernizar y fortalecer institucionalmente el Estado para que sean compatibles con la Ley N.º 29158, debían tener como objetivo que: **a)** se facilite la implementación del TLC; y **b)** se apoye la competitividad económica para el aprovechamiento del TLC.

En este contexto, resulta válido concluir que la regulación contenida en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción aprobada por el Decreto Legislativo N.º 1047, tiene por finalidad facilitar la implementación del TLC y apoyar la competitividad económica para su aprovechamiento.

Por estas razones, este Tribunal estima que el Decreto Legislativo N.º 1047 es conforme con la Constitución, en la medida que regula una materia que fue objeto de delegación mediante la Ley N.º 29158.

12. Con relación a la inconstitucionalidad formal que se plantea contra el Decreto Legislativo N.º 1047, porque habría contravenido la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N.º 29158, debe tenerse presente que su texto señala lo siguiente:

“Con arreglo a la presente Ley el Poder Ejecutivo, a partir de la vigencia de la presente ley, en un plazo de 4 meses, remitirá al Congreso de la República las propuestas de Leyes de organización y funciones de los Ministerios que tienen a su cargo únicamente competencias exclusivas, y en el plazo de 6 meses las correspondientes a los Ministerios que tienen a su cargo competencias exclusivas y compartidas”.

13. Al respecto debe tenerse en cuenta que en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00022-2004-AI/TC, este Tribunal señaló que la regulación particular de los órganos que comprenden al Poder Ejecutivo, como por ejemplo los Ministerios, será a través de leyes de organización y funciones, que tienen el carácter de leyes ordinarias, de acuerdo al artículo 121º de la Constitución.
14. Teniendo presente ello, este Tribunal considera que de la interpretación literal del artículo 121º de la Constitución y de la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N.º 29158, no puede concluirse que tales dispositivos determinen que la organización y funciones de los Ministerios sea una materia exclusivamente reservada a la ley ordinaria, como lo plantean los demandantes.

Por dicha razón, también debe considerarse que el Decreto Legislativo N.º 1047 es conforme con la Constitución, por cuanto no ha regulado una materia reservada a ley ordinaria.

4. §. Inconstitucionalidad formal de los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084

15. Como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, los demandantes consideran que los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084 son formalmente inconstitucionales porque contravienen el artículo 66º de la Constitución, pues a su juicio, la materia regulada en ellos se encuentra reservada a ley orgánica.
16. Teniendo presente el alegato de inconstitucionalidad referido, debe señalarse que, en efecto, el artículo 66º de la Constitución reserva a la ley orgánica la fijación de las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales, renovables o no renovables.

Asimismo, debe recordarse que en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00048-2004-AI/TC este Tribunal precisó que la determinación de las materias sujetas a reserva de ley orgánica conforme al artículo 66º de la Constitución, se ha efectuado en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales N.º 26821.

Por dicha razón, en la sentencia de inconstitucionalidad referida se concluyó que los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las **leyes especiales** para cada recurso natural, según lo determina el artículo 19° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales N.° 26281. Ello debido a que leyes orgánicas tienen naturaleza excepcional y su contenido es eminentemente restringido.

17. Partiendo de tales premisas, puede concluirse que los Decretos Legislativos N.°s 1027 y 1084 no contravienen el artículo 66° de la Constitución, pues la reserva de ley orgánica que prevé dicho artículo se encuentra contenida y materializada en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales N.° 26821.
18. De otra parte, los demandantes señalan que los Decreto Legislativos N.°s 1027 y 1084 son también formalmente inconstitucionales porque la regulación contenida en ellos excede las materias específicas delegadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley N.° 29157.
19. En lo que respecta al Decreto Legislativo N.° 1027, que modificó los artículos 9° y 44° de la Ley General de Pesca, este Tribunal considera que la materia regulada en ellos es compatible con las materias que fueron objeto de delegación mediante la Ley N.° 29157, específicamente en lo que respecta al mejoramiento del marco regulatorio (artículo 2.1, inciso b).

Ello en razón a que la modificación de los artículos 9° y 44° de la Ley General de Pesca, efectuada por el Decreto Legislativo N.° 1027, tiene por finalidad mejorar el marco regulatorio del sector pesquero. Por dicha razón, este Tribunal estima que el Decreto Legislativo N.° 1027 es constitucional.

20. Con relación al Decreto Legislativo N.° 1084, que aprobó la Ley sobre límites máximos de captura por embarcación, debe señalarse que la regulación contenida en él también es compatible con una de las materias específicas que fueron delegadas por el inciso b) del artículo 2.1 de la Ley N.° 29157, como es la mejora del marco regulatorio del sector pesquero en lo que respecta a los recursos de anchoveta y anchoveta blanca.
21. Por dicha razón, este Tribunal concluye que el Decreto Legislativo N.° 1084 no contraviene por la forma la Constitución. Asimismo, debe subrayarse que el Decreto Legislativo N.° 1084 es formalmente constitucional debido a que ha sido dictado de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley N.° 29157, cuyo texto señala:

“El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1”.
(Subrayado agregado).

22. Para concluir que el Decreto Legislativo N.° 1084 ha sido dictado de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley N.° 29157, este Tribunal ha tenido en cuenta que en el artículo 18.1 del TLC se acordó que cada Parte (Perú y Estados Unidos) procurarían asegurar que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y se esfuercen por seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental. Y que en el párrafo 2 de su artículo 18.2 se precisó que las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales.
23. En este contexto, resulta oportuno destacar que en los considerandos décimo tercero a vigésimo del Decreto Legislativo N.° 1084 se expone que los motivos para emitir la regulación contenida en él son, además del mejoramiento de la regulación del sector pesquero en lo que respecta a los recursos de anchoveta y anchoveta blanca, el mejor manejo ambiental de la actividad pesquera y el apoyo a la competitividad económica para el aprovechamiento del TLC.

Por dichas razones, este Tribunal considera que el Decreto Legislativo N.º 1084 es conforme con las materias específicas delegadas mediante la Ley N.º 29157, de modo que no contraviene, por la forma, la Constitución.

5. §. Exp. N.º 00026-2008-PI/TC: Inconstitucionalidad material de los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084

24. El Colegio considera que los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084 también son inconstitucionales porque contravienen el derecho a la libertad de trabajo. A decir, del Colegio los decretos legislativos mencionados contravendrían por el fondo la Constitución, porque son formalmente inconstitucionales.

25. Teniendo presente dicho alegato, este Tribunal considera que este extremo de la demanda resulta desestimable en la medida que se ha concluido que los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084 son constitucionales, es decir, que no infringen por la forma la Constitución.

Ello porque el único argumento de inconstitucionalidad material planteado por el Colegio se encuentra subordinado a la eventual declaración formal de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N.ºs 1027 y 1084 que, como se ha señalado, ha sido desestimada.

6. §. Exp. N.º 00028-2008-PI/TC: Inconstitucionalidad material del Decreto Legislativo N.º 1084

26. Los demandantes, de manera genérica, aducen que el Decreto Legislativo N.º 1084 es inconstitucional porque contraviene el principio de libre competencia al establecer un límite máximo de captura por embarcación y de cuotas individuales de pesca.

A su entender, el Poder Ejecutivo mediante este decreto legislativo se atribuye inconstitucionalmente la potestad de decidir cuánta anchoveta debe capturar individualmente cada embarcación, cuál debe ser el volumen de la flota destinada por los armadores a la pesca de anchoveta y cómo deben invertirse los recursos en el sector, interfiriendo de este modo en aspectos que deben ser resueltos por el mercado y la libre competencia.

27. Al respecto, debe mencionarse que mediante el Decreto Legislativo N.º 1084 se aprobó la Ley sobre límites máximos de captura por embarcación, que tiene por objetivo establecer un régimen jurídico para la captura y extracción de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca destinada al consumo humano indirecto.

Conforme a los artículos 2º y 3º del Decreto Legislativo N.º 1084, el régimen de captura y extracción está compuesto por dos límites máximos, a saber:

- a. Límite Máximo Total de Captura Permisible, que es fijado por el Ministerio de la Producción para cada temporada de pesca sobre la base del informe científico de la biomasa de dicho recurso preparado por el Instituto del Mar del Perú.
 - b. Límite Máximo de Captura por Embarcación, que se determina multiplicando el índice o alícuota atribuido a cada embarcación por el Límite Máximo Total de Captura Permisible de anchoveta para el consumo humano indirecto determinado para la temporada de pesca correspondiente.
28. Pues bien, teniendo presente que el Decreto Legislativo N.º 1084 establece el régimen jurídico aplicable a la captura y extracción de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca, este Tribunal considera necesario recordar su jurisprudencia pertinente sobre los recursos naturales y las obligaciones que estos imponen al Estado, para luego determinar si, efectivamente, los límites de captura impuestos por el Decreto Legislativo N.º 1084 contravienen el principio de la libre competencia reconocido en el artículo 61º de la Constitución.

6.1. §. Recursos naturales y límites de captura

29. El artículo 66° de la Constitución prescribe que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce.

A partir de ello este Tribunal, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00048-2004-AI/TC, señaló que los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado, quien tiene la capacidad para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

Asimismo, en la sentencia de inconstitucionalidad referida este Tribunal precisó que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales –especialmente los no renovables–, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

30. En este contexto, el Estado ejercerá la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y emprenderá las acciones orientadas a propiciar la equidad social.

El Estado, impulsado por tal imperativo, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.

31. A tenor de lo expuesto, este Tribunal estima que el Límite Máximo Total de Captura Permisible y el Límite Máximo de Captura por Embarcación, previstos en el Decreto Legislativo N.º 1084, constituyen medidas adecuadas para tutelar el aprovechamiento razonable y sostenible de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca, pues las actividades de captura y extracción de este recurso natural deben sujetarse a límites razonables y objetivos.

32. De otra parte, este Tribunal considera que los límites máximos de captura mencionados no infringen la libre competencia reconocida en el artículo 61° de la Constitución, por las siguientes razones:

- a. La libre competencia no impide la intervención del Estado en la economía, cuando éste mediante la regulación económica pretende recrear las condiciones del mercado, la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, y los fines que le son propios al Estado social de derecho, toda vez que la libre competencia no significa ausencia de regulación ni puede ser entendida como competencia sin reglas o desbocada.

En dicho contexto, este Tribunal estima que los límites máximos de captura establecidos por el Decreto Legislativo N.º 1084 también buscan tutelar el derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, pues se orientan a garantizar la adecuada captura y extracción del recurso de anchoveta y anchoveta blanca.

- b. Los límites máximos de captura establecidos por el Decreto Legislativo N.º 1084 no constituyen barreras de entrada ni suponen prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita, como es la captura y extracción del recurso de anchoveta y anchoveta blanca, por lo que no puede asumirse que atentan contra la libre competencia.

En sentido similar, debe destacarse que los límites máximos de captura tampoco establecen un monopolio legal para que puedan ser calificados como inconstitucionales por infringir la libre competencia.

- c. Desde el punto de vista de los consumidores, que son quienes se benefician de un régimen competitivo y eficiente, debe señalarse que los límites máximos de captura previstos en el Decreto Legislativo N.º 1084 no prohíben la posibilidad de que estos puedan elegir libremente entre varios proveedores.

Por estas razones, este Tribunal considera que los límites máximos de captura regulados en el Capítulo I del Decreto Legislativo N.º 1084 no infringen la libre competencia reconocida en el artículo 61º de la Constitución.

6.2. §. Cuotas individuales de pesca y libertad de empresa

33. Los demandantes aducen que el establecimiento de cuotas individuales de pesca previsto en el Decreto Legislativo N.º 1084 también contraviene el derecho a la libertad de empresa en su dimensión de libertad de competencia reconocida en el artículo 59º de la Constitución, por cuanto suprime la facultad de efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes, toda vez que impide desarrollar libremente la actividad de pesca de la anchoveta.
34. A fin de resolver el alegato planteado, resulta oportuno recordar que este Tribunal, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03330-2004-AA/TC, ha precisado que el contenido del derecho a la libertad de empresa está compuesto por cuatro tipos de libertades, entre las que se encuentra la libertad de competencia.

La libertad de competencia se presenta cuando un conjunto de agentes económicos (personas naturales o jurídicas), en igualdad de condiciones, ponen sus recursos en el acceso o mantenimiento a un determinado mercado de bienes y servicios, es decir, que supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de agentes económicos en el ejercicio de una actividad económica lícita.

35. Así las cosas, este Tribunal considera que la cuota individual de pesca prevista en el Decreto Legislativo N.º 1084 no infringe el derecho a la libertad de empresa en su dimensión de libertad de competencia, pues, en principio, dicha regulación no es sustitutiva del mercado de la industria pesquera, sino complementaria y tuitiva de él, ya que tiene por finalidad que la captura y la extracción del recurso de anchoveta y anchoveta blanca se realice en forma eficiente, sin dañar el medio ambiente ni depredar dicho recurso natural.
36. En este sentido, resulta oportuno recordar que el Estado, al regular la actividad económica, cuenta con facultades para establecer límites o restricciones a fin de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común.

En este contexto se enmarcan los límites máximos de captura por embarcación establecidos por el Decreto Legislativo N.º 1084, toda vez que tienen por finalidad tutelar el medio ambiente de la industria pesquera, así como mejorar las prácticas de protección de éste.

37. Por estas razones, este Tribunal considera que las cuotas individuales de pesca introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1084 son conformes con la Constitución, por cuanto el derecho a la libertad de empresa es un derecho que se encuentra limitado, entre otras cosas, por la promoción y protección el medio ambiente, razón por la cual no resulta razonable que los agentes económicos que se dediquen al mercado de la industria pesquera tengan la posibilidad de capturar y extraer sin limitación alguna el recurso de anchoveta y anchoveta blanca, pues ello podría generar la depredación de dicho recurso natural y la afectación del ecosistema.

6.3. §. Límite máximo de captura por embarcación y derecho a no ser discriminado

38. Los demandantes consideran que la fórmula empleada por el Decreto Legislativo N.º 1084 para determinar el límite máximo de captura por embarcación y la cuota individual de pesca contraviene el derecho a no ser discriminado, reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución.

Expresan que la fórmula de cálculo tiene como efecto la consolidación de la posición de dominio y privilegio que ostenta un pequeño grupo de siete grandes empresas impidiendo, a su vez, el crecimiento de las medianas y pequeñas empresas con flota de acero o madera, ya que las empresas con mayor capacidad total de bodega quedarán autorizadas para capturar una mayor cantidad de anchoveta, a despecho de las medianas y pequeñas empresas con flota de acero o madera.

39. Al respecto, que la norma impugnada es el inciso 1) del artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 1084, que señala que el cálculo del porcentaje máximo de captura por embarcación se obtiene de la suma de los siguientes componentes:

- a. 60% del índice de participación de la embarcación en las capturas del recurso, el cual corresponde al del año de mayor participación porcentual de dicha embarcación en la captura total anual registrada por el Ministerio para cada año, dentro del periodo comprendido entre el año 2004 y la fecha de entrada en vigencia de la Ley.
- b. 40% del índice de participación de capacidad de bodega de la embarcación, que resulta de dividir la capacidad autorizada en el correspondiente permiso de pesca para la extracción de anchoveta y anchoveta blanca, entre el total de la capacidad autorizada por el Ministerio para la captura de anchoveta y anchoveta blanca destinada al consumo humano indirecto.

40. Anotado ello, este Tribunal debe recordar que el principio-derecho de igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, cuando señala que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley” hace referencia a que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es decir, que no prohíbe ni impide que el legislador contemple la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diferente, por cuanto el principio-derecho de igualdad solo le impone al legislador la obligación de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales no existen.

En buena cuenta, el principio-derecho de igualdad no impone al legislador que todos los destinatarios de las normas, tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, facultades o competencias. Dicho de otro modo, no impide que en situaciones distintas el legislador prevea diferentes consecuencias jurídicas.

41. Anotado esto, conviene precisar que lo que prohíbe el principio-derecho de igualdad es la discriminación en la ley o en la aplicación de ella, esto es, la diferenciación de tratamiento cuando no guarde una adecuada proporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica.

Por ello, se produce una situación de discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

42. Teniendo presente ello, este Tribunal considera que la fórmula de cálculo del porcentaje máximo de captura por embarcación prevista en el artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 1084 no contraviene el principio-derecho a la igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, pues desde el punto de vista de la norma todas las embarcaciones son iguales para determinar el límite máximo de captura por embarcación, es decir, que no existe un tratamiento legal desigual entre las embarcaciones.

De ahí que no resulte razonable el argumento de los demandantes consistente en que la fórmula de cálculo del porcentaje máximo de captura por embarcación tenga por finalidad privilegiar a siete grandes empresas, pues, en principio, los decretos legislativos, al igual que las leyes, gozan de las características de generalidad y abstracción, por lo que no se advierte

que la pauta genérica que la norma establece incurra en discriminaciones taxativas o supuestas.

43. Con relación a que las medianas y pequeñas empresas con flotas de acero y madera estarían siendo discriminadas por la fórmula de cálculo del porcentaje máximo de captura, debe señalarse que dicho alegato carece de asidero, pues si bien la capacidad de bodega de la embarcación es un factor para calcular el límite máximo de captura por embarcación, dicho dato fáctico no es determinante ni concluyente para establecer que dichas embarcaciones están siendo tratadas de una manera desigual, pues, como se ha señalado, la fórmula de cálculo de los límites de captura es de aplicación general para todas las embarcaciones.

En conclusión, como la fórmula de cálculo del porcentaje máximo de captura no otorga realmente un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho, este Tribunal considera que el artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 1084 es conforme al principio-derecho de igualdad.

6.4. §. Programas de Incentivos a la Reconversión Laboral y Promoción de Mypes

44. Los demandantes alegan que los Programas de Incentivos a la Reconversión Laboral y Promoción de Mypes previstos en los artículos 11º a 26º del Decreto Legislativo N.º 1084 vulneran diversos derechos fundamentales de los trabajadores y de los armadores.

§. Derecho a la libertad de trabajo

45. Sostienen los demandantes que los Programas de Beneficios regulados por el Decreto Legislativo N.º 1084 contravienen los derechos a la libertad de trabajo y al trabajo, por cuanto, para acogerse a ellos, el trabajador debe haber abandonado la actividad pesquera, ya sea mediante una renuncia voluntaria o a través de la jubilación adelantada, lo cual, a su entender, constituye una inducción al cese indirecto que promueve el desempleo.
46. Al respecto, debe precisarse que la disposición impugnada con el alegato referido es el inciso d) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo N.º 1084, cuyo texto señala lo siguiente:

“(…)

2. Para tener acceso a los Programas de Beneficios a que se refiere la presente Ley se requiere cumplir con las siguientes condiciones:

(…)

d) Haber renunciado voluntariamente a su trabajo durante los dos (2) primeros años calendarios siguientes a la finalización de la campaña de difusión para una decisión informada a que se refiere el artículo 17 de la presente Ley o haberse acogido a la Jubilación Adelantada establecida en el Artículo 18;”.

47. Para resolver la infracción alegada debe comenzarse recordando que la libertad de trabajo constituye un derecho constitucional reconocido por el artículo 2º, inciso 15) de la Constitución, cuyo contenido o ámbito de protección comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar o renunciar de empleo.

En buena cuenta, el derecho a la libertad de trabajo posee una doble dimensión. Una positiva, que garantiza a las personas la libertad de escoger la actividad a la cual desea dedicarse y con la cual pretende garantizar su sustento; y otra negativa, que consiste en la garantía de no ser obligado a ejercer una profesión o un oficio específicos, así como la posibilidad de retirarse de una actividad o de cambiar la forma en que se realiza.

48. Sobre la base de ello, debe precisarse que los programas de incentivos previstos en el Decreto Legislativo N.º 1084, por sí solos, no son susceptibles de conculcar algún derecho fundamental, por cuanto el acceso a los beneficios de los programas de incentivos es

voluntario y no obligatorio o coaccionado, es decir, quien quiere puede acogerse a ellos y quien no quiere no está obligado a hacerlo.

En efecto, la decisión del trabajador es libre y ha de provenir de un examen de las ventajas y desventajas implícitas en la aceptación de los beneficios ofrecidos por los programas de incentivos, razón por la cual no puede considerarse que el plazo de dos años afecte el derecho a la libertad de trabajo, pues durante dicho periodo de tiempo el trabajador evaluará las ventajas y desventajas que ofrecen los beneficios de los programas de incentivos para tomar una decisión.

49. Por lo tanto, este Tribunal considera que el inciso d) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo N.º 1084 es conforme con el inciso 15) del artículo 2º de la Constitución, pues el trabajador mantiene la libertad de adoptar la decisión de continuar trabajando o de renunciar.

§. Derecho a la libertad de contratar

50. De otra parte, refieren que el inciso 3) del artículo 15º del Decreto Legislativo N.º 1084 vulnera el derecho a la libertad de contratar, pues prohíbe, por el plazo de cinco años, la contratación de aquellos tripulantes que cancelaron su libreta de embarco por haberse acogido al Programa de Reconversión Laboral. Asimismo, enfatizan que la imposibilidad de contratar por cinco años limita irrazonablemente el derecho a la libertad de contratar.

51. Al respecto, debe tenerse presente el tenor literal del inciso 3) del artículo 15º del Decreto Legislativo N.º 1084, que señala lo siguiente:

“3. El tripulante que se acoge a los beneficios debe acreditar la cancelación de su libreta de embarco. La autoridad Marítima no podrá otorgar una nueva libreta de embarco a favor de dicho tripulante para actividades pesqueras en embarcaciones que tengan permisos para realizar actividades extractivas de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca (*engraulis ringens* y *anchoa nasus*) durante un plazo de cinco (5) años computados desde la fecha de la cancelación”.

52. Sobre el derecho a la libre contratación reconocido en los artículos 2º, inciso 14), y 62º de la Constitución, este Tribunal ha destacado que este derecho tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido:

- a. Libertad de contratar, también llamada **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y
- b. Libertad contractual, también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

53. Después de analizar el tenor literal de la disposición impugnada y el contenido del derecho a la libertad de contratar, este Tribunal estima que la prohibición de otorgamiento de una nueva libreta de embarco durante el plazo de cinco años para los trabajadores que deciden acogerse a los beneficios de los programas de incentivos establecidos por el Decreto Legislativo N.º 1084, no constituye una medida irrazonable que restrinja el derecho a libertad de contratar, pues dicha prohibición es de naturaleza temporal y no permanente.

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC**LIMA****SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 20 días del mes de mayo de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Shougang Hierro Perú S.A.A. contra la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y

ANTECEDENTES

El 29 de mayo de 2007, el demandante interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN toda vez que la misma atentaría contra la libertad de empresa e industria, contra la libertad de trabajo y contra el derecho a la propiedad. La demandante refiere que es una empresa dedicada a la explotación minera de hierro y otros recursos y que cuenta con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de Ica. Asimismo, la demandante señala que mediante la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN se aprueba la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, la cual en sus numerales N.º 2.2.3 y 2.2.3.1 del volumen A, decide cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la de la recurrente, basándose en que tanto éstas como los demás inmuebles de la demandante están dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediendo las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental. Esta ordenanza municipal vulneraría los derechos a la libertad de empresa e industria, así como el derecho a la propiedad, al trabajo, al debido proceso y a la defensa.

Mediante resolución del 4 de junio de 2007, el 45º Juzgado Civil de Lima declaró liminarmente improcedente la demanda por considerar que existían otras vías para dirimir la cuestión, al amparo del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. La Tercera Sala Civil de

Lima confirmó la resolución del Juzgado por considerar que la amenaza a la que hace referencia la demandante no era inminente.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es cuestionar la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016, toda vez que el mismo atentaría contra los derechos constitucionales del demandante, como son el derecho a la libertad de empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad.
2. Como cuestión previa corresponde analizar si la demanda incurre en alguna causal de improcedencia. Al respecto, a fojas 639 de autos, obra la resolución del 45º Juzgado Civil de Lima, a través de la cual se señaló que:

“...de los argumentos expuestos en la incoada, se colige que no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; ergo, existen vías procedimentales igualmente satisfactorias para atender su pretensión, incurriéndose en causal de improcedencia...”

En este sentido, el Juzgado parece entender que se incurre en las causales de los artículos 5.1. y 5.2. del Código Procesal Constitucional, no obstante lo cual, la resolución se limita a citar las causales, sin establecer por qué el petitorio y los hechos no están referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa e industria, al debido proceso, etc. Asimismo, tampoco establece cuál sería la vía adecuada para que el demandante pueda cuestionar el Plan o la Ordenanza municipal en cuestión, ni establece por qué el amparo no sería la vía adecuada para canalizar su pretensión. Por ello, consideramos que la fundamentación de la resolución del Juzgado es insuficiente.

3. Asimismo, a fojas 716, obra la resolución de la Sala, a través de la cual se declaró la improcedencia de la demanda por considerar que:

“...no se advierte que la amenaza aparezca como tal, menos que contenga en sí misma los presupuestos legales de certeza e inminencia que requiere el art. 2º del Código indicado, más aún si, como anota la parte accionante en su escrito de demanda (punto 8 de los fundamentos de hecho), en la ordenanza municipal cuestionada se establece que el ejercicio de los titulares de concesiones mineras en la cercanía del área de concesiones mineras a las zonas urbanas y de expansión urbana, puede dar y dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras, de lo que resulta fácil advertir que es en ese posible proceso de cancelación en donde, en un futuro, se evaluará la eventual cancelación o no de las concesiones otorgadas a la accionante...”

4. Al respecto, es de señalar que a través de la STC N.º 1032-2003-AA/TC este Tribunal ha establecido que “...para que la amenaza sea considerada cierta, debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, es decir, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser: **real**, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; **efectivo**, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; **tangibles**, esto es que debe percibirse de manera precisa; **ineludible**, entendiendo que implicará irremediablemente una violación concreta”.

Asimismo, a través de la STC N.º 5719-2005-AA/TC este Tribunal ha entendido que la amenaza cierta “quiere decir posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea

de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo, es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación”.

En este sentido, corresponde analizar si en el caso de autos, la amenaza a la que hace referencia el demandante es cierta e inminente, caso en el cual deberá analizarse el fondo de la controversia.

5. Al respecto, el punto 2.2.3.2. del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006- 2016 establece que:

“La proximidad y, en su caso, superposición de las concesiones mineras con las zonas urbanas y de vocación urbana se viene dando en la realidad a pesar de la evidente incompatibilidad entre ambas, debido a que las áreas de concesión no están siendo explotadas por su titular mientras que esas mismas áreas vienen siendo paulatinamente ocupadas por la población de la ciudad de Marcona.

(...)

...la ley permite la cancelación de petitorios o concesiones cuando éstos se superponen con derechos considerados prioritarios; así lo establece el artículo 64° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (...)

...el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación de los recursos metálicos o no metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable transgresión de las normas del Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras”.

Conforme a lo anterior, la empresa demandante cuestiona la decisión municipal de considerar área urbana, a los terrenos que actualmente forman parte del área otorgada en concesión minera a la demandante y sobre los que, en consecuencia, existen derechos exclusivos de titularidad de la demandante.

6. En este sentido, la ordenanza sienta las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva, lo cual amenaza de forma directa y cierta la concesión de la cual son titulares. Ello, toda vez que comprender territorio sobre el cual existe un derecho de concesión en el área urbana de la ciudad, supone un hecho concreto destinado a menoscabar el derecho de la empresa demandante, al tratarse de derechos incompatibles sobre un mismo terreno. De esta forma, la amenaza en cuestión se presenta como real y efectiva.

Asimismo, tal y como se evidencia en el propio plan, la finalidad de la entidad demandada es impulsar un procedimiento de cancelación de la concesión minera, lo cual resultaría válido desde el punto de vista jurídico si para ello no se pretendiera recurrir al uso de las competencias municipales para predisponer elementos; lo que en el caso se lograría al convertir las zonas aledañas de explotación minera en terrenos urbanos y con ello modificar los niveles permitidos de contaminación existentes en la actualidad. Por ello, este Tribunal considera que en el presente caso el daño resulta tangible e ineludible, pues tal y como se señala en el plan, la finalidad de la habilitación urbana sería justamente predisponer los elementos para hacer incurrir a la demandante en supuestos de contaminación ambiental. Así, el criterio de la Sala no puede ser compartido.

7. Una vez verificados los requisitos de la amenaza alegada en el presente caso, corresponde ahora analizar si la norma cuya inaplicación se pretende en el caso de autos resulta o no autoaplicativa, pues de llegarse a una conclusión negativa, la demanda tendría que ser declarada improcedente.
8. Al respecto, es de señalar que a través de la STC N.º 1535-2006-AA/TC este Tribunal estableció en relación al amparo contra normas, que su procedencia “...está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate

de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia”.

9. En este sentido, la norma que viene siendo impugnada resulta autoaplicativa, pues al calificar como urbana parte el área sobre la cual se extiende el derecho de concesión de la demandante, lo que se genera en los hechos es un cambio en el status jurídico de la misma, que afecta necesariamente los derechos preexistentes de la empresa demandante, al someterla a un conjunto de reglas y límites que no existían antes de la emisión de la norma, es decir, de la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN que aprobó la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”.
10. Asimismo, de la revisión del expediente se constata que en el presente caso ha existido un rechazo liminar de la demanda, de tal suerte que correspondería la nulidad de todo lo actuado hasta la fecha de emisión de la resolución de rechazo liminar, a fin de que se dé lugar al proceso. No obstante ello, a través de la STC N.º 4874-2007-AA/TC este Tribunal ha señalado que “...si de los actuados se evidencian los suficientes elementos de juicio que permitan dilucidar y resolver la pretensión resulta innecesario condenar al recurrente a que vuelva a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicia o se dilata, no obstante el tiempo transcurrido (STC N.º 4587-2004-AA)...”; por lo que en atención al criterio señalado, este Tribunal procederá a emitir un pronunciamiento de fondo en el presente caso.
11. Al respecto, el demandante hace referencia a una serie de derechos vulnerados, no obstante lo cual, este Tribunal considera que el derecho que resulta comprometido en el presente caso es el derecho a la libertad contractual del demandante por lo que corresponde analizar si la entrada en vigencia de la ordenanza municipal cuestionada supone una indebida restricción del mismo, caso en el cual deberá declararse fundada la demanda.
12. Sobre el particular, a través de la STC N.º 001-2005-AI/TC se ha señalado en relación al derecho a la libertad contractual que éste “se concibe 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...” De este modo, según la referida sentencia, el derecho a la libertad contractual garantiza la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante, y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.
13. En este sentido, la ordenanza en cuestión supondría una restricción del derecho, toda vez al calificar parte del territorio otorgado en concesión como área urbana o de expansión urbana, se estaría realizando en los hechos una modificación de las condiciones del contrato de concesión suscrito entre la empresa demandante y el Estado peruano, lo cual restringe el derecho a la libertad contractual.
14. No obstante lo anterior, y tal como ha sido reconocido por este Tribunal a través de la propia STC N.º 001-2005-AI/TC, no toda restricción del derecho a la libertad contractual supone una afectación del mismo, sino sólo aquellas que se presenten como desproporcionadas en atención a las circunstancias, por lo que a fin de analizar si la ordenanza en el presente caso se presenta como atentatoria del derecho a la libertad contractual del demandante corresponde someterla al *test* de proporcionalidad.
15. Sobre el particular, mediante Ley N.º 27015, modificada por Ley N.º 27560, se reguló el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana., señalándose en el punto 2.5. lo siguiente:

“2.5. Cuando se proyecte un nuevo Plan de Desarrollo Urbano, el Concejo Provincial respectivo oficiará al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, para que éste informe de los derechos mineros existentes a la fecha en dichas áreas a efectos de ser respetados y considerados como tales dentro del Plan objeto del Proyecto de Desarrollo Urbano”

En este sentido, la norma expresamente establece un deber de respetar los derechos de concesión minera existentes en la zona, de tal suerte que los Planes de Desarrollo se encuentran obligados a respetar los referidos derechos de concesión minera.

16. En el caso de autos, sin embargo, la Entidad demandada no sólo no habría cumplido con el procedimiento especialmente previsto para el diseño y configuración del Plan de Desarrollo Urbano, atentando así contra lo expresamente previsto por las Leyes N.º 27015 y N.º 27560, sino que además no ha expuesto ni menos fundamentado, razón técnica alguna capaz de sustentar la modificación del Plan de Desarrollo Urbano en los términos en que ha sido realizada, por lo que este Tribunal considera que la referida norma, la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN que aprueba la "Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016", ha vulnerado el derecho a la libertad contractual de la empresa demandante y en consecuencia, debe ser declarada inaplicable al caso concreto.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC

LIMA

SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Que, me adhiero al voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, en el sentido de declarar FUNDADA la demanda de amparo; por los fundamentos constitucionales que a continuación expreso:

I. FUNDAMENTOS

1. El 29 de mayo de 2007, el demandante interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN toda vez que la misma presuntamente atentaría contra sus derechos a la libertad de empresa, libertad de empresa e industria, libertad de trabajo y propiedad.
2. La demandante refiere que es una empresa dedicada a la explotación minera de hierro y otros recursos y que cuenta con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de Ica.
3. Asimismo, la demandante señala que mediante la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/NPN se aprueba la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, la cual en sus numerales N.º 2.2.3 y 2.2.3.1 del volumen A, decide cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la de la recurrente, basándose en que tanto éstas como los demás inmuebles de la demandante están dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediendo las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental. Esta ordenanza municipal vulneraría los derechos a la libertad de empresa e industria, así como el derecho a la propiedad, al trabajo, al debido proceso y a la defensa.
4. A fojas 639, obra la resolución del 45º Juzgado Civil de Lima, que declaró liminarmente improcedente la demanda, por considerar que existían otras vías para dirimir la cuestión, por lo que la vía del amparo no era la más adecuada en el presente caso.
5. La Municipalidad Provincial de Nazca solicita sean tomados en cuenta sus argumentos, y señaló que aprobó el Plan de Desarrollo Urbano en el marco de sus competencias y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades. Además refirió que la ordenanza municipal no tiene el carácter de norma autoaplicativa y su sola vigencia no atenta contra derecho alguno de la demandante, evidencia de lo cual sería el hecho de que la demanda es planteada transcurrido un año a partir de su vigencia.
6. La 3º Sala Civil de Lima confirmó la resolución apelada, por considerar que la amenaza a la que hace referencia la demandante no era inminente.
7. En su demanda, el demandante identifica como sus derechos vulnerados a la libertad de empresa e industria, a la propiedad, al trabajo y a la defensa. El hecho identificado como vulneratorio estaría determinado por la renuencia de la autoridad competente para la emisión del título de nacionalidad peruana.
8. El hecho identificado por la demandante como atentatorio de sus derechos constitucionales es la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN y, concretamente, el numeral 2.2.3 de la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016.
9. De esta manera, la cuestión controvertida en el presente proceso se centra en determinar si la decisión municipal expresada en la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN y, concretamente, en el numeral 2.2.3 de la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016 constituye una vulneración de los derechos de

la demandante, en tanto se refiere expresamente que “(...) siendo evidente la cercanía y – en algunos casos la superposición- del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana, el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación de los recursos metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras”.

10. Inicialmente, corresponde analizar si la demanda incurre en alguna causal de improcedencia. Tras ello, entraremos al fondo a analizar el caso específico.

a) Contenido constitucional protegido del derecho invocado y vía alternativa

11. La resolución del Juzgado de origen declaró la improcedencia de la demanda por considerar que:

“(...) de los argumentos expuestos en la incoada, se colige que no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; ergo, existen vías procedimentales igualmente satisfactorias para atender su pretensión, incurriéndose en causal de improcedencia.”

12. En este sentido, a criterio del Juzgado se incurre en las causales del artículo 5.º incisos 1) y 2) del Código Procesal Constitucional, criterio que considero que el Juzgado no ha fundamentado debidamente expresando las razones por las que se habrían configurado dichos supuestos en el caso.

b) Amenaza cierta e inminente

13. A fojas 716, obra la resolución de la Sala, a través de la cual se declaró la improcedencia de la demanda por considerar que:

“(...) no se advierte que la amenaza aparezca como tal menos que contenga en sí misma los presupuestos legales de certeza e inminencia que requiere el art. 2º del Código indicado, más aun si, como anota la parte accionante en su escrito de demanda (punto 8 de los fundamentos de hecho), en la ordenanza municipal cuestionada se establece que el ejercicio de los titulares de concesiones mineras en la cercanía del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana puede dar o dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras, de lo que resulta fácil advertir que es en ese posible proceso de cancelación en donde, en un futuro, se evaluará la eventual cancelación o no de las concesiones otorgadas a la accionante (...).”

14. En este sentido, la Sala declara la improcedencia de la demanda por considerar que la amenaza no reúne las características de ser cierta e inminente. Al respecto, es de señalar que en el punto 2.2.3.2 del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016 se establece que:

“La proximidad y, en su caso, superposición de las concesiones mineras con las zonas urbanas y de vocación urbana se viene dando en la realidad a pesar de la evidente incompatibilidad entre ambas, debido a que las áreas de concesión no están siendo explotadas por su titular mientras que esas mismas áreas vienen siendo paulatinamente ocupadas por la población de la ciudad de Marcona.

(...) la ley permite la cancelación de petitorios o concesiones cuando éstos se superponen con derechos considerados prioritarios; así lo establece el artículo 64º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

(...) De este modo, siendo evidente la cercanía y –en algunos casos la superposición- del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana, el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación de los recursos metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras”.

15. Conforme a lo anterior, la demandante cuestiona la decisión municipal de “*impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras*”, toda vez que dicha decisión supondría una amenaza a su derecho.
16. A través de la STC N.º 1032-2003-AA/TC este Tribunal ha establecido que: “*(...) para que la amenaza sea considerada cierta, debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, es decir, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro deber: real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es que debe percibirse de manera precisa; ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una violación concreta*”
17. Asimismo, con la STC N.º 5719-2005-AA/TC este Tribunal ha entendido que la amenaza cierta “*quiere decir posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo, es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación*”
18. Conforme a lo anterior, el anexo de la Ordenanza que actualiza el Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016, anexo de la Ordenanza N.º 0006-2007-A/MPN, constituye una amenaza de vulneración cierta e inminente a los derechos de la demandante. Ello, toda vez que la sola decisión de impulsar la cancelación de una concesión minera afecta los derechos de la demandante. Asimismo, supone una acción ineludible, en este sentido, somos de la opinión que el hecho considerado como atentatorio de sus derechos, esto es la decisión de impulsar la cancelación de la concesión, es de inminente realización, pues por sí mismo tiene la virtualidad de producir efectos en la esfera jurídica de la demandante.
19. Adicionalmente, consideramos que la sola decisión de impulsar la cancelación de la concesión minera de la demandante a través de la aprobación por parte de la demandada del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016, anexo de la Ordenanza N.º 0006-2007-A/MPN no es inocua. No podría considerarse como una pretensión válida de la entidad demandada, por el hecho de que a criterio de la entidad edilicia la referida concesión atenta contra derechos de los ciudadanos sometidos a su competencia o contra bienes municipales jurídicamente tutelables.
20. En este sentido la amenaza a la que hace referencia la demandante es inminente y cumple con el requisito referido en el artículo 2.º del Código Procesal Constitucional.

c) Ordenanza como norma autoaplicativa

21. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe referir si la ordenanza en cuestión constituye o no una norma autoaplicativa. Al respecto, el artículo 3º del Código Procesal Constitucional establece que:

“Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas

Quando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la

Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley."

22. Sobre el particular, la Ordenanza N.º 006-2007-A/MPN a través de la cual se actualiza el Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016, limita *per se* derechos de la demandante. Al calificar las zonas aledañas a aquella otorgada en concesión al demandante como área urbana, sienta las bases para iniciar un procedimiento cuya finalidad es cancelar la concesión otorgada al demandante al referir expresamente en el punto 2.2.3.2 del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016 lo siguiente:

"De este modo, siendo evidente la cercanía y –en algunos casos la superposición– del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana, el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación de los recursos metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras".

23. Con la expedición de la norma referida se produce un cambio en el estatus jurídico existente, que afecta derechos de la demandante, al someterla a reglas y límites que no existían antes de la emisión de la misma.

d) Incumplimiento de disposiciones

24. Mediante el artículo 2.5 de la Ley N.º 27015, que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana se estableció que:

"2.5 Cuando se proyecte un nuevo Plan de Desarrollo Urbano, el Concejo Provincial respectivo oficiará al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, para que éste informe de los derechos mineros existentes a la fecha en dichas áreas a efectos de ser respetados y considerados como tales dentro del Plan objeto del Proyecto de Desarrollo Urbano".

25. En el presente caso consta que la entidad demandada no ha cumplido con el procedimiento establecido en la referida norma. De igual manera, tampoco ha expuesto ni fundamentado razón técnica capaz de sustentar la modificación del Plan de Desarrollo Urbano en los términos en que se ha efectuado el mismo.

e) Expropiación indirecta

26. Adicionalmente, en el presente caso, cabe analizar si nos encontramos ante lo que en doctrina se conoce como expropiación indirecta.
27. La noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. A nivel de derecho internacional se ha empleado expresamente dicha noción en el reconocimiento del deber de protección del Perú frente a inversionistas extranjeros en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, reconociendo el derecho de dichos agentes a ser indemnizados si son expropiados regulatoriamente.
28. En el mismo sentido, conforme a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*United Nations Conference on Trade and Development* - UNCTAD) siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales ha clasificado a las expropiaciones (*takings*) en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en las *creeping expropriation* (aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo) y las expropiaciones regulatorias (aquellas donde la afectación al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal, en ejercicio de su poder de policía).
29. En Derecho Internacional, los criterios usualmente tomados en consideración por los tribunales internacionales para establecer que se ha violado la garantía contra la expropiación indirecta son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad, (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista, (iii) la duración de la medida adoptada, (iv) la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar y (v) la intención real del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta.^[1]
30. A nivel interno, entendemos por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquellas en donde la Administración Pública a través de uno sobre regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permiten extraerle un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.
31. A pesar que no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que la Constitución las tolere. Una interpretación constitucional válida nos lleva a que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas. Encontramos que las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en el artículo 70.^º[2], el artículo 2.^º, inciso 2[3], el artículo 63.^º[4], el artículo 71.^º[5] y el artículo 61.^º[6] de la Constitución.
32. En caso de aplicar los criterios previamente establecidos para la determinación de la afectación de las medidas regulatorias tenemos que en el presente caso: (i) existen legítimas expectativas del demandante orientadas a la explotación de la concesión reconocida y que existe una clara interferencia del disfrute de las facultades sobre el derecho de propiedad sobre la zona en conflicto, (ii) que la medida adoptada por el Estado impacta gravemente en

el interés del demandante al obstaculizar el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre la zona sobre la que se produce la interposición, (iii) que la duración en el tiempo de la medida (ordenanza) adoptada es indeterminada, (iv) que la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que la Administración Pública alega pretender alcanzar es claramente desproporcionada, (v) que a pesar que no existe evidencia documental que demuestre que la intención de la Administración Pública al implementar la medida violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta es afectar de manera directa al demandado, en la práctica se produce una afectación indirecta de su derecho de propiedad y debe considerarse que se ha incumplido con disposiciones expresas y que se ha incumplido con procedimientos administrativos con la ordenanza cuestionada, tal como se ha expuesto en los puntos precedentes. Lo que se logra con la medida es convertir zonas aledañas de la explotación minera en terrenos urbanos, con lo han quedado modificados los niveles permitidos de contaminación ambiental y se predispondrían los elementos para hacer incurrir a la demandante en supuestos de contaminación ambiental.

33. Conforme a lo anterior, tras haber revisado los criterios establecidos en el párrafo anterior y considerando que la ordenanza cuestionada es una norma jurídica emitida por un órgano de la Administración Pública por la que se obstaculiza constitucionalmente el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre un bien inmueble de un titular privado, al haber calificado parte del terreno otorgado en concesión a la empresa demandante como área urbana o de expansión urbana, nos encontraríamos ante una expropiación indirecta o expropiación regulatoria. Por tanto, cabe estimar la demanda de amparo de autos.

II. CONCLUSIÓN

Por los fundamentos expuestos, el suscrito es de la opinión que se declare FUNDADA la demanda de amparo de autos.

S.

LANDA ARROYO

[1] NEWCOMBE, Andrew. "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law". En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=703244 También BRUNETTI, Mauricio. Citado por: AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno. "La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras". En: Themis N° 50. Lima, 2005.

[2] "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

[3] "Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

[4] "La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas

proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

^[5] *“En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.*

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley”.

^[6] *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

EXP. N.º 01738-2008-PA/TC**UCAYALI****EMPRESA DE TRANSPORTES****LEÓN DE HUÁNUCO****S.A.C. Y OTRO****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Empresa de Transportes León de Huanuco S.A.C. y otro contra la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de agosto de 2007, Empresa de Transportes León de Huánuco S.A.C. y Transportes y Turismo N. B. S.A.C. interponen demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, con el objeto de que se deje sin efecto el Acta de Clausura de fecha 1 de agosto de 2007, respecto del establecimiento en el cual venían operando; por cuanto se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y al debido proceso.

Con fecha 27 de agosto de 2007, el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, aduciendo que el acto cuestionado puede ser impugnado en la vía administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 35º de la Ordenanza Municipal N.º 020-2006-MPCP. Asimismo, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, afirmando que la referida Acta de Clausura fue levantada al constatarse que el establecimiento no contaba con Licencia de Funcionamiento Municipal ni con Certificado de Defensa Civil.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de Coronel Portillo, mediante sentencia de fecha 31 de octubre de 2007, obrante a fojas 102, declaró infundada la demanda considerando que la emplazada actuó en el ejercicio de sus competencias, dando cumplimiento a las Ordenanzas N.º 003-2002-MPCP y 020-2006-MPCP.

La Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, mediante resolución de fecha 22 de enero de 2008, obrante a fojas 163, revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, en aplicación del artículo 38º del Código Procesal Constitucional, considerando que no se afectaron los derechos constitucionales invocados, toda vez que las empresas demandantes no contaban con licencia de funcionamiento ni con certificado de habilitación técnica.

FUNDAMENTOS

1. En el caso de autos, la controversia consiste en determinar si el Acta de Clausura de fecha 1 de agosto de 2007 constituye una lesión a los derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y al debido proceso invocados por la parte demandante; o si, por el contrario, resulta ser ejercicio legítimo de las atribuciones conferidas a la emplazada por la Ley Orgánica de Municipalidades.

2. Sobre la supuesta afectación a los derechos constitucionales a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, este Tribunal considera que para estimar la misma el ejercicio de tales derechos no debe haber excedido los límites que la Constitución les impone, habiendo respetado bienes de relevancia constitucional tales como la moral, la salud y la seguridad públicas (artículo 59°).

En lo que al caso de autos corresponde, la actividad de servicio de transporte de pasajeros y carga se encuentra íntimamente vinculada a la garantía de la seguridad pública, en resguardo de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad [artículo 2°, inciso 1), de la Constitución]. Al respecto, este Colegiado señaló [Cf. STC N.º 2581-2004-PA, fundamento 4] que “las municipalidades, en uso de sus funciones específicas, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o constituya peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o cuando infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil”.

3. En ese sentido, el Acta de Clausura de Establecimiento, de fecha 01 de agosto de 2007, viene a ser una medida de sanción impuesta por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, autoridad competente conforme a los artículos 78° y 81°, numeral 1.8, de la Ley Orgánica de Municipalidades, debido a la falta de licencia de funcionamiento y del certificado de Defensa Civil^[1]. Por tanto, las empresas recurrentes no han acreditado ante la autoridad municipal correspondiente que estén ejerciendo sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de trabajo con el debido respeto a la seguridad pública.
4. Si bien una de las empresas demandantes, Empresa de Transporte León de Huánuco S.A.C., sí contaba con licencia de funcionamiento, expedida el 27 de octubre de 1997 y con carácter definitivo, conforma consta en el certificado obrante a fojas 9; ello no quiere decir que la otra recurrente, Transportes y Turismo N.B. S.A.C., por haberse asociado a la primera, vía contrato de asociación en participación, ya no requiera de la licencia respectiva^[2]. Ello, atendiendo a las siguientes razones.

Primero, los efectos de un título habilitante para el ejercicio de una actividad económica como una licencia de funcionamiento, vía contrato asociativo no se hace extensivo a otra(s) persona(s) jurídica(s). Pues, las autorizaciones emitidas por las municipalidades son solamente a favor del titular de las mismas (artículo 3°, Ley N.º 28976, Ley Marco de Licencias de Funcionamiento).

Segundo, la actividad económica en cuestión, el servicio de transporte de pasajeros y carga, es un servicio público (artículo 73°, numeral 2.2, de la Ley Orgánica de Municipalidades) sobre el cual los gobiernos locales deben ejercer un especial rol supervisor. Así, los municipios están en la obligación de identificar plenamente a las empresas prestadoras de servicios públicos, a fin de poder realizar una efectiva labor de fiscalización y sanción. Por tanto, la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo actuó en ejercicio de sus atribuciones al sancionar a las recurrentes por cuanto, de conformidad con el artículo 16°, inciso c), de la Ordenanza Municipal N.º 003-2002-MPCP, corresponde disponer la clausura del establecimiento cuando se constate que este es conducido por persona natural y/o jurídica distinta a la del titular de la licencia de funcionamiento.

5. Por otra parte, en cuanto a la supuesta afectación al derecho al debido proceso en sede administrativa, este Tribunal tampoco considera que este extremo de la demanda deba estimarse. Toda vez que las municipalidades, en el ejercicio de su labor supervisora de los servicios públicos locales (artículo 195°, inciso 8, de la Constitución, y artículo 73°, numeral 2.2, de la Ley Orgánica de Municipalidades), se encuentran facultadas a inspeccionar que las empresas prestadoras de los mismos cumplan con sus obligaciones. Dichas inspecciones para ser efectivas pueden ser realizadas por medio de operativos inopinados, siendo que el fiscalizador y/o Policía Municipal está facultado para imponer la sanción respectiva cuando se constate la comisión de una infracción, que por su propia naturaleza sea de imposible regularización (artículo 22°, Ordenanza Municipal N.º 020-2006-MPCP, por medio de la cual se aprueba el Nuevo Régimen de Aplicación y Sanciones).

6. En el caso de autos, la infracción en cuestión; abrir un establecimiento sin contar con la respectiva licencia de apertura de establecimiento no resulta subsanable (Cuadro de Infracciones y Sanciones Administrativas de la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, Código 2119), por lo que corresponde la imposición de la sanción respectiva de conformidad con el artículo 22° de la Ordenanza Municipal N.° 020-2006-MPCP. En consecuencia, no se ha vulnerado el derecho al debido proceso en sede administrativa de las recurrentes en tanto se les ha sancionado por una infracción establecida en una ordenanza municipal y siguiendo el procedimiento establecido en la misma para su aplicación.
7. Finalmente, a entender de este Colegiado, las demandantes debían de haber solicitado una nueva licencia de funcionamiento, según lo estipulado en el artículo 14° de la Ordenanza Municipal N.° 003-2002-MPCP, que regula lo referido a la obtención de licencias de apertura de establecimientos comerciales, en el caso de cambio de razón social por fusión, absorción u otra causal. Por ello, al no haberse procedido de esta manera, la Municipalidad demandada actuó conforme a las atribuciones que la Constitución y las leyes en la materia le otorgan, y en resguardo del interés público de su comunidad; en consecuencia, la presente demanda deviene en infundada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

^[1] Constatada mediante el Informe N.° 342-2007-MPCP-GDP-SGC, de fecha 21 de agosto de 2007, obrante a fojas 40, y el Informe N.° 287-2007, de fecha 01 de agosto de 2007, obrante a fojas 41.

^[2] La cláusula décimo tercera del contrato de asociación en participación, obrante a fojas 16 a 18, señala que Transportes y Turismo N.B. S.A.C., es la empresa que no cuenta con licencia de funcionamiento, por tanto se le encarga la administración del local, en su calidad de parte asociada

EXP. N.º 03889-2008-PA/TC**LIMA****LUIS NICOLÁS****LA GRUTA ROCCA****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 16 días del mes de diciembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Nicolás La Grutta Rocca contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 129, su fecha 10 de junio de 2008, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de mayo de 2007 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar, a fin de que se declare la inaplicabilidad de la Ordenanza Municipal N.º 237-MDMM, publicada el 01 de diciembre de 2005, y, en consecuencia se le reponga en el ejercicio de sus derechos constitucionales al libre tránsito, a la libertad de trabajo, a la libertad de contratar y a la libertad de empresa.

Como fundamento manifiesta que la emplazada se constituyó en su domicilio el día 21 de marzo de 2007 y que en aplicación de la ordenanza impugnada, procedió a clausurar el local del recurrente por no contar con licencia de funcionamiento, sin mediar procedimiento administrativo alguno. Además sostiene que la ordenanza impugnada no le es aplicable por cuanto no ostenta la titularidad de ningún tipo de negocio ni de establecimiento comercial, habiendo actuado en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad al haber arrendado determinados espacios físicos al interior de su inmueble, conforme se acredita por contratos de alquiler.

Con fecha 06 de julio de 2007 el Procurador Público Municipal de la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar contesta la demanda contradiciéndola y negándola en todos sus extremos. Sostiene que la misma es improcedente respecto de la supuesta vulneración del derecho al libre tránsito, por cuanto dicho derecho es protegido mediante el proceso constitucional de hábeas corpus; y, de otro lado, que la medida de clausura del local cuestionada por el demandante se encuentra justificada en que dicho local venía siendo usado para el estacionamiento de vehículos sin contar con la respectiva licencia de funcionamiento, de conformidad con la Resolución N.º 182-95-SMDU/MLM.

El Cuadragésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 30 de octubre de 2007, obrante a fojas 65, declaró infundada la demanda, considerando que el demandante carecía de licencia de funcionamiento ni había gestionado su otorgamiento.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 10 de junio de 2008, obrante a fojas 129, confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que se deje sin efecto la clausura del local de propiedad del demandante, en aplicación de la Ordenanza N.º 237-MDMM, en cuyo artículo 1º se autoriza a la Gerencia de Control y Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar a disponer el cierre inmediato, sin mayor trámite y por la mera constatación de los hechos, de aquellos locales en los cuales se esté desarrollando una actividad económica sin la respectiva licencia de funcionamiento.
2. Asimismo cabe precisar que en aplicación del artículo 46º, inciso 1), del Código Procesal Constitucional, no resulta exigible el agotamiento de las vías previas en el presente caso por cuanto la medida impugnada, la clausura del local, cuya nulidad se solicita fue ejecutada inmediateamente. De tal forma que corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto

Análisis de la controversia

3. En el caso de autos este Tribunal observa que al pretenderse la nulidad de la medida de clausura dispuesta por la Municipalidad emplazada, el demandante está reclamando la afectación de sus derechos constitucionales al libre tránsito, a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratar, consagrados en el artículo 2º, incisos 11), 14) y 15), así como en los artículos 58º y 59º de la Constitución
4. En lo que respecta a la supuesta afectación del derecho al libre tránsito, dado que este derecho resulta tutelado a través de la acción de hábeas corpus [artículo 25º, inciso 6), del Código Procesal Constitucional], no corresponde a este Colegiado emitir pronunciamiento en esta vía, dejando a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer con arreglo a ley
5. De otro lado, las libertades económicas, tales como la libertad de empresa, la libertad de trabajo y la libertad de contratar, no son derechos fundamentales de naturaleza absoluta sino relativa. En consecuencia, pueden ser limitados a fin de ser armonizados con los otros derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional, tales como la moral, la salud y la seguridad públicas (artículo 59º de la Constitución).
6. Sostiene el demandante que no se encontraba obligado a obtener licencia de funcionamiento en tanto su inmueble no constituye ningún tipo de negocio o establecimiento comercial, habiéndose limitado únicamente a alquilar espacios de dicho predio en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad.

Al respecto, conforme a la Partida Registral del inmueble expedida por Registros Públicos (fojas 3), asiento duodécimo se precisa “que el propietario ha confeccionado el reglamento interno que regula las unidades a independizarse, destinándose los garajes a estacionamientos”. De ello se deriva que dicho inmueble venía siendo empleado como playa de estacionamiento de vehículos, lo cual sin duda constituye una actividad de comercio.

7. Asimismo del propio dicho del demandante (escrito de demanda, fojas 17) queda acreditado ante este Colegiado que no cuenta con la respectiva autorización municipal de funcionamiento para desarrollar actividad lucrativa – arriendo de espacios para estacionamiento de vehículos.

Si bien es cierto que toda persona tiene derecho a contratar libremente, según dispone el artículo 2º, inciso 15), de la Constitución, no lo es menos que este derecho no es absoluto, pues esta sujeto al cumplimiento de ciertas exigencias legales y administrativas dispuestas, en este caso, por los municipios. Por tanto, antes de proceder a contratar con terceras personas a fin de desarrollar la actividad económica que estime pertinente, el demandante en su calidad de persona natural que desarrolla una actividad de comercio, se encontraba obligado a cumplir con todos los requisitos legales, dentro de los cuales se encuentran, primero la verificación que la zonificación lo permita, y segundo, la obtención de la licencia de funcionamiento correspondiente (artículo 4º de la Ley N.º 28976, Marco de Licencia de Funcionamiento).

8. En el mismo sentido la Municipalidad Distrital de Magdalena, en calidad de órgano de gobierno local, tiene por competencia el otorgamiento de las autorizaciones, licencias y derechos sobre los establecimientos comerciales ubicados dentro de su ámbito territorial, a fin de asegurar que el desarrollo de tales actividades económicas esté en armonía con el interés público [artículo 192º, inciso 4), de la Constitución, y el artículo 79º inciso 3.6.4 de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades].

9. Por lo tanto, en el caso de autos, este Tribunal concluye en que la emplazada no incurrió en afectación alguna a los derechos constitucionales del demandante. Siendo que la medida de clausura sobre el local de su propiedad fue adoptada como consecuencia de haberse detectado que éste no contaba con la licencia de funcionamiento (Notificación de Infracción, fojas 2); y, al amparo de una norma de rango legal, la Ordenanza Municipal N.º 237-MDMM, que no hace sino establecer las medidas pertinentes ante el incumplimiento de uno de los requisitos fundamentales para el ejercicio legítimo de las actividades económicas invocadas, la licencia de funcionamiento. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada por no verificarse las presuntas afectaciones invocadas.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la supuesta afectación del derecho al libre tránsito.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC**LA LIBERTAD****FLOR DE MARÍA****IBÁÑEZ SALVADOR****RAZÓN DE RELATORÍA**

El caso de autos se ha resuelto a la luz de la Resolución Administrativa N.º 028-2011-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece que el Presidente del Tribunal Constitucional tiene el voto decisorio en los casos que se produzca empate en la votación de causas vistas por el Pleno.

En efecto, en el caso se ha producido un empate entre la posición que declara **FUNDADA** la demanda (tres votos); y la posición que declara **IMPROCEDENTE** la demanda (tres votos). Estando a que la primera posición cuenta con el voto del Presidente del Tribunal Constitucional, es ésta la que se constituye en sentencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de abril de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega; el voto singular del magistrado Beaumont Callirgos, que se anexa; y el voto singular en el que confluyen los magistrados Calle Hayen y Urviola Hani, que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor de María Ibáñez Salvador, contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 142-144, de fecha 17 de septiembre de 2008, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, con el objeto de que se declare nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, y que especifica como:

- a) La aprobación de la Adenda N° 1,
- b) La aprobación de la reducción del capital social a 0,
- c) La aprobación del aumento del capital social por capitalización de créditos con invitación únicamente a los acreedores de clase C),
- d) La aprobación de la capitalización de créditos de las empresas Cartavio S.A. y FODINSA y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación.

Solicita la anulación de dichos acuerdos en el entendido que estos vulneran sus derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la propiedad, al debido proceso corporativo particular y a la interdicción a la arbitrariedad. Como corolario de todo ello, la demandante solicita la restitución plena de su derecho sobre la propiedad de las acciones que poseía en la empresa

demandada Chiquitoy S.A. y, por tanto, el restablecimiento de su calidad de accionista de la mencionada empresa, con todos los derechos y obligaciones que ello implica.

Sustenta su petitorio afirmando que en Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, merced a un proceso “irregular”, el cual estuvo constituido básicamente por la configuración (inclusión de una cláusula que exigía el pago en efectivo del total de las acciones suscritas) o ausencia de configuración (falta de publicidad del procedimiento aplicable) de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones, así como por la arbitrariedad manifestada en el desarrollo mismo de la junta (a través de la no existencia del momento de invitación a los accionistas para el ejercicio del derecho de suscripción), se vio privada de ejercer el mencionado derecho, ocasionando ello, no sólo una pérdida de su proporción accionaria y con ello de sus derechos políticos como accionista, sino, una pérdida total de la titularidad de las acciones que poseía en la empresa concursada Chiquitoy S.A., dado que en la misma Asamblea, las empresas demandadas FODINSA y Cartavio S.A.C. decidieron reducir el capital social a 0 y luego aumentarlo, pero sólo con la capitalización de créditos correspondientes a la clase C, es decir sólo con la clase de créditos que a estas empresas les correspondía.

Afirma la demandante que si bien el derecho de suscripción preferente no es un derecho recogido en la Constitución, su negación absoluta a través de un procedimiento corporativo a todas luces irregular, en el caso concreto, ha generado la imposibilidad de defender la propiedad de sus acciones, vulnerando con ello el contenido esencial de este derecho, así como el derecho a la libre iniciativa privada, el derecho a la interdicción a la arbitrariedad y el derecho al debido proceso corporativo particular.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declara improcedente liminarmente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía para atender la resolución de la controversia planteada por la demandante, por cuanto en el caso sub-litis existía una vía procesal específica igualmente satisfactoria, regulada en el artículo 132 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. Considera además la Sala que, de acuerdo al carácter residual del amparo, este proceso constitucional sólo procede una vez agotados todos los recursos que la ley franquea, lo cual no se observa en el presente caso, pues la demandante reconoce la existencia de un procedimiento jurisdiccional que podría haber planteado antes de incoar el amparo, pero que no lo ha hecho por razones eminentemente personales. Sostiene, en todo caso, que de no ser el procedimiento administrativo ante INDECOPI el que cuestiona (lo cual merecería la interposición del proceso contencioso-administrativo), sino los acuerdos de la Junta de Acreedores, el plazo para interponer la demanda habría transcurrido en exceso, pues desde la realización de la mencionada Junta hasta la interposición de la demanda han transcurrido más de 60 días.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República confirma el auto de improcedencia de la demanda, manifestando que en el presente caso, dado que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., la vía procedimental específica es el proceso contencioso administrativo, la cual se adecua mejor a la presente causa, máxime si en el presente caso las afirmaciones de la demandante requieren de una estación probatoria que el mencionado proceso aporta, contrariamente a lo que sucede con el amparo que carece de ella.

FUNDAMENTOS

§1. Planteamiento del caso

1. La recurrente plantea demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. (“FODINSA”), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad – y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, solicitando la anulación de los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, en concreto los siguientes:

- a) La aprobación de la Adenda N° 1,
- b) La aprobación de la reducción del capital social a 0 (cero),
- c) La aprobación del aumento del capital social por capitalización de créditos con invitación únicamente a los acreedores de clase C),
- d) La aprobación de la capitalización de créditos de las empresas Cartavio S.A. y FODINSA y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación.

Fundamenta su pedido indicando que en Junta de Acreedores, de modo arbitrario y a través de un procedimiento irregular, se aprobó la Adenda N° 1, por medio de la cual se acordó la reducción a 0 (cero) del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A., y si bien en la misma Adenda se recogió el derecho de suscripción preferente de los accionistas, no sólo se establecieron cláusulas irrazonables que impedían el ejercicio del mencionado derecho, sino que no se dieron las condiciones mínimas para la suscripción de las acciones por parte de los accionistas.

Así, de la lectura de la demanda se verifica que la cláusula que se alega como arbitraria y destinada a impedir el ejercicio del derecho de suscripción preferente es aquella contenida en el numeral 3.2., parágrafo b. de la Adenda N° 1, según la cual, el pago de las acciones suscritas deberá hacerse en efectivo en el mismo momento de la Junta.

Por otro lado, en la demanda se arguye que no se respetaron las condiciones mínimas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, establecidas en la Ley General de Sociedades, en los artículos 207, 208 y 209, consistentes básicamente en el conocimiento que deben tener los accionistas de los montos dinerarios que se requieren para el pago de la suscripción accionaria, situación que por otro lado no se produjo porque en ningún momento –según se desprende de la demanda- se realizó el cálculo de dichos montos. Del mismo modo, tampoco se reguló el momento de ejercicio de la suscripción preferente, ni menos se tomó en cuenta el procedimiento de dos ruedas establecido en el artículo 208 de la Ley General de Sociedades. Finalmente, tampoco se emitieron los certificados de suscripción preferente, los mismos que permiten no sólo el conocimiento de todos los datos necesarios para la suscripción (principio de publicidad), sino que son los que posibilitan la transferencia por parte de los accionistas de sus acciones y de su derecho de suscripción preferente, en el caso que los mismos se vean imposibilitados de suscribir las nuevas acciones.

Por último, la recurrente afirma que en el mismo desarrollo de la Junta, en ningún momento se invitó a los accionistas a suscribir acciones, en mérito al derecho preferente que poseían, y ello pese a que el Presidente de la Junta conocía de su presencia en la mencionada Junta.

En el presente caso, además, la ausencia de las condiciones legales requeridas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente -como puede observarse de lo planteado por la parte demandante- se presentó en una hipótesis de especial gravedad para los derechos de los accionistas: la reducción del capital social de la empresa concursada a 0 (cero) y el posterior aumento de capital social por capitalización de créditos. Quiere ello decir que de no poder ejercerse la suscripción de acciones, los accionistas perderían todas las acciones que poseían y, por ende, la propia calidad de accionista. Esta situación es la que finalmente se produjo en el caso sub-litis, donde todos los accionistas fueron licuados por la operación societaria aprobada en la Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006.

2. Este Tribunal Constitucional observa que en el caso *sub examine*, al margen de las supuestas arbitrariedades e irregularidades presentadas en el procedimiento de suscripción preferente de acciones alegadas por la parte demandante y que deberán ser examinadas a la luz del principio de interdicción a la arbitrariedad y el debido proceso corporativo privado, existe una especial situación de intervención gravosa en los derechos fundamentales alegados y que requiere efectuar un análisis que vaya mucho más allá de una evaluación del cumplimiento de requisitos “legales” para la reducción y el aumento del capital social y el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Considera, por el contrario, que ante la presencia de una operación societaria que puede implicar la “desaparición” de los accionistas de una empresa, es necesario efectuar un análisis desde la Constitución sobre

la validez y legitimidad de una operación societaria de este tipo. Más aún si esta operación, que la doctrina y práctica societaria conoce como “operación acordeón” (es decir, reducción a 0 –cero- y aumento automático del capital social), no se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades y puede afectar gravemente los derechos de los accionistas a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada.

En este contexto, a efectos de resolver la presente controversia constitucional y determinar la legitimidad constitucional de la “operación acordeón”, es necesario resolver los siguientes puntos controvertidos:

1. En primer lugar, desde un punto de vista procesal es necesario identificar como funcionan en el presente caso las causales de improcedencia establecidas en los incisos 1 y 2 del artículo 5 del C.P.Const. En este contexto, será necesario determinar si en el presente caso están en juego derechos de sustento constitucional directo, identificables *prima facie* y que permitan ingresar a discutir el fondo del asunto. Además es necesario determinar si el proceso de amparo es la vía para resolver la presente controversia, teniendo en cuenta el carácter residual de este proceso. En este segundo punto será necesario establecer si a pesar de la existencia de una vía procesal específica como el proceso contencioso administrativo para la discusión de la presente litis, el amparo puede escogerse como una vía de mayor satisfacción.
2. En segundo lugar, es necesario precisar la eficacia de los derechos fundamentales en una relación entre privados. En este contexto, se presenta de especial relevancia el análisis de situaciones de indefensión, sobre todo en el marco de sociedades comerciales, donde confluyen poderes económicos fuertes que pueden imponer su voluntad frente a los accionistas minoritarios.
3. En tercer lugar, es preciso definir los alcances de nuestro modelo económico ius-fundamental y de los derechos a la propiedad y la libre iniciativa privada recogidos en nuestra Constitución Económica, como presupuesto para poder ingresar a examinar su afectación en el presente caso.
4. En seguida, entrando al fondo del asunto, será necesario establecer los lineamientos del derecho de suscripción preferente establecidos en la Ley General de Sociedades, su finalidad y su relevancia constitucional. En concreto, será preciso determinar si forma parte del derecho de propiedad de los accionistas, es decir si es constitucionalmente necesario el ejercicio del derecho de suscripción preferente o si, por el contrario, es sólo una opción legislativa de tratamiento del estatuto de los accionistas en una sociedad anónima, es decir si ingresa en el terreno sólo de lo constitucionalmente posible.
5. Luego, es preciso establecer la legitimidad constitucional de la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) y el posterior aumento del capital social. En este sentido, será preciso cotejar el valor que tiene la continuidad de una empresa en nuestro modelo económico constitucional y la incidencia de una operación de este tipo (“operación acordeón”) en los derechos fundamentales del accionista a la propiedad, a la libre iniciativa privada e incluso el derecho de asociación. Así:
 - ¿Puede admitirse una medida de este tipo, aun cuando afecte estos derechos ius-fundamentales? ¿Cuál es su justificación constitucional? ¿En todo caso, en qué circunstancias es permisible su adopción? ¿Bajo qué condiciones?
 - ¿Cómo se afecta en este caso el derecho de propiedad de los accionistas? ¿Su ejercicio en todo caso es absoluto? ¿Puede limitarse? ¿Bajo qué condiciones constitucionales?
 - ¿Qué rol juega en este supuesto el derecho de suscripción preferente?
 - ¿No se afecta el derecho de asociación en conexidad con el derecho a la libre iniciativa privada si se toma el acuerdo de reducción del capital social a 0 (cero) sólo por una mayoría accionarial, sin el asentimiento del accionista afectado? ¿No se vería éste excluido de la sociedad por una decisión que no comparte? ¿Puede aun bajo esta circunstancia permitirse la adopción de la operación “acordeón”? ¿Qué condición mínima debe suponer, en todo caso, dicha adopción?

6. Por último se analizará si en el caso concreto se han afectado los derechos a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada, de acuerdo a las determinaciones previamente efectuadas, en contraste con las “irregularidades” planteadas por la recurrente justiciable. En el análisis de los hechos será necesario contrastar también si estos han incidido en el núcleo constitucional de los derechos al debido proceso corporativo particular y la interdicción a la arbitrariedad, como derechos que garantizan el correcto desempeño de cualquier procedimiento donde se discutan derechos, incluidos los procesos corporativos privados.

§2. Cuestiones procesales

3. En el presente caso, aun cuando la improcedencia dispuesta por las dos instancias previas haya sido efectuada en mérito a la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., la primera cuestión procesal que toca dilucidar es la referente a la existencia de derechos de sustento constitucional directo en la controversia planteada por la parte demandante. En este contexto, dada la aparente complejidad sustancial de la presente causa, será necesario en primer lugar, dilucidar, desde la exigencia establecida en el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., la procedencia o no de la pretensión planteada.
4. Y es que, tal como ha sido presentada la argumentación postulatoria, el caso sub-litis plantea una primera duda: si el derecho de suscripción preferente de acciones, cuya afectación se alega en el presente caso, puede inscribirse como un contenido fundamental protegido por nuestra Constitución y, por tanto, ser susceptible de tutela a través del proceso de amparo. *Prima facie*, desde una concepción puramente formal de los derechos fundamentales, la duda se despejaría en sentido negativo, es decir, podría afirmarse que el derecho de suscripción preferente no tiene el atributo de fundamental pues no se encuentra inscrito en el catálogo expreso de derechos fundamentales que nuestra Constitución recoge. En esta perspectiva, atendiendo a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., la presente demanda debería declararse improcedente, confirmando, aunque por otra causa, el auto emitido por las instancias inferiores.
5. Sin embargo, la controversia presenta otras complejidades, apuntadas también en el escrito de postulación del presente proceso y reseñadas en los antecedentes de la presente sentencia. Así, el referido derecho de suscripción preferente ha sido presentado como un medio necesario e indispensable para la protección de la titularidad de las acciones de la demandante, esto es, de su derecho de propiedad sobre ellas y, por ende, de su condición de accionista, en el contexto de un supuesto de reducción del capital social a 0 (cero). Como ha sostenido la demandante, “en el presente caso (...) el derecho de suscripción preferente guarda un grado de relación y vinculación tal con el derecho a la propiedad de las acciones, que éste se vacía de contenido sin aquél” (fojas 362 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Al mismo tiempo, los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores habrían sido tomados vulnerando otros derechos fundamentales de la demandante como son el debido proceso corporativo particular y la interdicción a la arbitrariedad.

En este contexto, el caso plantea un problema de determinación del contenido ius-fundamental vulnerado. Dicha determinación, plantea, además, la ubicación que el derecho de suscripción preferente tiene respecto al contenido constitucional del derecho a la propiedad y de los derechos a la asociación y libre iniciativa privada; o la incidencia que la vulneración del derecho de suscripción preferente puede tener respecto a estos derechos ius-fundamentales, en el supuesto de la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero). El caso plantea pues, en último término, el modo de determinación del contenido de un derecho fundamental y de vulneración del mismo, si es que dicha determinación puede ser realizada en abstracto, es decir desde la sola consideración de las normas de derecho fundamental, o si por el contrario, cabe también una determinación efectuada en atención a las circunstancias del caso concreto, es decir a través de la relación específica de las normas de derecho fundamental con los hechos de la situación constitucional planteada.

6. El problema de determinación ius-fundamental de la relación enunciada y, por tanto, la dilucidación de la naturaleza legal o constitucional de la presente controversia jurídica, sin embargo, no puede tener tantos alcances en la fase de admisión del proceso constitucional. Como veremos en seguida, la determinación del carácter constitucional de la pretensión intentada, esto es, la presencia de un contenido constitucional directamente afectado en un caso de compleja naturaleza como el presente, sólo puede realizarse a la luz del examen completo de los derechos fundamentales en cuestión y de las circunstancias gravosas que los afectan. Por ello, aun cuando esta situación no ha sido materia de pronunciamiento en las dos instancias previas, ni opuesta por las entidades emplazadas, consideramos necesario iniciar el análisis del presente caso con la forma cómo opera la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const. en un “caso difícil” como el presente.

2.1. La determinación del derecho de sustento constitucional directo y de su contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia en el presente caso. Su examen a la luz de la distinta estructura de los derechos fundamentales y de los elementos fácticos del caso controvertido

7. En primer lugar, es necesario plantearse si la exigencia de determinación de la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y de la afectación de su contenido constitucional como causal de procedencia es la misma que para la resolución final del fondo del asunto. Quiere ello decir que si en la etapa de admisión de la demanda es necesario realizar un examen *determinante* de la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y de la afectación de su contenido constitucional o si, por el contrario, dicho análisis debe quedar reservado para un examen más amplio realizado luego de transcurrido todo el iter del proceso constitucional. Esta cuestión puede merecer, según la naturaleza del caso planteado y en atención a la particular estructura de los derechos fundamentales, dos respuestas diferentes.
8. En efecto, si nos encontramos ante una controversia donde el encuadramiento de la hipótesis fáctica dentro de la referencia semántica de la norma ius-fundamental puede realizarse *ab initio* y sin mayores vacilaciones, la calificación de la procedencia de la demanda, en referencia a lo establecido en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., puede realizarse sólo en la etapa de admisión. Nos encontramos aquí, pues, con la determinación de procedibilidad de la demanda ante lo que la dogmática de los derechos fundamentales conoce como un “caso fácil”.

En la determinación de procedibilidad de la demanda, en atención a la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y la afectación de su contenido constitucional, también es necesario considerar la jurisprudencia previamente emitida por el Tribunal Constitucional. Y es que si este Colegiado ya ha emitido jurisprudencia sobre el ámbito de contenido constitucional de un derecho fundamental y el ámbito que se encuentra excluido de él, la labor del juez, en la determinación de la existencia de un problema constitucional en el caso en cuestión se hará más sencilla. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que las diversas circunstancias de un caso pueden introducir nuevos elementos de discusión no presentes en la doctrina jurisprudencial establecida por el Colegiado Constitucional; por lo que el juez constitucional tampoco podrá rechazar *de plano* una demanda de amparo cuando aprecie la existencia de estos nuevos elementos.

9. Por el contrario, si nos hallamos ante un “caso difícil”, definido como aquel en el cual, por causa de la indeterminación normativa de la disposición de derecho fundamental aplicable, no aparece claro *a priori* si el acto que se controla es compatible o incompatible con la norma de derecho fundamental relevante, la admisión de la demanda de amparo no podrá someterse a la exigencia de determinación final o definitiva de la concreción normativa fundamental. Dicha determinación corresponde, más bien, a la etapa decisoria final, luego de examinadas a profundidad las razones a favor y en contra de la determinación del contenido ius-fundamental en uno u otro sentido.
10. Desde una perspectiva analítica, y teniendo en consideración la distinta estructura que pueden presentar los derechos fundamentales y los conflictos que pueden suscitarse entre

ellos o entre éstos y otros bienes constitucionales, este Tribunal considera que al momento de determinar la procedencia de la demanda de amparo, en la fase de admisión, en mérito a la causal establecida en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., es necesario tener en cuenta los siguientes supuestos:

- a) Si el supuesto de hecho alegado no ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser declarada improcedente.
- b) Si, por el contrario, el supuesto de hecho alegado ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser admitida a trámite.
- c) De otro lado, si el supuesto de hecho alegado ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede no llegar a estarlo luego de efectuarse un procedimiento de ponderación, la demanda debe ser admitida.
- d) Finalmente, si el supuesto de hecho alegado no ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede llegar a estarlo luego de efectuarse el procedimiento de ponderación, la demanda igualmente debe ser admitida.

Es decir, sólo cuando, en términos del artículo 47 del C.P.Const., el juez observe la no inclusión *manifiesta* de un supuesto de hecho en el contenido constitucional de un derecho fundamental, podrá declarar improcedente *in limine* la demanda, sin ingresar a discutir el fondo del asunto.

11. En el presente caso, de la lectura de la demanda se desprende que si bien se alega que el acto lesivo ha consistido en el impedimento del ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones, derecho que, como ya dijimos, no estaría encuadrado dentro del catálogo de derechos fundamentales recogidos en la Constitución, de la misma lectura también se concluye que el mencionado impedimento tendría una conexión directa, dada la reducción del capital social a 0 (cero) de la empresa concursada, con el derecho a la propiedad y el derecho a la libre iniciativa privada conectado con el derecho de asociación. No se trataría, entonces, de verificar alguna cuestión relacionada con el ejercicio del derecho de suscripción preferente como derecho patrimonial –esto es de problemas del *quántum* de la suscripción o de la transferencia del mismo–, sino que lo que estaría en juego en el presente caso es el mismo derecho a la propiedad y a la libre iniciativa privada y asociación, pues ante la reducción del capital social a 0 y la imposibilidad de suscribir acciones por parte de los accionistas, en el respectivo aumento de capital, la recurrente, así como los demás accionistas, vieron licuadas sus acciones, perdiendo en el acto su calidad de accionistas.

De este modo, si bien inicialmente la propiedad de las acciones y el valor que las mismas tienen o su representación como derechos políticos al interior de la sociedad, están sujetos a los vaivenes de la vida empresarial, donde el capital y el interés lucrativo de la sociedad son los que determinan los frutos de la propiedad accionaria, también es cierto que la sociedad comercial no puede pasar, de cualquier modo, por encima de los derechos individuales de los socios que la componen. En este contexto, este Tribunal considera que en el presente caso, si bien *prima facie* el derecho de suscripción preferente y las demás garantías establecidas por la ley para el aumento o reducción del capital social no pertenecen al contenido constitucional del derecho a la propiedad o libre iniciativa privada o asociación, ante circunstancias como la reducción del capital social a 0 y la pérdida total de las acciones y de la calidad de accionista, sí se presentan razones para encuadrar estas garantías dentro del contenido constitucional de los derechos invocados por la recurrente justiciable.

Entonces la dificultad del caso radica en determinar la relación existente entre el derecho a la propiedad de las acciones y la libre iniciativa privada y asociación en el marco de un régimen societario o concursal y el derecho a la suscripción preferente como derecho de garantía del mismo, en la hipótesis de reducción a 0 (cero) del capital social. Esto es, la inclusión de dicho derecho de suscripción preferente en el ámbito ius-fundamental de los derechos invocados, en el caso concreto. Como dicha inclusión no puede

determinarse *prima facie*, sino después de un examen relacional y fáctico de los derechos en juego; en el presente caso, para la determinación de la procedencia del amparo, de acuerdo a la exigencia establecida en el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., bastará con la verificación de un contenido inicial de los referidos derechos, como es en el presente caso el derecho a disponer de la propiedad sin interferencia estatal o de terceros y el derecho a pertenecer a una sociedad cualquiera ejerciendo a través de ella una actividad económica. Como ya se dijo, dicha vulneración ha sido alegada en el presente caso, pues, al haberse seguido un procedimiento irregular que habría impedido el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la accionista recurrente, luego de la reducción del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A. a 0 (cero) y el posterior aumento del mismo, los derechos a la propiedad y la libre iniciativa privada y asociación, en estas dimensiones reconocibles *prima facie*, estarían en discusión en la presente causa.

2.2. La existencia de una vía procesal específica igualmente satisfactoria como causal de improcedencia en el presente caso. Su interpretación desde la dimensión objetiva del proceso de amparo

12. Un aspecto que, a través de una cada vez más consolidada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha considerado trascendente a la hora de admitir a discusión y debate una controversia, es el tema de la función o dimensión objetiva de los procesos constitucionales (STC 4587-2004-AA/TC, caso Santiago Martín Rivas, en cuyo fundamento jurídico 19 se sostiene que: “Finalmente, y no en menor medida, el rechazo liminar de la demanda tampoco ha impedido que este Tribunal, después de percatarse que los derechos de las partes hayan quedado salvados, expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la *controversia era de notoria trascendencia nacional* y, por tanto, de *alcances que trascendían al caso concreto*”. STC 6204-2006-PHC/TC, caso Chávez Sibina, donde en los fundamentos jurídicos 5 y 6 el TC afirmó que “Este criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional [la improcedencia del hábeas corpus contra actos del Ministerio Público], no obstante, debe ser aplicado considerando, permanentemente, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, atendiendo a la tutela del principio de supremacía jurídica de la Constitución y a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; además de las *circunstancias objetivas* que rodean la controversia a resolver. En tal sentido, si bien en el presente caso no se configura una afectación concreta a la libertad personal del recurrente, el Tribunal Constitucional estima pertinente ingresar a resolver el fondo de la controversia planteada por dos razones esenciales. En primer lugar, en atención al tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual “(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, y del principio de economía procesal; en segundo lugar, por la *relevancia jurídica de la pretensión propuesta* por el demandante que está relacionada con el control constitucional de los actos de investigación prejurisdiccional del Ministerio Público; *vacío legal que le corresponde definir al Tribunal Constitucional*, a efectos de dilucidar la tutela o no del derecho que invoca el recurrente, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales”). En efecto, esta dimensión del proceso constitucional, sin anular la dimensión subjetiva tutelar de un proceso de *la jurisdicción constitucional de la libertad*, incorpora una concepción que difiere en grado sumo de la concepción clásica del proceso acuñada por la Teoría General del Proceso.

Como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de precisar, el Derecho Procesal Constitucional asume, por la especial finalidad que ostenta, unos rasgos o características diferenciadas del Derecho Procesal General. Así, el Derecho Procesal Constitucional, como *derecho constitucional concretizado* o bajo la *concepción instrumental* que le otorga la moderna doctrina procesal, propugna, en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, la configuración especial de determinadas instituciones procesales y la apertura del proceso hacia nuevos cauces. En esta línea de razonamiento, uno de los aportes más significativos que esta rama procesal ha incorporado al ordenamiento jurídico es la posibilidad de ponderar el proceso más allá de su estricto rol de solución pacífica de conflictos inter-partes, aunando a su objeto la necesaria estabilización del ordenamiento jurídico a través de la actividad interpretativa. En este contexto, el proceso no sólo cumple su finalidad en la resolución de los intereses subjetivos

planteados al interior del proceso, sino que extiende su *telos* a la ordenación y pacificación de un conflicto derivado de la ausencia o deficiencia de regulación jurídica concreta.

Un caso paradigmático de la función objetiva del proceso constitucional es el regulado en el artículo 1 del C.P.Const., donde se establece que aun cuando el interés subjetivo de la parte ha desaparecido, por irreparabilidad del daño sufrido o por cesación de la agresión, el amparo puede declararse fundado. Y es que aun cuando ya no hay un interés subjetivo que proteger, lo que significaría para el procesalismo clásico el decaimiento del objeto del proceso, la dimensión objetiva del proceso, que el derecho procesal constitucional incorpora, importa también la tutela del interés objetivo de la sociedad, representado por la determinación que el juez constitucional deba realizar de la conducta lesiva del derecho fundamental. Dicha determinación permitirá ordenar la conducta del funcionario o persona emplazada con el amparo e impedirá la comisión de una nueva lesión, además de orientar el correcto desempeño de otras autoridades o particulares, según los contenidos fundamentales determinados en la sentencia.

13. En lo que se refiere a la evaluación de la procedibilidad de la demanda, como ya se adelantó, la dimensión objetiva del amparo adquiere también trascendental importancia. Y es que si bien desde una perspectiva subjetiva de evaluación de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., el amparo sólo procede cuando el demandante no cuente con otra vía procesal específica igualmente satisfactoria para la protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, lo cual implica la concurrencia de dos requisitos copulativos: la existencia de una vía específica (existente en casi todos los casos) y la satisfacción paritaria de dicha vía respecto al amparo (lo cual se determina, entre otras cosas, por la capacidad que ese cauce procesal tenga para atender temas de urgencia); desde una perspectiva objetiva del amparo, dicha exigencia se diluye.

Y es que el interés que estará en juego en el proceso ya no será solo el interés de la parte reclamante del amparo o, en todo caso, de la contraparte demandada, merced a lo cual, si existe otra vía para satisfacer su pretensión que sea igualmente satisfactoria, la demanda deberá ser encauzada a través de ésta; sino que el interés primordial, que se suma al del amparista será el interés de la sociedad de obtener una solución adecuada a un problema de relevancia constitucional que no ha sido definido con anterioridad o que lo ha sido pero de modo defectuoso y contradictorio y que requiere, por tanto, un pronunciamiento en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

14. En esta línea de razonamiento, este Tribunal considera que desde una interpretación en clave objetiva del proceso de amparo, no puede considerarse como una vía específica igualmente satisfactoria a la vía judicial ordinaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., y es que cuando exista un tema de relevancia constitucional que requiera un pronunciamiento en la jurisdicción constitucional, sea por motivos de ausencia de pronunciamiento o de deficiencias, incoherencias y contradicciones en la misma, la vía procesal del amparo se convierte en la vía que debe activarse para la resolución de la controversia constitucional suscitada.
15. En el caso *sub examine*, si bien este Colegiado considera que de acuerdo a una perspectiva estrictamente subjetiva de interpretación del artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., la improcedencia de la demanda podía postularse, como en efecto se hizo por las dos instancias previas, y es que según el artículo 132 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, el proceso específico para la discusión de materias concursales es el proceso contencioso administrativo; desde una lectura objetiva del proceso de amparo como la aquí planteada, apreciamos que en el presente caso existe una necesidad de pronunciamiento, dada la ausencia de regulación de las condiciones mínimas de legitimidad constitucional de una especialísima operación societaria como la operación “acordeón”, máxime si dentro de las funciones constitucionales del Tribunal Constitucional se encuentra la interpretación definitiva del ordenamiento constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

En efecto, en el presente caso la exigencia de pronunciamiento es atendible cuando se aprecia que la determinación de la relación entre el derecho de suscripción preferente y el

derecho a la propiedad y la libre iniciativa privada y asociación, planteado como problema constitucional, está condicionada por un supuesto de hecho en el régimen societario y concursal de suyo excepcional: la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) y su posterior aumento, operación sobre la cual la Ley 26887, Ley General de Sociedades, guarda silencio absoluto. La posibilidad de reducir el capital social de una empresa a 0 (cero), incide gravemente en el derecho de propiedad de los accionistas y en su derecho a la asociación e iniciativa privada; por lo que la determinación de la legitimidad constitucional de esta operación y en todo caso, las condiciones bajo las cuales debe operar, es de vital importancia no sólo en la resolución de la presente controversia, sino en el funcionamiento regular de las sociedades comerciales y en el respeto de los derechos de los accionistas minoritarios.

16. Es preciso apuntar que si bien la posibilidad de reducción del capital social a 0 (cero) es un tema que inicialmente debería estar encuadrado dentro de la legislación societaria o concursal o, en todo caso, dejarlo a la decisión de los órganos de gobierno de las sociedades comerciales, en el marco de su autonomía estatutaria; desde una óptica constitucional, la regulación de las condiciones mínimas en que dicha reducción debe operar para no vulnerar o para incidir menos intensamente en los derechos fundamentales de los accionistas a la propiedad, la asociación y la libre iniciativa privada, es una exigencia palmariamente necesaria, sobre todo teniendo en consideración la ausencia de regulación legal específica de este supuesto en nuestro ordenamiento jurídico.

En dicha tesitura, la concreción de las condiciones mínimas de producción de un acto societario como el mencionado, no asume la forma de una invasión en la competencia legislativa o privada de configuración del régimen de las sociedades comerciales, sino que representa sólo un correlato de la función que ostenta el Tribunal Constitucional de interpretación del ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución. No se trata, en este sentido, de sustituir al legislador o al particular en el ejercicio de sus competencias para configurar las relaciones en el plano social, sino de asegurar que todo orden de relaciones, civiles, comerciales, laborales, etc. se halle en armonía con el conjunto de principios y valores que la Constitución recoge.

La función que el Tribunal Constitucional ostenta en la “constitucionalización” del orden jurídico no se agota, pues, en la declaración de incompatibilidad constitucional de normas legales o infralegales con la Constitución, sino que, ante la ausencia de regulación legal de alguna situación que incide directamente en el ejercicio de los derechos fundamentales, este Colegiado se encuentra obligado a integrar o complementar el ordenamiento jurídico a fin de cumplir el imperativo constitucional contenido en el artículo 139, inciso 8 de la Constitución de no dejar de impartir justicia en un caso concreto, por vacío o deficiencia de la ley; así como en cumplir su obligación constitucional de impedir la vulneración permanente y sistemática de los derechos fundamentales derivados de la omisión legislativa (*deber de protección*).

A mayor abundamiento, es necesario recordar que en el marco de la comprensión actual de la eficacia directa y de la vinculación general de los derechos fundamentales, ante la presencia de una situación fáctica que produzca su amenaza o vulneración, el juez constitucional se encuentra en la obligación de adoptar las medidas necesarias a fin de interdictar dicho estado inconstitucional. Una interpretación en sentido contrario significaría afirmar que los derechos fundamentales valen no por su incorporación en la Constitución, sino por su reconocimiento a través de la ley; comprensión que desconoce el valor jurídico de la Constitución y que nos remonta a la valoración decimonónica de los derechos fundamentales como meras declaraciones retóricas de buena voluntad, desprovistas de toda eficacia jurídica.

17. En este contexto, más allá de la determinación de la legitimidad constitucional del modo como operó en el presente caso la reducción del capital social a 0 (cero), importa también determinar las condiciones mínimas de un ejercicio constitucionalmente adecuado de la llamada “operación acordeón”, por lo que en el presente caso se justifica la admisión del amparo, desde una interpretación objetiva de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const.

2.3. Otras cuestiones procesales relevantes

18. No obstante haber establecido la procedencia de la demanda en atención a la relevancia constitucional del caso, lo cual supone una lectura objetiva de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const; siguiendo la línea jurisprudencial precedente (STC 4587-2004-AA/TC, fundamentos 15 y 19) debe verificarse previamente si en el caso concreto se han respetado los derechos fundamentales de las partes en el proceso, especialmente el derecho de defensa de la parte emplazada. Ello en razón a que la finalidad objetiva de defensa de la Constitución no puede llevarse a cabo pasando por encima de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, pues ello significaría, además de una contradicción en sus propios términos, una instrumentalización de la persona demandante o demandado, inadmisibles en el marco de un Estado Constitucional.
19. En el caso *sub exámine*, se aprecia que la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A., además de haber participado en sede administrativa absolviendo el traslado de la impugnación efectuada por la recurrente ante el tribunal de INDECOP, mediante escrito de fecha 5 de junio del 2007 en la cual expresó no haberse impedido el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la demandante (fojas 207-211 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), también ejerció su derecho de defensa en el presente proceso constitucional. Ello se desprende, en primer lugar, de la notificación efectuada del recurso de apelación de fecha 14 de abril del 2008, donde se le puso en conocimiento del proceso, además de la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que declaró improcedente la demanda de amparo (fojas 437, 438 y 439 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Posteriormente, la misma empresa efectuó el apersonamiento correspondiente ante la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, mediante escrito de fecha 6 de agosto del 2008, donde señaló domicilio procesal y solicitó se le notifique de las resoluciones emitidas en la instancia (fojas 94 del cuaderno de la Corte Suprema). Asimismo, mediante resolución de fecha 4 de septiembre del 2008 se dio por notificada a la empresa emplazada de la vista de la causa realizada el 17 de septiembre del mismo año (fojas 140 del cuaderno de la Corte Suprema). Igualmente, se le notificó de la resolución de la Corte Suprema que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda (fojas 147 del cuaderno de la Corte Suprema). Por último, en sede del Tribunal Constitucional la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. se apersonó mediante escrito de fecha 19 de enero del 2009, fijando domicilio procesal y solicitando la notificación de las respectivas resoluciones (fojas 03 del cuaderno del Tribunal Constitucional); y mediante escrito de fecha 20 de marzo del 2009, solicitó el uso de la palabra para informar oralmente en la causa (fojas 22 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

Por su parte, el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. también fue parte en sede administrativa, esgrimiendo al igual que la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. el ejercicio extemporáneo del derecho de suscripción preferente por parte de la demandante (escrito de fecha 12 de junio del 2007, de fojas 147 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). En sede judicial, también conoció del proceso, siendo notificado del recurso de apelación, y de la resolución que declaró improcedente la demanda en segunda instancia (fojas 473-477 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; fojas 146 del cuaderno de la Corte Suprema). Además, se apersonó en sede de la Corte Suprema y solicitó el uso de la palabra en la vista de la causa (escrito de fecha 18 de agosto del 2008, de fojas 121 del cuaderno de la Corte Suprema). Finalmente, en sede del Tribunal Constitucional, mediante escrito de fecha 16 de enero del 2009 se apersona a la instancia, señala domicilio procesal y solicita el uso de la palabra (fojas 10 del cuaderno del Tribunal Constitucional), derecho que finalmente ejerció en la Vista de la Causa de fecha 26 de marzo del presente año en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo en la ciudad de Pucallpa en la referida fecha.

El Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. (FODINSA) si bien no intervino en el procedimiento administrativo, sí conoció del proceso constitucional de amparo, pudiendo en diversos momentos ejercer su derecho de defensa. Así, fue notificada de la apelación interpuesta por la recurrente, conjuntamente con la resolución de la Primera Sala Civil de la

Corte Superior de Justicia de La Libertad que declaró improcedente la demanda (fojas 435, 436 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Del mismo modo, se le puso en conocimiento de la resolución de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda de amparo (fojas 154 del cuaderno de la Corte Suprema).

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, aun cuando técnicamente no constituya parte del presente proceso, en cuanto las resoluciones que emitió no son *strictu sensu* las que contienen el acto reclamado, sino simplemente las que han cumplido el requisito de la vía previa; también ha tenido conocimiento del presente proceso, tal como se desprende de las notificaciones efectuadas tanto de la apelación de la recurrente justiciable como de la resolución de segunda instancia del presente proceso de amparo (fojas 434 y 436 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y fojas 155 del cuaderno de la Corte Suprema, respectivamente).

En defensa del Poder Judicial, dado que el recurso de agravio interpuesto fue dirigido contra una resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, y aun cuando esta situación no constituya razón para entender al Poder Judicial como parte procesal, se presentó el Procurador Público del Poder Judicial, quien se apersonó a esta instancia jurisdiccional y solicitó el uso de la palabra mediante escrito de fecha 13 de marzo del 2009 (fojas 14 del cuaderno del Tribunal Constitucional), derecho que finalmente ejerció en la Vista de la Causa de fecha 26 de marzo del presente año en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo en la ciudad de Pucallpa en la referida fecha.

20. Como puede verse de los actos procesales reseñados, en el presente caso los demandados, además de tener conocimiento del desarrollo del proceso de amparo, tres de ellos ejercieron su derecho de defensa apersonándose al proceso e interviniendo en la vista de la causa, dando a conocer los argumentos contrarios a la pretensión de la justiciable recurrente del amparo. De lo expuesto en los respectivos informes orales, como de lo expresado por las empresas demandadas en el procedimiento administrativo, se desprende que el argumento básico de la contraparte es que el derecho de suscripción preferente de la señora Flor de María Ibáñez Salvador no se habría vulnerado, en tanto la demandante tuvo conocimiento, desde la publicación de los avisos de convocatoria, de la reducción y aumento de capital y de la posibilidad de suscribir acciones; que, lamentablemente, su intervención fue extemporánea, cuando ya se había acordado el aumento de capital por capitalización de crédito y la etapa de ejercicio de la suscripción preferente ya había precluido; que cuando el Presidente de la Junta expresó si existía por parte de los accionistas una propuesta distinta para reestructurar el capital, la señora Flor de María Ibáñez no intervino, con lo cual consintió la adopción del acuerdo de capitalización de créditos de clase C.
21. Por otro lado, es necesario dilucidar si en el presente caso, tal como lo afirmó la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, se ha presentado un supuesto de prescripción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 del C.P.Const. A este respecto es necesario precisar que, de acuerdo a lo establecido por la citada norma, el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los 60 días de producido el agravio constitucional; sin embargo, entre las reglas que establecen una situación excepcional a esta norma general se encuentra aquella que prescribe que, en el caso de agotamiento de vías previas, el plazo se empezará a contar desde que se emite la resolución que agota ésta. En el presente caso, si bien los Acuerdos de Junta de Acreedores impugnados son de fecha 6 de diciembre del 2006, la resolución de INDECOPi que agotó la vía administrativa fue notificada a la demandante el 11 de septiembre del 2007, con lo cual el plazo de 60 días hábiles para interponer el amparo, a fecha 7 de diciembre del 2007 en que se presentó la demanda, se cumplió en términos correctos.

§3. Cuestiones de fondo

3.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. El caso de las situaciones de “indefensión”

22. En primer lugar, es necesario establecer la eficacia que los derechos alegados por la actora ostentan en la relación jurídica dada entre ella y las empresas demandadas, dada la naturaleza de personas jurídicas de derecho privado de éstas. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha sustentado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de una manera amplia y consolidada y lo ha hecho en base a tres órdenes de razones:

- a) En primer lugar, en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), en atención al cual “el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales” (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).

En este contexto, la defensa de la persona humana y su dignidad, conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución, no representa sólo el fin supremo del orden estatal, sino también el sustrato material de convivencia de la sociedad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que ha calificado en reiteradas ocasiones a la Constitución no sólo como la norma fundamental del Estado, sino también como la Ley Fundamental de la Sociedad (STC 00976-2001-PA/TC, fundamento 5).

- b) Por otro lado, esta eficacia se ha sustentado en la obligación derivada del artículo 38 de la Constitución, que establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).
- c) Finalmente, esta eficacia también se ha postulado atendiendo a la concepción objetiva de los derechos fundamentales, que impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también los propios particulares (STC 00976-2001-PA/TC, fundamento 5).

Por su parte, a nivel procesal, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de establecer la *eficacia directa* de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, esto es, el emplazamiento directo de un particular en la jurisdicción constitucional, en atención básicamente a la disposición contenida en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución que establece: “la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o *persona*”.

23. Aun cuando este Tribunal no ha efectuado una disciplina sistemática de los supuestos en los cuales se presenta un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, admitiendo casuísticamente temas relacionados con derechos laborales (STC 206-2005-PA/TC), salud y medio ambiente (STC 964-2002-AA/TC), protección del honor (STC’s 748-2000-AA/TC, 905-2001-AA/TC y la 3512-2005-AA/TC) y debido proceso (STC 2279-2003-AA/TC), entre otros; de cara a la resolución del caso concreto, es necesario ahondar en el fundamento de un caso particular de eficacia horizontal. Éste es el caso de las situaciones de indefensión.

24. En principio, las relaciones entre particulares se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, por el cual cada parte de una relación contractual decide autónoma y libremente comprometerse con otra persona en la realización de determinadas prestaciones. Sin embargo, la idealización o generalización de una sociedad donde las personas intercambian

libremente bienes jurídicos y materiales y donde los compromisos contractuales a los cuales se sujetan son adoptados en pleno ejercicio de su autonomía, constituye hoy en día y, a la luz de una larga experiencia histórica, una postura desencajada de la realidad y que, más bien, puede ocultar un sistema injusto de relaciones donde la persona más débil puede sucumbir en sus derechos e intereses ante el más fuerte. Por ello, se considera que en el ámbito de las relaciones entre particulares puede presentarse, además de una justa y equitativa relación sinalagmática establecida entre personas en pleno ejercicio de su autonomía, una relación injusta de imposición de condiciones de una parte sobre otra, explicable sólo por el poder político, social o económico que una de las partes puede ostentar o ejercer de hecho sobre la otra. Cuando dichas imposiciones son producto de una relación jurídica establecida entre dos personas, donde una de ellas tiene un poder de mando o dirección sobre la otra que debe obedecer los mandatos impelidos, se produce una afectación ius-fundamental por “*subordinación*”. Por otro lado, cuando estas imposiciones son efectuadas simplemente en mérito a que una de las partes ejerce “de hecho” un poder sobre la otra parte sin que ésta tenga la posibilidad o los medios de resistir, se produce una afectación ius-fundamental por “*indefensión*”. En este segundo supuesto, el concepto clave radica en la “ausencia de medios” y su determinación se realiza caso por caso, en base a la evaluación concreta y relacional de las situaciones observadas.

25. En el presente caso, es preciso tener en cuenta el concepto de “indefensión”, en tanto el examen de las relaciones entre la sociedad comercial y el socio debe tener en cuenta el hecho de que en una sociedad comercial los acuerdos a los cuales se sujetan los socios se adoptan por mayorías, las cuales en ejercicio de su poder económico pueden adoptar decisiones que vulneren o afecten en distintos grados los derechos fundamentales, sin que el socio o accionista minoritario tenga la posibilidad de resistir. Así, puede presentarse en determinadas circunstancias, sobre todo cuando la Ley General de Sociedades no recoge el derecho de oposición de los accionistas e, incluso aun cuando lo recoja, que una decisión de la mayoría accionarial afecte gravemente los derechos de los accionistas minoritarios, remediable sólo a través de los recursos judiciales respectivos.

3.2. La Constitución Económica y los derechos fundamentales económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada

26. En el presente caso, a efectos de determinar los criterios de legitimidad constitucional de la operación societaria denominada “operación acordeón” y de establecer, luego, la validez constitucional de los acuerdos de Junta de Acreedores impugnados por la parte demandante, es necesario precisar primero los principios y contenidos ius-fundamentales que rigen e inspiran el régimen económico recogido en nuestra Constitución. Y es que, como se ha planteado en el fundamento 12 de la presente sentencia, el caso sub-litis se presenta como un caso de *desenvolvimiento económico* de una sociedad, sujeta por cierto a los intereses crematísticos de la sociedad, los socios y, en el presente caso, también de los acreedores. Sin embargo, como se verá en el presente acápite, una *doctrina constitucional de la economía y el mercado* comporta exigencias que van más allá de la simple ecuación dineraria de quienes intervienen en las operaciones económicas, y que se concretizan no sólo en un equilibrio buscado entre los intereses de los agentes económicos (*economía de mercado*) y los intereses de la sociedad en general (*economía social de mercado*), sino en el respeto estricto de los valores y principios que inspiran el propio régimen de *economía abierta*. En este contexto, será necesario determinar, primero, cuáles son los principios esenciales que constituyen el sustrato de nuestra “*Constitución Económica*”, para arribar luego a la determinación de los derechos fundamentales económicos en los cuales se concretiza dicho “*modelo económico constitucional*”.
27. Bajo este norte, el presente capítulo adquiere especial relevancia, por cuanto los principios económicos de la Carta Fundamental no sólo configuran el rol del Estado en la economía, orientando su acción hacia la corrección de las deficiencias del mercado, sino que inspiran un modo de actuar en las relaciones de carácter económico, dadas fundamentalmente entre particulares, no sólo instrumental o mercantil, sino también ética y basada en la dignidad de la persona y el libre desenvolvimiento de su personalidad.

En esta línea de argumentación, el Tribunal Constitucional ha sido enfático al sostener que el terreno económico requiere también de un *elan* constitucional que inspire y garantice que el principio-derecho de la dignidad humana se patentice incluso –y quizás aún más– en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares. Así, este Tribunal ha sostenido que:

“No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 3).

3.2.1. *El modelo ius-fundamental económico en nuestra Constitución*

28. Incorporado en la Carta Política de 1993, el capítulo sobre el “Régimen Económico” ha recogido expresamente un modelo económico constitucional definido como “*economía social de mercado*”. Este modelo ius-fundamental económico busca asegurar la competencia, estimulando el desarrollo de la capacidad productiva individual, con el objeto no sólo de estimular la creación de riqueza, sino de contribuir al progreso social, amén de resguardar celosamente un diversificado sistema de protección social de los sectores económicamente más vulnerables (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 16). Es decir, este sistema puede definirse escuetamente como un modelo de economía de mercado o economía abierta, con incrustaciones esenciales de un Estado social; representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.

Bajo este norte, el régimen económico incorporado en nuestra Constitución y que recoge la experiencia comparada de las principales constituciones de la segunda posguerra mundial, procura superar las fuertes limitaciones y deficiencias encontradas en los dos modelos antagónicos que históricamente trataron de regir el “modo de actuar económico”. En este contexto, ni el modelo de economía de *laissez faire* de marcada inspiración liberal que rigió la economía durante el siglo XIX, ni la economía fuertemente centralizada y estatista que rigió la vida de muchas naciones durante el período de entreguerras y aún después de éste, en el siglo XX, dieron respuestas adecuadas y satisfactorias a la cuestión de un régimen económico adecuado para lograr tanto la acumulación de riqueza que lleve al progreso material de los pueblos, como la paz social que implica un régimen de economía justa y solidaria.

En esta línea, la economía social de mercado se presenta como una “tercera vía”, como un *tertium genus*, frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y que pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, pero que complementa dicho accionar con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material de las condiciones de vida tan necesarios en un Estado Social y Democrático de Derecho.

29. Sin embargo, para ser constitucionalmente admisible, el modelo de economía social de mercado no debe representar sólo la búsqueda de una eficiencia económica y social, que enfatique sólo el logro de determinados objetivos económicos y sociales, sino que debe significar la cristalización del fundamento antropológico-cultural que late inexorablemente en toda Constitución como fuente primaria de todo su complejo plexo normativo, como es el principio-derecho de dignidad humana. En este contexto, antes de ingresar a desarrollar los principios que patentizan o concretan un modelo de “economía social de mercado”, es

necesario acotar primero cómo este modelo económico complementa las exigencias básicas derivadas de este principio.

30. Este análisis será más necesario cuanto más se adentre en el fondo de la presente controversia, se observa que el respeto de determinados principios constitucionales como la libre iniciativa privada, la libre competencia, el derecho de propiedad, entre otros, responden a exigencias dogmáticamente incardinadas en valores superiores del más alto rango como la dignidad y la libertad humanas, que en todo momento pretenden ser preservados como sustento constitucional de todo accionar estatal o particular. Como el Tribunal Constitucional ha sostenido en anterior oportunidad, “la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 14).
31. En este contexto, cuando la Constitución postula en su articulado la presencia de una economía de mercado con marcados perfiles de un Estado Social, el primer componente que trata de rescatar es la de una economía basada en la *libre iniciativa privada*. Es decir, el primer rasgo característico de este modelo es la confianza en la persona y en su capacidad, no sólo para producir creativamente riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos. En dicha línea, este modelo abandona un perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que descree de la capacidad humana para “autorregularse”, y que, desde el Estado, todo lo planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos. Tras un modelo de economía de mercado, caracterizado por el fuerte acento en las libertades económicas fundamentales y el rol subsidiario del Estado en la economía, late pues, también, un acendrado espíritu libertario que pretende el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y que dignifica a la persona, entregándole a ella la primera responsabilidad sobre su destino vital.

Bajo esta perspectiva, la economía de mercado no sólo constituye, como a veces desde una interpretación excesivamente simplista se cree, una forma de lograr acumulación de riqueza material mediante el éxito de los agentes económicos mejor dotados para competir en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. Es sólo bajo esta óptica que se comprende, como indicase líneas arriba, que el mercado no es un medio “natural” de desarrollo del hombre, sino básica y esencialmente un medio “cultural” de desenvolvimiento de su *psiquis* y un lugar donde también se concretiza plenamente el principio-derecho de dignidad humana. Es por ello, que el primer deber del Estado en el marco de una economía de mercado es salvaguardar el libre ejercicio de las libertades económicas contenidas en la Carta Fundamental, así como la interdicción de cualquier conducta estatal o particular que intente coartarlas, sin tener asidero en el respeto de otros principios y valores constitucionales o en el logro del bienestar general.

En este marco, un accionar del Estado que limite injustificadamente el libre desarrollo de una actividad económica privada o que la sesgue de modo arbitrario, prefiriendo a un agente económico sobre otro, sin base objetiva posible, o el accionar de un particular o de varios que, aprovechando de su poderío económico, menoscabe, también, el libre juego de los agentes económicos (*modelo patrimonialista económico*), no sólo significará la vulneración de los derechos económicos fundamentales recogidos en la Constitución, sino que representará, de la misma forma, la traición del espíritu libertario que el modelo de economía de mercado inscrito en la Constitución ostenta y con ello el desconocimiento del fundamento antropológico de dignidad humana que el mismo postula.

Visto desde una óptica humanista y cultural, el modelo de economía de mercado no genera, por tanto, en el Estado solamente obligaciones de abstención o no intervención en el libre juego de intereses económicos, como parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, que establece el rol subsidiario del Estado en la economía; sino que le impone también *prima facie* un deber constitucional de vigilancia, supervisión y control de una competencia leal y justa, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 61 de nuestro Texto Fundamental, el cual ha proscrito el abuso de posiciones dominantes y monopólicas que impidan o restrinjan el libre desenvolvimiento de las personas en la economía.

32. Por otro lado, el segundo componente del modelo económico recogido en nuestra Constitución es el constituido por los elementos del Estado Social incorporados en nuestra Constitución Económica. Así, como ya se puso de manifiesto al abordar la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, si bien el actuar económico se rige fundamentalmente por las reglas de una economía abierta o de mercado, la Constitución, producto de una experiencia histórica acumulada, tampoco considera la sociedad – identificada como mercado- como el lugar idílico donde todo lo bueno se realiza a favor del individuo y su dignidad. Representa una realidad patente que el mercado genera grandes corporaciones y empresas que, merced a la gran capacidad económica que ostentan, pueden poseer un gran poder, el cual puede ser utilizado –como cualquier otro poder- contra las partes más débiles de las relaciones económicas, léase, trabajadores, pequeñas empresas, consumidores y usuarios. A la par de ello, una economía de mercado puede ocasionar también una serie de problemas sociales, como desigualdades en el reparto de la renta o de las utilidades, creando una brecha intolerable entre ricos y pobres.
33. Es por esta razón que el modelo de economía social de mercado incorpora una serie de elementos propios de un Estado Social, como la protección de los clásicos derechos sociales a la educación, salud, trabajo, entre otros; la incorporación de medidas de acción positiva con el fin de posibilitar la igualdad económica de las clases menos favorecidas; la regulación del mercado laboral, fijando las condiciones mínimas de trabajo en las cuales deba desarrollarse la relación laboral.
34. Quien observe de modo minucioso el articulado que comprende nuestra Constitución Económica, podrá percatarse que junto a cada disposición que establece como primer principio la más amplia libertad en materia económica, existe un principio, no de signo opuesto sino complementario, que recoge los supuestos sociales de un Estado Social y Democrático de Derecho y que redundan también en la protección de la persona humana y su dignidad, como fundamento antropológico de todo el corpus constitucional.

3.2.2. Los derechos fundamentales económicos recogidos en nuestra Constitución

a) El derecho a la propiedad

35. Establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Sin embargo, tal como ha establecido este Colegiado en consolidada jurisprudencia, el concepto constitucional de propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 26), como son, por ejemplo, en el presente caso las acciones de una sociedad anónima.

Por ello, la comprensión constitucional de la propiedad comprende, *prima facie*, además la *garantía de indemnidad* o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo (STC 7364-2006-PA/TC, fundamento 6).

36. Desde otra perspectiva, en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho. En este contexto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho.

En síntesis, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- ☐ El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.
- ☐ El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- ☐ El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

b) Libre iniciativa privada

37. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58 de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17, artículo 2 del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

3.3. El derecho de suscripción preferente de los accionistas. Finalidad y relevancia constitucional

38. Corresponde ahora ubicar, en un marco general, el derecho de suscripción preferente de los socios participantes en una sociedad comercial. Importa sobre todo, en este punto, determinar si el mencionado derecho de suscripción -cuya vulneración se alega en el caso subitis- guarda un encaje constitucional directo o si, por el contrario, representa simplemente una opción legislativa de protección de los derechos de los accionistas minoritarios, que no es exigible directamente desde la Constitución.

Para arribar a una respuesta constitucionalmente adecuada a este problema es necesario verificar cuál es la incidencia que la suscripción preferente tiene no sólo en la protección de la participación accionaria de los socios minoritarios, sino también en la relación que guarda con la propiedad que los socios ostentan sobre las acciones de la sociedad.

39. En primer lugar es necesario precisar que, como se ha establecido en el fundamento 36 de la presente sentencia, el concepto de propiedad que nuestra Constitución recoge en el artículo 70, no comprende sólo los bienes materiales, sino que incluye todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran formando parte del patrimonio de una persona.

En este contexto, si bien las acciones de una sociedad comercial no pueden considerarse como *bienes materiales*, de ello no puede desprenderse que no constituyan títulos que otorgan a su titular una serie de derechos tanto políticos (sobre la organización y funcionamiento de la sociedad), como económicos (parte del capital social de la sociedad, derecho a las utilidades de la empresa y título valuable económicamente) y que el Código Civil en su artículo 886, inciso 8 ha clasificado como *bienes muebles*. En esta perspectiva, la propiedad sobre las acciones de una sociedad comercial otorga a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar este bien mueble e inmaterial, de acuerdo a las atribuciones inherentes a la propiedad, establecidas en el artículo 923 del Código Civil.

40. Desde la perspectiva del Derecho Comercial en general y del Derecho Societario en particular, las acciones cumplen tres funciones, en virtud de las cuales éstas pueden ser definidas de tres maneras distintas:

- a) En primer lugar, de acuerdo al artículo 82 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, la acción se define como *parte alícuota* del capital social.
- b) En segundo lugar, la acción también se define como un *derecho* genérico que otorga a su titular la potestad de intervenir en el funcionamiento y rentabilidad de la sociedad emisora, otorgando la calidad de *accionista* a la persona que la haya suscrito.
- c) En tercer lugar, de acuerdo al artículo 257 de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, la acción comercial está incluida dentro de los valores mobiliarios, en la modalidad de “valores representativos de derechos de participación”, es decir, la acción se define como el título que adquiere un valor económico en el mercado de valores, pues lleva incorporado derechos que benefician al poseedor del mismo.

En este contexto, las funciones que cumplen las acciones, determinadas en los incisos a) y c), nos indican que la vinculación del titular a la propiedad sobre la participación accionaria, no solamente redundará en los derechos políticos sobre la gestión de la empresa, es decir en la condición del accionista como componente de la sociedad comercial, sino que incidirá directamente sobre la titularidad de determinados valores económicos que forman parte del patrimonio de la persona; por lo que la intervención en la esfera de la propiedad del titular de una acción societaria significará la vulneración del atributo constitucional de la propiedad, tal y como está recogido en el artículo 70 de la Carta Fundamental.

41. En lo que respecta al derecho de suscripción preferente de acciones, éste se define como el derecho otorgado a los accionistas de suscribir, a prorrata de su participación en el capital social, las nuevas acciones que la sociedad emita en cualesquiera operación. La Ley General de Sociedades ha recogido este derecho en el artículo 207, en el cual ha prescrito que: “En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible en la forma establecida en la presente ley”.

El derecho de suscripción otorga al accionista una preferencia en la adquisición de las nuevas acciones emitidas producto, por ejemplo, de un aumento de capital social. Su finalidad, por tanto, *prima facie*, es la conservación de su participación relativa en el capital social; de lo cual se desprende, según las funciones que tiene la acción, dos consecuencias:

- a) Mantiene al accionista en la misma posición política que ostentaba en la sociedad antes del aumento. Tiene como objeto, en este contexto, que el accionista continúe ostentando el mismo poder de vigilancia y disposición política en las decisiones de la sociedad.
- b) Permite, en segundo lugar, que el accionista continúe disfrutando del mismo porcentaje en la distribución de los dividendos de la sociedad.

42. Desde un punto de vista societario, la suscripción preferente de acciones representa una opción legislativa de favorecimiento de los intereses del accionista sobre los de la sociedad. La inclusión de este mecanismo legal comporta la posibilidad de mantener a los primigenios accionistas en el control de la sociedad, dada la preservación de su porcentaje accionario y restringe la oportunidad de dominio a nuevos accionistas que deseen ingresar a la sociedad,

con aportes de capital elevados. Esta opción del legislador peruano, presente también en legislaciones comparadas, tiene especial importancia en sociedades anónimas cerradas, donde el número de accionistas no es mayor, y donde el control de la sociedad o empresa por los socios es más directa que en sociedades anónimas abiertas. En estas últimas, por el contrario, el legislador peruano ha previsto la posibilidad de excluir por vía estatutaria el derecho de suscripción preferente, aunque siempre con el respeto de ciertos requisitos y siempre que no se privilegie el interés de los accionistas mayoritarios (artículo 259 de la Ley General de Sociedades); con lo cual ha optado por darle mayor flexibilidad a la sociedad y a sus directores, para captar el capital existente en el mercado, privilegiando la posición de la sociedad comercial en su conjunto como entidad económica productiva sobre los intereses de los accionistas individualmente considerados.

En este orden de ideas, en la doctrina se ha destacado que el principal objeto del derecho de suscripción preferente es la defensa de los derechos políticos del accionista antes que sus derechos económicos. Y ello es así, porque el otorgamiento de beneficios económicos producto de la participación accionaria no es una consecuencia necesaria de dicha condición, pues bien cabe que en algunos casos la sociedad pacte el no reparto de dividendos o utilidades entre los accionistas; con lo cual, la adquisición de las nuevas acciones emitidas por la sociedad sólo asegura el mantenimiento del estatus político y no la mejora de los réditos económicos producto del grado de participación en el capital social.

43. Por otro lado, un punto que debe quedar claramente definido, a efectos de ir arribando al núcleo medular de la presente controversia, es el referido a la relación entre el derecho de suscripción preferente y la propiedad sobre las acciones societarias. Como ya se ha precisado, el artículo 82 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, define a la acción como *parte alícuota* del capital social, lo cual supone que cada acción posee el mismo valor, que puede ser, en términos económicos, elevado o meramente simbólico. El accionista es la persona titular de unas acciones determinadas de la sociedad, las que en su número específico van a determinar el porcentaje de acciones que dicho accionista posee, con todas las consecuencias sobre los derechos políticos y económicos que dicho porcentaje genera. Todo ello significa que la propiedad que el accionista tiene es aquella que ejerce sobre un “número determinado de acciones” (pueden ser por ejemplo, 100 acciones). Cuestión distinta es el porcentaje que dicho número de acciones represente en el capital social y que es lo que va a determinar la posición política y económica del accionista en la sociedad.

Tenemos entonces que mientras que el “número de acciones determinadas” (100, por ejemplo) que corresponde a un accionista puede permanecer invariable, es decir permanece dentro de la esfera de propiedad de dicho accionista, con todas las cualidades que de ello se deriva (uso, usufructo, disposición y reivindicación), el porcentaje que dicho “número de acciones determinadas” represente en el capital social (25%, por ejemplo) es un guarismo variable. Así, mientras la titularidad sobre ese “número de acciones determinadas” sólo puede desaparecer por propia voluntad del accionista, a través de la renuncia o la transferencia, por ejemplo, y sólo excepcionalmente cuando opera una reducción del capital social (caso en el cual, el número de acciones de cada accionista se reduce por igual, en función a su participación); el porcentaje accionarial puede variar en función justamente al desenvolvimiento económico de la sociedad y a la confrontación de intereses pecuniarios entre los accionistas. De este modo, si la sociedad decide expandirse y para ello aumenta el capital social, emitiendo nuevas acciones, la compra de estas nuevas acciones determinará el nuevo porcentaje o participación de los accionistas dentro de la sociedad.

De todo ello puede colegirse que, la incidencia del derecho de suscripción preferente, *prima facie*, no se produce sobre la propiedad de las acciones, en tanto el “número determinado de éstas” en cabeza de un accionista determinado permanecerá invariable luego de una operación de aumento de capital, por ejemplo; sino que la relación de la preferencia en la suscripción se da en el derecho expectatio a seguir manteniendo la misma participación accionarial que se tenía antes de la operación de aumento de capital. El derecho de suscripción preferente, en consecuencia, incide directamente en la función política y económica del guarismo porcentual accionarial, mas no en la propiedad que el accionista tiene sobre “el número determinado de sus acciones”.

44. Desde un punto de vista constitucional, por tanto, el derecho de suscripción preferente no halla encaje constitucional *prima facie* en el derecho de propiedad, en tanto no constituye un atributo que tenga como finalidad preservar alguna de las cualidades de la propiedad sobre las acciones. Más bien, este derecho podría quedar encuadrado en el marco constitucional del derecho a la *libre iniciativa privada*, que hemos definido en el fundamento 32 de la presente sentencia como base de nuestro modelo ius-fundamental económico de *economía social de mercado* y que no significa otra cosa que la potestad otorgada a cualquier persona de poder intervenir con la actividad económica de su preferencia en la vida económica del país. Como hemos visto, en el fundamento 43 de la presente sentencia, el derecho de suscripción preferente supone una protección del accionista primigenio quien podrá preservar su nivel de participación en el ámbito político y económico de la sociedad, aún cuando ingresen nuevos accionistas a la sociedad. En este sentido, puede considerarse al mecanismo de la suscripción preferente como una forma de protección especial del accionista primigenio y, en algún sentido, minoritario de una sociedad comercial. De este modo, bien puede afirmarse que el ordenamiento jurídico provee a la persona que ingresa en el ámbito de las sociedades comerciales para formar una empresa, una norma de seguridad jurídica y una posición preferente, en base a la cual el agente económico puede desarrollar el curso de su accionar económico.

Sin embargo, como ya se sostuvo en el propio fundamento 43, este derecho de suscripción preferente representa una opción legislativa por la protección de los intereses de los accionistas originarios o minoritarios, contra los intereses de la sociedad comercial que, en sentido contrario, bien podría requerir la inyección de fuertes sumas de capital de agentes económicos externos. Además, en sociedades anónimas abiertas, como también ya hemos tenido ocasión de apreciar, bien puede suceder que se opte por un sistema de no preferencia en la suscripción, con el objeto de dinamizar aún más el desenvolvimiento económico de la sociedad comercial. En este marco, consideramos que el derecho de suscripción preferente si bien guarda encaje constitucional en el derecho a la libre iniciativa privada, no constituye una posición jurídica que se derive necesariamente de este derecho fundamental. En otras palabras, si bien la suscripción preferente guarda un grado de relación con la libre iniciativa privada, no es una exigencia necesaria de este derecho que se desprenda desde su propio núcleo constitucional. Por el contrario, bien puede el legislador disponer la supresión de este mecanismo legal de protección del accionista originario, optando por otro esquema de estímulo de la iniciativa privada, sin que ello constituya una vulneración de este derecho fundamental, base de nuestra Constitución Económica.

Ello quiere decir que tampoco, desde la perspectiva del derecho a la libre iniciativa privada, *prima facie*, el derecho de suscripción preferente ostenta un sustento constitucional directo o lo que es lo mismo, la potestad que atribuye puede postularse como un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libre iniciativa privada, amén que tampoco lo es, como ya vimos, del derecho a la propiedad.

Ello no significa, desde luego, que una vez incorporado el derecho de suscripción preferente en el ordenamiento jurídico, a nivel de la legislación ordinaria, su regulación y ejercicio no deba estar enmarcado dentro de la regularidad, legalidad y razonabilidad de que todo acto estatal debe estar premunido. Sólo quiere decir, en todo caso, que dicha regularidad sólo puede ser verificada en un proceso judicial ordinario, donde se observe el cumplimiento de los requisitos de ejercicio del mencionado derecho y que están comprendidos en los artículos 208 al 211 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades y que, primariamente, también deben respetar los contenidos del debido proceso corporativo particular y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo, al margen de lo que pueda alegarse como afectación de estos dos últimos principios constitucionales, no puede invocarse en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales como es el amparo, la afectación autónoma del derecho de suscripción preferente como un derecho protegido en vía constitucional, en tanto que en el sentido que hasta aquí hemos abordado, éste no forma parte de concretos derechos de naturaleza ius-fundamental como la libre iniciativa privada o el derecho de propiedad.

45. Este Tribunal considera, sin embargo, conforme ya se adelantó en el fundamento 5 de la presente resolución, que la determinación del contenido de un derecho fundamental o su afectación no puede realizarse en abstracto, sin tener en cuenta las circunstancias concretas y fácticas del caso o controversia constitucional concreta. De este modo, una posición jurídica determinada (como en este caso el derecho de suscripción preferente) si bien puede quedar fuera del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, consideradas sus propiedades en abstracto, una vez confrontadas dichas propiedades o cualidades con las exigencias del derecho fundamental en el caso concreto, dicha posición jurídica puede adquirir una relevancia tal en la protección del bien jurídico constitucional que termine ingresando en la esfera de su núcleo constitucional directamente exigible.
46. En el presente caso, existe un elemento que visto en perspectiva global puede variar el significado y alcance constitucional del derecho de suscripción preferente. Es decir, si bien *prima facie* y en condiciones normales, el derecho de suscripción preferente no tiene incidencia constitucional directa en el derecho de propiedad y en el derecho a la libre iniciativa privada, esto es, el contenido inicial de estos derechos no registra en su núcleo constitucional la propiedad jurídica de la suscripción preferente; enfrentado dicho derecho a una circunstancia de especial incidencia y gravedad en el desarrollo económico de una sociedad comercial, como es la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, en una operación que se ha denominado como “operación acordeón”, su contenido específico puede llegar a tener una acentuada importancia y relevancia en el ejercicio de los mencionados derechos a la propiedad y la iniciativa privada.

Es decir, en lo que sigue se tratará de indagar si el derecho de suscripción preferente por fuerza de una circunstancia excepcional puede pasar a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad y la libre iniciativa privada, amén de una afectación adicional que pueda hallarse sobre el derecho de asociación.

3.4. La reducción a 0 (cero) del capital social y la operación “acordeón”. Características de su adopción e incidencia en los derechos fundamentales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación

47. Uno de los casos excepcionales en que la Ley General de Sociedades establece la afectación de la propiedad de los accionistas es el caso de la reducción del capital social, supuesto regulado en los artículos 215 al 220 de la mencionada ley. En este caso, la Ley ha establecido un mecanismo para proteger la regularidad y la permanencia de la sociedad comercial, lo cual se presenta como un bien mayor frente a la intangibilidad del patrimonio de los accionistas. En efecto, tal y como se establece en la Ley General de Sociedades, cuando se produce una situación de desequilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad o cuando se produzcan pérdidas que superen un determinado monto, la sociedad puede proceder a la reducción de su capital social. Esta reducción puede afectar el patrimonio de los accionistas de dos formas: o puede disminuirse el número de sus acciones a prorrata de su participación accionaria o puede disminuirse el valor nominal de cada acción. En ningún caso pueden existir diferencias en la disminución del patrimonio de los accionistas; de allí el carácter racional y proporcionado de esta medida de restricción. Así lo ha establecido el artículo 217 de la Ley General de Sociedades que al respecto ha prescrito: “La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario”.

Desde una óptica constitucional puede afirmarse que la intervención sobre el patrimonio de los accionistas (sobre la propiedad de sus acciones) reviste una afectación leve o medianamente intensa, según el grado en que se reduzcan el número de las acciones o el valor de las mismas; sin embargo, dicha afectación resulta justificada en razón a la regularidad de la sociedad comercial que, producto del reajuste de capital, puede superar una eventual crisis económica. La estabilidad o continuidad societaria es considerada en este contexto como un bien mayor, además de constituir la condición bajo la cual puede desarrollarse justamente el interés económico de los accionistas.

48. Salvo el caso antes mencionado, ni la legislación societaria ni la regulación concursal han previsto ninguna otra forma de intervención en la propiedad de las acciones. Como ya se ha anotado, en el caso del aumento de capital, ésta permanece invariable, modificándose sólo el porcentaje accionarial. Sin embargo, en otras legislaciones comparadas, así como en la práctica societaria, existe una forma de intervención especialmente gravosa sobre la propiedad de las acciones y que se conoce como “operación acordeón” y que consiste en la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social; hipótesis que no ha sido recogida por nuestra Ley General de Sociedades o por la Ley General del Sistema Concursal. La no regulación de esta operación societaria o el silencio legislativo a este respecto no significan, en todo caso, que esta operación esté prohibida por el ordenamiento jurídico, pues en principio conforme lo postula el principio general de libertad contenido en el artículo 2, inciso 24, parágrafo a) de la Constitución de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. No obstante, para que esta operación sea admitida en nuestro ordenamiento jurídico, no basta que no esté prohibida por norma legal alguna, sino que es necesario que sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos que nuestra Constitución encarna.

En este sentido y de cara a la resolución del caso concreto, deberá pronunciarse, en primer lugar, respecto a la validez constitucional de este mecanismo societario y, en todo caso, de considerarse lícito, respecto a las condiciones de legitimidad constitucional de la “operación acordeón”, enfocando la atención en la incidencia que esta singular operación pueda tener sobre los derechos fundamentales ius-económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada, además del derecho de asociación. En este contexto, la evaluación será una evaluación desde la Constitución de la legitimidad de la “operación acordeón”; lo cual nos permitirá, luego, verificar, en el caso concreto, si se produjeron las condiciones de legitimidad mínima de la operación llevada a cabo por las empresas demandadas y que ocasionaron, en su caso, la pérdida de las acciones de la demandante y, por ende, su propia calidad de accionista.

49. En principio, la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) es imposible, en tanto ello implicaría la desaparición de la misma, en virtud de la desaparición de la fuente de donde emana todo el conjunto de acciones que permite la titularidad de los accionistas y la vida de la sociedad. Con la reducción a 0 (cero), además, no sólo se elimina el soporte económico-material de la sociedad, sino que se anula todo poder jurídico que da posibilidad de actuación a cualquier accionista. Involucra pues no sólo la pérdida de todo el dominio material de la empresa, sino la pérdida de todo el patrimonio accionarial del socio y, por ende, su propia calidad de tal.
50. Es por esta razón que cuando la práctica societaria o algunas legislaciones han permitido la reducción a 0 (cero) del capital social, lo han hecho bajo la condición ineludible de que en acto inmediatamente posterior, el capital se vuelva a recomponer con un aumento automático. Este efecto de ajuste y expansión inmediata del capital social es el que brinda el apelativo de “acordeón” a esta operación societaria de reducción a 0 (cero) e inmediato aumento del capital. Sin embargo, más allá de que el capital pueda ser recuperado y la sociedad pueda proseguir su funcionamiento, las consecuencias que se derivan de esta operación pueden ser muy sensibles sobre los derechos de los accionistas.

Ello es así porque, una vez efectuada la reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas pierden la titularidad de todas sus acciones, es decir, su patrimonio accionario es afectado en el grado máximo (afectación del derecho de propiedad) y, como consecuencia de ello, también pierden la calidad de accionistas, esto es, el atributo jurídico que los hace pertenecer a la sociedad (afectación del derecho a la libre iniciativa privada y derecho de asociación). En el caso de la afectación del patrimonio accionario, ello es en principio irrecuperable, pues el ejercicio del derecho de suscripción preferente, en este caso, no restablecerá las acciones perdidas, sino simplemente dará la oportunidad a los socios de suscribir nuevas acciones, para lo cual deberán efectuar nuevos aportes y un nuevo esfuerzo de inversión económica. Bajo esta misma perspectiva, los derechos a la libre iniciativa privada conectado con el derecho de asociación, resultan también gravemente afectados, pues si bien, en virtud del ejercicio del derecho de suscripción preferente, los accionistas podrían mantenerse en la empresa o sociedad comercial, para poder hacerlo,

como se acaba de anotar, deberán realizar nuevos aportes dinerarios que permitan la suscripción de las nuevas acciones, lo cual condiciona de sobremanera su permanencia en la sociedad comercial.

En principio, por tanto, la operación “acordeón”, aun en el supuesto de ejercicio del derecho de suscripción preferente, debería quedar proscrito desde un punto de vista constitucional. Y es que, de existir socios minoritarios que estén en desacuerdo con la decisión mayoritaria, éstos se verían seriamente afectados en sus derechos constitucionales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación, por una decisión que no comparten. Una decisión tomada por la mayoría accionarial podría, en este sentido, disponer de los derechos constitucionales de los accionistas minoritarios, aún contra la voluntad de éstos. No obstante ello, este Colegiado considera necesario evaluar la constitucionalidad de esta operación societaria desde una perspectiva global, atendiendo a la importancia que revestiría la continuidad de la sociedad comercial en el mercado, y la introducción de determinadas condiciones que morigeren el grado de afectación de los derechos constitucionales aludidos y que, por ende, puedan revestir de constitucionalidad a la denominada “operación acordeón”.

3.4.1. Legitimidad constitucional de la operación acordeón

51. Desde el punto de vista de la sociedad comercial, debe tenerse presente que, en la práctica, este tipo de acuerdo se adopta cuando las pérdidas de una sociedad llegan a tal extremo que es necesario la reducción del capital social para la compensación de las pérdidas. Dicho acuerdo se toma, además, en atención a que muchos de los socios ya no se encuentran en capacidad de efectuar nuevos aportes que permitan reflotar la sociedad o empresa. Por ello, con esta operación se busca la captación de nuevos recursos provenientes de agentes externos a la sociedad, los que en muchos casos terminan reemplazando a los antiguos socios. Además, estos nuevos aportes son necesarios, en atención a que las pérdidas ingentes que sufre la empresa muchas veces sólo pueden llegar a ser compensadas con el incremento del capital en grado suficiente. La finalidad de esta medida es, por tanto, permitir la continuidad de la empresa, evitando lo que de otro modo significaría un *estado de insolvencia* que llevaría inevitablemente a la *disolución* de la sociedad y a un posterior procedimiento de *liquidación*. Y es que, conforme lo establece el inciso 4 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades, una sociedad que presente pérdidas que reduzcan su patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, y que no las resarza, o aumente o reduzca el capital pagado en cuantía suficiente, debe proceder a su disolución *ex lege*.
52. Desde una óptica constitucional, este Tribunal considera que la continuidad de una empresa en el mercado constituye no sólo un bien jurídico o finalidad constitucionalmente relevante, sino, como veremos a continuación, una materia constitucional de especial valor y trascendencia en el régimen económico de nuestra Constitución. Ello en razón a que, como ya se estableció en el fundamento 32 de la presente sentencia, nuestro régimen económico constitucional se funda sobre el principio de la *libre iniciativa privada*; el cual no representa en la estructura del modelo sólo un *derecho económico subjetivo* de los ciudadanos, sino un *principio* vertebrador del régimen económico que genera en el Estado, además de deberes de respeto y no intervención, obligaciones de protección, vigilancia, control y promoción del referido principio. Así, en nuestra Carta Magna se encuentran específicos dispositivos constitucionales en los que se puede reconocer el carácter fundante y central de la libre iniciativa privada y la consecuente obligación del Estado de promoverla:
- El artículo 58 que establece que “La *iniciativa privada* es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado *orienta* el desarrollo del país”.
 - El artículo 59 que prescribe que “El Estado *estimula* la creación de riqueza y *garantiza* la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”.
 - El artículo 60 que dispone que “El Estado *reconoce* el pluralismo económico. La economía nacional se *sustenta* en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”.
 - El artículo 61 que prescribe que “El Estado *facilita* y *vigila* la libre competencia”.

De lo dicho hasta aquí se desprende que, en nuestro país, el fomento de la inversión privada es un imperativo constitucional que aparea o trae consigo una serie de obligaciones más específicas y concretas para el Estado, que van desde una adecuada política comercial exterior que fomente la apertura de nuevos mercados para la exportación de nuestros productos nacionales en condiciones de equidad, hasta la implementación de planes nacionales concretos de fomento y articulación de la empresa privada a fin de que ésta pueda enfrentarse con éxito a este nuevo contexto de comercio internacional.

En el caso, es obvio que la salida del mercado de una empresa o sociedad comercial es una situación que, en principio, debe ser evitada por el Estado, pues al margen de las consecuencias gravosas que ello genera para las personas que mantienen una relación directa con la empresa (pérdida del empleo por parte de sus trabajadores, obligaciones tributarias y pecuniarias derivadas de su existencia, entre otras), la continuidad de una empresa y el estímulo de su permanencia es la base de la vida económica de nuestro país. A este respecto es necesario recordar que el propio legislador ha establecido supuestos en los que dicha continuidad puede ser impuesta por el Estado a través de un decreto. En efecto, el artículo 410 de la Ley General de Sociedades ha prescrito al respecto lo siguiente: “No obstante mediar acuerdo de disolución de la sociedad anónima, el Estado puede ordenar su continuación forzosa si la considera de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. En la respectiva resolución se establece la forma cómo habrá de continuar la sociedad y se disponen los recursos para que los accionistas reciban, en efectivo y de inmediato, la indemnización justipreciada que les corresponde”. En esta misma línea, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un *sistema concursal* cuyo fin primero es la *permanencia* de la unidad productiva o empresa, en armonía con la recuperación del crédito y la protección del patrimonio de la empresa (artículo I del Título Preliminar de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal).

Como puede observarse de estos dispositivos, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto formas de protección de la continuidad empresarial que concretan, en el plano legislativo, el deber estatal de protección y promoción de la inversión privada y que deben ser aplicadas teniendo en cuenta el horizonte constitucional de una economía basada en la empresa y en el libre desenvolvimiento de la persona. En esta perspectiva, consideramos que la protección de la continuidad de la empresa, en principio, es un bien constitucionalmente tutelable, aún cuando su implementación esté sujeta a determinadas posibilidades fácticas y deba estar acorde siempre con el conjunto de valores, principios y derechos que la Constitución contiene.

53. Efectuando ahora el cotejo de los dos bienes objeto de protección en el presente caso –la continuidad de la sociedad, por un lado, y los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación de los accionistas minoritarios, por otro–, es preciso notar que si bien el accionista puede verse afectado gravemente en el ejercicio de sus derechos fundamentales con la reducción a 0 (cero) del capital social; de impedirse la realización de la operación “acordeón”, y procederse, como lo establece el artículo 407, inciso 4 de la Ley General de Sociedades, a la disolución de la empresa; del mismo modo, el socio podría verse afectado en su patrimonio accionarial y en su derecho a la libre iniciativa privada y de asociación hasta el punto de ser privado de modo absoluto del goce efectivo de los mismos; ello en razón a que, en un proceso de salida del mercado de la sociedad comercial, el socio perdería también la posibilidad de seguir desarrollando la actividad económica elegida a través de la empresa a la que pertenece (libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación), así como, eventualmente perdería también su patrimonio accionarial (derecho de propiedad); y ello porque, además de extinguirse, junto con la sociedad, el interés económico individual del socio, el reintegro del valor económico de las acciones y, por ende, la restitución del patrimonio accionarial a los socios es de por sí bastante incierta, en tanto, la compensación económica del valor accionario sólo podrá producirse una vez que la sociedad haya cubierto o amortizado con su patrimonio las ingentes deudas que dicha empresa posee, según lo establecido por el artículo 420, inciso 1 de la Ley General de Sociedades que establece, de modo imperativo que: “Los liquidadores no pueden distribuir entre los socios el haber social sin que se hayan satisfecho las obligaciones con los acreedores o consignado el importe de sus créditos”.

54. En consecuencia, ante dos circunstancias que pueden llevar a los socios o accionistas minoritarios a la misma afectación de su patrimonio accionarial y de su derecho a la libre iniciativa privada y asociación (la reducción a cero y disolución de la empresa), y ante la protección constitucional que uno de los dos supuestos ofrece (la operación acordeón) en relación al otro (la disolución), resulta necesario desde una óptica constitucional preferir el supuesto que ofrece la protección de otro bien constitucional, frente al supuesto que no lo ofrece o que lo ofrece en grado muy mínimo y remoto. En esta perspectiva, no sería constitucionalmente admisible *prohibir* la adopción de la operación “acordeón”, si con ella puede alcanzarse la protección de un bien constitucional de acentuada relevancia en nuestro régimen económico como la libre iniciativa privada y si con ella no se produce una afectación más grave de otros derechos fundamentales que en el supuesto que no se adoptase. En este contexto, y atendiendo además a los concretos derechos fundamentales de los accionistas minoritarios, este Colegiado considera que no es constitucionalmente legítimo otorgar un *derecho de oposición* a estos que impida la adopción de un acuerdo de este tipo; en tanto de no adoptarse esta decisión, los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación de los socios minoritarios se verían igualmente afectados, pues, como ya se dijo, el proceso de liquidación de la sociedad comercial podría arribar al mismo resultado negativo para estos derechos. Dicho en otras palabras, al no existir otra opción de protección de los derechos de los accionistas minoritarios y no poseer, por tanto, éstos un interés de relevancia constitucional en la no adopción de la operación “acordeón”, permitir a éstos bloquear la voluntad de la mayoría accionarial de continuidad de la empresa, significaría habilitar un supuesto de “*abuso del derecho*” proscribible desde todo punto de vista jurídico-constitucional.

3.4.2. Incidencia en el derecho de propiedad

55. No obstante lo anteriormente señalado, es necesario tener presente que si bien no puede otorgarse un *derecho de oposición* a los accionistas minoritarios que impida la decisión de llevar a cabo la operación “acordeón”, esto es, no puede exigirse un supuesto de *unanimidad* en la decisión de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social; tampoco puede concebirse, desde el punto de vista del derecho de propiedad, que aún en el caso de lograr un bien común mayor, opción que puede reflejar por otra parte, la *función social de la propiedad*, ésta se vea afectada sin *compensación* alguna. Ello en razón a que, además de ser ilegítimo en principio cualquier imposición del Estado o un particular sobre el ámbito constitucionalmente protegido de un individuo, en el caso del derecho de propiedad, la propia Constitución ha establecido en su artículo 70 que: “A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”. Si bien esta disposición se encuentra en un inicio dirigida al Estado, consideramos que el *telos* de la disposición constitucional encierra un objeto constitucional que bien puede extenderse también al supuesto que se encuentra bajo análisis en la presente controversia, esto es, a la reducción a 0 (cero) del capital social.

Y ello es así porque el espíritu que anida en la norma constitucional sobre la *expropiación* es la expresión de ese equilibrio que, como ya desarrollamos en el ítem sobre nuestro modelo ius-fundamental económico, el modelo de *economía social de mercado* busca entre el principio de *economía abierta*, representado por el respeto absoluto de los derechos fundamentales económicos, entre ellos la propiedad, y el principio del *Estado Social*, representado por la intervención del Estado en procura del bienestar general y el bien común; equilibrio que es también el que se pretende *al permitir* que, a través de la desaparición del patrimonio accionarial de los socios se asegure la continuación y permanencia de la sociedad en el mercado, aunque ello sin obviar la debida retribución del valor económico que ostente la propiedad de las acciones a sus respectivos titulares.

A mayor abundamiento, es preciso recordar el supuesto establecido en el artículo 410 de la Ley General de Sociedades que prescribe que el Estado puede ordenar la continuación forzosa de una sociedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley; caso en el cual es obligatorio el otorgamiento de una indemnización justipreciada a los socios en compensación por la expropiación de sus acciones. Como se ve, si bien

nuestro ordenamiento jurídico permite la pérdida de la propiedad (incluso de las acciones comerciales), por causa de interés público y necesidad nacional, dicha pérdida o expropiación sólo puede ser llevada a cabo bajo la condición de una indemnización justipreciada por el valor económico de la propiedad expropiada.

Es por este orden de razones que este Tribunal considera que, desde la perspectiva del derecho de propiedad, la operación acordeón es constitucionalmente legítima, aunque su puesta en práctica debe estar sujeta a una previa condición de validez: el otorgamiento del respectivo *derecho de separación* a los socios, lo cual implica indefectiblemente que el socio minoritario que no esté de acuerdo con la reducción del capital social a 0 (cero) y lo manifieste así, de modo indubitable, pueda ejercer su derecho de separación previo con el objeto de que se le *restituya* el valor que en ese momento ostentan las acciones de las cuales es titular, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades.

3.4.3. La necesidad de la operación “acordeón” y el derecho de oposición

56. Antes de ingresar al análisis de constitucionalidad de la operación “acordeón” a la luz de los derechos a la libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación, consideramos necesario detenerse en otro punto de suyo importante para evaluar la validez constitucional de este mecanismo societario de permanencia de la sociedad comercial. Como ya se dijo, la legitimidad constitucional de esta operación societaria encuentra su fundamento último en la *continuidad* que puede alcanzar la sociedad comercial o empresa en el mercado; situación que, como ya dijimos, constituye un supuesto de protección constitucional; y que de no producirse, acarrearía como ya vimos al analizar el artículo 407 de la Ley General de Sociedades, la disolución y posterior liquidación de la empresa. De allí que, la primera condición inescindible de validez constitucional de esta operación sea justamente la *necesidad* de adoptar una medida de este tipo. Es decir, la operación “acordeón” sólo se justifica si es que la crisis económica que atraviesa la empresa fuera tan grave que el único medio de que dispone la sociedad para poder permanecer en el mercado sea la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social. En este sentido, la operación “acordeón” debe constituirse en la *última opción* de la sociedad para no desaparecer de la vida económica. Ello es así porque, como este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de precisar al desarrollar el principio de proporcionalidad (STC 0045-2004-AI/TC), una medida que afecte un derecho fundamental debe ser la menos gravosa para su ejercicio frente a otras opciones que se presenten como más intensas. En este sentido, la operación “acordeón” además de necesitar ser *idónea* en el sentido de que constituya un medio adecuado para la recuperación económica de la empresa, situación que como ya hemos visto sólo se produciría si se aumenta el capital social en grado suficiente para superar la situación financiera deficitaria, también debe ser *necesaria*, en el sentido de no existir otro medio para lograr la recuperación de la empresa y que sea menos gravosa para los derechos de los accionistas que la reducción a 0 (cero) del capital social. Como ya se ha visto, la incidencia que la operación “acordeón” tiene sobre los derechos fundamentales de los accionistas a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación es tan grave y acentuada que este mecanismo de recuperación económica sólo puede adoptarse como “*medida última*” o “*última ratio*” para lograr la tan mentada permanencia de la sociedad en el mercado.

En este contexto, este Tribunal considera necesario que el accionista minoritario cuente con un medio para solicitar la *reevaluación* de los estados financieros que sustentan la adopción de una medida de este tipo. En este sentido, el accionista debe poseer un *derecho de oposición* sobre la decisión adoptada, no con el objeto de impedir la adopción del acuerdo societario si es que éste fuere necesario, sino sólo con el objeto de evaluar justamente su necesidad. Mediante este derecho de oposición *prima facie*, el accionista puede solicitar un nuevo examen de los informes financieros que sustentan la decisión de llevar a cabo la operación “acordeón”, el cual si no arroja la necesidad de haber adoptado la misma, debe conducir a la revocatoria de la del acuerdo adoptado. Este derecho de oposición debe regirse por las reglas establecidas en el artículo 219 de la Ley General de Sociedades, en lo que le sea aplicable.

A mayor abundamiento, este Colegiado observa con preocupación cómo un mecanismo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital puede ser utilizado por quienes ostentan la mayoría accionarial de la sociedad, para favorecer la pretensión de determinados grupos económicos o de ellos mismos, en desmedro de los accionistas minoritarios, a los cuales pueden eliminar a través de esta medida. Ello, como ya se dijo en el fundamento 32 de la presente sentencia, no sólo importaría la vulneración de los específicos derechos ius-fundamentales económicos de los accionistas minoritarios, sino la traición del propio fundamento antropológico que anida en nuestro modelo constitucional económico de economía de mercado o economía abierta. Como ya se expresó al momento de desarrollar el sustrato valorativo de nuestro modelo ius-fundamental económico, el *régimen de economía abierta* no representa sólo un modelo que busque la acumulación de riqueza mediante el estímulo del libre desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. En este contexto, un accionar estatal o privado que abusando de su posición económica dominante otorgue preferencias a terceros sin base objetiva ni razonable, en desmedro de una competencia libre y justa, constituye la materialización de un *modelo patrimonialista* que desnaturaliza completamente el espíritu de *libre iniciativa privada* que está en la base de nuestro régimen económico constitucional. En el presente caso, la imposición de una medida que afecta de modo intenso los derechos de los accionistas minoritarios a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación, sin que haya sido necesaria y con el único objeto de facilitar el ingreso de terceras personas “favorecidas” a la sociedad o la búsqueda del propio posicionamiento accionarial, constituirá una conducta no sólo ilegítima a la luz de los concretos derechos ius-fundamentales enunciados, sino a la luz del principio-derecho de *dignidad humana* y del *libre desenvolvimiento de la personalidad* que, como principios rectores de todo el corpus constitucional, conforman también el sustrato filosófico de nuestro régimen económico constitucional. En este contexto, este Tribunal considera ineludible el establecimiento *prima facie* de un derecho de oposición de los socios minoritarios que permita el reexamen de la información vertida en los estados financieros, a fin de evitar un *abuso de posición económica* por parte de la mayoría accionarial.

3.4.4. Incidencia en el derecho a la libre iniciativa privada y el derecho de asociación y ejercicio del derecho de suscripción preferente

57. Finalmente, aun cuando el derecho de suscripción preferente haya quedado excluido del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de propiedad en tanto el ejercicio de este derecho no implica la defensa de la propiedad de las acciones, las cuales se pierden inexorablemente una vez adoptada la reducción a 0 (cero) del capital social; este Tribunal considera que lo mismo no ocurre en el caso de los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación. En nuestra opinión el derecho de suscripción preferente constituye en el caso de un supuesto de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, un ámbito de los referidos derechos directamente protegido desde la Constitución; por lo que su ejercicio representa también una condición de legitimidad constitucional de la operación “acordeón”. Y ello es así porque en este supuesto, el derecho de suscripción preferente no sólo cumple la función de mantener al accionista en la misma posición política que ostentaba antes de un aumento de capital, con el consiguiente poder de dirección y vigilancia sobre la sociedad y el disfrute del mismo porcentaje en la distribución de los dividendos de la sociedad -situación que, como ya se ha establecido en el fundamento 45 de la presente sentencia no representa un supuesto de directa protección constitucional-, sino que en este caso el derecho de suscripción preferente importa la propia posibilidad de que el accionista se siga manteniendo como socio de la empresa que adoptó el acuerdo de reducción a 0 (cero).

En efecto, como ya se ha precisado en el fundamento 50 de la presente resolución, la reducción a 0 (cero) del capital social no sólo elimina el soporte económico-material de la sociedad, y el patrimonio accionarial del socio en tanto bien económicamente valuable, sino que anula el título que otorga al accionista la calidad de tal. En este contexto, la reducción a 0 (cero) del capital social, impuesta por una mayoría accionarial a los socios minoritarios incide directamente en la facultad jurídica de pertenecer a la sociedad (*derecho de*

asociación) (STC 4241-2004-AA/TC, fundamento 5) y de realizar a través de ella una actividad económica (*derecho a la libre iniciativa privada*), al punto de poder dejar sin virtualidad fáctica alguna su ejercicio. En principio, por tanto, tal como se razonó en el caso del derecho de propiedad, la reducción a 0 (cero) del capital social implicaría una intervención constitucionalmente ilegítima en estos dos derechos.

Sin embargo, siguiendo también el mismo esquema argumentativo utilizado para justificar la intervención de la operación “acordeón” en el derecho de propiedad, debe tenerse en cuenta que en el caso de los derechos a la libre iniciativa privada y de asociación, también la lesión constitucional se produciría con la otra opción que le quedaría a la sociedad de no adoptarse este acuerdo, es decir, con la disolución de la empresa; por lo que, como ya se dijo, ante un supuesto de este tipo (igual afectación de los derechos fundamentales implicados) existe la exigencia constitucional de preferir la opción que ofrece una protección constitucional relevante, como es el caso de la operación acordeón, que permite la continuidad de la empresa en el mercado, frente a una que no lo ofrece como es el caso de la disolución. Por lo demás, como también ya se indicó en el fundamento 55 de la sentencia, al no tener el accionista minoritario un *interés subjetivo* constitucionalmente relevante en la elección de la otra opción societaria, esto es, en la disolución de la empresa, en tanto, tampoco ésta le brinda protección constitucional alguna a sus derechos, no puede otorgarse al accionista minoritario un derecho de oposición que impida la adopción del acuerdo de reducción a 0 (cero) del capital social, amparando con ello un supuesto de “abuso del derecho”; al margen de que, como ya se estableció en el acápite anterior, el accionista pueda solicitar la revisión de la necesidad de la medida adoptada vulneradora de sus derechos fundamentales.

58. No obstante si bien tampoco el accionista minoritario puede oponerse a la adopción de una medida de este tipo, invocando sus derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación, tampoco puede ser despojado del ejercicio de estos derechos sin protección constitucional alguna. En este contexto, si en el ejercicio libre de su autonomía, aún considerando las cargas gravosas que económicamente ello le impone, el accionista minoritario desea seguir perteneciendo a la empresa y seguir desarrollando a través de ella su inversión económica, el ordenamiento jurídico debe proveerle de un mecanismo que le de preeminencia sobre los agentes externos que deseen ingresar a la sociedad comercial; y ello porque sólo a través de este mecanismo de suscripción preferente puede asegurarse que el accionista minoritario que perdió, por imposición de la mayoría su calidad de tal, continúe en la empresa, ejerciendo la actividad económica en la que aún cree y en la que desea seguir invirtiendo. En tal circunstancia, consideramos que el derecho de suscripción preferente, establecido en la normalidad de los casos para proteger el mantenimiento de la posición accionarial del socio, alcanza un redimensionamiento de su finalidad constitucional y legal, hasta constituirse en un derecho de ejercicio indispensable para lograr la protección constitucional de los derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación, en un supuesto de reducción a 0 (cero) del capital social. La práctica de este derecho, por lo demás, debe estar sujeta a las reglas contenidas en el artículo 209 y 210 de la Ley General de Sociedades.

59. En síntesis, este Tribunal considera que si bien la operación “acordeón” es permisible desde una óptica constitucional, dado el preeminente valor que alcanza en nuestro régimen económico la libre iniciativa privada, ejercida por lo general en el marco de la actividad empresarial, lo cual supone un deber estatal de protección y promoción de la continuidad de las sociedades comerciales; para llegar a ser constitucionalmente legítima de *modo definitivo*, esta medida debe estar premunida de las siguientes condiciones de validez, en atención a la protección de los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación:

- a) En primer lugar, la operación acordeón debe ser *idónea* y *necesaria* para la consecución del fin pretendido. En este contexto, la adopción de esta medida debe suponer la reducción y aumento del capital social en grado suficiente para superar las pérdidas y la crisis financiera de la empresa (*test de idoneidad*), además de constituirse en la única medida posible de adopción para que la sociedad no caiga o se encuentre incurso en una causal de disolución (*test de necesidad*). En esta perspectiva, con el objeto de proteger al accionista minoritario contra una

maniobra empresarial que lo único que persiga es el favorecimiento de ingreso de “terceros” a la sociedad o el propio bienestar pecuniario de la mayoría, sin que exista una necesidad imperiosa de por medio, el socio puede ejercer un “*derecho de oposición*” con el objeto de solicitar ante el juez la reevaluación de los estados financieros de la empresa que sustentan la decisión de reducir a 0 (cero) el capital social. Esta oposición tiene por finalidad, sin embargo, examinar sólo la “necesidad” de la medida, por lo que si se confirmase el estado financiero de la empresa, la medida adoptada se convalidará, procediéndose a su ejecución. El procedimiento para el ejercicio de este derecho deberá ser el regulado por el artículo 219 de la Ley General de Sociedades.

- b) En segundo lugar, una vez adoptado (y convalidado en su caso) el acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, el accionista minoritario que haya expresado de modo indubitable su oposición al mismo, puede ejercer su *derecho de separación* con el objeto de que se le restituya el valor de sus acciones, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades.
- c) Finalmente, una vez adoptada la decisión de reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas que no hubieran ejercido el derecho de separación, podrán ejercer el *derecho de suscripción preferente* conforme a las reglas contenidas en los artículos 209 y 210 de la Ley General de Sociedades.

§4. Análisis del caso concreto

60. En el caso *sub examine*, la recurrente alega la vulneración de su derecho de suscripción preferente en la Junta de Acreedores de la empresa concursada Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, con sustento en tres razones:

- a) En primer lugar, en el hecho de que no se establecieron los requisitos mínimos para el ejercicio del mencionado derecho, regulados por la Ley General de Sociedades en los artículos 207, 208 y 209, y consistentes, en el presente caso, en la información sobre el número de acciones a suscribir de modo preferente y los aportes dinerarios suficientes para la mencionada suscripción; además del otorgamiento del certificado de suscripción preferente que, concomitantemente a su carácter de título valor, constituye un instrumento de información de los datos requeridos para la suscripción de acciones.
- b) La imposición de cláusulas manifiestamente arbitrarias en la Adenda N° 1, que tenían como único objeto impedir la suscripción de acciones, en alusión al hecho de que las acciones suscritas debían ser pagadas íntegramente y en efectivo en el momento de la Junta.
- c) La ausencia de un momento de invitación a los accionistas para que ejerzan su derecho de suscripción preferente.

61. En cuanto a la primera alegación expuesta por la recurrente, en efecto, como se desprende de la Adenda N° 1 (fojas 33 a 37 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), la Junta de Acreedores no efectuó el cálculo de la cantidad de acciones y aportes dinerarios que le correspondía a cada socio con el objeto de ejercer su derecho de suscripción. Esta información que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 209, inciso 4 de la Ley General de Sociedades, debía estar contenida en el certificado de suscripción preferente, no fue puesta en conocimiento de los accionistas.

62. La ausencia de información sobre las acciones a suscribir y los montos requeridos para ello, en general, incide negativamente sobre el ejercicio del derecho de suscripción preferente de los accionistas. El ejercicio adecuado de los derechos económicos, en el marco de una economía de mercado, depende en gran medida del adecuado acceso a información de los agentes económicos. En el caso del derecho de suscripción accionaria, es obvio que éste

se vería afectado si el accionista no pudiera conocer cuál es el monto pecuniario requerido para mantener su posición accionaria.

63. Conforme se encuentra regulado el procedimiento de suscripción preferente en la Ley General de Sociedades, para el ejercicio de este derecho son necesarios dos requisitos copulativos: un conocimiento previo de las acciones a suscribir y de los montos necesarios para ello (representado por la aparición de esta información en el certificado de suscripción preferente) y un lapso de tiempo posterior a dicho conocimiento para el ejercicio de dicho derecho (representado por el procedimiento de dos ruedas establecido en la Ley General de Sociedades).
64. En el presente caso, sin embargo, al no haberse brindado dicha información y al pretender, como se establece en el inciso b) de la cláusula 3.2. de la Adenda N° 1, el *aporte íntegro y en efectivo* de la suscripción efectuada en el *mismo momento* de la Junta, la accionista recurrente vio seriamente comprometido el ejercicio del derecho suscriptorio, pues ¿cómo podría pagar íntegramente y en efectivo el monto de la suscripción en el momento de la Junta si antes no tuvo conocimiento de cuál era dicho monto dinerario? Por otro lado, ¿cómo podía ejercerse la suscripción de acciones en el momento de la Junta si la cláusula que establecía el pago íntegro y en efectivo en el momento de la Junta, se estableció en el mismo momento de la Junta? La omisión de la Junta en el establecimiento de la cantidad de acciones a suscribir y del monto dinerario necesario para ello, en concordancia con la cláusula citada de la Adenda N° 1, representan no sólo un incumplimiento de los dos requisitos esenciales contenidos en el procedimiento establecido en la Ley General de Sociedades, sino que configuran de por sí un *procedimiento arbitrario e irrazonable* en el modo cómo debía operar el ejercicio del derecho de suscripción preferente en el presente caso; situación asaz delicada en el caso de la operación “acordeón”, pues ello comprometía, como ya se dijo, la propia presencia de la accionista en la empresa concursada.
65. En la presente causa, por tanto, además de vulnerarse el *derecho al debido procedimiento corporativo privado* en su dimensión de un marco adecuado y razonable de todo procedimiento donde se discutan los derechos de las personas, se ha afectado el derecho de los accionistas de la empresa concursada Chiquitoy S.A. a la asociación y libre iniciativa privada, en su dimensión de pertenecer a una sociedad comercial y de ejercer a través de ella la actividad económica elegida. En el presente caso, si bien apreciamos la circunstancia especial de la gravedad económica de la empresa y del procedimiento concursal al cual la misma está sometida, lo cual puede implicar la morigeración, por ejemplo, del requisito de dos ruedas en el ejercicio del derecho suscriptorio, ello no puede significar la imposición de cualquier medida o cualquier procedimiento en la suscripción preferente, sino sólo uno que contenga mínimos criterios de razonabilidad y que garantice los derechos de los accionistas minoritarios, sobre todo en un supuesto de especial gravedad como el caso de la operación “acordeón”. Deben pues cumplimentarse en todo momento los dos supuestos establecidos en el fundamento 64 de la presente sentencia, como condición de un ejercicio razonable del derecho de suscripción preferente.
66. En lo que respecta al momento para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, estimamos que no es de recibo el argumento de la parte emplazada y del INDECOPI según el cual la accionista recurrente tuvo su momento para el ejercicio del derecho de suscripción preferente cuando se leyó y aprobó la Adenda N° 1. Como se aprecia de la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI (fojas 65 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) y del escrito de absolución de traslado de apelación de fecha 12 de junio de 2007 presentado por el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. (fojas 89 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) el argumento se expresa en la siguiente cita efectuada del Acta de Junta de Acreedores de la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. (fojas 117 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad):

“Luego de finalizada la lectura de la propuesta y efectuadas las explicaciones señaladas, el Presidente, dirigiéndose a los acreedores y fundamentalmente a los accionistas presentes, indicó si tenían alguna propuesta diferente que hacer para reconstituir el capital social, es decir, efectuar los aportes que les correspondían

en ejercicio de su derecho de suscripción preferente o alguna otra propuesta diferente”.

De esta cita se desprende, como argumento de la parte emplazada, que una vez leída la Adenda N° 1 (donde se contenía la propuesta de reducción a 0 y la capitalización de créditos de los accionistas de clase C) y otorgada la posibilidad a los accionistas de efectuar otra propuesta distinta, sin que estos la hayan efectuado, la Adenda N° 1 quedó aprobada y consumada en el mismo acto la reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital con capitalización de créditos de la clase C. Pasado este momento, por tanto, la accionista recurrente ya no podía suscribir, por lo que su intervención posterior se convirtió en extemporánea.

67. Al margen de que la accionista haya podido conocer o no, a partir de esta invocación del Presidente de la Junta, de que ése era el momento de la suscripción, consideramos que la aprobación de la Adenda N° 1 no podía significar la consumación de los acuerdos que contenía, y ello por una razón fundamental: la consumación de la operación “acordeón” en el mismo acto de aprobación de la Adenda N° 1, dejaba a la recurrente en *situación de indefensión* si es que la misma pretendía la suscripción de acciones, pues la falta de un momento posterior a la aprobación de la Adenda para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, hacía la referida suscripción imposible, teniendo en cuenta la condición de pago íntegro y en efectivo de la suscripción contenida en el inciso b) de la cláusula 3.2. de la referida Adenda.
68. La situación de indefensión en la que, tanto el procedimiento de suscripción preferente regulado en la Adenda N° 1 dejaba a la accionista recurrente, como la ausencia de una división entre el momento de aprobación de la Adenda y el momento de adopción del acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital social, que implicó la ausencia de una nueva convocatoria donde se estableciese claramente la posibilidad de llevar a cabo la operación “acordeón”, llevan a concluir que en el presente caso se vulneraron los derechos de la accionista recurrente a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación, además del debido proceso corporativo privado y el principio de interdicción de la arbitrariedad.
69. Como ya se ha establecido a lo largo de la presente sentencia, la Junta de Acreedores tenía legitimidad para llevar a cabo la llamada operación “acordeón”, procurando la continuidad de la empresa, sobre todo si tenemos en consideración que el fin consustancial a ésta es justamente la recuperación de la empresa y el cobro de lo adeudado, finalidad también relevante en aras de la seguridad jurídica de las transacciones comerciales y obligaciones patrimoniales; sin embargo, dicha potestad debía ser ejercida en armonía plena con los derechos, principios y valores que la Constitución recoge. Es necesario dejar claramente establecido en este punto, que si bien en un régimen de protección patrimonial como el sistema concursal la decisión del destino de la empresa o sociedad comercial recae en la Junta de Acreedores, con el objeto primordial de recuperar el crédito, reflatando la empresa o disponiendo su salida ordenada del mercado, con lo cual la voluntad societaria encarnada en la Junta General de Accionistas ya no se encuentra presente; ello no significa en modo alguno que los accionistas considerados de modo individual no deban ser tenidos en cuenta a la hora de que la Junta de Acreedores ejerza las potestades establecidas por ley. Y ello porque la empresa concursada, aunque bajo el gobierno de la Junta de Acreedores, aún existe y los accionistas legítimamente pueden seguir perteneciendo a la empresa (derecho de asociación) y tener la expectativa de volver a obtener ganancias a través de ella (derecho a la libre iniciativa privada). Tan es así, que la propia Ley General del Sistema Concursal establece en su artículo 68.1 que: “Cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente. Será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haberseles convocado en el respectivo aviso”.
70. En este contexto, también en el caso de sociedades sujetas a un régimen concursal rigen los principios o derechos que, como requisitos de ejercicio legítimo de la operación acordeón, se han establecido en la presente sentencia. En todo caso, como también ya se dijo, el ejercicio de tales derechos deberá ser cohonestado según el caso, con la urgencia

de adoptar una medida de salvataje de la empresa como la operación acordeón. En cuanto a la devolución de aportes se debe dar un margen suficiente de flexibilidad a la Junta de Acreedores a fin de fijar de común acuerdo con el accionista la devolución cuando éste ejerza su derecho de separación (según y como lo dispone el procedimiento establecido en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades), flexibilidad que deberá ser también observada por el juez en caso de conocer el asunto.

71. En el presente caso, si bien algunas de las exigencias establecidas en la presente sentencia, como el derecho de oposición no podían ser conocidas por las empresas demandadas, dado que son producto de un proceso de ponderación delicado y de una concreción constitucional compleja llevada a cabo, el carácter lesivo de las condiciones en que se llevó a cabo la mencionada reducción a 0 (cero) y aumento del capital social, va más allá de dicha determinación ius-fundamental y ha afectado, desde el propio establecimiento de un procedimiento irrazonable, el derecho de suscripción preferente que, en el presente caso, comprometía, como ya se dijo, la presencia de la accionista en la sociedad y, por ende, el ejercicio de sus derechos a la libre iniciativa y asociación. La Junta de Acreedores, en este contexto, al conocer de las implicancias de la forma cómo reguló el ejercicio del derecho de suscripción preferente (producto de lo cual finalmente terminarían las empresas demandadas como dueñas absolutas de la empresa concursada, en mérito a la capitalización de créditos de clase C, correspondientes sólo al Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. y el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A.) no sólo ejerció irregularmente sus competencias concursales, sino que incidió directamente en el ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios y del propio espíritu de *libre* iniciativa privada inscrito en nuestra Constitución Económica como base del modelo económico constitucional.
72. Además, en el caso concreto del derecho de propiedad de los accionistas, la afectación ius-fundamental ya había sido dispuesta en la propia Adenda N° 1 a través de su cláusula 2.4. (fojas 34 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), en la cual se excluyó la posibilidad de devolución de aportes a los accionistas, con lo cual se vulneró evidentemente el derecho de propiedad de los mismos, pues se excluyó un supuesto constitucional de inescindible cumplimiento en la expropiación de cualquier bien, como ya se dejó sentado en el fundamento 56 de la presente resolución.

§5. De los efectos de la sentencia en el presente caso

73. Por último, si bien el amparo ostenta, por naturaleza, un carácter reparador, lo cual supone, de ordinario, retrotraer las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos fundamentales; ello no puede constituirse en una norma inderrotable de cara a los efectos que pueda tener una sentencia del Tribunal Constitucional, que pueda hacer más perniciosa la solución brindada al caso que el propio acto lesivo perpetrado por la parte demandada. En este sentido, anular los acuerdos de Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, si bien constituiría técnicamente lo más correcto, dicha solución no se condice con el objeto general de la operación acordeón y del proceso concursal al cual estuvo sujeta la empresa concursada, esto es, la recuperación de la empresa. Si como se ha razonado ampliamente en los fundamentos de la presente sentencia, la operación acordeón se encuentra plenamente justificada en el hecho de recuperar a una empresa, con la importancia que ello tiene en un régimen de economía de mercado como la nuestra y de cara a la protección de sus trabajadores, no encuentra mucho sentido después que ésta ha logrado su recuperación volver las cosas al estado anterior y poner a la empresa nuevamente en un estado de inestabilidad financiera.
74. Por ello en el presente caso, este Colegiado considera más prudente, en atención a los bienes constitucionales en juego, que no obstante ser ilegítima la forma de separación de la actora de la empresa, por lo que cabe, su reincorporación en su calidad de accionista, no retrotraer las cosas al estado anterior de la Junta de fecha 06 de diciembre del 2006 y, por tanto, mantener vigentes los acuerdos adoptados y la situación actual de la empresa. Por último, los daños que se hayan ocasionado a la accionista o lo dejado de percibir producto

de su separación ilegítima desde la fecha de la junta hasta la actualidad, pueden ser producto de una demanda independiente en la vía ordinaria, donde a la luz de las pruebas que se deben ofrecer para ello, se logre determinar el daño producido.

Por los fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. **Declarar** FUNDADA

la demanda de autos, por haberse vulnerado los derechos de la recurrente, señora Flor de María Ibáñez Salvador, a la propiedad, a la libre iniciativa privada, a la asociación, al debido proceso corporativo privado y a la interdicción a la arbitrariedad; en consecuencia se **ORDENA** a las empresas emplazadas que cumplan con **RESTITUIR** a la demandante Flor de María Ibáñez Salvador la titularidad de todas las acciones que poseía en la mencionada empresa, antes de los Acuerdos anulados en la presente sentencia; y, por ende, se le **RESTITUYA** en su calidad de accionista de la mencionada empresa, con todos los derechos que de dicha condición se derivan.

2. **DISPONER** dejar en potestad de la demandante ejercer los derechos que le corresponden producto de los daños ius-fundamentales producidos en la vía ordinaria correspondiente.

3. **DISPONER** que la empresa Agraria Chiquitoy se abstenga de volver a incurrir en la misma afectación ius-fundamental expuesta en la presente sentencia al momento de llevar a cabo la operación acordeón y que, en todo caso, deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en el fundamento 60 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA
IBÁÑEZ SALVADOR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FONDISA"), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros con el objeto de que se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de la empresa agraria demandada Chiquitoy S.A., de fecha 06 de diciembre de 2006, puesto que se está afectando sus derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de trabajo, derecho a la propiedad, derecho al debido proceso corporativo particular y derecho a la interdicción de la arbitrariedad.
2. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad declara la improcedencia liminar en atención a que el proceso de amparo no es la vía idónea para realizar el cuestionamiento que realiza en su demanda ya que existe una vía igualmente satisfactoria regulada por el artículo 132º de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. Asimismo refiere que lo que en realidad cuestiona la recurrente es lo resuelto en el procedimiento administrativo llevado ante INDECOPI, por lo que la vía idónea sería el proceso contencioso administrativa, y si en todo caso el cuestionamiento de la demandante estaría circunscrito al acuerdo de la Junta de Acreedores el plazo para interponer la demanda ha transcurrido en exceso. La Sala Superior revisora confirma la resolución apelada considerando que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., por lo que la vía idónea igualmente satisfactoria es el proceso contencioso administrativo, por lo que debe recurrir a él.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional al intervenir como tribunal de alzada debe limitarse al auto de rechazo liminar, desde luego.
4. Al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional la

limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazoliminar.

5. El artículo 47º Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que “si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”. Este mandato tiene sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponerse en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
7. No está demás recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47º del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427º del Código Procesal Civil en su último párrafo al decir: “La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”. Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
8. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto.
9. En el presente caso encontramos que las instancias precedentes han rechazado liminarmente la demanda considerando principalmente que existe una vía idónea igualmente satisfactoria, esto es el proceso contencioso administrativo. Es así que observo la existencia de un conflicto en un ámbito privado en el que se discute la afectación de derechos fundamentales con la aplicación de un procedimiento denominado “acordeón”, figura que este Colegiado no ha abordado anteriormente, debiéndose determinar si este Colegiado puede abordar temas relacionados con un procedimiento concursal, y además evaluar si los procedimientos creados a efectos de garantizar la permanencia de las empresas son atentatorios de los derechos de los accionistas minoritarios.
10. En tal sentido considero que el tema traído a esta sede tiene especial relevancia que debe ser objeto de análisis por parte de este Colegiado a fin de determinar si los procedimientos establecidos para evitar la disolución de las empresas –como en este caso el denominado “acordeón”– pueden afectar derechos fundamentales de accionistas que tienen una posición minoritaria. En tal sentido por el tema discutido y por la protección que merecen las personas que conforman una relación entre privados es que considero que debe revocarse el auto de rechazo liminar a fin de que se admita a trámite la demanda de amparo propuesta.
11. Finalmente cabe realizar una crítica a lo expresado en la resolución en mayoría en su fundamento 20, puesto que expresa que por el hecho de haber notificado con la resolución que rechazo liminarmente la demanda los emplazados han tomado conocimiento de los hechos planteados en la demanda, señalando además que los emplazados han intervenido en el procedimiento seguido ante INDECOP, por lo que conocen claramente de los hechos. Considero que dicha afirmación es errónea puesto que debe tenerse presente que un conflicto suscitado en la realidad –relación material– es llevado a un proceso judicial para que sea resuelto por un tercero imparcial. En tal sentido bajo el argumento esbozado por la resolución en mayoría se podría inferir que ante un auto de rechazo liminar no solo se “puede” sino se “debe” ingresar al fondo puesto que siempre el que debiera ser emplazado tiene conocimiento –por haber sido parte de la relación material– de los hechos de la demanda, lo cual es un grave error que permite afectar el derecho de defensa de los emplazados, lo cual es inaceptable. Por ello debo reiterar lo expresado en el presente voto, puesto que cuando se notifica el auto de rechazo liminar el emplazado no tiene

conocimiento de la demanda y por tanto no sabe sobre qué defenderse, por ello es necesario expresar que el conocimiento del emplazado del contenido de la demanda es la garantía de igualdad entre las partes.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional, debiéndose en consecuencia admitir a trámite la demanda a fin de que se verifique si los procedimientos establecidos para garantizar la permanencia de las empresas –como el procedimiento acordeón– afectan derechos fundamentales de los accionistas minoritarios.

**Sr.
VERGARA GOTELLI**

**LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA
IBÁÑEZ SALVADOR**

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
BEAUMONT CALLIRGOS**

1. En la forma como aparece o se desprende de autos, debo expresar que según mi conocimiento, ni la doctrina, ni la legislación, ni menos aún, la jurisprudencia societaria, estudia de modo particular, regula, establece o autoriza, respectivamente, la posibilidad de que en una junta general de accionistas, la mayoría –casi arbitraria o abusivamente, pueda adoptar un acuerdo de reducir el capital social a cero (0), y luego aumentarlo a cualquier cifra (“operación acordeón”), sea por nuevos aportes de los mismos socios o por aportes de terceros, debidamente convocados al efecto. Conste: tampoco existe prohibición expresa! Lo que ocurre es que, se supone, deben haber o existir ciertos supuestos fácticos y/o un entorno especial de derecho, que lo hagan aconsejable y absolutamente legítimo.
2. Este acuerdo, en el Perú, me refiero al abusivo y arbitrario, por ser contrario a la Ley General de Sociedades, LGS, sería fácilmente impugnabile en la jurisdicción ordinaria, a tenor de su art. 139°^[1]. La ley dispone que si el accionista concurre a la junta debe dejar constancia en acta de su oposición al acuerdo (art. 140°^[2]); también puede impugnar el accionista que está ausente al momento de la convocatoria y celebración de la junta; y por último, también, el que ha sido ilegítimamente privado de emitir su voto. La impugnación, en todo caso, caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo, si el accionista concurre a la junta; a los tres, si no pudo concurrir; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción (art. 142°^[3]). La impugnación se tramita en el proceso abreviado y cuando se sustenta en defecto de convocatoria o falta de quórum, en el sumarísimo (art. 143°^[4]).
3. Tal como se dijo antes, no existe, arreglada a derecho, la posibilidad de que ello ocurra, por dos razones:
 - (i) Porque el régimen legal en todas las formas societarias^[5] está orientado en asegurar la conservación de la participación de los socios en el capital social de la empresa, es decir, en el porcentaje (%) que aportaron cuando constituyeron, organizaron o fundaron la sociedad, o más adelante, al momento de adoptar, en junta general, el acuerdo de aumentar el capital social, a partir del porcentaje que ostenta cada quien –persona natural o jurídica, en ese acto, según hayan adquirido o vendido, es decir, si es que unos compraron a otros directamente, con arreglo a ley y estatutos, o lo hicieron a través de la Bolsa de Valores^[6]; y,
 - (ii) Porque reducir a cero (0), arbitraria y abusivamente, el capital social, aprovechando ostentar mayorías reforzadas o calificadas en el capital social, significa un despojo, un arrebato de bienes ajenos, una apropiación indebida o ilícita del aporte de los socios minoritarios, para luego, utilizando la misma posición ventajosa que se tiene en dicha junta general, **aumentar** el capital social a la cifra que se desee, suscribiendo el mismo, los poderosos, los que también habían adoptado aquella decisión de reducción; o haciendo suscribir las acciones por terceros convocados al efecto.
4. De otro lado, también la LGS prevé, en determinados casos, la Nulidad de Acuerdos Societarios (arts. 38°^[7] y 150°^[8]) con una regulación que contiene varias semejanzas y sólo tres, importantes y marcadas diferencias con la Impugnación de Acuerdos (que en realidad lo es, en exclusiva, para la Junta General de Accionistas, es decir, para la Sociedad Anónima). Todas las demás, son semejanzas. En efecto, la primera diferencia es que la acción de “Nulidad” caduca al año mientras que la impugnación a los dos o tres meses (el art. 38° remite al 35°^[9] y si bien éste alude a dos años, hace expresa salvedad a la posibilidad de remitirse a un plazo más corto de caducidad, como en este caso ocurre con el referido en el art. 150°); la segunda diferencia es que la nulidad se sustancia en el proceso de conocimiento mientras que las impugnaciones en el proceso abreviado o sumarísimo; y la

tercera, es que aquella puede ser interpuesta por cualquier persona con legítimo interés mientras que la impugnación solamente por accionistas, a quienes además se les exige mantener dicha condición durante el proceso (art. 144°^[10]). Conste, aprovechando el tema, que la remisión que hace el tercer párrafo del art. 38° al art. 36°^[11] es errónea, por impertinente. En efecto, declarada por el Juez la nulidad de un acuerdo societario, esta situación no debe llevar, para nada, a la disolución de pleno derecho de la sociedad y quedarse a punto para la designación de liquidadores. Esto, está bien que así sea cuando un juez, mediante sentencia firme, declare la nulidad del pacto social; pero no, pues, para el caso vulgar y silvestre, de la nulidad de un acuerdo societario, por ejemplo, la nulidad de un acuerdo de la Junta General de Accionistas o de Directorio.

5. En realidad, aquella Nulidad de Acuerdos Societarios se prevé, principalmente y más bien, en el Libro Uno de la LGS, Reglas Generales Aplicables a Todas las Formas Societarias, art. 38°. Sólo, marginal y supletoriamente, en el Libro Dos, para la Sociedad Anónima, art. 150°. Las semejanzas son varias y evidentes: (i) Lo previsto en el art. 38° acerca de que son nulos los acuerdos societarios adoptados con “omisión de las formalidades de publicidad prescritas” y “contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”, están dichas en el art. 139° cuando refiere “Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley”. (ii) Cuando en el art. 38° se dice “contrarios ... a las estipulaciones del pacto social o del estatuto”, está señalado en el 139° cuando refiere, “acuerdos que ... se opongan al estatuto o al pacto social”. (iii) Finalmente, Cuando el art. 38° dice “acuerdos... que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios” esta previsto en el 139° cuando dice “acuerdos que ... lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno varios accionistas, los intereses de la sociedad”.
6. Volviendo al tema. Aquella “operación acordeón” se da, salvo, quizás, en otros casos excepcionales, cuando una sociedad se halla incursa, por ejemplo, en un procedimiento concursal, tal como ocurre en estos autos; o en casos similares, de grave crisis financiera y pérdida de capital en tal magnitud, que la sociedad cae en causal de disolución (y liquidación), supuestos previstos, ciertamente, en el art. 407° incisos 4., y 5°^[12]. En el caso de autos se trata de una sociedad anónima abierta (S.A.A.) arts. 249° y siguientes de la LGS y por el régimen general aplicable a la sociedad anónima, art. 50° y siguientes, según lo prevé el art. 251°, y la demandante habría adquirido, aproximadamente, el 1% del capital social en la Bolsa de Valores de Lima, BVL, consciente de que se trataba de una sociedad anónima importante pero que se hallaba incursa en un procedimiento concursal en el cual, como es de público conocimiento (y la demandante, en tanto inversionista de capital, no lo podía ignorar), a la junta de acreedores solo le quedaba (i) adoptar el acuerdo de salir ordenadamente del mercado vía disolución y liquidación de la empresa, o (ii) la reestructuración de la empresa (o reflotamiento), vía medidas urgentes y apremiantes.
7. Ninguna mayoría societaria, simple o calificada (ni aun el 99.9999% del capital social) puede acordar, sin razón valedera alguna, disponer la reducción del capital social a cero (0) si es que lo que procura con ello no es darle o conferirle formalidad a lo que ha ocurrido en la realidad, es decir, la pérdida contable, total y absoluta del capital social, en la medida en la que los pasivos exceden largamente a los activos. Hacerlo, contrariando esta premisa, sería cometer un delito contra el patrimonio, pues el aporte de los socios estaría siendo recogido o apropiado por algunos, en agravio de los socios o accionistas vigentes, quienes caerían en calidad de víctimas o agraviados. Así de simple.
8. Si se ha perdido el capital, no existe la figura del “derecho de separación” del art. 200°^[13] porque no hay nada que devolver ni reembolsar y si bien el art. 68.1°^[14] de la Ley 27809 General del Sistema Concursal, LGSC, prevé que cuando la junta de acreedores acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente, lo es porque fueron ellos los fundadores, o quienes en algún momento impulsaron la empresa, o porque pueden existir, como tal vez lo sea (no lo podemos saber, en el caso de autos), intangibles no activados, es decir, *know how*, marcas, patentes, nombre comercial, logo, posesionamiento en el mercado, importantes proveedores, cartera de clientes u otros elementos o signos distintivos de la empresa, que la hagan económicamente atractiva, en cuanto a su subsistencia, y que

por supuesto tienen un valor en tanto y en cuanto haya acreedores y/o proveedores, o clientes potenciales, interesados en reflotar y reactivar, la empresa, por y con legítimo interés, en un mercado como el nuestro, ciertamente competitivo. Pero el capital social aportado, en sí mismo, se tiene que haber perdido, y en forma, prácticamente, irremediable, a no ser por los intangibles u otros intereses crematísticos. Entonces, hay que tomar medidas drásticas y urgentes, rápidas, para evitar el colapso y el naufragio. No se trata de medidas de reflexión, de lenta revisión ni de largo aliento. O se salva hoy o se hunde hoy. No hay más.

9. Conste de otra parte, y este es punto central, que según el art. 132°^[15] de la Ley 27809, LGSC, el proceso específico para la discusión de materias concursales es el proceso contencioso administrativo. En reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y desde hace varios años ya, se ha dicho y repetido, hasta el cansancio, que el Amparo no es alternativo, sino residual. No proceden los procesos constitucionales, reza el art. 5.2 del CPCo., “Cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”. Y de autos se desprende que se precisa de estación probatoria, la que está ausente en el proceso constitucional de amparo, como el presente.
10. No es verdad, de otra parte, que el proceso de disolución y liquidación no brinde protección constitucional alguna, a las minorías, en cuanto a sus derechos. Si se cuida, supervisa y controla la venta de los activos fijos, se enajenan las mercaderías excedentes, se cobran las facturas pendientes, y se valoriza y vende, adecuadamente, los intangibles no activados, consiguiéndose un precio total razonable; y de otro lado, se pagan los pasivos en la forma preferencial prevista en la Constitución y en el Bloque de Constitucionalidad: (i) Créditos Laborales, (ii) Créditos Garantizados, (iii) Créditos Tributarios y (iv) Créditos Comunes, el saldo remanente se devuelve o reembolsa a los accionistas, siendo preferidos los accionistas sin derecho a voto, según lo prevé el tercer párrafo del art. 97° de la LGS^[16]. El sexto párrafo del art. 414° de la LGS también hace referencia al derecho de las minorías a vigilar las operaciones de liquidación. Normatividad existe; la parte administrativa y operativa es la que hay que poner en marcha con arreglo a ley y estatutos.
11. Estando a lo expuesto, no hay evidencia en autos de que la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales que dice la demandante, tales como el de propiedad, el de libre iniciativa privada, el de asociación y el de interdicción de la arbitrariedad, haya en efecto, ocurrido. Si en la Junta de Acreedores ha existido atropello, falta de orden o irrespeto al derecho de suscripción preferente a favor de la demandante para ejercerlo, ello corresponde al nivel de los derechos “legales” que la demandante podrá ejercer en el contencioso-administrativo, mas no en el proceso constitucional de amparo. Hay que verificar si con oportunidad se alcanzaron los estados financieros auditados, si se publicó la agenda, si se pusieron a disposición los proyectos, las mociones, las propuestas, etc. (art. 130° LGS).
12. Según la Ley General del Sistema Concursal, LGSC, estando sometido un deudor, persona jurídica mercantil, a este procedimiento, es la Junta de Acreedores la que se sustituye a la Junta de Accionistas. Por eso, en más de una oportunidad he escrito y sustentado en sendas mociones, que nuestra Constitución Política, en su art. 70° debiera decir, “Salvo disposición especial de la Ley General del Sistema Concursal, a nadie puede privársele de su propiedad sino, exclusivamente, ...”porque perdido el capital social de la empresa, a sus dueños o titulares originales de participaciones o acciones, se les priva de su “otra propiedad”, la de sus intangibles no activados, y se hace con fines constitucionalmente válidos, salvar el crédito concedido, salvar a la empresa y todo lo que ella representa, socialmente, reflotarla, devolverla eficientemente al mercado, o salir de éste, ordenadamente, con respeto a los derechos y beneficios laborales, en primer lugar; a los créditos garantizados en segundo lugar, a los tributarios, en tercer lugar, y a los comunes, en cuarto y último término, tal como se dijo antes.

Siendo esto así, estando a los fundamentos glosados y al art. 5.2 del CPCo., mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda, dejando a salvo el derecho de la recurrente para que haga valer su pretensión en el cauce procesal correspondiente.

Sr.

BEAUMONT CALLIRGOS

**EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA
IBÁÑEZ SALVADOR**

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS CALLE HAYEN Y URVIOLA HANI

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor de María Ibáñez Salvador contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de setiembre del 2008, corriente a fojas 142, que declara improcedente la demanda de autos. Los magistrados firmantes emitimos el siguiente voto:

1. Con fecha 17 de diciembre de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) – La Libertad y el Procurador

Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, con el objeto de que se declare nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A., de fecha 6 de diciembre de 2006, en el entendido que estos vulneran sus derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de trabajo, derecho a la propiedad, derecho al debido proceso corporativo particular y derecho a la interdicción a la arbitrariedad.

2. De la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 29 de agosto del 2007 que corre en autos a fojas 59 a 67, se advierte que la recurrente impugnó los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, dando mérito a la expedición de la Resolución N° 0031-2007/INDECOPI-LAL del 22 de enero del 2007, que declaró infundada la impugnación, sosteniéndose que si bien la impugnante manifestó su voluntad de beneficiarse con la suscripción preferente de acciones, lo hizo después de haber concluido el debate y votación sobre dicho tema, motivo por el cual no pudo hacer efectivo tal derecho.
3. Contra la resolución aludida la recurrente con fecha 12 de febrero del 2007 interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el mismo que resolvió, mediante Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, confirmar la impugnada que declara infundada la impugnación deducida.
4. Sin embargo pese a que la recurrente tomó conocimiento de la resolución administrativa desestimatoria, conforme es de verse de la cédula de notificación de fecha 11 de septiembre del 2007, que corre a fojas 58, quedando de esta forma agotada la vía administrativa, no recurrió en contra de la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que desestimó su pretensión, sino que por el contrario recurrió al amparo en contra de los acuerdos de Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, alegando vulneración constitucional, cuando los acuerdos tomados en Junta, a la fecha de la interposición de la demanda, habrían prescrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional CPCConst. que establece que “[e]l plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda”; cuando la vía igualmente satisfactoria es la contenciosa administrativa, máxime si a la fecha de la interposición de la demanda de amparo los plazos para recurrir a la vía contenciosa administrativa no habían vencido.
5. El artículo 5°, inciso 2), del CPCConst. establece que no proceden los procesos constitucionales cuando: “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.
6. En el caso de autos, tratándose de una resolución emitida por la administración, la vía correspondiente es la contenciosa administrativa, por ser igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; es decir que, si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que tienen también la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, debe acudir a ellos debido al carácter residual del proceso de amparo, en cumplimiento del precedente vinculante recaído en el Expediente N° 00206-2005-PA/TC.
7. Siendo esto así, entendiéndose que el amparo está dirigido en contra la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, la vía igualmente satisfactoria para el conocimiento de la pretensión es la contenciosa administrativa.

Siendo esto así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del CPCConst., nuestro voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

Sres.

**CALLE HAYEN
URVIOLA HANI**

[1] Artículo 139.- Acuerdos impugnables

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.

[2] Artículo 140.- Legitimación activa de la impugnación

La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto

[3] Artículo 142.- Caducidad de la impugnación.

La impugnación a que se refiere el artículo 139° caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción.

[4] Artículo 143.- Proceso de impugnación. Juez competente

La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que sustentan en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo.

Es competente para conocer la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General el Juez del domicilio de la sociedad.

[5] Según la LGS las formas societarias son siete: (i) Sociedad Anónima, (ii) Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, (iii) Sociedad Colectiva, (iv) Sociedad Encomandita Simple, (v) Sociedad Encomandita por Acciones, (vi) Sociedad Civil Ordinaria y (vii) Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. La Sociedad Anónima admite dos tipos o modalidades (aunque la Ley se equivoca al llamarlas "Formas Especiales de Sociedad Anónima", ver el título de la Sección Séptima, Art. 234°), la Sociedad Anónima Cerrada y la Sociedad Anónima Abierta.

[6] Ver, entre otros, los artículos 103° Opción para suscribir acciones; 104° Adquisición por la Sociedad de sus propias Acciones; 238° Consentimiento por la Sociedad (en la SAC); 239° Adquisición Preferente en caso de Enajenación Forzosa (en la SAC); 200° Derecho de Separación del Accionista; 207° Derecho de Suscripción Preferente; 213° Aumento de Capital con aportes no dinerarios; 214° Aumento de Capital por capitalización de créditos; 217° Formalidades (de la Reducción del Capital); y 220° Reducción Obligatoria por pérdidas.

[7] Artículo 38.- Nulidad de acuerdos societarios

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34°, 35° y 36°, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35° cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.

[8] Artículo 150.- Acción de nulidad, legitimación, proceso y caducidad

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

[9] Artículo 35°.- Pretensión de nulidad del pacto social. Caducidad.

La demanda de nulidad del pacto social se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución.

[10] Artículo 144.- Condición del impugnante.

El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones.

La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.

[11] Artículo 36°.- Efectos de la sentencia de nulidad.

La sentencia a firme que declara la nulidad del pacto social ordena su inscripción en el Registro y disuelve de pleno derecho la sociedad. La junta general, dentro de los diez días siguientes de la inscripción de la sentencia, designa al liquidador o a los liquidadores. Si omite hacerlo, lo hace el Juez en ejecución de sentencia, y a solicitud de cualquier interesado. La sociedad mantiene su personalidad jurídica sólo para los fines de la liquidación.

Cuando las necesidades de la liquidación de la sociedad declarada nula así lo exijan, quedan sin efectos todos los plazos para los aportes y los socios estarán obligados a cumplirlos, de inmediato.

[12] Artículo 407°.- Causas de disolución

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

4. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente;
5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra;

[13] Artículo 200°.- Derecho de separación del accionista

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social;
2. El traslado del domicilio al extranjero;
3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existencias; y,
4. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas (...)

[14] Artículo 68°.- Capitalización y condonación de créditos

68.1 Cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente. Será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haberseles convocado en el respectivo aviso.

[15] Artículo 132°.- Órganos de competencia exclusiva

132.1 Tienen competencia exclusiva para resolver las impugnaciones de las resoluciones que se emitan en cualquier procedimiento concursal en materias reguladas por esta Ley, las Comisiones de Procedimientos Concursales y el Tribunal del INDECOPI, en sede administrativa, y las Salas correspondientes, en sede judicial.

132.2 Las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso administrativo. Por consiguiente, no procede el uso de vías procesales distintas para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la Ley y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos.

[16] Artículo 97°.- Preferencia de las acciones sin derecho a voto

(....)

(....)

En caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin derecho a voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso del valor nominal de sus acciones, descontando los correspondientes dividendos pasivos, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones.

EXP. N.º 00573-2009-PA/TC**JUNÍN****EDSON JOSÉ****RIVERA ESPINAL****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 8 de enero de 2010

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Elmer José Rivera Espinal contra la sentencia expedida por la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de folios 159, su fecha 17 de mayo de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que, con fecha 7 de noviembre de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Gerente de Desarrollo Económico y Turismo de la Municipalidad Provincial de Huancayo y el Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Provincial de Huancayo, solicitando que: a) se deje sin efecto el proceso coactivo de medida cautelar previa, signado con el Exp. N.º 73-2007-EJC-MCP-MPH; y, b) se suspenda la ejecución de la Resolución Gerencial N.º 731-07-MPH/GDEyT, y de las que se emitan como consecuencia de esta resolución, hasta la conclusión en última instancia de los medios impugnatorios administrativos y/o del eventual proceso contencioso administrativo.

Manifiesta que resulta ilegal dictar medidas cautelares previas cuando se ha impugnado la resolución que origina la obligación no tributaria que dispuso la clausura definitiva. Dicha situación afecta sus derechos constitucionales a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido procedimiento administrativo, de petición, de defensa, a no ser discriminado, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

2. Que, con fecha 12 de noviembre de 2007, el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo declaró improcedente *in limine* la demanda, en aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, considerando que para dilucidar la demanda la vía específica e igualmente satisfactoria resulta ser el proceso contencioso administrativo. La Sala revisora confirmó la resolución que declara improcedente la demanda.
3. Que en el caso de autos, la pretensión del demandante está dirigida a que se declare la nulidad de la Resolución 1 del 3 de setiembre de 2007, que declara admisible la solicitud de medida cautelar previa de la clausura de local. En tal sentido, es relevante la intervención del proceso de amparo. En efecto, atendiendo a que la medida cuestionada proyecta una modificación inmediata y relevante en la situación jurídica del demandante -que este denuncia como vulneratoria de sus derechos fundamentales-, procede la interposición del proceso de amparo, que es el remedio legal urgente para subsanar este tipo de situaciones.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE**1. REVOCAR**

la resolución expedida por la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de folios 159, su fecha 17 de mayo de 2008, y la resolución del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, de folios 138, su fecha 12 de noviembre de 2007

2. Ordenar al Juez de primera instancia que admita a trámite la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

EXP. N.º 00607-2009-PA/TC

LIMA

FLAVIO ROBERTO

JHON LOJAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de marzo de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Flavio Roberto Jhon Lojas contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 234, su fecha 10 de septiembre de 2008, que declaró fundada, en parte, la demanda de amparo.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de julio de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Inca Garcilaso de la Vega solicitando:

Que se le permita el ingreso al local de la Facultad de Derecho sin restricción alguna durante la época de exámenes parciales y finales, a pesar de no estar al día en sus pagos.

Que se le permita rendir todo tipo de evaluaciones y exposiciones sin necesidad de no estar al día en sus pagos, sin perjuicio de que como requisito para matricularse en el subsiguiente ciclo, se le exija el pago de dicha deuda con los intereses y moras que correspondan.

El actor manifiesta que resulta desproporcional e irrazonable que ante la demora en el pago de sus obligaciones sea sancionado de una manera tan drástica, pues tal situación ocasionó que desaprobe los cursos en que se matriculó, y, por consiguiente, cuando se vuelva a matricular en los mismos cursos deberá pagar nuevamente por ellos.

Agrega que en todo caso, ante su retardo en el cumplimiento del pago de su pensión, lo proporcional y razonable hubiera sido que se le retenga su certificado de estudios, o en su defecto, que se impida que se matricule en el ciclo subsiguiente hasta que su deuda haya sido cancelada con las penalidades y moras que, de ser el caso, correspondan.

Asimismo cuestiona el hecho de que a pesar que la demandada es una entidad no lucrativa y tiene un superávit financiero, perjudique a sus alumnos de menores

recursos, más aún cuando brinda un servicio público, razón por la cual, entiende vulnerado su derecho a la educación.

La Universidad Inca Garcilaso de la Vega contesta la demanda señalando que no se le ha prohibido de manera permanente el ingreso a la Facultad al actor, ni ha indicado cuáles son los actos de cumplimiento obligatorio que ha cometido u omitido; y que su proceder tiene sustento en lo dispuesto en el artículo 6 de su Reglamento General de Estudios, según el cual, no se encuentra obligada a permitir el libre acceso a sus instalaciones ni a brindar el íntegro de los servicios educativos a quien no se encuentre al día en sus pensiones educativas.

Asimismo, sostiene que ha celebrado un contrato sinalagmático con sus alumnos que se rige por lo previsto en el artículo 1402 del Código Civil; y que, por tanto, ante el incumplimiento del pago de las pensiones educativas, tiene el derecho a suspender la prestación a su cargo hasta que se satisfaga su contraprestación o se garantice su incumplimiento, tal como ha sido establecido en el artículo 1426 del Código Civil.

En tal sentido, alega que no se está frente a un acto arbitrario en la medida que su conducta se encuentra respaldada por el artículo 62 de nuestra Carta Magna, los artículos 1402 y 1426 del Código Civil, y el artículo 6 del Reglamento General de Estudios. Asumir lo contrario importaría una transgresión a lo dispuesto en el artículo 62 de nuestra Constitución, que establece imperativamente que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Solicita, en consecuencia, que la demanda sea declarada improcedente en virtud de lo dispuesto por el numeral 1) del artículo 5 y el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, pues se trata de una controversia de origen contractual que debió ser ventilada en el fuero civil.

Expresa, por otro lado, que resulta de aplicación la causal de improcedencia establecida en el numeral 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, debido a que existe otra vía idónea y específica para la protección de los derechos supuestamente vulnerados, como es el cumplimiento por parte del demandante de las normas administrativas de la Universidad o la suscripción de un fraccionamiento, con lo que se restituiría al demandante del goce de todos los servicios educativos a los que se ha obligado, incluido su derecho a rendir los exámenes correspondientes.

En cuanto al fondo de la controversia aduce que amparar las pretensiones del demandante implicaría convalidar el ejercicio abusivo de un derecho, lo que se encuentra proscrito en virtud de lo establecido en artículo II del Título Preliminar del Código Civil y, a su vez, generaría un nefasto precedente que incentivaría la interposición de demandas similares, lo que originaría una situación caótica, que incluso podría paralizar sus actividades educativas.

Sostiene, además, que lo pretendido por el demandante es que mediante la vía del amparo se modifique arbitraria y unilateralmente los términos contractuales a los

que se ha obligado, desconociendo lo establecido en el artículo 62 de nuestra Carta Magna, lo que a su vez, perjudica los derechos de sus trabajadores, que dependen económicamente de ella.

Agrega que el demandante ha tenido una conducta académicamente reprochable, pues de lo contrario, a la fecha de la interposición de la presente demanda ya hubiese terminado su carrera, y que, en todo caso, a los 26 años de edad se encuentra facultado para realizar cualquier actividad lucrativa a fin de sufragar sus estudios.

Finalmente asevera que a pesar de que sus notas no fueron del todo satisfactorias y vivir en una zona residencial como La Molina, fue recategorizado. Sin embargo, perdió dicho beneficio debido a su bajo rendimiento académico.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 13 de diciembre de 2007, declaró fundada la demanda considerando, que, por un lado, a pesar de haber cancelado lo adeudado más las correspondientes moras, se impidió el ingreso del demandante a la Facultad de Derecho, y por otro, que no resulta de aplicación la excepción de incumplimiento prevista en el artículo 1426 del Código Civil al caso de autos, pues las prestaciones no se cumplen instantáneamente. Y que, en todo caso, resulta de aplicación el artículo 2 de la Ley N.º 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar que modifica la Ley N.º 26549, Ley de Centros Educativos Privados, toda vez que la evaluación de los alumnos en ningún caso puede estar supeditada a que se esté al día en sus pagos.

La recurrida confirmó la apelada en el extremo referido a que no se impida el ingreso del actor a la facultad, a pesar de no encontrarse al día en sus pagos; y la revocó en el extremo relacionado a que se le permita rendir sus exámenes parciales y finales correspondientes, pues la educación universitaria tiene un costo que fue voluntariamente asumido por el demandante y debe ser cancelado, razón por la cual, ante su incumplimiento, únicamente resulta de aplicación el Reglamento General de Estudios en la medida que guarda concordancia con los artículos 23 y 103 de la Constitución.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

Es objeto de revisión, a través del recurso de agravio constitucional, el extremo desestimado por la recurrida, y que, a juicio de este Tribunal, radica en determinar si corresponde ordenar a la Universidad Inca Garcilaso de la Vega que re programe las evaluaciones que por falta de pago en sus pensiones educativas se impidió rendir al demandante.

Respecto a esta pretensión cabe precisar que, conforme se advierte del escrito presentado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, con fecha 02 de febrero de 2010, durante el transcurso de este proceso constitucional, el demandante ha culminado los doce semestres académicos en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la referida Universidad, lo que ha producido la sustracción de la

materia, por haber devenido el agravio en irreparable, conforme a lo establecido en el artículo 5, inciso 5 del C.P.Const. No obstante esta circunstancia procesal, debido a la trascendencia que el presente caso tiene sobre el derecho a la educación y la pertinencia del mismo para analizar el instituto de la “actuación inmediata de la sentencia de primer grado”, y dada la dimensión objetiva que también ostenta el proceso de amparo, este Tribunal estima pertinente ingresar a analizar estos dos aspectos del fondo de la controversia.

§2. Sobre la procedencia de la demanda

De autos se puede advertir que, en el caso, si bien se trata de un contrato de prestaciones recíprocas, no por ello se puede atribuir, sin más, a la presente controversia una naturaleza civil o contractual, que deba ser resuelta al amparo de las normas de Derecho Privado, en la medida que el servicio brindado por la demandada es considerado como un *servicio público*, el cual atiende a la prestación de un específico *derecho social fundamental* como el *derecho a la educación*. Lo que cabe en todo caso determinar es si al amparo de la facultad que tiene la Universidad para efectivizar el cumplimiento de la obligación contractual asumida por el recurrente de pagar mensualmente la pensión de estudios correspondiente, puede restringir el derecho ius-fundamental a la educación del demandante, en la forma de impedir a éste rendir sus exámenes y poder concluir satisfactoriamente su ciclo de estudios. Lo que hace, en el presente caso, escapar al problema planteado de la esfera del derecho civil es, por tanto, la especial consideración que tiene el servicio prestado por la universidad dada su naturaleza de bien ius-fundamental y su proyectada eficacia, por tanto, -aunque con especiales peculiaridades- incluso en las relaciones entre particulares.

3. Como este Colegiado ha tenido ocasión de precisar en diversas oportunidades, la presencia o el ejercicio de un derecho fundamental en el orden privado no hace perder al mismo la calidad de tal, ni mucho menos su eficacia normativa o fuerza vinculante. Así, este Tribunal ha apreciado que:

“La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales”¹⁵⁹.

4. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares cobra, por otro lado, especial sentido en un contexto donde la presencia e importancia de la empresa privada en la vida económica y social del país es cada vez mayor, lo cual puede generar, además de grandes beneficios en atención al progreso material, serios peligros en el ejercicio de determinados derechos ius-fundamentales. En

¹⁵⁹ STC 06730-2006-PA/TC, FJ. 9.

este marco, es también de especial preocupación la prestación que las empresas privadas brindan, hoy, de servicios considerados esenciales y que atienden necesidades básicas de la población, calificadas por nuestra Constitución como derechos fundamentales, como es el caso por ejemplo de la salud, la educación y las pensiones de cesantía.

En este sentido, la eficacia frente a particulares no se proyecta sólo al ámbito de los clásicos derechos civiles y políticos, como el honor, la asociación o el debido proceso, sino que encuentra un particular terreno de desenvolvimiento en los denominados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el profesor Gerardo Pisarello, quien ha manifestado significativamente que:

“Frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos, si no ya la gestión directa de dichos recursos, la irrenunciable obligación de proteger los intereses de las personas en los mismos frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Esta obligación exige ampliar el ámbito de aplicación de la llamada *Drittwirkung* constitucional, es decir, la posibilidad de vincular a los poderes sociales y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales, a las obligaciones de respeto, promoción y no discriminación. Sobre todo, en situaciones de especial *subordinación e indefensión* de los destinatarios frente a prestadores privados (empleadores, proveedores de servicios públicos de salud, **educación**, agua potable, alimentos, electricidad, arrendadores de tierra o vivienda), así como en aquellas otras que, bajo el amparo de la Constitución, pudieran crearse por vía legal”¹⁶⁰ (resaltado nuestro).

5. En dicho contexto, y a efectos de resolver la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., esto es, con el objeto de determinar la naturaleza constitucional de la presente controversia, es necesario resaltar que en el presente caso, aún cuando inicialmente la relación entre la Universidad demandada y el recurrente del amparo, es una relación contractual regida por el Código Civil, la prestación o bien jurídico involucrado en dicha relación es el derecho a la educación superior del demandante, en una específica e importante dimensión como es la continuidad en la prestación educativa, libre de intervenciones arbitrarias o irrazonables. Baste por lo pronto, pues, constatar, a la luz de los elementos expuestos que el examen a realizar en el presente caso será uno de tesitura ius-fundamental. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de la intervención efectuada por la universidad demandada en el derecho a la educación del demandante, por medio de la prohibición de rendimiento de los exámenes, es una evaluación que deberá ser realizada *a posteriori*, cuando se examinen detenidamente las razones a favor o en contra de la razonabilidad de la decisión y, por tanto, los alcances del derecho a la educación en el presente caso.

§3. Análisis del caso concreto

¹⁶⁰ PISARELLO, Gerardo: “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, N° 15, octubre del 2001, pp. 95-96.

Según el criterio establecido por este Tribunal en la STC 04232-2004-AA/TC, la educación posee un carácter binario en razón de que no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución por el propio Estado o por terceros bajo fiscalización estatal, y que, indudablemente, constituye, además de un elemento esencial en el libre desarrollo de la persona, un bien de trascendental importancia en la función social del Estado recogido en los artículos 13 y 14 de nuestra Carta Magna y que se vincula directamente con el fortalecimiento del sistema democrático y con el desarrollo económico y social del país.

Así pues, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Ley Fundamental, la educación “tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”, mientras que de acuerdo con su artículo 14 “promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte” y “(p)repara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad”, por lo el Estado que se encuentra obligado a garantizar la continuidad del servicio y brindar un acceso efectivo para todos los habitantes del territorio nacional, en especial a los de menores recursos.

De modo más específico, este Tribunal Constitucional ha establecido que la educación universitaria posee determinadas características que contribuyen de manera especial a alcanzar la formación profesional, distinguiéndola de aquella que se otorga en educación básica y en cualquier otro nivel superior de enseñanza. En este orden de ideas, a partir del artículo 18 de la Constitución ha indicado que:

“[...] a la universidad le corresponde realizar el servicio público de la educación mediante la investigación, la docencia y el estudio, teniendo como funciones, entre otras, las de creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como las de difusión, valorización y transferencia del conocimiento para lograr una mayor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo”¹⁶¹.

9. De lo anotado se evidencia entonces, que el derecho a la educación adquiere en el caso de la educación superior o universitaria una especial importancia, dadas las particulares características de la formación brindada en este nivel de estudios, que responden a la promoción y satisfacción de determinados bienes valiosos para el individuo y la comunidad. En dicho contexto, el Estado debe velar porque el desarrollo de las actividades indicadas se genere y desenvuelva satisfactoriamente, de modo tal que los estudiantes alcancen una formación profesional adecuada.

10. En este marco, al delinear el contenido del derecho a la educación, en el ámbito específico de la educación superior o universitaria, el Tribunal ha reconocido la existencia de determinadas garantías, en el ejercicio de este derecho y, por ende, determinadas obligaciones de quienes brindan este servicio. Así, ha señalado que:

¹⁶¹ STC 04232-2004-AA, fundamento 20.

“Asimismo, es preciso destacar que el derecho fundamental a la educación universitaria no sólo garantiza, entre otros, el derecho de acceso a la universidad en condiciones de igualdad (previo cumplimiento de los requisitos que razonablemente se impongan al respecto), sino también el derecho a **permanecer** en ella **libre de limitaciones arbitrarias** mientras se desarrolle el estudio y la actividad de investigación, e incluso el derecho a la obtención del respectivo título universitario una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes [...]”¹⁶² (resaltado nuestro).

En el ámbito del derecho a la educación en general y de la educación universitaria en particular, uno de los elementos esenciales en la configuración constitucional de este derecho es, pues, el derecho a permanecer en el centro de estudios sin interferencias irrazonables, que garantice justamente la finalidad a la cual está ligada el servicio educativo, esto es, el aprendizaje adecuado de los conocimientos y técnicas que la formación educativa provee. En el presente caso, justamente, el núcleo del problema constitucional planteado radica en determinar, como ya se dijo, si la interrupción de los estudios del demandante como medio para lograr el pago de la prestación educativa, se presenta como una interrupción razonable de la permanencia del demandante en la universidad o si, por el contrario, deviene en una limitación arbitraria y desproporcionada y, por tanto, ilegítima por parte de la entidad emplazada.

Si bien en un sentido general puede decirse que la educación del estudiante universitario debe ser garantizada en cuanto a su continuidad, pues es obligación del Estado proveer el servicio de modo continuo; en el caso de que el servicio educativo sea brindado por particulares dicha obligación adquiere un matiz distinto, pues la prestación del servicio está ligada a un contrato de naturaleza privada donde el centro educativo –en este caso, la universidad– se obliga a brindar el servicio a cambio de una contraprestación económica. En este contexto, es necesario tener en cuenta que si bien la universidad privada lleva a cabo una actividad calificada como servicio público y que se orienta a la satisfacción de un derecho fundamental, no por ello dicha actividad deja de tener o pierde su cualidad primordial de actividad empresarial, garantizada por la libertad de gestión y empresa que todo ente privado de este carácter ostenta. En dicha línea, es preciso tener presente que cuando se aborda un problema de este tipo no sólo debe considerarse el carácter de derecho fundamental que ostenta el servicio educativo, sino que es preciso atender también al legítimo derecho de la entidad educativa privada de requerir la contraprestación dineraria correspondiente. Así lo ha entendido también la Corte Constitucional colombiana quien ha manifestado que:

“La vocación de empresa orientada a la prestación de un servicio público, que cumple una función social y que materializa un derecho fundamental, impone que la realización de estas altas finalidades no se logre a costa del sacrificio de las legítimas expectativas de los establecimientos educativos particulares pues éstos están amparados por una libertad de gestión y de empresa que no puede desconocerse”¹⁶³.

¹⁶² STC 04232-2004-AA, fundamento 21.

¹⁶³ Sentencia T-388/01, de 17 de abril del 2001.

De lo que se trata entonces, en el presente caso, es de preservar el mayor equilibrio posible entre la continuidad del servicio educativo sin discriminación de ningún tipo como parte del *contenido esencial* del derecho a la educación y la potestad de la empresa privada de recibir la prestación dineraria a cambio. En la búsqueda de la forma de dicho equilibrio es importante tener en cuenta, por tanto, el *principio de concordancia práctica* que este Colegiado ha recogido permanentemente como principio orientador de la interpretación constitucional. De acuerdo a éste, la solución brindada al caso debe optimizar en el mayor grado posible la virtualidad jurídica de los principios en juego, de modo que los derechos o principios constitucionales en conflicto mantengan, luego de la solución brindada, un determinado ámbito de vigencia.

En esta línea y a efectos de verificar si en el presente caso ha existido una intervención irrazonable en el derecho fundamental a la educación del demandante, este Colegiado considera necesario recurrir a un examen de proporcionalidad, de acuerdo a la constatación de los tres sub-principios o elementos que componen el test.

En dicho sentido, es necesario verificar, en primer lugar, si la medida se presenta como *idónea*, esto es, si está encaminada al logro de aquel fin lícito que trata de tutelar. En esta línea, es evidente que el hecho de impedir rendir los exámenes al alumno moroso se presenta como una medida altamente protectora de la finalidad del cobro de la contraprestación dineraria, pues simplemente el estudiante que no pague a tiempo y en momento oportuno la pensión correrá el serio riesgo de perder el ciclo de estudios, con todos los perjuicios que ello le puede acarrear. El carácter marcadamente compulsivo que presenta la medida, sobre los intereses del discente refleja, pues, la alta efectividad de la norma contenida en el reglamento de la universidad sobre la interrupción del servicio educativo.

En segundo lugar, en cuanto a la *necesidad* de la medida restrictiva del derecho a la educación, esto es, respecto a la existencia de otros medios menos lesivos del bien constitucional en juego que pudieran haberse empleado en el presente caso; es preciso tener en cuenta que si bien puede decirse que el cobro de la pensión adeudada en la vía civil es también una forma de cobrar lo adeudado y que, obviamente es menos lesiva al derecho a la educación que el impedimento de rendir los exámenes, hay que tener en cuenta también que esta “otra” medida no es igualmente idónea a la solución brindada por la universidad en aras a hacer efectivo el cobro de la pensión de estudios. En esta perspectiva, aún en este nivel no puede decidirse el conflicto ius-fundamental presentado, pues la otra medida existente para lograr el cumplimiento de la obligación contractual si bien es menos lesiva al derecho a la educación, en la práctica se presenta como poco idónea para lograr hacer efectivo el pago de la pensión adeudada, al punto de sacrificar casi por completo el cumplimiento efectivo de la contraprestación dineraria.

En lo que respecta al examen de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir en cuanto a la evaluación de la relación de proporción entre el grado de afectación del derecho afectado en relación con el grado de satisfacción del bien constitucionalmente protegido, se tiene que la medida de impedimento de rendir

los exámenes por falta de pago de la pensión de estudios se presenta como una medida de intervención *grave* o *fuerte* en el derecho del estudiante a recibir de modo regular y continuo el servicio educativo, de forma tal que pueda acceder en términos adecuados a la formación universitaria brindada. Es evidente que el hecho de no poder rendir los exámenes, sean estos parciales, de unidad o finales, deja al estudiante en tal desventaja que difícilmente pueda considerarse que superaría satisfactoriamente el ciclo de estudios, con la consiguiente pérdida del tiempo invertido en los estudios adelantados, el registro desaprobatorio de las notas por causas no académicas y la interrupción del proceso de aprendizaje técnico y científico. Si a ello sumamos que, según el Reglamento de la Universidad emplazada, también se le impedía al estudiante moroso el ingreso al campus universitario, ello representa en la práctica una interrupción *abrupta* del ciclo de estudios, que afectaría gravemente la continuidad intrínseca al servicio educativo garantizada como un contenido básico del derecho a la educación.

Frente a dicha afectación grave del derecho a la educación universitaria, en su dimensión de continuidad del servicio, el grado de protección o satisfacción de la libertad de empresa de la entidad universitaria demandada se refleja sólo como *leve*, en el entendido que la universidad no pierde el derecho ni una oportunidad adecuada para hacer efectivo el cobro de la contraprestación adeudada. En este contexto, no es de recibo el argumento según el cual la medida adoptada por la Universidad puede llegar a proteger de modo intenso la libertad empresarial, en tanto la continuidad del estudiante sin la contraprestación debida fomenta una cultura del “no pago” y deja en indefensión a la Universidad respecto al cobro de la deuda; y ello porque lo único que se está solicitando y que este Tribunal está evaluando es si el estudiante puede continuar estudiando y rindiendo sus exámenes de cara a superar el ciclo de estudios *en curso*. En dicha línea, la admisión de la permanencia del estudiante moroso durante el ciclo no supone el incumplimiento indefinido de su obligación contractual, sino sólo lo circunscribe a lo que dure el ciclo de estudios con el objeto de proteger la continuidad del servicio educativo. Es difícil pensar que esta solución fomente una cultura del no pago, pues quien quiera seguir regularmente sus estudios y tenga posibilidad económica de hacerlo en una universidad privada, simplemente pagará su pensión de modo regular, pues de lo contrario haría acumular una deuda de modo innecesario. Por otro lado, no se deja a la universidad en indefensión frente a su pretensión de cobrar lo adeudado, pues tendrá el derecho de hacerlo en la próxima matrícula, como condición indispensable para registrar al alumno en el ciclo siguiente.

No puede, por tanto, considerarse de cara a lo precedentemente expuesto, que la medida de impedimento del rendimiento de los exámenes al actor demandante se presente como proporcionada y, por ende, legítima frente a la pretensión de la universidad de cobrar la contraprestación adeudada por el servicio prestado. La importante valencia del bien jurídico-constitucional en juego, el cual resulta casi enteramente sacrificado en el presente caso, merced a la medida impuesta, frente a una afectación sólo leve de la actividad empresarial de la demandada, así lo justifica. La solución brindada a este problema constitucional se presenta, por otro lado, como la más equilibrada posible en aras a la protección de los dos bienes constitucionales en juego, pues ni se permite una interrupción abrupta del ciclo regular de estudios ni se deja en indefensión a la universidad

frente al cobro de lo adeudado. Conviene aquí citar una decisión en sentido similar adoptada por nuestro par colombiano. La Corte Constitucional de Colombia, en una decisión del año 2001 estableció:

“2.3. Una de las principales razones que justifican obligar a un plantel educativo privado a continuar prestando el servicio, a un estudiante cuyos padres o responsables no han cancelado sus obligaciones, es la magnitud del efecto nocivo que tiene sobre el menor la interrupción abrupta del proceso educativo. La especial protección de la que gozan los niños a la luz de la Constitución, impide que a la mitad del año lectivo, y por razones ajenas al ámbito académico, al menor se le suspenda su proceso formativo.

Sin embargo, la misma razón que justifica que prevalezcan los derechos del niño sobre los del plantel, es la que justifica la solución contraria cuando ella no esté presente. En efecto, en la sentencia T-208 de 1996, la Sala Primera de Revisión consideró que cuando la interrupción del proceso educativo no sea abrupta, el plantel no estaría obligado a continuar prestando el servicio al menor. Ello ocurre cuando finaliza el año lectivo. Dice la sentencia,

“La Sala entiende que es completamente válida y legítima la decisión de cancelar el cupo a las niñas Alarcón Padilla y que esa medida no se tomó en detrimento del derecho a la educación de las menores porque, en contra de lo que quiso hacer ver el padre de las alumnas, el Gimnasio Santa Cristina de Toscana no las suspendió desde el mes de septiembre de 1995, sino que estuvo dispuesto a permitirles concluir el año lectivo, habiendo sido el padre quien las retiró del plantel.

(...)

Distinta sería la situación si se hubiese presentado una interrupción abrupta de la prestación del servicio educativo antes de finalizar 1995, ya que la determinación de impedirles culminar el curso habría afectado de manera grave el derecho a la educación de las menores, abocadas, sin miramiento alguno a sus específicas condiciones académicas, a perder definitivamente al año, habida cuenta de que les era difícil completar las etapas restantes en otro establecimiento. Una medida de tal índole entrañaría un sacrificio excesivo del derecho a la educación en aras de un interés patrimonial y por lo mismo, se revelaría desproporcionada”¹⁶⁴.

Por último, este Colegiado debe ser enfático en señalar que la solución brindada al caso *sub-examine* no debe interpretarse, en modo alguno, como una puerta de entrada al incumplimiento de las obligaciones y deberes que el propio estudiante asume con la universidad. Dentro de éstas, se encuentra claro está, el deber de estar al día en el pago de la pensión de estudios; obligación que debe apreciarse no sólo desde la perspectiva de una relación contractual privada de carácter económico, sino que debe considerarse dentro del contexto más amplio del deber de colaboración y cooperación que el estudiante tiene con la universidad, con la cual comparte no sólo un interés meramente pecuniario y de intercambio de contraprestaciones, sino un conjunto de relaciones más amplias que involucran la formación humanista y personal y que otorgan a la universidad su verdadera esencia de “comunidad académica”. Así, cuando el estudiante cumple adecuadamente su obligación de estar al día en el pago de la pensión no sólo asume y cumple la obligación contractual establecida, sino que cumple su deber de

¹⁶⁴ Sentencia T-388/01, de 17 de abril del 2001.

colaborar con la buena y adecuada marcha de la universidad. La exigencia de una educación de calidad, planteada a la universidad privada, debe corresponderse así con la exigencia del pago oportuno de las pensiones que, como parte de su compromiso con la comunidad universitaria, le corresponde al estudiante, máxime si la reclamada excelencia académica (profesores de nivel adecuado, infraestructura apropiada, bibliotecas y demás servicios) es sostenida, en gran medida, por los ingresos provenientes de las pensiones de estudios.

La educación es un bien preciado en muchos aspectos. En nuestros países, en vías de desarrollo, constituye no sólo parte primordial e inescindible de la formación personal, sino un medio –el más importante– para aspirar a una sociedad más justa e igualitaria. Allí donde la educación haya llegado con sus raíces de cultura y humanidad, de ciencia y tecnología, los hombres podrán declararse libres y más humanos, no sólo para luchar por su propia superación, sino para procurar soluciones colectivas que permitan a más personas disfrutar de los derechos que la Constitución recoge. En la tarea de hacer a la sociedad más humana y más justa, por medio de la educación, las empresas privadas juegan un rol trascendental. Ellas no deben perder nunca de vista que tienen frente a sí un derecho esencial para el desarrollo de todo ser humano y primordial para alcanzar la justicia que tanto reclaman nuestros países. Por ello, su labor no debe desarrollarse sólo en la búsqueda de un mero interés económico, sino que debe representar ese espíritu de solidaridad y humanidad que toda institución universitaria tiene como esencia misma de su función social y educativa.

En el presente caso, el actor justiciable pretendía la continuidad de sus estudios en el ciclo que venía cursando y, por ende, se le permita rendir sus correspondientes exámenes con el objeto de no perder tiempo valioso en su formación universitaria, lo que con el transcurso del tiempo ha devenido en irreparable, tal y como se expresó en el fundamento 1 *supra*. En este contexto, es necesario poner en evidencia una situación muy delicada en aras a lograr una efectiva protección del derecho fundamental invocado; así este Colegiado llama la atención respecto a una situación que en el curso de este proceso habría impedido justamente la consumación del acto lesivo alegado. Esta situación no es otra que la invocación que el recurrente hizo del cumplimiento de la sentencia de primer grado; solicitud que de ser aceptada hubiera impedido el perjuicio al que finalmente se sometió al demandante al prolongarse la decisión definitiva del amparo por varios meses. Por esta razón es que a continuación se abordará el tema de un instituto que se encuentra textualmente recogido en el Código, pero que no ha sido aún utilizado de cara a impedir los perjuicios ocasionados por la dilación del tiempo.

§4. La actuación inmediata de sentencias estimatorias.

Conforme se aprecia en autos, el Juez del Trigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, quien conoció el presente proceso a nivel de primera instancia, omitió actuar conforme a las reglas establecidas imperativamente en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional. En efecto, pese a que la sentencia emitida con fecha 13 de diciembre de 2007 tuvo un resultado estimatorio y, por tanto, obligaba a su actuación inmediata conforme al régimen procesal establecido en el citado artículo

22, el Juez constitucional permitió que la entidad demandada persistiera en su actitud so pretexto de haber perdido jurisdicción.

Así pues, este Tribunal considera necesario enfatizar que, a diferencia del modelo procesal que recogía la derogada Ley N.º 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional (C.P.Const.) –vigente desde el 1 de diciembre de 2004–, ha incorporado en su artículo 22, segundo párrafo, el régimen de actuación inmediata de sentencias estimatorias para los procesos constitucionales de la libertad. En consecuencia, y sin perjuicio de lo que habrá de decirse más adelante, el juez constitucional se encuentra habilitado en estos casos para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. Por lo demás, este Tribunal ya ha tenido ocasión de decantarse por esta posibilidad –si bien incipientemente– en la sentencia recaída en el Expediente N.º 05994-2005-PHC/TC.

Sin embargo, toca ahora a este Colegiado precisar con mayor detalle los alcances de dicha figura procesal toda vez que, si bien el legislador ha reconocido positivamente su existencia, no ha hecho lo mismo en relación a sus presupuestos procesales; generándose así un vacío que este Tribunal está llamado a cubrir.

Teniendo a la vista dicho cometido, el Tribunal considera que la norma contenida en el artículo 22 del C.P.Const. ha de ser objeto de una “lectura desde la Constitución”, como norma procesal constitucional que ella es; ello en el entendido de que las disposiciones del C.P.Const. deben ser interpretadas y/o integradas “desde” y “conforme” a la Constitución, de modo tal que resulte optimizada la finalidad sustantiva a la cual se orientan los procesos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.).

De esta manera, al momento de desarrollar los presupuestos procesales que han de regir la procedencia de la actuación inmediata, una debida interpretación constitucional de los derechos en juego coadyuvará no sólo a encontrar el diseño que mejor se adecue a los fines que aquélla figura procesal tiene trazados –evitando así su desnaturalización–, sino que además le servirá de soporte conceptual al juez constitucional cuando éste haya de ponderar en los casos concretos.

§4.1. Definición.

Dentro del contexto del proceso civil, suele entenderse por “actuación inmediata de la sentencia estimatoria” (o “ejecución provisional”) aquella institución procesal a través de la cual se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo, pero carente de firmeza, cuyos efectos quedan así subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto o por interponer. (CABALLOL ANGELATS, Lluís: *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 47)

Como es sabido, la diferencia básica entre una resolución *definitiva* y otra *firme* radica en que respecto de ésta (resolución *firme*) no cabe, ya, esperar decisión judicial alguna. En cambio, una resolución *definitiva* está siempre sujeta a una posterior revisión pues existe la posibilidad de interponer contra ella un medio

impugnatorio; recurso al cual, por lo demás, el ordenamiento procesal suele atribuir un “efecto suspensivo” de la adquisición de firmeza, ello en el entendido de que la sentencia *definitiva* es todavía un “trabajo incompleto” que no puede (o que no debe) ejecutarse. Este es, en buena cuenta, el sentido que cabe atribuir al clásico brocardo *pendente appellatione nihil erit innovandum*.

Dentro de este orden de cosas, pues, la institución procesal de la actuación inmediata se erige como excepción legal a la regla de la suspensión, en la medida en que ella denota la plena exigibilidad de los efectos (léase ejecución) de una resolución que aún no adquiere firmeza.

Sea como fuere, es obvio que una resolución *definitiva* no se convierte en *firme* como consecuencia de su ejecución provisional. Antes bien, los efectos de esa ejecución quedan siempre condicionados a lo que resulte del recurso efectivamente interpuesto o por interponer. De modo que, si la resolución de segundo grado confirma la resolución recurrida, esos efectos permanecerán; pero si la revoca, deberá restituirse todo lo percibido y revocarse cualquier efecto que se haya producido. (CABALLOL ANGELATS, Lluís: op. cit., pp. 52-53)

Con todo, reducir la problemática de la actuación inmediata al extremo de los recursos y sus efectos, de poco o nada serviría para los fines argumentativos que aquí se pretenden. En efecto, para este Tribunal dicha figura procesal admite otros tópicos de igual o mayor interés, máxime si es que prestamos atención al puesto que actualmente ocupa la actuación inmediata en el contexto del procesalismo contemporáneo como técnica de aceleración del proceso o de tutela urgente.

§4.2. La actuación inmediata de la sentencia y su relación con las concepciones teóricas que existen sobre el proceso.

Preliminarmente, puede afirmarse que aquello que se busca con la actuación inmediata no es otra cosa que brindar una tutela oportuna de los derechos fundamentales ante una situación manifiestamente injusta; ello toda vez que, mientras el acto lesivo suele producirse de manera inmediata, la restitución del derecho conculcado, en contraste, depende de que el juez constitucional, luego de un proceso en el que se resguarden los derechos de ambas partes, resuelva la controversia en sentido favorable al demandante.

Por esta razón, bien puede afirmarse que la actuación inmediata, junto a otras instituciones procesales como las medidas cautelares o las autosatisfactivas, comparte con ellas un objetivo común: impedir que la duración del proceso se convierta en una negación anticipada de tutela, sobre todo cuando resulta evidente que la razón le asiste al demandante y que la parte demandada, abusando de su derecho a la pluralidad de instancias, cuestiona lo resuelto en primer grado esgrimiendo argumentos manifiestamente impertinentes con la intención de dilatar innecesariamente la culminación del proceso.

Pero, bueno será enfatizar que la actuación inmediata, a pesar de contar con algunos antecedentes remotos, es primordialmente una institución procesal cuyo

desarrollo doctrinario y jurisprudencial es de reciente data y se enmarca dentro del conflicto de ideologías que mueven hoy por hoy al proceso civil.

En efecto, obligado como estaba el juez del siglo XVIII a actuar en forma subordinada a la ley –sujeción que hallaba su causa en la desconfianza que la judicatura inspiraba al derecho liberal–, aquél terminaba siendo un “poder nulo” carente de *imperium* que no podía dar fuerza ejecutiva a sus decisiones. Ello explica bien por qué el derecho liberal limitaba los poderes del juez con relación a la sentencia condenatoria, definiendo taxativamente los medios de ejecución disponibles y prohibiendo todo tipo de tutela fundada en la “verosimilitud” pues se identificaba al procedimiento ordinario clásico con el valor de la seguridad jurídica. No por otra razón la cosa juzgada, a la par que petrificar el contenido de la decisión judicial, terminó convirtiéndose en el requisito *sine qua non* para su ejecución, renovándose así el sentido del clásico principio *nulla executio sine titulo*. (MARINONI, Luiz Guilherme: *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007, pp. 22-32.)

Sin embargo, como bien apunta Luiz Guilherme Marinoni, esa separación que el derecho procesal clásico solía efectuar en fase de ejecución entre *sentencia condenatoria con autoridad de cosa juzgada* y *sentencia condenatoria recurrida* nos sirve para concluir que “la doctrina clásica asoció la plenitud de la cognición – inclusive en la fase recursal– con el descubrimiento de la verdad, [por ello] acusó a la ejecución provisoria de ser una figura anormal.” (MARINONI, Luiz Guilherme: op. cit., p. 37.)

Pues bien, para este Tribunal no pasa desapercibido que esta apelación al “dogma de la verdad” como un efecto dimanante del recorrido íntegro del *iter* procesal, denota una perspectiva teórica difícilmente compatible con el diseño del proceso en un Estado constitucional, pues ella toma al proceso como un fin en sí mismo y lo antepone a los derechos y valores que subyacen en su interior.

Antes bien, este Colegiado entiende que todo análisis sobre la lógica del proceso en un Estado constitucional debe siempre partir de un enfoque finalista o instrumental del mismo que reivindique en cada caso la trascendencia del derecho o derechos materiales discutidos en su seno y la prevalencia de su eficaz protección.

Por lo demás, sólo partiendo de un esquema conceptual tal, es que pueden quedar debidamente justificadas algunas hipótesis en las cuales la ejecución de una sentencia, aún provisional, aparece como una necesidad imperiosa de cara a la protección efectiva de los derechos involucrados en la *litis*.

§4.3. Actuación inmediata y proceso de amparo

Pero si lo anteriormente dicho resulta siendo cierto tratándose de la generalidad de los procesos, con mayor razón lo será tratándose de procesos constitucionales como el de amparo. En efecto, teniendo el proceso de amparo como fin primordial la protección de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución, parece correcto afirmar que la actuación inmediata se revela entonces como una

herramienta de primerísimo orden para la materialización de aquella *tutela urgentísima y perentoria* que aquel proceso debe representar; lo que, a su vez, se halla en consonancia con aquel “recurso sencillo y rápido” para la defensa de los derechos al que alude el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ello explica bien por qué nuestro C.P.Const, junto a la jurisprudencia de este Supremo Intérprete, reconocen sendas instituciones procesales orientadas, desde diversos frentes, a hacer del proceso de amparo uno realmente “sencillo y rápido”, tal como ordena el citado tratado internacional. Entre ellas, cabe mencionar los principios procesales de carácter publicístico que lo informan (art. III CPConst), la cláusula de residualidad (art. 5.2 CPConst), la ausencia de etapa probatoria (art. 9 CPConst), el régimen flexible de la representación procesal (art. 40 del CPConst), el régimen de las medidas cautelares (art. 15 del CPConst), la institución de la represión del acto lesivo homogéneo (art. 60 del CPConst), la reconversión de procesos, entre otros.

Pero además, este Tribunal ya ha observado que la consagración de los procesos constitucionales en la Norma Fundamental otorga a éstos un especial carácter que los distingue nítidamente de los procesos ordinarios, cuando menos en cuatro aspectos: 1) Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; 2) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia.” (STC 00023-2005-PI/TC, FJ. 10)

Naturalmente, esta diferencia sustantiva que distingue a los procesos constitucionales de los ordinarios despliega importantes consecuencias en relación a las normas procesales que han de regirlos. Es por esa razón que el artículo IX del C.P.Const., a guisa de ejemplo, condiciona la aplicación supletoria de códigos procesales afines, en sede de procesos de la libertad, a dos tipos de límite: uno negativo y otro positivo; de manera que toda norma supletoria no sólo no debe contradecir los fines que persigue el amparo, sino que, además, debe coadyuvar al mejor desarrollo de los mismos.

Más específicamente, este Tribunal ha reconocido en más de una oportunidad que en el proceso de amparo no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía tiene que acreditar, mínimamente, la titularidad del

derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado. Dicho en otras palabras, el proceso de amparo constituye, en buena cuenta, un proceso al acto, en el sentido de que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar, en esencia, sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional.

Siendo ello así, resulta fácil advertir que el proceso de amparo se presenta más como un proceso de condena, antes que como uno de cognición o uno de declaración. En consecuencia, una sentencia de amparo de primer grado que declara fundada la pretensión del demandante ha de ser entendida, correctamente, como el resultado de una oportuna evaluación del derecho o derechos implicados en la *litis*, realizada además por el juez constitucional que se encuentra más familiarizado con los hechos del caso; decisión que, por ese motivo, merece ser ejecutada de inmediato.

Por todas estas consideraciones, pues, parece claro que la actuación inmediata se proyecta como una herramienta eficaz para la consecución de aquellos fines que son inherentes y consustanciales al proceso de amparo.

§4.4. En el juego de la ponderación: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia.

Pero, adicionalmente, este Tribunal estima que una “lectura desde la Constitución” de la actuación inmediata como la que aquí se propone implica también una invitación hacia la argumentación basada en la ponderación de derechos.

En ese sentido, este Colegiado advierte que, en la temática de la actuación inmediata aparecen contrapuestos, por un lado, el derecho de la parte demandante a quien el juez de primer grado ha dado la razón para hacer cumplir una decisión que le beneficia (lo que deriva de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 139.3 de la Constitución); y, por otra parte, el derecho del demandado a impugnar esa decisión ante una segunda instancia (facultad reconocida también por la Norma Fundamental en su artículo 139.6).

La actuación inmediata de la sentencia estimatoria como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del carácter instrumental del proceso, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no sólo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del proceso (lo que, en teoría, atañe más al derecho al debido proceso) sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la *litis*.

Por su parte, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales –entendido como una de las dimensiones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva–, garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un

pronunciamiento de tutela, a través de una sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

Así las cosas, este Tribunal considera que una postura favorable a la ejecución de la sentencia estimatoria de primer grado en el amparo –en lugar de reservarla exclusivamente para la etapa final del proceso–, protege adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, por dos órdenes de razones: 1) porque la sentencia de primer grado es ante todo una decisión obligatoria; y 2) porque esa decisión merece una ejecución acorde con el carácter *perentorio y urgente* que caracteriza al amparo.

En efecto, en cuanto a lo primero, merece destacarse que toda decisión judicial, al margen de su ubicación dentro del *iter* procesal, es siempre un acto imperativo emitido por un tercero imparcial a quien el Estado le reconoce esa potestad. (CABALLO ANGELATS, Lluís: op. cit., pp. 76-77). Por eso, este Tribunal no comparte aquella opinión según la cual las resoluciones “simplemente” definitivas no son obligatorias, ni aquella otra que asume que las decisiones judiciales van adquiriendo madurez conforme transitan por las distintas instancias previstas legalmente. Antes bien, todas las resoluciones judiciales son obligatorias. De ahí que, aún en el supuesto de que dicho acto imperativo no haya de cumplirse como consecuencia del efecto suspensivo del medio de gravamen, ha de entenderse correctamente que “la relación se traba con la ejecución (*executio*), pero el acto no pierde autoridad ni suficiencia [de manera que] aún cuando el pronunciamento fuera revocado, igual tiene vigencia e imperatividad.” (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “La ejecución provisional en el proceso civil”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, T. III, diciembre de 1998, p. 88).

Y en segundo lugar, hay que poner de manifiesto que al cumplir una función básicamente satisfactiva, la actuación inmediata se halla en perfecta consonancia con el nuevo estado de cosas que se conforma una vez dictada la sentencia de primer grado favorable al demandante en el amparo. En efecto, en semejante contexto, resulta legítimo preguntarse: ¿quién debe soportar la pendencia del proceso por la articulación de un recurso: la parte que ya cuenta con una decisión o quien requiere la revisión? Pues bien, el instituto procesal de la actuación inmediata no hace otra cosa que asistir a quien ha demostrado, ante el juez de primer grado, merecer la protección jurisdiccional. (OTEIZA, Eduardo y Luis María SIMÓN: “Ejecución provisional de la sentencia civil”, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2008, pp. 525-526).

Todo lo dicho hasta aquí nos permite apreciar, en consecuencia, que la firmeza y la ejecución son dos conceptos perfectamente escindibles. En efecto, la institución la cosa juzgada, si bien garantiza que lo decidido en última instancia se cumpla en sus propios términos, no llega a erigirse como un requisito de inexorable cumplimiento para la ejecución de las sentencias judiciales, cuando de por medio se encuentra la defensa oportuna de los derechos fundamentales. En dichos casos, por tanto, la sentencia de condena recurrida debe ser entendida como un auténtico título de ejecución. (MORENO CATENA, Víctor: *La ejecución forzosa*, Palestra, Lima, 2009, pp. 139-140).

Y es que el cambio de paradigma que afronta hoy el derecho procesal –y que fuera reseñado *supra*–, afecta también a la noción de seguridad jurídica que es consustancial a la cosa juzgada, que por esa razón ha de entenderse en forma dinámica y flexible (antes que estática) y debe ser medida por la estabilidad de su finalidad, de modo que no se busque más el absoluto de la seguridad jurídica, sino la seguridad jurídica afectada con un coeficiente de garantía de realidad. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto: “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2008, p. 78).

El derecho a pluralidad de instancias y el efecto suspensivo de los recursos.

La recurribilidad de las sentencias (o pluralidad de instancias) es un derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 139º de la Constitución, y tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal. (STC 3261-2005-PA/TC, FJ. 3).

Se trata, en estricto, de un derecho que nace a partir de una doble realidad: por un lado, la comprobación de la falibilidad humana, que en el ámbito judicial recae en la persona del juzgador, y por el otro, el hecho, consustancial a la pretensión de las partes de no aceptar la resolución que sea desfavorable a sus propios intereses. (SOLÉ RIERA, Jaume: “El recurso de apelación”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, T. II, marzo de 1998, p. 573).

Por otro lado, es bueno remarcar que al igual que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, el derecho a la pluralidad de instancias forma parte del contenido complejo de otro derecho fundamental, como lo es el debido proceso. (Cfr. STC 0282-2004-AA/TC, FJ. 4).

Asimismo, teniendo en cuenta lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, cabe mencionar que el artículo 14º, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra, en su artículo 8º, numeral 2, apartado h, “el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado que la garantía del doble conforme (o doble instancia) no se circunscribe a la materia penal –como pareciera desprenderse de los citados instrumentos internacionales–, sino que también se extiende a materias extrapenales (civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter) (*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Considerando 69.)

En lo que se refiere al proceso de amparo, la pluralidad de las instancias ha sido prevista en el artículo 57 del C.P.Const., que habilita el recurso de apelación dentro del tercer día siguiente a la notificación de la sentencia.

No obstante, este Tribunal considera que, a diferencia de lo que sucede con la actuación inmediata en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias.

En efecto, todo recurso de apelación –como ya hemos señalado *supra*– tiene por contenido necesario la simple revisión de la decisión judicial por un órgano superior, pero en modo alguno conlleva un derecho similar a la estimación del recurso. Y es que, en buena cuenta, la subsanación del supuesto error impugnado constituye tan sólo un efecto probable, mas no de seguro cumplimiento, de los medios impugnatorios. En esa medida, pues, puede afirmarse que el régimen de efecto suspensivo de los recursos, al impedir la ejecución de la sentencia apelada, termina garantizando al demandado un resultado que es sólo contingente y aleatorio; lo que contrasta, en todo caso, con el derecho cierto del demandante que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria de primer grado.

En cualquier caso, este Tribunal estima que una medida igualmente adecuada al fin perseguido por el régimen de efecto suspensivo de los recursos, pero menos lesiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, podría consistir en la prohibición dirigida al juez de conceder toda aquella actuación inmediata que genere un estado de cosas tal que no pueda revertirse en el futuro, cuando se cuente con el pronunciamiento judicial que resuelve el recurso efectivamente interpuesto.

A modo de conclusión.

Teniendo a la vista las consideraciones expuestas hasta aquí, este Tribunal no puede sino concluir que la actuación inmediata de la sentencia estimatoria constituye una institución procesal de suma importancia y utilidad para la efectiva concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como quiera que ella se dirige a conjurar daños irreparables, a evitar el abuso procesal de la institución de la apelación y a (re)asignar al juez de primera instancia un rol protagónico y estratégico en la cadena de protección de los derechos fundamentales. (MONROY GÁLVEZ, Juan: “La actuación de la sentencia impugnada”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo V, junio del 2002, p. 218).

Todo lo cual, sin embargo, no excluye que al momento de abordar el diseño de sus presupuestos procesales, se dispongan de los necesarios recaudos dirigidos a hacer de la actuación inmediata una figura procesal plenamente compatible con aquellos otros intereses que, en el marco de lo dispuesto por la Constitución, también resulta legítimo proteger.

§4.5. Presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias.

En ese sentido, este Tribunal no puede obviar que en la medida en que la actuación inmediata puede originar, en ciertos casos, determinadas situaciones injustas para el demandado, se hace necesario precisar cuál debe ser la interpretación *constitucionalmente adecuada* del artículo 22 del CPConst.; para lo cual, este Colegiado habrá de tener en cuenta tanto la naturaleza misma del proceso de amparo, en tanto vía de tutela urgente, así como también los derechos fundamentales de la parte emplazada.

Por ende, para la aplicación de la figura de la actuación inmediata de sentencia estimatoria de primer grado, el juez debe observar algunos principios y reglas procesales, como los que se mencionan a continuación:

Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.

Juez competente: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.

Forma de otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.

Sujetos legitimados: tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.Const.

Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez *a quo*; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.

Tipo de sentencia: podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende sólo respecto de sentencias de condena.

Mandato preciso: la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido

por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.

Presupuestos procesales:

No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

Apelación: la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.

Efectos de la sentencia de segundo grado:

Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.

Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Relación con la medida cautelar: una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluye la de la otra.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda por haberse producido la sustracción de la materia.

DISPONER que la Universidad Inca Garcilaso de la Vega tenga en cuenta los fundamentos 2 al 16 de la presente resolución respecto al derecho a la educación, a efectos de no volver a incurrir en vulneración de este derecho fundamental.

DISPONER la notificación, por Secretaría de esta Sala del Tribunal, a Presidencia de cada Distrito Judicial del país, a efectos de que se tomen en cuenta los criterios expuestos en la presente sentencia, en la aplicación de la figura de la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, contenida en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
EXP. N.º 03006-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
MARCELO STERNBERG
PERUGGIA Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de junio de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marcelo Strenberg Peruggia y otros contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 11 de marzo de 2009, de folios 213, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de diciembre de 2007, los recurrentes interponen demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Trujillo, solicitando que se inaplique los artículos 5, 6 y 7 de la Ordenanza N.º 027-2007-MPT y que se les permita a los suscritos y a los usuarios de sus negocios empresas y/o comercios el acceso vehicular en las condiciones anteriores a la expedición de la ordenanza cuestionada.

Manifiesta que mediante la ordenanza en cuestión se declara zona peatonal el sector comprendido por las calles: Jr. Almagro cuadra 4; Jr. Orbegoso cuerdas 4 y 5; Jr. Pizarro, cuerdas 4, 5, 6 y 7 y Jr. Independencia, cuadra 4; que como consecuencia de ello sus ventas se reducirán enormemente, ya que mermará la afluencia de clientes a sus establecimientos, lo que implicará el cierre progresivo y gradual de sus negocios. Alegan que con la mencionada ordenanza se amenaza de manera cierta e inminente sus derechos a la libertad de empresa, de libertad de contratación e inmutabilidad de los contratos, a la libertad de trabajo y a la integridad. Sostienen que se proyectaron negocios configurados especialmente para un contexto de calles abiertas, siendo esta modificación una afectación también a la seguridad

jurídica; añaden que de igual modo, se genera una proliferación del comercio informal, el que tomando las calles, los coloca en una citación de desventaja.

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, con fecha 20 de octubre de 2008, declara improcedente liminarmente la demanda debido a que no se ha acreditado la inminencia de la vulneración a los derechos que se invoca para que sean susceptibles de protección vía el proceso de amparo.

La Sala Superior revisora confirma la resolución apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Mediante el presente amparo se pretende que se inapliquen los artículo 5, 6 y 7 de la Ordenanza 027-2007-MPT, debido a que con ellos se estarían amenazando los derechos a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y de inmutabilidad de los contratos, a la libertad de trabajo y a la integridad.
2. Los demandantes han alegado que la ordenanza no genera las condiciones necesarias para el progreso de la ciudad de Trujillo, ya que se está condenando a la quiebra y al cierre de los negocios y comercios que se encuentran en la zona declarada peatonal. Alegan que con la vigencia de la ordenanza ya no se tiene acceso vehicular a tiendas de telas, que deben recibir carga a diferentes ciudades y que no pueden hacerlo por la imposibilidad material del ingreso de vehículos. Asimismo, indican que sus negocios fueron estructurados “para un sistema de calles abiertas y conforme al flujo que ello generó se han hecho inversiones, ampliaciones e instalaciones, con la correspondiente contratación de personal y técnicos que ahora han quedado sin actividad”, teniendo que asumir tal costo.
3. La jurisprudencia de este Colegiado ha sido constante en establecer que el amparo procede frente a amenazas que sean ciertas e inminentes [STC2593-2003-AA/TC, STC 03125-2004-AA/TC, STC 05259-2008-PA/TC]. La certeza es un conocimiento seguro y claro de la amenaza, dejando de lado conjeturas o presunciones. Esto es, que el perjuicio debe ser real y efectivo, tangible concreto e ineludible, excluyendo del amparo aquellos perjuicios que escapen a un captación objetiva. “En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real (es decir, que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados); tangible (que se perciba de manera precisa), e ineludible (que implique irremediablemente una violación concreta)” [STC 04382-2009-PA/TC, fund. 3].
4. De autos se aprecia una serie de alegaciones sin mayor sustento fáctico que la propia argumentación de los demandantes. Se dice, por ejemplo, que los negocios afectados estarían asumiendo una carga al contar con trabajadores que debido a la ordenanza ahora no tendrían actividad alguna. Pero ¿se ha explicado específicamente a cuál de los 23 demandantes le ocurre ello, si es que realmente le ocurre a alguno? O ¿se ha acreditado que se han cancelado contratos como consecuencia directa de la ordenanza? No. Los demandantes no han presentado documento alguno que sustente tales argumentos. En tal sentido, no acreditan la certeza y menos la inminencia de su próxima quiebra como consecuencia de la ordenanza cuestionada. Se trata de una demanda que plantea una serie de perjuicios que no son demostrativos de un vínculo objetivo entre tales consecuencias y la ordenanza causante. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada por estos argumentos.
5. De otro lado, importa dejar constancia de que si bien los actores cuestionaron la Ordenanza N.º 027-2007-MPT, en ningún momento adjuntaron copia de dicho documento. Tampoco hicieron referencia a las posteriores modificaciones a la que fue sometida la ordenanza. Así, mediante la Ordenanza N.º 030-2007-MPT se modificaron los artículos 5, 6 y 7 cuestionados en la presente demanda. Se establece así que la zona

peatonal rige desde las 08:00 h hasta las 21:00 h. Asimismo, se establece en el artículo 6 que los vehículos de abastecimiento de mercadería y/o suministro de productos que deban ejercer prestaciones contractuales con los establecimientos comerciales que se encuentran ubicados dentro de la zona del Centro Histórico de la ciudad de Trujillo están autorizados a ingresar a la Zona Peatonal para atender a sus clientes entre las 21:00 h y las 08:00 h y de 14:00 h a 16:00 h. Es de recordarse que los demandantes son los gestores de sus derechos; por lo tanto, les corresponde exponer todas los argumentos y medios probatorios posibles a fin de poder conseguir la tutela del supuesto derecho fundamental vulnerado. De lo contrario, si no se especifica bien el supuesto acto lesivo, el derecho fundamental y la forma como se lo estaría vulnerando la demanda de amparo deberá ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo por no haberse acreditado que la supuesta amenaza sea cierta e inminente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 03116-2009-PA/TC**LIMA****CEMENTOS LIMA S.A.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 10 días del mes de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Calle Hayen que se agregan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Cementos Lima S.A. contra la resolución de la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 258, su fecha 17 de junio de 2008, que confirmando la apelada declara improcedente, *in limine*, la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de enero de 2008 la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), solicitando que se declare inaplicable el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N.ºs 091-2007-EF y 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás; y que, reponiéndose las cosas al estado anterior, se ordene que toda importación con cargo a las sub-partidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem del 12%.

Alega que la modificación de la tasa de los derechos arancelarios de las sub-partidas nacionales referidas vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación.

El Trigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de enero de 2008, declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que el proceso de acción popular constituye la vía procesal específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados, conforme lo establece el inciso 2) del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional.

Con fecha 13 de mayo de 2008, el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas se apersona al proceso y, con fecha 23 de junio de 2008, expone sus fundamentos sobre la demanda, aduciendo que el decreto supremo cuestionado no vulnera los derechos alegados por la demandante.

La Sala Superior competente confirmó la apelada, por estimar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

FUNDAMENTOS

§.1. Procedencia de la demanda

1. Antes de entrar a analizar el fondo de la controversia, es preciso examinar el rechazo *in limine* dictado por las instancias precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose, por un lado, que debe recurrirse al proceso de acción popular por constituir la vía procesal específica, igualmente satisfactoria, para ventilar la pretensión, y, por otro, que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

En buena cuenta, corresponde determinar si existe otro proceso judicial para resolver la controversia planteada, y si éste es igualmente satisfactorio que el proceso de amparo para defender y proteger los derechos constitucionales que se alegan como vulnerados.

2. Sobre el particular, este Tribunal estima que en el presente caso no cabía rechazar *in limine* la demanda sino admitirla a trámite con el objeto de examinar, entre otros aspectos, si el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF ha afectado los derechos de la demandante a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación.

Ello debido a que el artículo 3.º del Código Procesal Constitucional prevé que en el proceso de amparo se pueda demandar la inaplicación de una norma legal de carácter autoaplicativa, como sucede en el caso de autos. Además, por la trascendencia de la controversia planteada el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolverla, porque la dilucidación de la controversia no requiere la actuación de medios probatorios complejos.

3. Teniendo presente ello, este Tribunal estima oportuno precisar, de manera enunciativa y no taxativa, en qué casos un indebido rechazo liminar de la demanda no debe ser revocado, con el efecto de que se devuelvan los actuados y se ordene la admisión a trámite de la demanda, sino que debe ingresarse a evaluar el fondo de la controversia. Así, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal y atendiendo a la finalidad subjetiva de los procesos constitucionales, este Tribunal considera que existen determinados supuestos en los que, pese a existir un indebido rechazo liminar de la demanda, resulta procedente ingresar a evaluar el fondo de la controversia planteada, que son los siguientes:

- a. Cuando en autos obren medios probatorios idóneos, suficientes y eficaces que sean de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente, es decir, cuando los hechos alegados no requieran la actuación de medios probatorios complejos.
 - b. Cuando el derecho de defensa del demandado se encuentre garantizado, bien porque ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación, o bien porque se ha apersonado al proceso y ha expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada.
 - c. Cuando la acción u omisión cuestionada haya sido declarado de manera uniforme y reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como lesiva a los derechos fundamentales, o cuando la acción u omisión cuestionada haya sido declarado por la jurisprudencia del Tribunal como un comportamiento reiterado y reincidente que genera un estado de cosas inconstitucionales.
 - d. Cuando exista un precedente vinculante del Tribunal que haya condenado como lesiva la acción u omisión cuestionada en la demanda, o cuando el acto cuestionado como lesivo haya sido previamente inaplicado vía control difuso por el Tribunal, siempre que se presenten los mismos supuestos (juicio de relevancia) para su inaplicación.
4. Precisos tales supuestos, este Tribunal estima que las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite. No obstante ello, y en atención a lo establecido en el punto b) del fundamento precedente, este Tribunal considera pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que el Procurador Público a cargo de los

asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación y se ha apersonado y expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada, lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

§.2. Delimitación del petitorio y de la controversia

5. La Sociedad demandante pretende que se declare inaplicable el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás; y que, por consiguiente, se ordene que toda importación con cargo a las sub-partidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem CIF del 12%.

Sostiene que el artículo referido vulnera su derecho a la libertad de empresa porque no la estimula y maximiza y porque la rentabilidad de las empresas productoras de cemento nacional, como es su caso, será más baja, afectándose de este modo la libre competencia.

Asimismo, señala que el artículo referido lesiona su derecho a la igualdad ante la ley, debido a que arbitrariamente establece un tratamiento diferenciado que resulta erróneo e inútil para lograr promover la eficiencia y la competitividad en la economía, pues genera la contracción de la demanda del cemento producido en el Perú.

Además, alega que el artículo referido constituye una desigualdad de trato en el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, pues discrimina a las sub-partidas nacionales correspondientes al cemento con relación a otras sub-partidas nacionales, provocando una injustificada dispersión arancelaria.

6. Sobre la base de estos alegatos, este Tribunal considera que la controversia debe centrarse en determinar si el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF vulnera los derechos a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación, así como la libre competencia y el principio-derecho a la igualdad ante la ley.

§.3. Análisis de la controversia

§.3.1. Libertad de empresa

7. En una economía social de mercado, el derecho a libertad de empresa, junto con los derechos a libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60.º reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y de sustento de la economía nacional.
8. En este contexto, la libertad de empresa se erige como un derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58.º y 59.º de la Constitución.

Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61.º de la Constitución reconoce que el Estado: **a)** facilita y vigila la libre competencia; **b)** combate toda práctica que limite la libre competencia; y **c)** combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

9. De este modo, cuando el artículo 59.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el

mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.

10. Teniendo presente lo señalado, este Tribunal considera que el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF no limita ni restringe alguno de los cuatro tipos de libertades que forman parte del contenido del derecho a la libertad de empresa y que fueron precisados en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03330-2004-AA/TC, por las siguientes razones:

- a. En primer lugar, el artículo cuestionado no limita ni restringe la libertad de creación de empresa que tiene derecho la demandante, pues ésta ya es una empresa constituida (sociedad anónima) que tiene por objeto social la fabricación de cemento, cal y yeso.

Asimismo, porque el artículo cuestionado tampoco le prohíbe a la demandante iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una nueva empresa, o bien mediante la adquisición de una empresa ya existente, ni le excluye algún sector económico para el desarrollo de una iniciativa empresarial.

- b. En segundo término, el artículo cuestionado no incide directa ni indirectamente en la libertad de organización de la empresa, ya sea interna o externa, pues no le impone la variación del objeto social elegido, ni le ordena el cambio de nombre, domicilio, o tipo de sociedad. Tampoco el artículo cuestionado le impone a la demandante una política de precios, créditos, seguros y contratación de personal para fabricar cemento, cal y yeso, ni el modo de realización de su actividad económica.

En buena cuenta, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone que tipo de cemento, cal o yeso debe fabricar, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.

- c. En tercer término, el artículo cuestionado no limita ni falsea la libre competencia para fabricar cemento, cal y yeso. No obstante ello, y porque la demandante aduce la afectación de la libre competencia, este alegato será desarrollado *in extenso* en el fundamento 15.
- d. Finalmente, el artículo cuestionado tampoco prohíbe o impide que la sociedad demandante pueda cesar libremente sus actividades económicas en el momento que estime conveniente o salir del mercado. Es decir, que el artículo cuestionado no impone ningún deber que obligue a la demandante a continuar indefinidamente realizando su actividad económica.

11. Por estas razones, el Tribunal considera que el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

§.3.2. Libre competencia

12. Un aspecto fundamental de una economía social de mercado y una consecuencia principal de la libertad de acceso al mercado es la existencia de la libre competencia, sin la cual quedaría vacío de contenido el derecho a la libertad de empresa.

Por ello el artículo 61.º de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes

económicos, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios.

13. Así, la libre competencia tiene el carácter de pautas o reglas de juego del mercado, con arreglo a la cual deben actuar todos los agentes económicos y que, en todo momento, ha de ser vigilada y preservada por el Estado, cuya principal función es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres, competitivos y transparentes, así como la de adoptar todas las medidas necesarias que impidan su obstrucción o restricción.

Ello debido a que la Constitución en sus artículos 61.º y 65.º, asume la posición de que la libre competencia junto con el derecho a la información, promueven de la mejor manera la satisfacción de los intereses de los consumidores y usuarios en el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados de bienes y servicios.

14. En este sentido, conviene recordar que este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00018-2003-AI/TC ha precisado que la libre competencia plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de tres requisitos:

- a. La autodeterminación de iniciativas o de acceso de agentes económicos al mercado.
- b. La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.), es decir, la libertad de actuación dentro del mercado.
- c. La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).

15. Pues bien, teniendo presente el contenido y los presupuestos que configuran la libre competencia, este Tribunal considera que el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF no contraviene el artículo 61.º de la Constitución, por las siguientes razones:

- a. En primer lugar, el artículo cuestionado no establece una prohibición a las empresas fabricantes de cemento para que sigan desarrollando su actividad empresarial, ni las expulsa del mercado en que se desarrollan.

Asimismo, tampoco prevé la prohibición de que nuevos agentes económicos puedan acceder al mercado de la fabricación del cemento, ni establece condiciones subjetivas de admisión al mercado de la fabricación del cemento que sean irrazonables o desproporcionadas, razón por la cual no puede considerarse afectada la libre competencia en su aspecto esencial de libertad de acceso al mercado.

- b. En segundo término, el artículo cuestionado no limita la libertad de inversión de las empresas que se dedican a la fabricación de cemento, pues no les impone la obligación de invertir por una parte ni la prohibición de invertir por otra. En igual sentido, debe tenerse presente que el artículo cuestionado no elimina ni controla la libertad de formación de los precios en el mercado del cemento, razón por la cual tampoco puede considerarse afectada la libre competencia.
- c. En tercer término, el sentido normativo del artículo cuestionado no produce que el mercado libre, competitivo y transparente de fabricación del cemento se vea limitado, restringido o falseado, toda vez que no incide directa o indirectamente en la libertad de acción y elección de los consumidores ni elimina la oferta y la demanda del mercado de cemento.
- d. Finalmente, porque en autos no se encuentra demostrado que el artículo cuestionado produzca efectos anticompetitivos en el mercado del cemento, pues el acceso a este mercado se encuentra abierto a cualquier agente económico y porque las relaciones comerciales en este mercado no han sido obstruidas.

Asimismo, porque no existen indicios razonables que pongan en evidencia que las demandas de compra o las ofertas de venta de cemento nacional hayan disminuido como consecuencia directa e inmediata del artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, ni

que las demandas de compra o las ofertas de venta de cemento importado hayan incrementado como consecuencia directa e inmediata del artículo cuestionado. En buena cuenta no afecta el comercio del cemento ni lo restringe.

16. Por todas estas razones, este Tribunal considera que artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF no contraviene la libre competencia.

§.3.3. Igualdad ante la ley

17. En cuanto a la violación del derecho a la igualdad, debe recordarse que el inciso 2), del artículo 2.º de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. De este modo, la Constitución reconoce un derecho subjetivo a obtener un trato igual aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, trato igual que exige que ante supuestos de hecho iguales deban ser aplicadas las mismas consecuencias jurídicas.
18. En materia económica, el derecho a la igualdad ante la ley y de trato se encuentra reconocido expresamente en los artículos 60º y 63º de la Constitución, en tanto señalan que la “actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” y que la “inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”.
19. Ahora bien, para que el juicio de igualdad pueda efectuarse es necesario que las situaciones subjetivas que vayan a compararse sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, razón por la cual, toda alegación del derecho a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, siendo carga del recurrente en amparo aportar un término suficiente y adecuado de comparación a partir del cual proceder a aplicar el canon de igualdad.
20. Teniendo presente ello, este Tribunal considera oportuno abordar cual es la finalidad constitucional de los aranceles en nuestra economía social de mercado, toda vez que el tema controvertido en el presente caso es la regulación de la tarifa arancelaria de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás.

Al respecto, este Tribunal considera que los aranceles como todo tributo tiene una finalidad impositiva que persigue la realización del deber de contribuir con el gasto público, pero a su vez, en materia económica tiene una finalidad de promoción de la libre competencia, ya que de manera directa o indirecta regulan las actividades económicas relacionadas con el comercio exterior.

Por ello, resulta válido afirmar que los aranceles tienen como finalidad constitucional favorecer la producción nacional, promover la estabilidad económica a través del aumento o disminución, la reducción o ampliación de las importaciones que pueden afectar el nivel general de precios y los movimientos de la oferta y la demanda nacional, estimular el crecimiento económico, proteger la industria nacional, promover la inversión nacional, controlar los precios, defender a los consumidores e incentivar la competitividad de los productos nacionales.

21. En sentido similar, debemos señalar que en los Lineamientos de Política Arancelaria aprobados por la Resolución Ministerial N.º 005-2006-EF-15, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de enero de 2006, se destaca que una decisión de política arancelaria debe considerar, entre otros elementos, el balance entre el eventual impacto efectivo sobre producción, empleo o recaudación versus aquél sobre la eficiencia en la asignación de recursos y el bienestar de la población.

Por ello, se señala en los lineamientos referidos que desde un punto de vista de eficiencia económica, la reducción de aranceles promueve mejoras en la competencia internacional de los productos producidos en el país y en la productividad de las empresas, así como permite una mayor satisfacción del consumidor. Lo contrario, elevar aranceles, separa a las economías de la competencia internacional, beneficiando sólo a algunos sectores y grupos en términos de ingresos y empleo, a costa de la eficiencia en la asignación de recursos productivos.

22. Pues bien, en el presente caso el mercado relevante es el mercado del cemento, por lo que en aplicación del artículo 63º de la Constitución, la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones, es decir, que debe existir una igualdad de trato tanto en la ley como en su aplicación, a menos que otro país o países adopten medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional.
23. En este contexto, debe señalarse que el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás, no cumple con la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado, pues no persigue favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional, o incentivar la competitividad de los productos nacionales.
24. Ello no quiere decir que el Presidente de la República, se encuentre impedido de reducir las tarifas arancelarias, por el contrario, constitucionalmente tiene la facultad de regular mediante decretos supremos las tarifas arancelarias (artículo 118º, inciso 20) de la Constitución); sin embargo, dicha regulación no puede afectar el principio de igualdad en materia económica ni desproteger a la inversión e industria nacional para favorecer a la inversión e industria extranjera.

Teniendo presente ello, este Tribunal considera que la reducción de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales mencionadas, si bien puede constituir un acto de política arancelaria, resulta ser un acto desproporcionado, y por ende, constitucionalmente prohibido por el principio de interdicción de la arbitrariedad, toda vez, que la reducción a 0% de las tarifas arancelarias de las sub-partidas nacionales mencionadas, en realidad, constituye un acto de exoneración o exención de tarifas y no una reducción que tenga una finalidad constitucionalmente legítima.

25. En sentido similar, debe señalarse que no se encuentra demostrado que la medida de reducción de las tarifas arancelarias de las sub-partidas nacionales mencionadas persiga una finalidad constitucional legítima, pues si bien en los considerandos del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF se señala que dicha medida tiene por objeto promover la eficiencia y competitividad de la economía, en autos no existe prueba alguna que respalde dicha consideración o demuestre que ello se esté produciendo. Y es que, no sólo basta invocar o alegar una finalidad constitucional legítima para justificar la medida de tratamiento diferenciado, sino que también, en algunos casos, es necesario demostrar que efectivamente la medida persigue lograr dicha finalidad, supuesto que no sucede en el caso de autos.
26. De otra parte, debe precisarse que con el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, en lo que respecta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás, se ha beneficiado la importación del cemento, la cual no constituye una actividad económica discriminada o marginada ni un mercado que se halle en circunstancias de debilidad manifiesta que exija medidas de protección especial, como la establecida en el artículo referido.

Por dicha razón, este Tribunal considera que la modificación de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales referidas contraviene el derecho a la igualdad, porque está generando un tratamiento desigual entre la inversión nacional y la extranjera.

27. En este orden de ideas, resulta válido concluir que en virtud del control difuso reconocido en el artículo 138.º y en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene que declararse inaplicable el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, en lo que respecta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás.

En igual sentido, este Tribunal considera necesario precisar que en virtud del efecto restitutivo propio de las sentencias de los procesos constitucionales de la libertad, tiene que

reponerse las cosas al estado anterior a la violación del derecho a la igualdad producida por la modificación arbitraria de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás. Como consecuencia de ello, se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás, por ser éste el estado anterior a la violación.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. **Declarar FUNDADA**

la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

2. **INAPLICABLE** el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N.ºs 091-2007-EF y 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás.

3. **ORDENAR** a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que, a partir del día de siguiente de notificada la presente sentencia, no aplique el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, en lo que respecta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás.

4. **REPONIÉNDOSE** las cosas al estado anterior a la violación constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (□clinker□) y 2523 29 00 00 los demás; sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda regular nuevamente la tasa arancelaria referida conforme al fundamento 24, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 03116-2009-PA/TC
LIMA
CEMENTOS LIMA S.A.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 11 de enero de 2008 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) con la finalidad de que se declare la inaplicabilidad del artículo 2° del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, que modificó el 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en los Decretos Supremos N.º 091-2007-EF y N.º 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás y se establezcan que, reponiéndose las cosas al estado anterior, se ordene que toda la importación con cargo a las sub-partidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem CIF del 12%, puesto que con ello se vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación.
2. El Trigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente la demanda considerando que existe una vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho invocado, conforme lo establece el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. La Sala Superior competente confirmó el auto de rechazo liminar en atención a lo establecido en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional ya que no se advierte relación entre los hechos expuestos y la afectación a los derechos invocados.
3. Por lo expuesto tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior revoca el auto venido en grado para vincular a quien todavía no es demandado porque no ha sido emplazado por notificación expresa y formal, corresponde entonces revocarlo y ordenar al inferior a admitir la demanda a trámite y correr traslado de ella al demandado. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente, mandato que tiene el propósito de vincular al pretense demandado con lo que resulte de la intervención de este tribunal en relación específica al auto cuestionado. Cabe mencionar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional es copia del artículo 427° del Código Procesal Civil en su parte final que dice: *“Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce*

efectos para ambas partes.”, numeral que precisamente corresponde al rechazo in limine de la demanda y las posibilidades que señala para el superior (confirmar o revocar el auto apelado).

4. Es preciso señalar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través del recurso de agravio constitucional, y nada mas. Por ello es que el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
5. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
6. En atención a lo señalado se concluye en que es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o su revocatoria; sin embargo he venido expresando en repetidos votos que excepcionalmente podría ingresarse al fondo, para darle la razón al demandante, en casos de suma urgencia cuando se verifique la existencia de situaciones de hecho que exijan la tutela urgente, es decir cuando por ejemplo se evidencie estado de salud grave o edad avanzada del demandante u otro según la evaluación del caso concreto.
7. En el presente caso no tenemos una situación urgente que amerite pronunciamiento por parte de este Colegiado, sino mas bien se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica (sociedad mercantil) habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida a incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “**persona humana**”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma mas rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional y urgente, puesto que ello significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que este colegiado puede ingresar al fondo de la controversia en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente y de inminente realización (urgencia) y iii) que ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte de este Colegiado. Siendo así en este caso solo cabe evaluar de los argumentos esgrimidos en la demanda y de lo actuado en el presente proceso constitucional de amparo si existe alguna razón de urgencia para revocar el auto de rechazo liminar y admitir a tramite la demanda, puesto que lo contrario implicaría confirmar el mencionado auto de rechazo liminar.

En el presente caso

8. Se observa que la empresa recurrente interpone demanda de amparo solicitando la inaplicación del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, de fecha 13 de octubre de 2007, considerando que éste vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la Nación. Se observa del caso lo siguiente:

- a) La empresa actora (sociedad mercantil) denuncia la afectación de derechos constitucionales que dice tener que soportar por la reducción al 0% del derecho arancelario ad valorem CIF a través de la normatividad que señala.
 - b) La denuncia de la empresa recurrente de afectación de derechos al empresariado nacional puesto que resulta evidente que por el tratamiento arancelario a favor de las empresas cementeras del exterior, las empresas nacionales obtendrán menores utilidades.
 - c) La posibilidad de afectación de derechos difusos, puesto que la reducción en este caso del derecho arancelario al cemento traído de otros países podría, finalmente, incidir en el servicio público de Vivienda, necesidad vital en toda sociedad como la nuestra.
9. Siendo así considero que no obstante tratarse de una sociedad mercantil existe una situación especial en el presente caso que hace necesario que se evalúe el fondo de la controversia, puesto que se denuncia que con la vigencia del dispositivo cuestionado no sólo se estaría afectando a la producción nacional, sino también encontraríamos involucradas a otras áreas como son la Vivienda y Construcción que es una necesidad primordial de nuestra sociedad y que involucra el interés de las familias peruanas necesitadas de viviendas. Es así que el demandante expresa afectaciones directas a sus derechos constitucionales con la emisión del cuestionado decreto, por lo que considero pertinente en este caso excepcional revocar el auto de rechazo liminar y admitir a trámite la demanda para que este Colegiado tenga la posibilidad de tener conocimiento como última instancia, del fondo de la controversia y verificar si la vigencia de la norma cuestionada afecta realmente los derechos constitucionales de estas personas y no sólo de la empresa demandante sino también de otras empresas que se encuentren en la misma situación, así como de la sociedad en general y comprometer si la afectación también le alcanza directa o indirectamente, con dichos dispositivos. Cabe señalar que en el caso de autos encontramos por lo expresado en la demanda y del texto del dispositivo cuestionado, que, al parecer, se está exonerando del pago arancelario a empresas extranjeras, sin que la sociedad se hubiese visto beneficiada en la utilización de un cemento extranjero en la edificación de sus viviendas aún mejorando las utilidades para las empresas del exterior, lo que podrá ser pasible de discutirse dentro de un proceso de amparo.
10. Por lo expuesto encuentro suficientes razones que ameritan que este Colegiado admita a trámite la demanda para que ambas partes expresen su posición a fin de que se verifique la existencia de vulneración de derechos constitucionales de la empresa demandante.

En consecuencia mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional y en consecuencia se debe disponer que se **REVOQUE** el auto de rechazo liminar disponiendo se ordene al juez de la causa admitir a trámite la demanda de amparo para dilucidar la controversia en su oportunidad.

SS.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 03116-2009-PA/TC
LIMA
CEMENTOS LIMA S.A.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Con el debido respeto por los argumentos vertidos por los votos en mayoría, considero que la demanda de amparo interpuesta debe ser declarada **IMPROCEDENTE**. La sustentación a la posición asumida se puede encontrar en los siguientes fundamentos:

§1. Sobre un correcto análisis de procedibilidad de la demanda

1. El primer tema a discutir es si realmente el amparo es el tipo de proceso adecuado para dilucidar sobre la pretensión planteada, a la luz de la línea jurisprudencial marcada por este Colegiado.
2. Al respecto, debo partir de la idea que a través del amparo sólo puede cuestionarse la vulneración de derechos o bienes constitucionales realizada a través de ‘hechos’ de acción u omisión [artículo 200º inciso 2) de la Constitución]. Por tal razón, el amparo está impedido de analizar en abstracto normas de carácter general, siendo improcedente *prima facie* el denominado ‘amparo contra normas’, premisa, sin embargo, que sólo tiene validez en caso de normas denominadas heteroaplicativas, es decir, aquéllas que requieren de actos de ejecución intermedios para que recién pueda producirse un agravio, de donde se colige que “(...) *no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo*” [fundamento 3 de la STC N.º 4677-2004-PA/TC, siguiendo lo ya señalado en la STC N.º 2308-2004-AA/TC, y mantenida en fundamento 4 de la STC N.º 1576-2007-PA/TC].
3. Por el contrario, el proceso de amparo es conveniente y adecuado para cuestionar las **normas autoaplicativas**, “(...) *aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada*” [artículo 3º del Código Procesal Constitucional]. Un hecho basado en una norma importará la intervención del juez constitucional para poner coto a la acción viciada en su constitucionalidad, en dos casos específicos: cuando existan normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera

subjetiva de los individuos y cuando existan normas que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada. *“En tal sentido, sea por la amenaza cierta e inminente, o por la vulneración concreta a los derechos fundamentales que la entrada en vigencia que una norma autoaplicativa representa, la demanda de amparo interpuesta contra ésta deberá ser estimada, previo ejercicio del control difuso de constitucionalidad contra ella, y determinándose su consecuente inaplicación”* [fundamento 4 de la STC N.º 4677-2004-PA/TC]. Así, esta norma debe tener eficacia inmediata, esto es, que su aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación normativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia [STC N.º 1535-2006-PA/TC].

4. Lo que cabe, entonces, determinar es si el Decreto Supremo N.º 158-2007-EF en sí importa una violación de derechos fundamentales y por lo tanto, plausible de ser cuestionado por intermedio del amparo. Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional en materia de normas autoaplicativas de carácter tributario, ha sido uniforme al expresar que ellas deben incidir en ‘forma directa’ en el ámbito subjetivo de los demandantes, máxime si como se vio, este tipo de normas se exhiben como una excepción al ‘amparo contra normas’. En este marco, por consiguiente, es admisible y constitucional que se hayan considerado fundadas demandas de amparo que atacaban normas que imponían una determinada tasa [STC N.º 0606-2008-PA/TC o STC N.º 2724-2007-PA/TC]; que imputaban requisitos previos a cualquier acotación al pago [STC N.º 1576-2007-PA/TC]; o, que vinculaban al demandante con un tributo al ser sujeto pasivo del mismo [STC N.º 2302-2003-AA/TC]. Quien estaba obligado al pago de dicho tributo, encontraba en dichas normas una afectación directa al mandato constitucional que lo afectaba directamente, por lo que era viable plantear el amparo.
5. En el caso concreto, la norma impugnada está reduciendo el porcentaje -y el pago- de un determinado arancel tributario sobre la importación de cemento. Son los importadores de cemento a quienes se les aplica la nueva tasa, pero antes que violentados en su derecho, se encuentran favorecidos con la emisión del decreto supremo, por lo que tiene sentido que no hayan presentado demanda alguna. Quien la ha interpuesto no es quien se ve afectado ‘directamente’ por el mencionado decreto supremo. Por el contrario, es una empresa que únicamente como correlato de la aplicación de la norma a dichos importadores, se siente afectada, insisto, no de forma directa, como se requiere en las autoaplicativas, sino de manera indirecta. Nadie duda que la norma cuestionada en el amparo puede tener incidencia en derechos de la empresa demandante, pero ello no importa en sí misma que la mera dación del decreto supremo los esté afectando, como la jurisprudencia constitucional uniforme lo exige. La ‘relación directa’ de la demandante con la norma, en conclusión, es palmariamente inexistente.
6. En el caso concreto, aparte de no contar con tal legitimidad, ni siquiera la norma es autoaplicativa. No se puede desdibujar el concepto de norma autoaplicativa, en vista que su supuestamente afectación recién podría producir al momento de realizarse una determinada importación. La naturaleza de la norma autoaplicativa ya explicada importa que su utilización deba realizarse sólo cuando corresponda de manera excepcional, en virtud del modelo ilustrado en el artículo 200º, inciso 2) de la Constitución, y desarrollado en el artículo 3º del Código Procesal Constitucional, que en principio deniega la posibilidad del ‘amparo contra normas’.
7. Todo proceso constitucional importa el cumplimiento de dos fines: protección de la primacía de la Norma Fundamental y tutela de derechos fundamentales [artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional], pero no puede equivocarse un Tribunal en calibrar lo que está proponiéndose en un proceso de control concreto, cuando en estricto se refiere a uno de control abstracto. Mal haría este Colegiado en admitir en una demanda de amparo, lo que es propio de la acción popular. Este proceso *“(...) procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”*. Una demanda de acción popular, entonces, es lo que correspondería en el caso de autos, y que no ha tomado en cuenta los votos en mayoría. Reitero que el Tribunal Constitucional ha sostenido en la STC N.º 2308-2004-AA/TC, que el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución no contiene una prohibición para cuestionar, mediante el amparo, leyes que puedan ser lesivas

en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley. En el caso, lo que en el fondo está buscándose es el análisis de constitucionalidad en abstracto de la norma incoada, por lo que tomando en cuenta el rango de un decreto supremo insisto en que, en todo caso, debió utilizarse la acción popular.

8. A propósito, mal hacen los juzgadores constitucionales de primer y segundo grado que declaren la acción popular como **vía igualmente satisfactoria**, como también están errados los votos en mayoría cuando estipulan que ella no lo es (**fundamento 2 in fine**). El uso de la terminología prevista en el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional no atañe a la situación planteada. Este dispositivo está referido a plantear al amparo -y otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales- como un proceso subsidiario, esto es, que tras la determinación de la posible vulneración de un específico derecho, no exista proceso ordinario alguno capaz de tutelar de la misma forma la pretensión planteada, sobre la base de un contenido constitucionalmente protegido. Como uno se puede dar cuenta, la acción popular no tiene correspondencia alguna con el concepto de vía igualmente satisfactoria, al no versar directamente sobre una tutela concreta de derechos fundamentales, sino en línea de principio al análisis abstracto de validez normativa. La demanda entonces tiene que ser calificada como improcedente, porque no tiene asidero invocar la causal alegada.
9. De otro lado, es llamativo que la pretensión se restrinja únicamente a la inaplicación de una norma, a través de un **control difuso constitucional**, y que ésta no esté vinculada con una pretensión referida a la tutela de derechos líquidos y concretos del accionante. En el marco de un proceso de amparo, es válido realizar el control difuso, el cual "(...) *constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental*" [fundamento 16 de la STC N.º 1383-2001-AA/TC], siendo un acto complejo en la medida que significa preferir la aplicación de una norma, tras la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso; que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución.
10. Sin embargo, plantear una demanda con el único propósito de inaplicar una norma, como sucede en el caso concreto, significaría reemplazar la acción popular -o en su caso, la inconstitucionalidad- por un proceso de tutela de derechos fundamentales -específicamente, el amparo-, sin que medie una pretensión particular para quien plantea la demanda, como sí se presentaban en las sentencias antes citadas que versaban sobre normas tributarias, en las cuales básicamente se cuestionaba el no-pago de un determinado tributo que lo afectaba. En el caso concreto, no habría tal pretensión principal. Sería como suplir la acción popular o la inconstitucionalidad (sobre todo, ésta que tiene especiales legitimados activos *ad processum*) por una especie de *actio popularis* para proteger un interés particular. Esto es *prima facie* inadmisibles desde la teoría procesal constitucional.
11. Asimismo, en el supuesto negado que no sea procedente la demanda planteada, tampoco comparto los criterios vertidos por los votos en mayoría (**fundamentos 3 y 4**) que repite los argumentos del voto singular de un magistrado en la STC N.º 2364-2008-PHC/TC, referido al ingreso al fondo de la controversia constitucional pese a la existencia de una **improcedencia in limine**. Para tal caso debería aplicarse la jurisprudencia ya existente por este Colegiado, según el cual es válido ingresar al fondo del asunto cuando se evidencia que: (a) en primer lugar, que existen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; (b) en segundo lugar, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados, quienes fueron notificados; y, (c) por último, es innegable la importancia y trascendencia del caso por las cuestiones que el conlleva [fundamento 21 de la STC N.º 4587-2004-AA/TC]. Pese a ello, el estudio sobre el tema se presenta bastante limitado, sin interpretar con consistencia, por qué ingresar al fondo

del asunto en el caso concreto. Es más, podría declararse nulo todo lo actuado, y remitir los actuados al juez de primer grado para que admita la demanda y corra traslado de la misma.

12. Siguiendo también con la hipótesis negada de la validez de considerar la norma como autoaplicativa, atañe revisar el cumplimiento del **plazo para interponer la demanda** hubiera sido de sesenta días hábiles de producida la afectación [artículo 44° del Código Procesal Constitucional]. La norma incoada fue publicada el 13 de octubre de 2007 y la demanda interpuesta el 11 de enero de 2008, por lo que han transcurrido más de 60 días (en octubre de 2007, 13 días; en noviembre de 2007, 21 días; en diciembre de 2007, 20 días; en enero de 2008, hasta el 10, 7 días más). Por ello, en virtud del artículo 5°, inciso 10) del Código Procesal Constitucional, existe otro motivo de peso más para rechazar el pedido realizado. En caso de considerarse la vulneración continua, y por lo tanto no plausible de ser declarada prescrita la acción, mal haría este Colegiado en no explicar los fundamentos de por qué hacerlo, y simplemente asumir como válida esta supuesta explicación, a mi entender, no del todo sustentable.
13. De lo argumentado, es más que claro que la demanda debe ser declarada improcedente por no reunir los presupuestos necesarios del amparo, al no haberse demostrado afectación subjetiva directa de una norma autoaplicativa, y por haber prescrito la acción. No obstante, y en vista de la forma en que se ha decidido en el fallo en mayoría, considero válido dejar sentadas algunas cuestiones de fondo sobre el asunto, pese a que quien le tocaría dilucidar la cuestión sería al juez constitucional del Poder Judicial a través de la acción popular.

§2. Sobre la afectación constitucional que pudiese existir

14. En virtud de la **naturaleza objetiva y subsidiariamente subjetiva del control de constitucionalidad abstracto** [fundamento 2 de la STC N.º 0002-2005-PI/TC] y tomando en cuenta sus funciones de pacificación, valoración y ordenación [fundamento 47 de la STC N.º 0019-2005-PI/TC], por ser una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural [fundamentos 2 y 3 de la STC N.º 0048-2004-PI/TC y fundamento 10 de la STC N.º 5854-2005-PA/TC], asume situaciones concretas a la hora de analizar la validez constitucional de una norma como la que se cuestiona.
15. Los votos en mayoría centran su análisis en la supuesta violación abstracta de derechos, no obstante que no correspondería realizar tal examen a través del amparo, según he expuesto, tampoco han logrado acreditar violación líquida y concreta alguna de derechos. Ahora, si bien es lógico argumentar que la norma cuestionada puede tener incidencia en derechos fundamentales, algo muy distinto es pretender que la afectación alegada puede significar un control vía el proceso de amparo. En primer lugar, consideran la inexistencia de la afectación de la libertad de empresa (**fundamentos 7, ss.**) y de la libre competencia (**fundamentos 12, ss.**), ambos derechos fundamentales de contenido económico íntimamente relacionados y reconocidos en los artículos 59° y 60° de la Constitución respectivamente. Frente a ello, razonan que sí ha existido una vulneración del derecho a la igualdad [artículo 2°, inciso 2) de la Constitución], básicamente porque el decreto supremo impugnado no ha cumplido con la finalidad constitucional de los aranceles, cual es favorecer y promover la industria nacional (básicamente, **fundamento 23**).
16. La forma en la que se está llegando en dichos votos a dicha conclusión, parece referirse, antes que a un control concreto, a uno abstracto de constitucionalidad, abonándose aún más a la posición que he señalado *supra* de la improcedencia de la demanda. Basta revisar que han considerado que el Decreto Supremo N.º 158-2007-EF se exhibe como desproporcional al constituir “(...) un acto de exoneración o exención de tarifas y no una reducción que tenga una finalidad constitucionalmente legítima” (**fundamento 24**), además de no poder demostrarse una finalidad legítima, esto es, si bien “(...) se señala que dicha medida tiene por objeto promover la eficiencia y competitividad de la economía, en autos no existe prueba alguna que respalde dicha consideración o demuestre que ello se esté produciendo” (**fundamento 25**). Pero lo señalado, ¿es correcto? Para responder tal interrogante, dejaré sentada algunas consideraciones.

17. La industria del cemento en el país, tal como ha quedado demostrado en el expediente, está dividida entre la producción nacional, tal como es la empresa demandante, y la importación de bienes extranjeros. El análisis que realizan los votos en mayoría se centra en la **situación de desigualdad** que estaría produciéndose al anularse el arancel aduanero, lo cual favorecería a esta última actividad. Pese a que la industria nacional y extranjera están obligados a encontrarse en una situación de igualdad [artículo 63° de la Constitución], el análisis que corresponde al caso concreto debió centrarse en el examen del tipo de producto que ingresa al país, con independencia del lugar de origen de la inversión o el tipo de empresa que realiza la actividad empresarial, bajo la lógica de un *test* de igualdad [Vid. STC N.º 0045-2004-AI/TC]. Por cuanto, quizás una empresa comercializadora nacional puede importar cemento extranjero, y la norma constitucional lo está favoreciendo; quizás la empresa productora en el país tenga capitales extranjeros y también se ve favorecida por la norma constitucional; quizás capitales peruanos se instalan en el extranjero, produciendo cemento, y luego ‘exportan’ el producto hacia el Perú, y es ahí donde la norma con más razón debería aplicarse. La posibilidad de crear un *tertium comparationis* no es tan inmediato ni directo, como está planteado en los votos en mayoría, al no quedar expresado en ninguna parte de sus votos entre quienes se estaría realizando la comparación. Al no definirse si se refiere al tipo de empresa involucrada (productores, comercializadores o importadores), los argumentos de la mayoría parten de un error insalvable y por eso no pueden avanzar lógicamente; tan cierta es esta afirmación que ni siquiera se pudo realizar el *test* de igualdad, por más que hayan hecho una tímida referencia al análisis de la finalidad constitucional legítima (***fundamento 25***).
18. Creo que el examen de constitucionalidad no debió partir de forma alguna de la igualdad. Aseverar su violación, como lo hacen los votos en mayoría, implicaría la imposibilidad de realizar cualquier cambio arancelario a otros productos, máxime si dicho bien o producto ya existe en el país, según se observa de la estructura de arancel de aduanas en el Perú [<http://www.sunat.gob.pe/arancelSivep/index.html>]. Además, por la globalización de los mercados y siguiendo la tendencia mundial, una drástica reducción arancelaria también se ve posibilitada gracias a la firma de acuerdos de integración comercial, tales como la Organización Mundial de Comercio – OMC, la Comunidad Andina de Naciones – CAN (a través de un Arancel Externo Común, en evolución desde 1995), el Mercado Común del Sur – MERCOSUR, el Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA, los Tratados de Libre Comercio, entre otros [Resolución Ministerial N.º 005-2006-EF-15]. En la lógica de los votos en mayoría, sería viable que una empresa peruana, sabiendo que existe arancel del 0% para el bien que produce pueda plantear una demanda de amparo a fin que se elimine este nuevo arancel, sin acreditar una supuesta violación de la igualdad, lo cual desvirtuaría el modelo de la Economía social de mercado y la intervención reguladora del Estado en ella.
19. Es más, este Colegiado no puede ser ajeno al rol que debe cumplir el Estado dentro de la Economía social de mercado: actúa ante una falla del mercado corrigiéndola, pero también cuando se desea promover actividades económicas específicas, así como si debe brindar “(...) *oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad* (...)” [artículo 59° de la Constitución]. Sobre esta base debe analizarse la reducción del porcentaje del arancel aduanero sobre la importación de cemento, y así determinar si realmente el Estado, con el decreto supremo está cumpliendo su fin constitucional.
20. En conclusión, el análisis a partir del derecho a la igualdad no es el correcto. Más adecuado parece ser el estudio de la norma arancelaria, sobre la base de la permisividad para su utilización desde el punto de las **funciones constitucionalmente asignadas**. Los aranceles, entendidos como tributos al comercio exterior de bienes de importaciones o exportaciones, se regulan mediante decreto supremo [artículo 74° de la Constitución], mandato reiterado para el Presidente de la República [artículo 118°, inciso 20) de la Constitución], específicamente para su Ministro de Economía y Finanzas, quien se encarga de planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la política arancelaria [artículo 25° del Decreto Legislativo N.º 560, Ley del Poder Ejecutivo y artículo 5° del Decreto Legislativo N.º 183, Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas]. En tal sentido, la emisión de estas normas deben respetar los bienes, valores y principios constitucionales desde el punto de vista material como formal, razón por lo cual es válido que el Poder Judicial pueda analizar

en la acción popular una alegada infracción constitucional de las normas infralegales por la forma como por el fondo [artículo 75° del Código Procesal Constitucional].

21. Justamente para complementar el precepto constitucional de emisión normativa en el caso de los aranceles aduaneros, los jueces del Poder Judicial, al resolver la acción popular, pueden utilizar normas adicionales que se exhibirían como una forma especial del bloque de constitucionalidad [artículo 79° del Código Procesal Constitucional]. Así, el parámetro de constitucionalidad “(...) *puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la regulación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido*” [STC N.° 007-2002-AI/TC y STC N.° 0041-2004-AI/TC]. En esta línea, considero que la Resolución Ministerial N.° 005-2006-EF-15, del año 2006, que aprueba los Lineamientos de Política Arancelaria, nombrada en los votos en mayoría, no siendo una norma legal formalmente, es imprescindible para analizar la compatibilización constitucional del decreto supremo cuestionado.
22. Dicha norma asevera que “*Tratándose de una economía en desarrollo pequeña, en el sentido de no poder influir sobre sus precios, al Perú le conviene reducir gradualmente aranceles, porque ello reduce los costos del funcionamiento de la economía y eleva el nivel de bienestar de la población*”, lo cual debe hacerlo a través de menores costos para consumidores y productores y un manejo simplificado y transparente. Por lo tanto, “*Mientras que los niveles de protección nominal (el nivel de tasas arancelarias por producto) influyen sobre el patrón de consumo (el consumidor directo de bienes finales, insumos o bienes de capital definen su consumo observando precios afectados por el arancel, ver cuadro N.° 1), los niveles de protecciones efectivas influyen sobre el patrón de producción (es decir sobre la decisión de qué producir y comerciar) y constituyen un mejor indicador del manejo discrecional del arancel en los dos últimos años y de la dispersión de rentabilidades relativas entre sectores productivos*”. De lo señalado se extrae que la política arancelaria nacional junto con la progresiva liberalización comercial constituyen los instrumentos del diseño de la política de negociación comercial que deberían incluir los siguientes elementos: ser parte de acuerdos de libre comercio con los principales socios comerciales; incluir una cobertura muy amplia de temas; incluir mecanismos de amortiguación de la apertura; prever los costos fiscales; trabajar paralelamente en reformas; y, consistencia entre los Acuerdos Comerciales, la Política Arancelaria en la Comunidad Andina y la liberalización unilateral.
23. De lo expresado se podría concluir que la tendencia de la norma que define la política arancelaria del Estado procura una reducción moderada de aranceles, la misma que debe ser examinada en su coherencia con lo postulado en el Decreto Supremo N.° 158-2007-EF, que disminuye drásticamente el arancel aduanero para la importación de cemento de 12% a 0%, después de producido el terremoto de 7,9 grados en la escala de Richter o escala de magnitud local (ML) con epicentro en Pisco – Ica el 15 de agosto de 2007, casi dos meses antes de la emisión de la norma cuestionada, toda vez que determina “*Modificar las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N.° 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N.° 091-2007-EF y N.° 105-2007-EF, para las subpartidas nacionales comprendidas en el Anexo I, el cual forma parte del presente Decreto Supremo. La tasa del derecho arancelario ad valorem CIF aplicable a estas subpartidas nacionales será de 0%*” [artículo 2°]. Es en este punto donde debe centrarse el análisis constitucional de la materia planteada en la demanda, no en el tema de la violación del derecho fundamental a la igualdad de la empresa demandante.

§3. Sobre los efectos de la sentencia en mayoría

24. Señalé *supra* que no puede plantearse como pretensión principal el control difuso de una norma, toda vez que ello significaría desconocer la idoneidad de los procesos de control abstracto. En el supuesto que se plantease una demanda contra una norma autoaplicativa,

el mandato de la sentencia sólo podrá incluir una inaplicación como mecanismo para lograr un fin específico, cual es la cesación de un acto lesivo a un derecho fundamental.

25. Desde este punto de vista, me distancio de los votos en mayoría cuando no sólo declaran como parte principal del fallo, el control difuso del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, sino aún más cuando señalan que, ante el supuesto agravio, las cosas tienen que reponerse al estado anterior de la violación, “(...) *se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (clinker) y 2525 29 00 00 los demás (...)*” (**fundamento 27, reiterado en punto 4 del fallo**).
26. Es decir, la utilización del amparo para comprobar la validez constitucional de una norma autoaplicativa no sólo tendría un efecto cercano a las del control abstracto (si bien no expulsa la norma del ordenamiento, le quita validez y eficacia), sino que incluso su uso podría tener consecuencias más amplias y gravosas. Con independencia de la acción popular, cuyas sentencias fundadas podrían, pero no necesariamente, determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas, las inconstitucionalidades *prima facie* no tienen tal efecto [artículo 81º del Código Procesal Constitucional], más aún si normativamente se ha dejado sentada el siguiente enunciado: “*Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado*” [artículo 83º in fine del Código Procesal Constitucional].
27. Así, al control difuso aplicado mediante el proceso de amparo se le estaría otorgando mayor amplitud que a un control abstracto de normas legales. Como bien lo señala el artículo 3º del Código Procesal Constitucional, y según fue explicado al inicio del presente voto, la sentencia que declara fundada la demanda debe disponer aparte del mandato directo, la inaplicabilidad de la citada norma, pero no faculta, ni lo podría haber hecho, la restitución de un determinado valor arancelario reservada su fijación por un decreto supremo, que es una norma general y abstracta, por lo que es inadmisibles reconocer al control difuso efectos retroactivos, y menos aún que pueda recobrar vigencia el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, por cuanto es contrario a lo establecido en el artículo 103º de la Constitución.

Por estas consideraciones, considero que debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda planteada.

S.
LANDA ARROYO

EXP. N.º 03116-2009-PA/TC
LIMA
CEMENTOS LIMA S.A.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, disiento de su opinión, por las razones que a continuación expreso

FUNDAMENTOS

1. La empresa recurrente pretende que se declare inaplicable el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158-2007- EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF^[1] (coste, seguro y flete), para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás; y que, por consiguiente, se ordene que toda importación con cargo a las sub-partidas nacionales referidas paguen la tasa del derecho arancelario ad valorem CIF del 12%; por considerar que vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, a participar en la vida económica de la Nación, a la libre competencia y el principio-derecho a la igualdad ante la ley.

☐ **Consideraciones previas**

Del apersonamiento del demandado al proceso

2. El demandado con fecha 6 de marzo de 2008 fue notificado con el concesorio de apelación, habiéndose apersonado al proceso a través de su Procurador Público el 13 de mayo de 2008, y presentando escrito negando y contradiciendo los hechos expuestos en la demanda el 23 de junio de 2008; por tal motivo debe considerarse que, para efectos del presente pronunciamiento, resulta plenamente garantizado su derecho de defensa.

Sobre la idoneidad del proceso constitucional de amparo para evaluar la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158-2007- EF

3. El Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, se constituye como una norma que modificó las tasas por derechos arancelarios ad valorem CIF para un significativo grupo de sub-partidas nacionales. En el artículo 2º se modificó las tasas de los derechos arancelarios ad- valorem CIF a 0% de las sub-partidas nacionales comprendidas en el Anexo 1. En el caso concreto, las sub-partidas nacionales de interés son la 2523 10 00 00 “cemento sin pulverizar” (<clinker>) y 2523 29 00 00 “los demás”. Dichas sub- partidas nacionales se encontraban antes afectas al pago de

una tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF de 12%, según Decreto Supremos N.º 091-2007-EF y N.º 105-2007 EF.

4. Por la jerarquía la norma y el contenido del artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, podría argumentarse que el amparo no es la vía adecuada para darle solución a la controversia o que el recurrente debió acudir al proceso contencioso administrativo, ya que el órgano jurisdiccional tiene la facultad de inaplicar una norma que contraviene la Constitución, realizando control difuso de constitucionalidad de las normas legales, facultad contemplada en los artículos 51º y 138º de nuestra Constitución.
5. No obstante ello, en anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional, como órgano especializado para el control de la Constitución, ha optado por realizar el control difuso en aplicación de los principios contenidos en la norma III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que considero que, habiéndose garantizado el derecho de defensa del demandado, debe resolverse el asunto expidiéndose un pronunciamiento de fondo.

Amparo contra normas autoaplicativas

6. En el presente caso resulta pertinente exponer lo que en reiterada y constante jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido sobre el amparo contra normas. Así, si bien no son procedentes los amparos contra normas heteroaplicativas, sí procede contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. En efecto, del fundamento 10 de la STC 03283-2003-AA/TC, se infiere que cuando las normas dispongan restricciones y sanciones sobre aquellos administrados que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata de una norma de carácter autoaplicativo que desde su entrada en vigencia generará una serie de efectos jurídicos que pueden amenazar o violar derechos fundamentales.
7. El Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, desde su entrada en vigencia ha tenido efectos de forma inmediata en el comercio e industria cementera interna, al modificar el arancel a la importación del cemento de 12% a 0%, además para la aplicación de la nueva tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF (arancel 0% al cemento), no se necesitará de otra norma que la reglamente o disponga sus alcances.
8. En esta medida para considerarse a una norma como autoaplicativa debe hacerse con respecto a los efectos de la misma siendo que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3º del Código Procesal Constitucional, procede el amparo contra normas autoaplicativas, y teniendo en cuenta que el Decreto Supremo N.º 158-2007-EF califica como tal, aunado a lo preestablecido en el fundamento 5, seguidamente analizaré el fondo de la pretensión.

- ☐ Análisis de la controversia

Con relación a la libertad de empresa

9. En reiterada y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 - libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras -, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, juntos con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60º reconoce

expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional. (STC 01963-2006-AA/TC).

10. En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económico de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución.

Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61º de la Constitución reconoce que el Estado: **a)** facilita y vigila la libre competencia; **b)** combate toda práctica que limite la libre competencia; y **c)** combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

11. De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizado a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.

12. Teniendo presente lo señalado, considero que el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158-2007- EF no limita ni restringe alguno de los cuatro tipos de libertades que forman parte del contenido del derecho a la libertad de empresa y que fueron precisados en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03330-2004-AA/TC, por las siguientes razones:

- a) En primer término, el artículo cuestionado no limita ni restringe la libertad de creación de empresa a que tiene derecho la demandante, pues ésta ya es ya es una empresa constituida (sociedad anónima) y vigente, que tiene por objeto social la fabricación de cemento, cal y yeso.

Asimismo, porque el artículo cuestionado tampoco le prohíbe a la demandante iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una nueva empresa, o bien mediante la adquisición de una empresa ya existente, ni le excluye algún sector económico para el desarrollo de una iniciativa empresarial.

- b) En segundo término, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone que tipo de cemento cal y yeso debe fabricar, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.

En buena cuenta, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone que tipo de cemento, cal o yeso debe fabricar, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.

- c) En tercer término, el artículo cuestionado no limita ni falsea la libre competencia para fabricar cemento, cal y yeso. No obstante ello, y porque

la demandante aduce la afectación de la libre competencia, este alegato será desarrollado *in extenso* en el fundamento 15.

- d) Finalmente, el artículo cuestionado tampoco prohíbe o impide que la sociedad demandante pueda cesar libremente sus actividades económicas en el momento que estime conveniente o salir del mercado. Es decir, que el artículo cuestionado no impone ningún deber que obligue a la demandante a continuar indefinidamente realizando su actividad económica.

13. Por estas consideraciones, estimo que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

Con relación a la libre competencia

14. El artículo 61º de la Constitución prescribe que “El estado facilita y vigila la libre competencia”. Ésta se puede definir como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.
15. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: (STC 0018-2003-AI/TC)
- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.
 - b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).
 - c) La igualdad de los competidores ante la ley.
16. En relación al lo expresado sobre el contenido de este derecho, la norma cuestionada no establece una prohibición de las empresas fabricantes de cemento para que sigan desarrollando su actividad empresarial, ni las expulsa del mercado en el que se desarrollan. De igual manera, no prevé la prohibición de que nuevos agentes económicos puedan acceder al mercado de la fabricación de cemento, ni establece condiciones subjetivas de admisión al mercado de la fabricación del cemento que sean irrazonables o desproporcionadas, razón por la cual no puede considerarse afectada la libre competencia en su aspecto esencial de libertad de acceso al mercado.
17. Por otro lado, el artículo cuestionado no limita la libertad de inversión de las empresas que se dedican a la fabricación del cemento, pues no les impone la obligación de invertir por una parte ni la prohibición por otra. En igual sentido, debe tenerse presente que la norma no elimina ni controla la libertad de formación de los precios en el mercado del cemento, razón por la cual tampoco puede considerarse afectada la libre competencia.
18. En cuanto al sentido normativo del artículo bajo análisis no produce que el mercado libre, competitivo y transparente de fabricación del cemento se vea limitado, restringido o falseado, toda vez que no incide directamente o indirectamente en la libertad de acción y elección de los consumidores ni elimina la oferta y la demanda del mercado de cemento.
19. Además de lo expresado en cuanto a los lineamientos jurisprudenciales que desarrollan la libre competencia y sus requisitos de cumplimiento cabe hacer referencia que la demandante acudió ante el INDECOPI, que cuenta con las facultades para evaluar y determinar en cada caso si los hechos o las conductas que son puestos en su conocimiento constituyen prácticas contrarias a la libre competencia, a fin de que en esa oportunidad declararse la existencia de precios dumping (precio menor al que corresponde a la misma mercancía cuando esta se destina a su mercado de procedencia) en relación con la empresa CEMEX (competidora extranjera) por importaciones de cemento Pórtland gris originarias de República Dominicana (adjuntada como medio probatorio por la administración tributaria a fojas 15 del cuadernillo del Tribunal Constitucional) en el que se declaró infundada la solicitud y se concluye, entre otras cosas, que:

- a) Se observa que pese a las crecientes importaciones objeto de dumping, las solicitantes (demandante) ha evidenciado una favorable evolución en sus indicadores económicos y financieros e incluso cifras récord de ventas.
- b) Debido a la reducida participación de las importaciones en el consumo interno del mercado nacional en el período de análisis, y considerando que entre el cuarto semestre del 2007 y el segundo semestre del 2008 dicha participación no experimentó cambios importantes, no es posible afirmar que las importaciones denunciadas podrían causar un daño importante a la demandante en el futuro si dichas condiciones se mantienen. Ello en atención a que el análisis mostrado en la sección previa respecto de la evolución de la empresa Cementos Lima S.A. en el período posterior al ingreso de las importaciones muestra que, con una participación de mercado reducida, las importaciones objeto de dumping no le causan daño.
- c) Cementos Lima y Cemento Andino representaron en el año 2006 el 73.25% de la producción nacional de cemento de acuerdo con la estadística proporcionada por PRODUCE y las propias empresas solicitantes con lo cual se cumple el requisito de representatividad establecido en el Acuerdo Antidumping.

20. En consecuencia, también debe desecharse la imputación de violación de los alcances del artículo 61º de la Constitución.

Con relación a la igualdad ante la ley

- 21. La igualdad es un principio derecho reconocido por el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, el que dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. De este modo, se reconoce un derecho subjetivo a obtener un trato igual aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, trato igual que exige que ante supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas similares consecuencias jurídicas.
- 22. En materia económica, el derecho a la igualdad ante la ley y de trato se encuentra reconocido expresamente en los artículos 60º y 63º de la Constitución, señalando por una parte que, “la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” y por otro, que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan las mismas condiciones”... La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos- personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos- realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumo, equipos, etc. (STC 0018-2003-AI/TC).
- 23. En cuanto a la potestad tributaria en materia aduanera la Constitución de 1993 ha dispuesto que la materia arancelaria se excluya del ámbito de la reserva de ley tributaria, al otorgarle al Poder Ejecutivo la potestad de regular dicha materia mediante Decreto Supremo, conforme a lo establecido en sus artículos 74º y 118º, inciso 20.
- 24. Con esto no se debe entender que los tributos internacionales están exentos del cumplimiento de los principios constitucionales tributarios sino, por el contrario, son de aplicación en materia aduanera pero con los particularidades y marices que impone su propia naturaleza (08078-2006-AA/TC).
- 25. En ese sentido el Constituyente ha previsto que de acuerdo con el principio de legalidad, es el Decreto Supremo la norma que regula los aranceles, entendidos como aquellos impuestos establecidos en el arancel de Aduanas a las mercancías que ingresen o que sean importados al territorio aduanero en relación además, con el artículo 118º, inciso 20 de la Constitución, el cual atribuye al Presidente de la República la potestad de regular las tarifas arancelarias, según lo establecido en anterior jurisprudencia (STC 0012-2003-AI/TC). El hecho que la Constitución haya previsto ello tiene su fundamento constitucional indudable, en primer

lugar, en la complejidad y especialización de la materia aduanera; o en segundo lugar, en la fluidez con que en ocasiones deben regularse y establecerse dichos aranceles.

26. Entonces podríamos decir que el arancel aduanero es el impuesto que los Estados aplican al traslado de mercancías que cruzan sus fronteras, generalmente, en el escenario de un intercambio internacional. (TLC Perú- Estados Unidos: contenido y aplicación, UPC, Lima 2008, p. 69).
27. Una vez establecido este marco constitucional aplicable a los aranceles aduaneros resulta interesante revisar la exposición de motivos de la norma cuestionada (Decreto Supremo 158-2007-EF) que en conclusión señala que, “a través de la reducción del promedio y de la dispersión arancelaria se reducen costos de producción y los precios del consumidor lo que propende a la eficiencia en la asignación de recursos y la elevación en el bienestar de los consumidores.
28. Igualmente puede el verse el Informe de Impacto Normativo elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a fojas 18 del cuadernillo del TC, de fecha 10 de octubre de 2007, en el que se puede evidenciar como objetivo una política de reducción de aranceles y la justificación de la necesidad de un cambio en el marco legal vigente en ese entonces.
29. Ahora bien, la demandante sostiene que con la aplicación del Decreto Supremo 158-2007-EF, se le está dando un trato discriminatorio en relación a sus competidores. Sin embargo, cabe establecer que la citada norma no sólo establece reglas de juego relativas al mercado del cemento, sino una nueva y generalizada política arancelaria para el Perú señalando:
 - a) Reducción de aranceles en un total de 4148 subpartidas nacionales.
 - b) Reducción de arancel de 12% a 9% para un grupo de 2678 subpartidas nacionales.
 - c) Reducción de arancel de 12% a 0% para un grupo de 364 subpartidas nacionales (materiales de construcción, bienes de capital, insumos de confecciones, etc.).
30. Tradicionalmente los aranceles han tenido efectos recaudatorios o de barrera para importación de algunas mercancías. Sin embargo, con la globalización y la tendencia a la libre circulación de las mercancías y apertura comercial el objetivo es la eliminación progresiva de los aranceles a las importaciones.
31. Tal y como refiere René Villarreal, en las últimas dos décadas, América Latina ha venido profundizando un proceso de reformas estructurales que han tenido como objetivo cambiar el funcionamiento y operación del sistema económico, de una economía estatista, cerrada y sobrerregulada a una economía privatizada de mercado libre y abierto a la competencia internacional en un nuevo mundo globalizado. (*Economía y Constitución*, Valadés Diego, UNAM, México 2001).
32. En ese sentido la potestad tributaria y la política aduanera se constituyen de manera flexible, lo cual está reconocido en la propia Constitución al no constitucionalizarse ni este ni ningún otro tributo. Esto quiere decir, que el hecho de que los aranceles se hayan mantenido en un porcentaje invariable por un período de tiempo no significa que no puedan reducirse o que deba hacerse necesariamente de forma gradual. Ello dependerá de quién ejerce la potestad tributaria con los límites que ofrece el marco constitucional tributario en el artículo 74º.
33. No debe dejarse lado que la reducción en la recaudación arancelaria es un acto dependiente de la potestad tributaria del Estado (Poder Ejecutivo en este caso) que en todo caso genera una pérdida en las arcas fiscales del Estado acorde como se explicó en los fundamentos precedentes con una política de liberalización de los mercados mundiales y no representa relación directa con los derechos de la demandante.
34. Es decir, el Tribunal Constitucional no puede permanecer aislado de los procesos económicos que viva el país y el mundo y uno de ellos es precisamente el de apertura

comercial que debe verse como una forma constitucionalmente válida de asignar eficientemente la producción y elevar el nivel de vida de los consumidores y usuarios.

35. Debemos tener en cuenta que la normativa tendente a la desprotección de la industria nacional, vía apertura a la competencia internacional a través de la liberalización comercial y financiera, así como la inversión extranjera directa no implica en sí misma la lesión o amenaza de derechos constitucionales y mucho menos si de autos se puede observar el posicionamiento como líder de la empresa demandante en el mercado y las significativas utilidades y ganancias que viene generando a pesar de la vigencia de la norma acusada de inconstitucional.

Por las razones expuesta, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

Sr.

CALLE HAYEN

^[1] Regla de Incoterms que establece, si es incorporada en el contrato de compraventa internacional, que la transferencia del riesgo sobre la mercancía al importador se realiza una vez que esta se encuentra cargada sobre la borda del buque, en las condiciones y plazo que se hayan pactado, incluyendo el pago del coste de transporte y del seguro correspondientes hasta su destino a cargo del exportador. www.iccwbo.org/index_incoterms.asp.

EXP. N.º 03816-2009-PA/TC**LA LIBERTAD****DAN EXPORT S.A.C.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 30 días del mes de marzo de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Dan Export S.A.C. contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 656, su fecha 11 de mayo de 2009, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda de fecha 1 de abril de 2008 y escrito subsanatorio de fecha 18 de abril de 2008, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Presidencia del Consejo de Ministros, solicitando que se declare inaplicables, a su caso, el Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC y los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, por considerar que amenazan con violar sus derechos constitucionales al trabajo, a la libre contratación y a la libertad de iniciativa privada empresa, al establecer limitaciones a la importación de vehículos usados.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas propone las excepciones de prescripción y de incompetencia, y contesta la demanda señalando que la vía idónea para cuestionar los decretos cuya inaplicabilidad se pretende es el proceso de acción popular. Asimismo, señala que el contenido normativo de los decretos cuestionados tiene por finalidad tutelar los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente equilibrado.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones propone la excepción de prescripción y contesta la demanda señalando que el contenido normativo establecido por los decretos cuestionados para la importación de vehículos usados tiene por finalidad que no tenga un impacto negativo sobre el parque automotor, así como que su incorporación al sistema nacional de transporte terrestre no genere efectos nocivos para el medio ambiente y la salud de las personas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros propone las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado y de prescripción, y contesta la demanda señalando que la importación indiscriminada de vehículos, partes y piezas de automotores usados está generando un daño ambiental y ecológico que afecta el interés y bienestar de la población.

El Segundo Juzgado Especializado Civil Transitorio de Descarga de Trujillo, con fecha 8 de setiembre de 2008, declara infundadas las excepciones propuestas y saneado el proceso; y con fecha 3 de noviembre de 2008, declara fundada, en parte, la demanda, e inaplicables a la demandante los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 y el Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC en cuanto modifica el inciso a) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843, por considerar que dichos decretos no pueden ser aplicados en forma retroactiva al contrato de

promesa de venta que celebró la demandante con la Importadora y Exportadora Rato Ltda. el 9 de octubre de 2006; e improcedente en el extremo que se solicita la inaplicación del Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC en cuanto modifica el inciso b) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 843.

La Sala revisora revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el contenido normativo de los decretos cuestionados tiene por finalidad tutelar los derechos a la salud, a la vida y a un medio ambiente equilibrado.

FUNDAMENTOS

1. § Delimitación del petitorio y de las materias constitucionales controvertidas

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente sentencia, la demanda de amparo se dirige contra los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, así como el Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC.

La Sociedad demandante aduce que los decretos cuestionados vulneran sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación, pues considera que le impiden la importación de vehículos usados.

2. Por su parte, los ministerios emplazados señalan que los decretos cuestionados no impiden la importación de vehículos usados, sino que establecen los requisitos eficientes para la importación de ellos, a fin de cautelar la seguridad vial y la conservación y protección del medio ambiente.

Refieren que, en coherencia con ello, el establecimiento de los requisitos tiene por finalidad la tutela del medio ambiente y de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los ciudadanos, debido a que buscan evitar el ingreso de vehículos que por su antigüedad y su sistema de combustión puedan ocasionar un grave perjuicio al medio ambiente.

3. Centrada así la cuestión, la controversia se circunscribirá entonces en determinar si los requisitos para la importación de vehículos usados constituyen, o no, un límite constitucionalmente legítimo del ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación. Del mismo modo, corresponde determinar si la vigencia efectiva de los derechos fundamentales a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud justifica la limitación impuesta por los decretos cuestionados al ejercicio de los derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación.

2. § El medio ambiente como derecho fundamental y obligación del Estado

4. El derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida se encuentra reconocido en el artículo 2.º, inciso 22) de la Constitución. Según su enunciado toda persona tiene la facultad de poder disfrutar o gozar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. En ese sentido, el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado se encuentra ligado a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, pues por intermedio de él las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas.
5. De otra parte este derecho también se concretiza en el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado, que entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, y para los particulares de proceder de modo similar cuando sus actividades económicas incidan, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

6. De este modo, en el Estado Democrático y Social de Derecho no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle normalmente en condiciones ambientales aceptables. En este contexto el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado debe considerarse como un componente esencial e indispensable para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.
7. De ahí que este derecho, en su dimensión prestacional, imponga al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el medio ambiente sano y equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Desde luego, no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna. Dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin.
8. Así, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

El Estado también debe velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de las personas y defender y restaurar el medio ambiente dañado, puesto que el desarrollo sostenible involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico del medio ambiente.

9. Por tanto, el Estado puede afectar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado si es que, como consecuencia de decisiones normativas o prácticas administrativas que, por acción u omisión, en vez de fomentar la conservación del medio ambiente, contribuye a su deterioro o reducción y, en lugar de auspiciar la prevención contra el daño ambiental, descuida y desatiende dicha obligación.
10. En buena cuenta el Estado está obligado a velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación. Por ello, en el artículo 67.º de la Constitución se reconoce que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Señala también la Constitución en su artículo 68.º, como deberes del Estado, entre otros, el de conservar la diversidad biológica y las áreas naturales.

Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre en condiciones dignas.

11. Teniendo en cuenta ello, este Tribunal considera que el Decreto Supremo N.º 042-2006-MTC y los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000 constituyen una medida legislativa legítima e idónea que busca prevenir y proteger la afectación del medio ambiente, específicamente la contaminación del aire, ya que los requisitos establecidos para la importación de vehículos usados, tratan de neutralizar en la medida de lo posible los efectos negativos que sobre el medio ambiente produce la presencia del azufre en los combustibles Diesel 1, Diesel 2 y Diesel 2 Especial, pues recién a partir del 1 de enero del 2010 el

contenido de azufre en los combustibles antes mencionados alcanzará los estándares internacionales.

12. Asimismo, debe tenerse presente que la finalidad preventiva y reparadora del medio ambiente que tienen los requisitos para la importación se encuentra reconocida en las consideraciones de los decretos cuestionados, así como la finalidad de tutela de los derechos a la vida y a la salud.

Ello debido a que las sustancias que emanan los vehículos usados son consideradas como gases irritantes y vesicantes, contaminantes del aire y extremadamente tóxicos para la salud, que afectan diferentes órganos y sistemas con un alto riesgo de producir intoxicación aguda por inhalación y absorción a través de piel y las mucosas.

13. De otra parte, conviene precisar que el medio ambiente equilibrado y adecuado, por ser un interés común para toda la sociedad, constituye un bien público que ha de ser evaluado y ponderado por todos y cada uno de los ciudadanos. Por lo tanto, quien realiza una actividad económica que incida directa o indirectamente sobre el medio ambiente, debe probar que ésta no es contaminante, dañina o degradante para el medio ambiente.
14. En el presente caso la Sociedad demandante no ha demostrado que la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre sea una actividad económica que no degrada ni daña al medio ambiente, específicamente la contaminación del aire. Por el contrario, con el informe presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se encontraría demostrado que la importación de vehículos usados constituye una actividad económica dañina para el medio ambiente.

En este sentido, debe enfatizarse que en la STC 03048-2007-PA/TC, este Tribunal destacó que en el Cuarto Informe de Observancia Pública, elaborado por el Centro de Investigación y de Asesoría del Transporte Terrestre, se señaló que la “importación de vehículos usados es la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población”.

Asimismo, con relación a la importación de vehículos usados, resulta importante destacar algunas evidencias contenidas en el punto 2.8.6 del informe referido. En efecto, en la STC 03048-2007-PA/TC, este Tribunal también precisó que: a) la importación de vehículos usados es la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población; y b) la masiva importación de vehículos usados ha generado profundas distorsiones en el mercado del transporte público de pasajeros y carga, lo que está impidiendo su renovación y deteriorando la seguridad y calidad de su servicio.

15. Este Tribunal considera importante destacar que la protección del medio ambiente a través de la prohibición de importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados ha sido un tema que ha merecido especial atención por algunos países de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual el Perú es parte. Así, con el fin de proteger el medio ambiente Colombia, Ecuador y Venezuela celebraron, con fecha 16 de setiembre de 1999, suscribieron el Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor, que en su artículo 6.º establece que con “el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los Países Participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente. Igualmente sólo se autorizarán importaciones de componentes, partes y piezas nuevos y sin reconstruir o reacondicionar”.

3. § El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado como límite a los derechos fundamentales

16. En este punto conviene recordar nuestra doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales. En ella se ha afirmado que no existen derechos fundamentales ilimitados y que, por el contrario, en algunos derechos, sus límites se encuentran establecidos expresamente por la Constitución, mientras que en otros derechos el límite deriva de manera

mediata o indirecta de tal norma, justificándose en la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.

17. Pues bien, teniendo presente que los derechos fundamentales no son ilimitados, corresponde determinar si la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud constituye un límite legítimo al ejercicio de los derechos al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación. Ello debido a que la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre es una actividad económica que está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos para que pueda realizarse, los cuales a consideración de la demandante son restricciones inconstitucionales.
18. La libertad de empresa consagrada por el artículo 59.º de la Constitución se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

Con relación a la libertad de trabajo consagrada por el artículo 2.º, inciso 15) de la Constitución, debe subrayarse que ésta debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

En tal línea, el artículo 59.º de la Constitución establece que el ejercicio de las libertades de trabajo y de empresa “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas, ni al medio ambiente”. La protección del medio ambiente tiene, entonces, una doble dimensión; por un lado, constituye un principio que irradia todo el orden jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger los recursos naturales de la Nación; y por otro, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida en condiciones dignas.

19. Visto ello se concluye que los decretos cuestionados constituyen un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertad de trabajo y empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud. Y ello porque la protección del medio ambiente impone un tratamiento cuyo propósito es mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas, pues la creciente degradación del medio ambiente pone en peligro potencial la propia base de la vida.
20. Finalmente, es pertinente resaltar que, según el artículo 2.º, inciso 14) de la Constitución, toda persona tiene derecho a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. La protección del medio ambiente, al ser un derecho fundamental y bien colectivo, apareja la necesidad de que toda norma jurídica que busque su precaución, prevención y reparación sea una norma de orden público, pues se procura proteger un interés colectivo de toda la Nación. Por ello, tampoco puede considerarse que los requisitos para la importación de los decretos cuestionados limiten irrazonablemente el derecho a la libertad de contratación.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

EXP. N.º 04363-2009-PA/TC**MOQUEGUA****PESQUERA SALVE S.R.L.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 3 días del mes de mayo de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Pesquera SALVE SRL contra la Resolución de la Sala Mixta de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 122, su fecha 23 de junio de 2009, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de setiembre de 2008, Pesquera SALVE SRL interpone demanda de amparo contra el Ministerio de la Producción, solicitando que se declaren inaplicables a su caso el Decreto Legislativo N.º 1084 y la Resolución Ministerial N.º 616-2008-PRODUCE, mediante los cuales se regula el límite máximo de captura por embarcación y se otorga plazo para que los titulares de embarcaciones pesqueras de mayor escala, con permiso vigente para la extracción de anchoveta, efectúen sus consultas respecto del reporte de descargas, respectivamente; asimismo, solicita que: i) reponiéndose las cosas al estado anterior a la afectación de sus derechos constitucionales, se ordene que el Ministerio emplazado se abstenga de establecer – respecto a la recurrente- un límite máximo de captura por embarcación o de determinar su cuota individual de pesca de anchoveta; ii) se ordene dejarla sin efecto en caso de que ésta hubiera sido asignada con posterioridad a la interposición de la demanda. A su juicio, los dispositivos cuestionados lesionan su derecho a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad que la Norma Fundamental garantiza.

Manifiesta ser una empresa dedicada a la extracción de productos hidrobiológicos y propietaria de las embarcaciones Tambo 2 y Yayo, las cuales cuentan con permiso de pesca otorgado por el Ministerio de la Producción. Aduce que el límite máximo de captura por embarcación y de cuotas individuales de pesca de anchoveta que dispone la norma cuestionada, es inconstitucional y que afecta su libertad de empresa, por cuanto impide desarrollar libremente la actividad de pesca de anchoveta. Finalmente, alega que estos, no sólo anulan la posibilidad de competir en el mercado, sino que la fórmula empleada para la determinación del límite máximo de captura por embarcación, considerando la capacidad de bodega de la embarcación, beneficia únicamente a las empresas grandes, cuyas bodegas tienen mayores dimensiones, y perjudica a las empresas medianas y pequeñas, así como a las embarcaciones de madera, arbitrariedad que evidencia la afectación constitucional invocada.

El Segundo Juzgado Mixto de Ilo, con fecha 3 de octubre de 2008, rechaza liminarmente la demanda por considerar que existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos invocados, por lo que deja a salvo el derecho de la recurrente para hacerlo valer con arreglo a ley.

A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Ilo confirma la resolución apelada por fundamentos similares añadiendo que el Decreto Legislativo cuya inaplicación se pretende es una norma heteroaplicativa.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se inaplique el Decreto Legislativo N.º 1084 y la Resolución Ministerial N.º 616-2008-PRODUCE y se ordene que el Ministerio emplazado se abstenga de establecer –respecto de la recurrente– un límite máximo de captura por embarcación, de determinar su cuota individual de pesca de anchoveta y –de ser el caso– se deje sin efecto los límites establecidos y asignados con posterioridad a la interposición de la demanda, conforme a lo estipulado en las normas cuestionadas. Se alega la vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad.
2. Mediante el referido Decreto Legislativo N.º 1084 -vigente desde el 28 de junio de 2008- y la Resolución Ministerial N.º 616-2008-PRODUCE se establecen los límites máximos de captura por embarcación y se otorga plazo para que los titulares de embarcaciones pesqueras de mayor escala con permiso de pesca vigente para la extracción de anchoveta, realicen sus consultas respecto del reporte de descargas de sus embarcaciones pesqueras, respectivamente.

Proceso de amparo contra normas

3. El Tribunal Constitucional ha establecido los supuestos procesales en los cuales procede la interposición de un proceso de amparo contra normas. Así, señalamos en la STC N.º 4677-2004-PA/TC, específicamente en el fundamento N.º 4, que “[e]l amparo procede, en primer lugar, cuando la norma constituye en sí misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En segundo lugar, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable. Por consiguiente, sea por la amenaza cierta e inminente o por la vulneración concreta de los derechos fundamentales que la entrada en vigencia de una norma autoaplicativa representa, la demanda de amparo interpuesta contra ésta deberá ser estimada, previo ejercicio del control difuso de constitucionalidad sobre ella, y determinándose su consecuente inaplicación”.
4. En el presente caso –según lo establecido en la jurisprudencia mencionada–, corresponde a este Colegiado analizar las disposiciones cuestionadas, en tanto –según alega la recurrente– serían contrarias al ordenamiento constitucional y, vulneratorias de los derechos a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad sustancial ante la ley.

Contradictorio y pronunciamiento de fondo en el amparo

5. Como se ha señalado, las instancias judiciales precedentes consideraron manifiestamente improcedente la demanda y procedieron a su rechazo liminar, pronunciamientos constitucionales –sobre todo el expedido en segundo grado– que este Tribunal no comparte. En primer lugar, porque como se advierte de autos el dispositivo cuestionado constituye en sí mismo un acto (normativo), y en segundo lugar, porque, como es sabido, tanto el derecho a la libertad de empresa como los derechos a la libre competencia y a la igualdad son temas de relevancia constitucional.
6. De otro lado, igual que en anterior oportunidad (*Cfr.* 4587-2004-AA/TC), es posible emitir pronunciamiento de fondo en el amparo, aun cuando la demanda haya sido declarada improcedente de plano, siempre que existan todos los recaudos necesarios para emitir pronunciamiento y que el rechazo liminar de la demanda no afecte el derecho de defensa de los emplazados, presupuestos que se cumplen en el caso de autos, toda vez que, por una parte, los anexos proporcionados por la recurrente aportan los elementos de juicio necesarios para ello, y, por otra, porque si bien no se corrió traslado al Ministerio de la Producción con la demanda y sus anexos que la recaudan, el procurador público encargado de sus asuntos judiciales, en sede constitucional presentó el informe oral correspondiente, en ejercicio de los derechos de quienes representa, con lo que se constata que la parte emplazada tuvo la posibilidad de conocer del proceso y ejerció su derecho de defensa.

7. Más aún, es innegable la importancia y trascendencia del caso, no solo por las cuestiones que conlleva, sino por la imperativa exigencia del juez constitucional de concretizar la Norma Fundamental y velar por la tutela efectiva de los atributos, principios y valores que en ella se garantizan.
8. Por tanto, atendiendo al deber jurisdiccional de adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales que dispone el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Colegiado es competente para resolver el fondo del asunto.

Análisis de la reclamación constitucional

9. La recurrente alega específicamente que el establecer un límite máximo de captura por embarcación y el determinar cuotas individuales de pesca de anchoveta es inconstitucional, no solo porque, le impide competir en el mercado, sino porque la fórmula empleada para la determinación del límite máximo de captura por embarcación, considerando la capacidad de bodega de la embarcación, beneficia únicamente a las empresas grandes, a la par que perjudica a las medianas y pequeñas, tanto más a las embarcaciones de madera.
10. Al respecto, debe mencionarse que el Decreto Legislativo N° 1084 –cuya inaplicación se solicita- señala los límites máximos de captura por embarcación con el objetivo de establecer un régimen jurídico para la captura y extracción de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca destinada al consumo humano indirecto.
11. Desde esta perspectiva, será materia de análisis dicho dispositivo, examinando todos y cada uno de los atributos que, según alega la demandante, resultan lesionados.

Recursos naturales y límites de captura

12. El artículo 66.º de la Constitución señala que los recursos naturales son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación debe estar acorde con el interés nacional y los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.

Al respecto, este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0048-2004-AI/TC ha señalado que los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado, quien tiene la capacidad para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

Más aún, recientemente en la sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N.ºs 00026-2008-PI/TC y 0028-2008-PI/TC hemos sostenido que, habiendo el Estado actuado en ejercicio de dichas facultades que le otorga la Constitución, los límites máximos de captura establecidos por el Decreto Legislativo N.º 1084 resultan legítimos en términos constitucionales.

13. En efecto, en la citada jurisprudencia hemos dicho: “[...] los límites establecidos por la cuestionada norma no infringen la libre competencia reconocida en el artículo 61º de la Constitución, toda vez que la libre competencia no impide la intervención del Estado en la economía con el objetivo de recrear las condiciones del mercado, la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, entre otros fines que le son propios al Estado Social de Derecho, toda vez que la libre competencia no significa ausencia de regulación ni puede ser entendida como competencia sin reglas”.

Por consiguiente, podemos concluir que el establecer límites máximos de captura, en este caso de anchoveta, no constituye una barrera de entrada ni una práctica restrictiva que dificulte el ejercicio de una actividad económica lícita; por tanto, dicha regulación no infringe la libre competencia que garantiza la Carta Política.

Cuotas individuales de pesca y libertad de empresa

14. En la presente demanda se alega también que las cuotas individuales de pesca establecidas en el Decreto Legislativo N° 1084 contravienen el derecho a la libertad de empresa en su dimensión de la libertad de competencia reconocida en el artículo 59.º de la Constitución, por cuanto impide desarrollar libremente la actividad de pesca de anchoveta.
15. Al respecto, resulta oportuno recordar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03330-2004-AA/TC, ha precisado que el derecho a la libertad de empresa se compone de cuatro tipos de libertades, entre las que se encuentra la libertad de competencia, la cual se presenta cuando una pluralidad de agentes económicos, en igualdad de condiciones, ponen sus recursos en el mercado de bienes y servicios, es decir, que supone la ausencia de obstáculos, en el ejercicio de una actividad económica lícita.
16. De ahí que el establecimiento de la cuota individual de pesca prevista en el Decreto Legislativo N.º 1084 no contraviene la libertad de competencia, pues dicha regulación no es sustitutiva del mercado de la industria pesquera, sino complementaria y tuitiva de él, pues tiene por finalidad que la captura y la extracción del recurso de anchoveta se realicen en forma eficaz, sin dañar el medio ambiente ni depredar dicho recurso natural. Por todo ello, el fijar una cuota individual de pesca es conforme a la citada norma constitucional.

Límite máximo de captura por embarcación y derecho a no ser discriminado

17. La recurrente considera que la fórmula empleada por el Decreto Legislativo N.º 1084 para determinar el límite máximo de captura por embarcación y la cuota individual de pesca contraviene el derecho a no ser discriminado reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución. Señala que la fórmula de cálculo consolida la posición de dominio y privilegio de un grupo de siete grandes empresas, toda vez que las empresas con mayor capacidad total de bodega podrán ser autorizadas para capturar una mayor cantidad de anchoveta que las medianas y pequeñas empresas con flota de acero o madera.
18. Al respecto, debe señalarse que el Decreto Legislativo N.º 10894, en su artículo 5.º inciso 1), señala que el porcentaje máximo de captura por embarcación se obtiene de la suma 60% del índice de participación de la embarcación en las capturas del recurso y del 40% del índice de participación de capacidad de bodega de la embarcación. Siendo así, teniéndose en cuenta que, desde el punto de vista de la norma, todas las embarcaciones son iguales para determinar el límite máximo de captura por embarcación, y no existiendo un tratamiento legal desigual entre las embarcaciones, no se contraviene el principio-derecho de igualdad reconocido en el inciso 2) del artículo 2.º de la Constitución.

Por ello, no es razonable el argumento de la empresa recurrente de que la referida fórmula de cálculo tenga por finalidad el privilegiar a siete grandes empresas, pues, en principio, el cuestionado decreto legislativo goza de las características de generalidad y abstracción, y, por otra parte, no otorga un tratamiento diferente a personas que se encuentran en una misma situación de hecho; razones por las que dicho argumento no resulta válido para acreditar la existencia de discriminación en la ley o en su aplicación.

19. Por consiguiente, verificándose la constitucionalidad del Decreto Legislativo cuya inaplicabilidad se solicita, debe desestimarse la demanda, al no resultar de aplicación el artículo 2.º del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00015-2010-PI/TC

LIMA

DANIEL LINARES BAZÁN

EN REPRESENTACIÓN DE

SEIS MIL SETECIENTOS

DIECISIETE (6,717) CIUDADANOS

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 11 de setiembre de 2012

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Seis mil setecientos diecisiete ciudadanos contra el Congreso de la República

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por seis mil setecientos diecisiete ciudadanos contra el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278 – Ley de Radio y Televisión–.

Magistrados presentes:

ÁLVAREZ MIRANDA

URVIOLA HANI

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

**EXP. N.º 00015-2010-PI/TC
LIMA
DANIEL LINARES BAZÁN
EN REPRESENTACIÓN DE
SEIS MIL SETECIENTOS
DIECISIETE (6,717) CIUDADANOS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de setiembre de 2012, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6,717 ciudadanos, representados por don Daniel Linares Bazán, contra el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278 – Ley de Radio y Televisión–, que prohíbe que una misma persona natural o jurídica, sea titular de más del 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y 20% para la radiodifusión sonora.

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

Ley N.º 28278**“Artículo 22.- Normas para la titularidad de autorizaciones**

(...).

Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y veinte por ciento (20%) para la radiodifusión sonora.

(...)”.

III. ANTECEDENTES**§1. Argumentos de la parte demandante.**

Con fecha 14 de julio de 2010, 6,717 ciudadanos, representados por don Daniel Linares Bazán, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278 –Ley de Radio y Televisión–, que prohíbe que una misma persona natural o jurídica, sea titular de más del 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y 20% para la radiodifusión sonora.

Alegan que la referida disposición supone un trato discriminatorio contra la radiodifusión sonora, a favor de la radiodifusión televisiva, sin considerar que estos medios tienen idéntica naturaleza, regulación y formas de acceso, además de que subvencionan su funcionamiento mediante la venta del mismo producto (publicidad) y compiten por el mismo mercado.

Refieren que dicho trato discriminatorio se acrecienta si se observa que, como consecuencia de la implementación de la tecnología digital, desde la dación de la Ley de Radio y Televisión, la disponibilidad de frecuencias para el caso de la televisión ha aumentado. En efecto, aducen que el Registro Nacional de Asignación de Frecuencias cuenta con 28 frecuencias disponibles para radiodifusión sonora, lo que permite que un mismo titular solo pueda tener 5 frecuencias disponibles en una localidad, como máximo; mientras que con el inicio de la implementación de la tecnología digital en la transmisión televisiva y la modificación de los planes de canalización y asignación de frecuencias del servicio de radiodifusión televisiva en UHF en el departamento de Lima, existirán un total 17 canales analógicos, 7 en banda VHF y 21 canales en estándar digital.

Sostienen que pese a que la capacidad económica y financiera de la gran mayoría de las empresas de radio no es equivalente ni comparable con la de las empresas de televisión, a aquéllas se les impide ser titulares de autorizaciones en igual porcentaje que el permitido a las empresas televisivas, limitando su desarrollo económico y vulnerando la obligación de estimulación de la libertad de empresa establecida en el artículo 59º de la Constitución.

§2. Argumentos de la parte demandada.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda alegando que ha establecido límites a fin de evitar el acaparamiento o monopolio de los medios de comunicación, en aras de asegurar el pluralismo informativo y, con ello, el sistema democrático. En ese sentido, sostiene que la concentración de los medios de comunicación en una o pocas empresas, conspira contra la pluralidad informativa, al dejar en manos de

un pequeño grupo de personas el control del tipo de información que se difunde en la sociedad.

Con relación al cuestionamiento del segundo párrafo del artículo 22° de la Ley N.º 28278, expresa que el legislador, en atención a su libertad de configuración legal, puede establecer tratos diferenciados en la asignación de las frecuencias disponibles, en una misma localidad, en materia de radiodifusión televisiva y radiodifusión sonora. Tal trato diferenciado –sostiene– está fundado en razones objetivas, tales como los diferentes costos de inversión, diferentes tecnologías para cada tipo de medio de comunicación, costos de producción de los programas, pago del canon, forma de comunicación (audiovisual y sonora). Asimismo, refiere que el trato diferenciado se funda en el distinto número de frecuencias disponibles para el caso de la radiodifusión sonora, de un lado, y para el caso de la radiodifusión televisiva, de otro. Mientras que para el primer caso existen 123 frecuencias en Lima, pudiendo un mismo titular concentrar hasta 22 licencias o autorizaciones en una misma localidad (aplicando el 20% establecido en la norma cuestionada), para el caso de la radiodifusión televisiva, en la ciudad de Lima existen 7 canales de señal VHF y 38 canales en señal UHF, de modo que aplicando el tope establecido legalmente (30%) un titular solo pueda concentrar 2 señales en la frecuencia VHF y 11 en señal UHF, haciendo un total de 13 licencias como máximo.

Precisa que el mercado de radiodifusión se desarrolla dentro del espectro radioeléctrico, que es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la Nación, conformado por el conjunto de ondas electromagnéticas cuyas frecuencias van desde 9 kHz hasta 300 GHz, dividiéndose en nueve bandas de frecuencias. Manifiesta que corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, autorizar el uso de las frecuencias de los servicios de telecomunicaciones, encargándose de impedir o minimizar la interferencia entre ellos y asegurar su operatividad. En ese sentido, alega que si se toma en consideración el número de frecuencias disponibles tanto para la radio como para la televisión, la diferencia a favor de la primera es notoriamente superior, pues se cuenta con 28 frecuencias disponibles en la Frecuencia Modulada, 43 en la Onda Media, 14 en la Onda Tropical y 38 en la Onda Internacional; mientras que en materia televisiva, como ya se dijo, solo se cuenta con 7 frecuencias en la banda VHF y 36 en la banda UHF. De ahí que con el propósito de evitar el acaparamiento o el monopolio de los medios de comunicación y de asegurar el pluralismo informativo, la libertad de empresa y la libre competencia, el legislador ha establecido un trato diferenciado objetivamente justificado.

§3. Intervención en el informe oral.

Mediante resolución de fecha 16 de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional, concedió a la Empresa Radiodifusora Excelsior S.A.C., Radio Tigre S.A.C., Radio Panamericana S.A., y a la Empresa Radiodifusora Marconi S.A., la posibilidad de informar a través de su abogado.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio.

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 22° de la Ley N.º 28278 –Ley de Radio y Televisión–, por considerar que viola el principio-derecho de igualdad, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución.
2. El artículo 22º de la Ley N.º 28278, establece lo siguiente:

“La radio y la televisión no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y veinte por ciento (20%) para la radiodifusión sonora.

Para efectos del cómputo del número de frecuencias, se considera como una sola persona jurídica, a dos o más personas jurídicas que tengan como accionista, asociado, director o gerente común a una misma persona natural o pariente de ésta dentro del segundo grado de consanguinidad”.

3. Como se mencionó, la demanda se dirige, concretamente, contra el segundo párrafo del referido precepto, pues, según refieren los demandantes, “fija, discriminatoriamente, para la radiodifusión sonora, un tope de hasta el 20% de las frecuencias disponibles técnicamente asignadas o no en una misma banda de frecuencias dentro de una misma localidad para un mismo titular, a diferencia del tratamiento que establece para la radiodifusión televisiva, en el que se contempla un tope de hasta el 30%” (cfr. escrito de demanda, p. 2). Se aprecia, en consecuencia, que los demandantes pretenden que la radiodifusión sonora reciba el mismo tratamiento que la norma dispensa a la radiodifusión televisiva.

4. Consiguientemente, bien apreciadas las cosas, los demandantes, en estricto, no pretenden la declaración de inconstitucionalidad de todo el texto del segundo párrafo de la Ley N.º 28278, sino de la frase “veinte por ciento (20%)” contenida en dicho párrafo, de forma tal que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia, se interprete que el límite de titularidad por parte de una misma persona natural o jurídica de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, fijado en el 30% de tales frecuencias, resulte aplicable no solo a los casos de radiodifusión televisiva, sino también a los casos de radiodifusión sonora.

5. En los fundamentos siguientes se analizará si existe mérito para estimar esta pretensión.

§2. Principio-derecho de igualdad y características necesarias del término de comparación.

6. Conforme al artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, “[t]oda persona tiene derecho (...) [a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. El Tribunal Constitucional, tiene expuesto que la igualdad detenta tanto la condición de principio como la condición de derecho fundamental. “En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes” (cfr. SSTC 0045-2004-PI, F. J. 20 y 0019-2010-PI, F. J. 7).

7. Desde luego, como en más de una ocasión se ha enfatizado, y, en buena medida, el juicio común permite advertir, el derecho a la igualdad no consagra llanamente la prohibición de diferenciación, sino la prohibición de diferenciación constitucionalmente injustificada, es

decir, aquélla que no se sostiene en criterios objetivos o razonables. Lo que es tanto como sostener que la diferenciación que la Constitución juzga inválida, es aquélla que no supera el denominado *test* de igualdad, y que, en razón de ello, debe ser considerada como un trato discriminatorio.

8. No obstante, antes de analizar si la medida que se juzga discriminatoria supera o no el *test* de igualdad, es preciso, analizar si existe un término de comparación válido. En efecto, el análisis relacionado con una supuesta violación de la cláusula constitucional de igualdad, exige, ante todo, la comparación de dos situaciones jurídicas, a saber, aquélla que se juzga que recibe el trato discriminatorio, y aquélla otra que sirve como término de comparación para determinar si en efecto se está ante una violación del principio-derecho de igualdad.

9. La situación jurídica que se propone como término de comparación no puede ser cualquiera. Ésta debe ostentar ciertas características mínimas para ser considerada como un término de comparación “válido” en el sentido de pertinente para efectos de ingresar en el análisis de si la medida diferenciadora supera o no el *test* de igualdad. Tales características son, cuando menos, las siguientes:

a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste, por derivación, ampliaría el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.

b) La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se traten de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante. *Contrario sensu*, no resultará válido el término de comparación en el que *ab initio* pueda apreciarse con claridad la ausencia (o presencia) de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee (o no posee) la situación jurídica cuestionada.

10. Es en esta línea que el Tribunal Constitucional ha planteado que “desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad ‘en la ley’, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma” (cfr. STC 0001-2004-PI / 0002-2004-PI, F. J. 47). En similar sentido, se ha sostenido que “[e]ntre lo que se compara y aquello con lo cual este es comparado han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa que se ha propuesto como término de comparación, invalida el *tertium comparationis* y, en ese sentido, se presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad” (cfr. STC 0019-2010-PI, F. J. 15). Si el término de comparación propuesto no cumple con las referidas condiciones, no existirá mérito siquiera para ingresar en el análisis del *test* de igualdad, cuyos subprincipios fueron desarrollados en la STC 0045-2004-PI, F. J. 33 y ss.

11. En el presente caso, el término de comparación propuesto por los demandantes, está constituido por las personas naturales o jurídicas dedicadas a la radiodifusión televisiva, las cuales, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278, individualmente consideradas, pueden titularizar hasta el 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad. A criterio de los recurrentes, ello discrimina a las personas naturales o jurídicas dedicadas a la radiodifusión sonora, a las cuales, individualmente consideradas, a diferencia de las primeras, se les permite titularizar como máximo un 20% de dichas frecuencias.

12. Dado que la configuración del término de comparación propuesto viene determinada por un precepto legal, preguntarse si dicho término resulta lícito, implica preguntarse si dicha disposición legal resulta conforme con la Constitución. Pues bien, ¿resulta constitucional que cada empresa televisiva pueda titularizar como máximo un 30% de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley de Radio y Televisión? A responder esta interrogante se dirigen los siguientes fundamentos.

§3. Libertades de expresión y de información, medios de comunicación y pluralismo informativo.

13. A criterio del Tribunal Constitucional, arribar a una respuesta para tal interrogante, requiere, ante todo, analizar el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de expresión y de información, su relación con la función de los medios de comunicación social en el Estado Constitucional, y el concepto de pluralismo informativo.

14. El artículo 2º, inciso 4, de la Constitución, en lo que ahora resulta pertinente, establece que toda persona tiene derecho, “[a] las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

15. Con relación a ello, el Tribunal Constitucional tiene expuesto que si bien la Constitución señala la existencia de las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, “en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público. Respecto a la información, esta se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables. Respecto a la expresión, esta se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente” (cfr. SSTC 2262-2004-PHC, F. J. 13; y 10034-2005-PA, F. J. 16).

16. Las libertades de expresión y de información, constituyen una concreción del principio de dignidad del ser humano y un complemento indesligable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, reconocido en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución. Tal como ha manifestado este Tribunal “en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (...) y de los derechos fundamentales a las libertades de conciencia (...), expresión, opinión y difusión del pensamiento (...), subyace una regla prohibitiva, en virtud de la cual, a menos que pueda resultar de manera

manifiesta afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de terceras personas, no cabe que el Estado limite la libertad de elección y acción de las personas, con el objetivo de lograr su propio bienestar, bajo el argumento de una supuesta formación y ejecución irracional de la voluntad. Dicha limitación constituiría una seria afectación a la autonomía moral del ser humano, subrogando el Estado su propio criterio acerca de la racionalidad al criterio que el ser humano debe ser libre de forjar y ejecutar al amparo de la construcción de su propio plan de vida” (cfr. STC 0032-2010-PI, F. J. 45).

17. El desenvolvimiento de la personalidad solo es libre y, consecuentemente, digno, si existe una libre formación de la conciencia. La formación de la conciencia solo es verdaderamente libre si tiene como insumo la libre circulación en la sociedad de las diversas ideas ajenas y de la información transparente de los hechos noticiosos, y si, a su vez, se permite transmitir libremente dicha formación del pensamiento, a través de la expresión. *Ergo* las libertades de expresión y de información, cumplen un rol fundamental para el desarrollo de la autonomía moral del ser humano, y, en esa medida, para respetar y promover su dignidad (artículo 1º de la Constitución).

18. En razón de lo expuesto, cabe afirmar, adicionalmente, que las libertades de expresión e información, "tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad" (cfr. Böckenforde, Erns Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 67); o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (cfr. Opinión Consultiva N.º 5/85, del 13 de noviembre de 1985, Caso *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párrafo 70).

Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional.

19. De otra parte, el propio artículo 2º, inciso 4, de la Constitución establece que “[e]l delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”. Ello obedece a que los medios de comunicación social, son instrumentos necesarios y óptimos para asegurar la difusión de la expresión y de la información, contribuyendo significativamente a asegurar la plena vigencia de estas libertades fundamentales. En esa medida, los medios de comunicación son personas jurídicas que, en sí mismas, ostentan los derechos fundamentales cuyo contenido procure garantizar el cumplimiento eficiente del esencial rol que cumplen en el Estado Constitucional, singularmente, en lo referido a la optimización de las libertades informativas que, como se dijo, constituyen garantías institucionales de la democracia.

20. Ahora bien, no existe democracia sin pluralismo. El libre desarrollo de la personalidad y las libertades de conciencia, opinión y expresión, son las vertientes subjetivas a través de las cuales se garantiza el pluralismo como valor democrático. La garantía del pluralismo es la manera cómo las sociedades democráticas se ponen a buen recaudo de la aparición de algo así como una “tiranía de los valores”, conforme a la cual una mayoría poderosa, bajo

el argumento de haber descubierto una supuesta verdad dogmática, sojuzga el pensamiento y la acción de una minoría que se aparta de ella, la cual, por vías pacíficas y democráticas, busca canalizar sus dudas hacia esa verdad aparente, tentando su reexamen en una relación dialógica. En el Estado Constitucional es pues fundamental instaurar algo así como una “ética de la duda” ejercida al amparo del libre desenvolvimiento de la personalidad y del pensamiento, puesto que en realidad “la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ‘¿Será *realmente* verdad?’ (...). La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás” (cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Trotta, Madrid, 2010, pp. 9 – 10).

21. Las diversas manifestaciones del pluralismo, se encuentran garantizadas constitucionalmente. Así, se reconoce y protege un pluralismo cultural, en tanto el artículo 2º, inciso 19, de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho “[a] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”; se reconoce un pluralismo social, manifestado, entre otros aspectos, en la exigencia de una pluralidad educativa que respete el multilingüismo y la diversidad cultural, pero que, a su vez, fomente la integración nacional (artículo 17º de la Constitución); un pluralismo político, al promoverse y garantizarse la libre participación en los asuntos públicos y en los procesos electorales (artículos 2º, inciso 17, 30º, 32º y 35º de la Constitución; un pluralismo económico, conforme lo señala expresamente el artículo 60º de la Constitución; y, ciertamente, un *pluralismo informativo*, cuya principal concreción está manifestada en la prohibición dirigida al Estado y a los particulares, de monopolizar o acaparar los medios de comunicación social, prevista en el artículo 61º de la Constitución.

22. En efecto, el artículo 61º de la Constitución, dispone lo siguiente:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

Puede apreciarse que la Constitución de 1993, a diferencia de su predecesora, la Constitución de 1979, como principio general, no prohíbe los monopolios (salvo el monopolio legal), sino solo el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Se trata de una opción constitucional coherente con el objetivo de promover la leal y libre competencia, como valor fundamental del orden económico. Y es que, en muy alta medida, promover la libre competencia y prohibir los monopolios, resulta singularmente contradictorio. Como bien advirtió en su momento el juez norteamericano Learned Hand en el caso *United States v. Aluminium Co. of America*, “*the successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins*” (“el competidor exitoso, que ha sido instado a competir, no debe ser castigado cuando triunfa”) (cfr. 148, F. 2d 416 –2nd Cir. 1945–).

23. No obstante, de conformidad con el segundo párrafo del referido artículo 61º de la Constitución, el asunto es distinto en lo que a los medios de comunicación se refiere. Ni los

medios de comunicación, ni, en general, los bienes o servicios relacionados con ellos, pueden ser objeto de monopolio o acaparamiento por parte del Estado o de particulares. En estos casos, por decisión del Constituyente, el valor de la libre competencia, en importante medida, debe ceder ante el valor de la protección del libre y plural flujo de las ideas y de los hechos noticiosos, el cual encuentra en los medios de comunicación social, la vía idónea, por antonomasia, para su realización.

Ello resulta plenamente acorde con lo dispuesto por el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual, “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

24. Y es que tal como ha sostenido este Tribunal, los medios de comunicación, “[n]o sólo permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para garantizar el pluralismo inherente a una sociedad democrática, sino que, a su vez, por su cada vez mayor alcance difusivo, se convierten en potencial instrumento de integración social. Dichos medios deben encontrarse orientados a asegurar la plena vigencia de las libertades de expresión e información, y del pluralismo democrático (...). La captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión de la información y de la expresión, sean escritas, visuales o auditivas, coarta la libre formación del pensamiento, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, sea consensual o disidente. La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías” (cfr. STC 0003-2006-PI, F. J. 47).

25. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene dicho que “[s]on los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas (...). [N]o sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista” (cfr. Opinión Consultiva N.º 5/85, ob. cit., párrafo 34).

26. En similar sentido, el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, dispone lo siguiente: “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”. A su vez, en relación con dicho principio, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el punto 55 del documento “Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios”, expresa lo siguiente: “En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno,

se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático”.

27. De esta manera, la prohibición prevista en el artículo 61º de la Constitución, en el sentido de que los medios de comunicación social, “no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”, resulta fundamental para garantizar el pluralismo informativo, y, consecuentemente, las libertades de expresión e información, imprescindibles para garantizar una sociedad democrática.

28. Ahora bien, la prohibición de que los medios de comunicación sean objeto de monopolio, prevista en el artículo 61º de la Constitución, no requiere mayor regulación. Tal prohibición impide que, en última instancia, tales medios se encuentren dirigidos solo por el Estado o por una sola persona jurídica o natural. El ámbito normativo de dicho precepto constitucional que sí requiere precisión legal, es aquél referido a la prohibición de que los medios de comunicación sean objeto de “acaparamiento”. ¿Con el control de cuánto porcentaje del total de medios de comunicación una persona “acapara” el mercado de medios?

29. Desde luego, no existe un solo modo constitucionalmente válido de regular legalmente la prohibición prevista en el artículo 61º de la Norma Fundamental. Mientras se cumpla con el objetivo constitucionalmente trazado, a saber, que el Estado o los particulares no acaparen el control sobre los medios de comunicación, el legislador, en ejercicio del principio de libre configuración legal (artículo 93º de la Constitución), puede optar por distintas fórmulas que resulten idóneas para conseguirlo.

30. El segundo párrafo del artículo 22º de la ley de Radio y Televisión, en relación con la radiodifusión televisiva, ha regulado la figura del acaparamiento del modo siguiente:

“Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad...”.

A juicio del Tribunal Constitucional, la regulación prevista en el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley de Radio y Televisión, en lo que a la radiodifusión televisiva respecta, resulta compatible con el contenido normativo del referido artículo 61 de la Constitución, pues no solo garantiza la inexistencia de monopolios a nivel de los medios de comunicación, sino que evita también que una sola persona natural o jurídica “acapare” las frecuencias televisivas de una misma banda en una misma localidad, controlando un significativo porcentaje de ellas. A su vez, al fijar en 30% el tope máximo de control, mantiene un espacio aún razonable para la libre competencia, incentivando a las distintas empresas televisivas a pugnar por el dominio del máximo legalmente permitido, y permitiendo la optimización de la calidad del servicio de radiodifusión brindado a los consumidores y usuarios.

31. La constitucionalidad de esta regulación en aras de garantizar el pluralismo informativo, termina de confirmarse si se tiene en cuenta que, de conformidad con el tercer párrafo del mismo artículo 22º, “[p]ara efectos del cómputo del número de frecuencias, se considera como una sola persona jurídica, a dos o más personas jurídicas

que tengan como accionista, asociado, director o gerente común a una misma persona natural o pariente de ésta dentro del segundo grado de consanguinidad”. Es decir, el legislador, con acierto, no ha considerado suficiente para determinar la inexistencia de monopolio o acaparamiento que, desde un punto de vista formal, el control de las frecuencias se encuentre diversificado en distintas personas jurídicas, sino que ha considerado necesario que tales personas jurídicas carezcan de nexos que puedan determinar entre ellas una línea informativa uniforme o sustancialmente análoga. Y es que debe recordarse que de acuerdo al artículo 61º de la Constitución, los medios de comunicación no deben ser objeto de monopolio o acaparamiento directa “ni indirectamente”.

32. De ahí que las autoridades, en general, y singularmente, las del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como las del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, en el respectivo ámbito de sus funciones (de oficio o petición de parte, según sea el caso), para efectos del cómputo del número de frecuencias titularizadas por una misma entidad, deban observar estrictamente el segundo párrafo del artículo 61º de la Constitución que, como ya se ha mencionado, establece que *“La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”*.

Lo expuesto es particularmente importante, si se atiende al siguiente diagnóstico de Pedro de Vega:

“...el proceso de mundialización del mercado y de cosmopolitización de la vida social y política, se ha visto acompañado por la aparición de los grandes monopolios de la comunicación y la información, capaces no sólo de crear las llamadas culturas del uniformismo, sino de generar una opinión pública también uniforme, manipulada e impuesta, y que nada tiene que ver con la opinión libre y racional con la que soñara el primer liberalismo. (...) [L]a agenda (...) ya no viene determinada por los hechos y las circunstancias que realmente acaecen, sino por los criterios, intereses y conveniencias de esos monopolios, dueños de los centros generales de información. (...) No es la opinión pública el gran tribunal social que controla al poder, sino que es el poder [privado] el que no sólo controla la opinión pública, sino que, además, la crea. (...). La gran cuestión no puede ser ya la de cómo justificar el poder del representante sin que traicione la voluntad del representado, sino la de cómo legitimar el poder público frente al poder privado, al Estado frente al mercado” (cfr. Vega, Pedro de, “Democracia, representación y partidos políticos”, en: *Pensamiento Constitucional*, N.º 2, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 24 - 25).

33. Esta suma de consideraciones permite sostener que el término de comparación propuesto por los recurrentes resulta lícito. Adicionalmente, a juicio de este Tribunal, la situación jurídica propuesta como término de comparación ostenta propiedades jurídicas y fácticas que resultan sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminada. En efecto, tanto la radiodifusión televisiva como la radial, constitucionalmente configuradas, son medios de comunicación que contribuyen significativamente a garantizar la plena vigencia de las libertades de expresión e información, como garantías institucionales del sistema democrático. Asimismo, se trata de los dos medios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico o electromagnético para su propagación. El espectro electromagnético, es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Es una franja de espacio a través de la cual se desplazan las ondas electromagnéticas capaces de portar y transportar diversos mensajes sonoros o visuales, a corta y larga distancia. Es un recurso natural (artículo 3º, literal e, de la Ley N.º 26821 –Ley Orgánica

para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales-) de dimensiones limitadas (artículo 60º del Decreto Legislativo N.º 702 y artículo 11º de la Ley N.º 28278). En tanto tal, de conformidad con el artículo 66º de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a éste su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio.

De hecho, los límites en el uso de las frecuencias radiales y televisivas, están sustentados, en buena medida, en el reconocimiento del espectro radioeléctrico como recurso natural limitado, que el Estado está obligado a proteger.

34. Así las cosas, la licitud del término de comparación propuesto, la cierta analogía entablada entre éste (la radiodifusión televisiva) y el supuesto que se juzga discriminado (la radiodifusión radial), así como el tratamiento diferenciado que el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278 dispensa a ambos casos (límite de titularidad sobre las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, fijado en un 30 % para una misma empresa televisiva y en 20% para una misma empresa radial), justifican ingresar en el análisis del *test* de igualdad, a efectos de determinar si, tal como sostienen los recurrentes, el trato diferenciado resulta, además, discriminatorio.

§4. Control constitucional y principio de igualdad

35. A efectos de controlar si la disposición legal cuestionada (segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278) vulnera el principio de igualdad, se seguirán los siguientes pasos (cfr. STC 0045-2004-PI, F. J. 33): a) determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación; b) determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad; c) determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) examen de idoneidad; e) examen de necesidad; y e) examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

36. En primer lugar, el trato diferenciado consiste, como se dijo, en que para el caso de una misma empresa televisiva el límite de titularidad sobre las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, está fijado en un 30 %, mientras que para una misma empresa radial dicho límite está fijado en 20%. Dicho trato diferenciado constituye, pues, la intervención en el principio de igualdad.

37. En segundo lugar, en cuanto a la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad, el Tribunal Constitucional considera, en la línea de lo señalado por el Procurador del Congreso, que existen razones de orden técnico, a continuación desarrolladas, que sustentan la diferencia de trato. En efecto, de acuerdo al artículo 13º del Decreto Supremo N.º 005-2005-MTC –Reglamento de la Ley de Radio y Televisión–, “[e]l Servicio de Radiodifusión, según la banda de frecuencia, se clasifica en:

1. Radiodifusión Sonora en la banda de Ondas Hectométricas, denominada Onda Media (OM).
2. Radiodifusión Sonora en la banda de Ondas Decamétricas, denominada también Onda Corta (OC). Se subdivide en Onda Corta Tropical y Onda Corta Internacional.
3. Radiodifusión Sonora en la banda de Ondas Métricas, denominada también Frecuencia Modulada (FM).
4. Radiodifusión por Televisión (TV) en la Banda de Ondas Métricas (VHF)
5. Radiodifusión por Televisión (TV) en la Banda de Ondas Decimétricas (UHF)”.

De esta manera, la radiodifusión televisiva y la radiodifusión sonora, no comparten la misma banda de frecuencia, siendo de recibo recordar que de acuerdo a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278, los topes porcentuales fijados tanto para la radiodifusión televisiva como para la radial funcionan “en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad”, lo cual permite sostener que no existe un entrecruzamiento de mercados de frecuencias para la televisión y para la radio, sino que cada uno opera en bandas independientes.

A ello corresponde agregar que, tomando tan solo como marco de referencia a la ciudad de Lima, actualmente las frecuencias disponibles para la radiodifusión sonora son muchas más que las disponibles para la radiodifusión televisiva. En efecto, de acuerdo a la información obrante en la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (<http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/frecuencias/index.asp?opc=1>), la radiodifusión sonora cuenta con 28 frecuencias en la banda de Frecuencia Modulada, 45 en la banda de Onda Media, 14 en la banda de Onda Corta Tropical y 38 en la banda de Onda Corta Internacional, todo lo cual hace un total de **125 frecuencias de radiodifusión sonora**. Por su parte, la radiodifusión televisiva cuenta con 7 frecuencias en la banda de Ondas Métricas (VHF), y 35 en la banda de Ondas Decimétricas (UHF), lo cual hace un total de **42 frecuencias de radiodifusión televisiva**.

En consecuencia, las frecuencias de radiodifusión sonora triplican en cantidad a las de radiodifusión televisiva. De ahí que pueda razonablemente concluirse que el sustento en virtud de la cual el legislador ha fijado en un menor porcentaje el límite máximo de frecuencias de radiodifusión sonora concentradas en un mismo titular (20%), en comparación con el porcentaje fijado para las empresas televisivas (30%), reside en procurar que el número de frecuencias (y ya no solamente el porcentaje) de radiodifusión sonora bajo el control de un mismo titular no resulte demasiado alto.

Y es que debe tenerse en cuenta que una de las manifestaciones del pluralismo informativo, es, a su vez, la *diversificación* de los titulares de medios de información, lo cual exige que, si el método para establecer límites de concentración de medios en un mismo titular consiste en la fijación de porcentajes, tal porcentaje se reduzca mientras mayor es el número de frecuencias disponibles.

Por tomar como ejemplo las 28 frecuencias disponibles para la radiodifusión sonora en la banda de Frecuencia Modulada, con el actual límite del 20%, una misma empresa solo puede titularizar 5 frecuencias, mientras que si el límite, como sugieren los demandantes, se fijase en 30%, podría titularizar 8.

Por su parte, tomando como referencia las 7 frecuencias disponibles para radiodifusión televisiva en la banda de Ondas Métricas (VHF), con el límite actual del 30%, una misma empresa solo puede titularizar 2 frecuencias, mientras que si el límite se fijase en 20%, podría titularizar solamente una. Ello implicaría retornar indirectamente a la regulación anterior prevista en el Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, cuyo artículo 23º disponía que “una misma persona natural o jurídica no po[día] ser titular de autorizaciones y licencias de más de una estación de radiodifusión en la misma banda de frecuencia por localidad”, régimen particularmente restrictivo que claramente ha querido ser abandonado por el legislador, a efectos de que, manteniendo la obligación constitucional de impedir el acaparamiento de los medios de comunicación, se instale un cierto sistema de competencia que coadyuve a un mejor servicio y a fortalecer económicamente a las empresas televisivas más eficientes.

Es verdad que los demandantes han sostenido con la instauración de la tecnología digital, la cantidad de frecuencias disponibles para la radiodifusión televisiva se ampliará. No obstante, dicho argumento es errado, básicamente, por dos motivos. En primer término, porque la Resolución Viceministerial N.º 265-2010-MTC/03 a la que los demandantes aluden, no aumenta la cantidad de frecuencias televisivas, sino que habilita frecuencias UHF ya existentes. Pero, en segundo lugar, incluso si se tratase de un aumento de frecuencias televisivas, éstas ni siquiera se aproximarían aún a la cantidad de frecuencias radiales existentes que, como se dijo, es de 125. Y es que la premisa errónea de la que parten de los demandantes, es considerar que las frecuencias existentes de radiodifusión sonora son solo 28, sin caer en cuenta de que ello solo agota el abanico de frecuencias existentes en la banda de Frecuencia Modulada, restando por contar las que pertenecen a las bandas de Onda Media, de Onda Corta Tropical y de Onda Corta Internacional.

En definitiva, en esencia, son las razones técnicas descritas con anterioridad las que han sustentado el trato diferenciado y no, como erróneamente sostienen los demandantes, la condición económica de las empresas radiales.

De otra parte, la afirmación de los recurrentes en el sentido de que la medida afecta su libertad de empresa y, por derivación, su derecho a participar en la vida económica de la nación, no puede ser compartida.

En efecto, este Tribunal tiene establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 59º de la Constitución, está determinado por cuatro tipos de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho. “En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno” (cfr. STC 0003-2006-PI, F. J. 63). A la luz de estos criterios, el único ámbito que eventualmente podría considerarse restringido se encuentra referido a la libre competencia. No obstante, resulta que, como se ha señalado, en el caso de los medios de comunicación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61º de la Constitución, la libre competencia no despliega todo su ámbito de protección ortodoxo, sino que se encuentra sujeta a la razonable regulación del legislador. De ahí que el artículo 22º de la Ley N.º 28278, no es representativo en estricto de una limitación de la libre competencia reconocida constitucionalmente, sino tan sólo de la regulación de ella en el ámbito de los medios de comunicación que viene constitucionalmente impuesta.

Por todo lo expuesto, la intervención en la igualdad realizada por el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278, es leve. Y es que ni se sustenta en motivos expresamente prohibidos por el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, ni representa limitación alguna al contenido constitucionalmente reconocido de algún derecho fundamental.

38. En tercer lugar, en cuanto a la determinación de la finalidad del tratamiento diferente, el Tribunal Constitucional comparte el criterio del Procurador del Congreso. En efecto, según ha quedado expuesto, la norma, al establecer topes porcentuales distintos entre las empresas de radiodifusión sonora (20%) y las de radiodifusión televisiva (30%), tiene por objetivo generar equidad entre el número específico de frecuencias en una misma banda

que puede titularizar una empresa radial y el que puede titularizar una empresa televisiva, toda vez que el número de frecuencias radiales disponibles es ampliamente superior al número de frecuencias televisivas. Con ello se protege el pluralismo informativo como valor constitucional subyacente a la estipulación prevista en el artículo 61º de la Constitución, garantizándose, a su vez, las libertades de expresión e información, reconocidas en el artículo 2º, inciso 4, de la Constitución. Todo ello, manteniendo un ámbito razonable para el ejercicio de la libertad de competencia entre los medios de comunicación. Se trata, desde luego, de un fin constitucionalmente válido.

39. En cuarto lugar, en cuanto al subprincipio de idoneidad, es clara la relación de adecuación que cabe establecer entre la medida adoptada y el fin perseguido. En efecto, mantener topes porcentuales de titularidades de frecuencias distintos, allí donde la cantidad de frecuencias disponibles también lo es, permite mantener una línea de equidad entre la cantidad de frecuencias que puede titularizar una misma empresa. Ello se consigue respetando el siguiente criterio: mientras más frecuencias disponibles haya, menor debe ser el límite porcentual de titularidad de frecuencias que una misma empresa no puede superar. El segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278, se guía por este criterio; por ende, puede afirmarse que es idóneo para alcanzar el objetivo de impedir que una misma empresa televisiva o radial titularice un muy alto número de frecuencias en una misma banda, y, por derivación, para lograr la finalidad de proteger los valores constitucionales antes mencionados.

40. En quinto lugar, en cuanto al subprincipio de necesidad, se analiza si existe algún medio alternativo a aquél que genera la intervención en la igualdad, que incidiendo en menor medida o no incidiendo sobre ella, permita alcanzar la finalidad trazada con igual o mayor idoneidad. Desde luego, el medio propuesto por los recurrentes consiste en que el límite porcentual del 30% de titularidad sobre las frecuencias de una misma banda en una misma localidad, previsto en el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278, le sea aplicable tanto a las empresas televisivas como a las radiales, individualmente consideradas.

Ocurre, no obstante, que este medio, si bien ya no intervendría en el principio-derecho de igualdad, no sería idóneo para alcanzar el objetivo de evitar que, en razón de la multiplicidad de frecuencias radiales disponibles, una misma empresa titularice un número demasiado alto de ellas, a diferencia de lo que sucede con el caso de la radiodifusión televisiva, cuya menor disponibilidad de frecuencias, reduce la posibilidad de que se presente este fenómeno. Por consiguiente, la medida adoptada por el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278, supera el subprincipio de necesidad.

Por lo demás, tal como se ha sostenido en anterior oportunidad, “al momento de apreciar la existencia o no de medios alternativos a los adoptados por el legislador, que restrinjan menos los derechos fundamentales, pero cumpliendo con igual o mayor eficacia el fin buscado, el Tribunal Constitucional debe actuar bajo el principio de auto-restricción (*selfrestraint*), dado que el establecimiento de un umbral demasiado exigente al momento de valorar el cumplimiento del subprincipio de necesidad, puede culminar “asfixiando” las competencias del legislador en la elección de los medios más adecuados para la consecución de los fines constitucionalmente exigibles, generándose por esa vía una afectación del principio democrático representativo (artículo 93º de la Constitución) y una inobservancia del principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución y la leyes de conformidad con ésta (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12 c.)” (cfr. STC 0032-2010-PI, F. J. 119).

41. En sexto y último lugar, es conveniente analizar si la medida que constituye el trato diferenciado supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, ella enuncia lo siguiente: cuanto mayor es el grado de intervención en el principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización de los derechos, principios o valores que a través de ella se pretende.

42. Quedó en su momento establecido que, en este caso, el grado de intervención en el principio de igualdad es leve. Por su parte, como quedó dicho también, los bienes constitucionales que se procura optimizar por vía de dicha intervención en la igualdad, estableciendo topes porcentuales distintos entre las empresas de radiodifusión sonora (20%) y las de radiodifusión televisiva (30%), son el pluralismo informativo (artículo 61º de la Constitución), y las libertades de expresión e información (artículo 2º, inciso 4, de la Constitución), manteniendo un ámbito razonable para el ejercicio de la libre competencia entre los medios de comunicación.

La protección de estos bienes goza de un valor fundamental en el Estado Constitucional, pues existe una relación ontológica entre ellos y el libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), el principio de dignidad (artículo 1º) y el mantenimiento del sistema democrático (artículo 43º). En buena medida, es ésta la razón por la que en ciertas latitudes y en cierto sector académico se las considera “libertades preferidas” (*preferred freedoms*). Con dicha denominación, desde luego, no pretende sostenerse que se trate de valores absolutos, sino tan solo que, en abstracto, gozan de un peso axiológicamente muy relevante en el Estado Constitucional dada su relación directa con la autonomía moral del ser humano y con la democracia.

43. Así las cosas, el peso de los bienes constitucionales que el trato diferenciado busca optimizar es significativamente mayor que la intensidad de la intervención que dicho trato genera sobre el principio-derecho de igualdad. Por lo tanto, la medida adoptada por el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley N.º 28278, supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

En conclusión, la norma incoada supera el *test* de igualdad, resultando conforme con el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución. Corresponde desestimar la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN

ETO CRUZ

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 19 DE JULIO DE 2011

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**5,000 CIUDADANOS CONTRA EL ARTÍCULO 3º DE LA LEY N.º 28705
—LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS
RIESGOS DEL CONSUMO DE TABACO—**

SÍNTESIS

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco—.

Magistrados firmantes

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

URVIOLA HANI

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

III. ANTECEDENTES

- §1. Argumentos de la demanda.
- §2. Argumentos de la contestación de la demanda.
- §3. Argumentos de los *amici curiae*.
 - 3.1 Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - 3.2 *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, *Campaign for Tobacco Free Kids* y Alianza para el Convenio Marco.

IV. FUNDAMENTOS

- §1. Delimitación del petitorio.
- §2. Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?
- §3. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores ¿limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?
- §4. ¿Qué finalidades persiguen las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos?
- §5. Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?
- §6. Reducir el consumo de tabaco como finalidad constitucionalmente obligatoria, a la luz del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
- §7. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de idoneidad?
- §8. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de necesidad?
- §9. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?
- §10. Imposibilidad de adoptar medidas futuras que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo.

V. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de julio de 2011, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Álvarez Miranda, Vicepresidente; Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto en el que convergen los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, y el voto singular del magistrado Álvarez Miranda, que se agregan

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 29517, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 2 de abril de 2010.

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

Artículo 3º de la Ley N.º 28705, modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 29517, cuyo texto es el siguiente:

“3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados”.

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Mediante demanda interpuesta con fecha 30 de noviembre de 2010, los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad el artículo 3º de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 29517. Concretamente, cuestionan el precepto en el extremo que prohíbe el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo de esta manera la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores, y en el extremo en el que prohíbe el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.

Sostienen que el artículo 8º de la Constitución, se limita a establecer un mandato de regulación del consumo de tabaco, pero no lo prohíbe. Por ello, para proteger el derecho a la salud, el Estado puede introducir ciertas restricciones al consumo de tabaco, pero no puede prohibirlo. En tal sentido, refieren que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, que a su juicio ostenta rango legal y en cuyas normas se fundamenta, en buena medida, la incorporación al sistema jurídico de la norma cuestionada, no podría prohibir el consumo de tabaco, en tanto la Constitución permite expresamente el consumo de tóxicos sociales.

Manifiestan que la norma impugnada afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores. Y es que –según refieren– la norma prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio de que éstos se encuentren destinados exclusivamente para fumadores, y donde labore personal fumador, además de prohibir de manera absoluta el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos. Aducen que en ninguno de los dos casos se afecta de modo alguno el derecho a la salud de los no fumadores. Sostienen que el Estado no puede sancionar a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello. En esa línea, afirman que puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras; sin embargo, ella no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que solo asisten –igualmente, por decisión voluntaria– otras personas fumadoras.

De otra parte, señalan que la norma cuestionada afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón

objetiva de por medio. Refieren que si la finalidad es proteger los derechos de los no fumadores y de los trabajadores bastaría con imponer una medida que garantice sus derechos, por ejemplo permitiendo la existencia de áreas para fumadores especialmente acondicionadas tomando como referencia el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para los Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, pero sin prohibir la creación de este tipo de lugares solo para personas fumadoras. Por el contrario, refieren, se opta por la alternativa más restrictiva de los derechos de los fumadores, siendo por ende una opción inconstitucional.

Señalan que el impedimento de la existencia de locales exclusivos para fumadores donde únicamente trabaje personal fumador, no es una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores, pues éstos no se encontrarían expuestos al humo del tabaco. Asimismo, sostienen que tampoco resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos para personas adultas, puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco. En esa medida, consideran que la disposición cuestionada no supera el subprincipio de idoneidad, conforme al principio de proporcionalidad.

Aducen que las medidas adoptadas antes de la expedición de la norma impugnada eran idóneas para alcanzar los fines perseguidos, pero menos restrictivas de los derechos de los fumadores y de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, pues permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos, y en cuanto a los espacios cerrados establecía la posibilidad de un área no mayor del 10% del local para fumadores, la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores, dentro de los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas y contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores. Sostienen que durante el tiempo que estuvo vigente la legislación anterior, el Estado no realizó los esfuerzos para que se cumplan las medidas establecidas, de manera que restringir el marco regulatorio solo porque las municipalidades no han ejercido sus funciones fiscalizadoras, es hacer responsables a los administrados por las limitaciones de la Administración, afectándose con ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Asimismo, señalan que existían otras medidas menos restrictivas por las que se pudo optar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, quienes podrían estar cubiertos por un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Y respecto de la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos, consideran que se pudo optar alternativamente por prohibir el consumo del tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados. En definitiva, aducen que la norma incoada no genera un estado superior de protección para los no fumadores, restringiendo innecesariamente el derecho de los fumadores, motivo por el cual no supera el subprincipio de necesidad.

Sostienen que si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores, donde trabaja personal fumador, no genera ninguna afectación al derecho a la salud de los no fumadores, pues tales personas no acudirían a estos locales, no es razonable que se prohíba. En estos casos la prohibición no haría más que discriminar a los fumadores mostrando intolerancia hacia su elección. Asimismo, refieren que si el consumo del tabaco en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos y escuelas de postgrado, no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores, no es razonable que se prohíba. Por estas consideraciones consideran que la norma no supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, manifiestan que prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo de tabaco en los hogares de los fumadores, afectándose a los niños y niñas de padres fumadores, e incitándoles a fumar en imitación del modelo.

§2. Argumentos de la contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por considerar que no vulnera la Constitución. Sostiene, en primer término,

que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud. Refiere que, conforme a sus disposiciones, el Perú debe dictar medidas idóneas para lograr el cumplimiento de dos fines: 1) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco; y) 2 reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo del tabaco, siendo éstos los objetivos de la disposición impugnada. Considera que en la demanda solo se otorga importancia al segundo de los fines. Manifiesta que no es correcto afirmar que el referido Convenio solo haga propuestas, puesto que lo que hace es establecer obligaciones generales para los Estados Partes, con el objeto de prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco.

Manifiesta que el precepto solo establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte, por lo que no se puede afirmar que estamos ante una tesis absoluta de prohibición.

Con relación a la interrogante de los demandante acerca de por qué tendría que prohibirse el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador, aduce que debe tomarse en cuenta que el artículo impugnado prohíbe fumar en los “interiores de los lugares de trabajo”, aún en el caso de que trabaje personal fumador. En tal sentido, los demandantes estarían pretendiendo el reconocimiento de una excepción a la referida prohibición, siendo además que en tal supuesto el personal fumador estaría mucho más expuesto a las consecuencias del tabaquismo, pues no solo tendría que soportar tales consecuencias en los momentos en que decide fumar, sino también en los momentos en los que no puede fumar por estar trabajando. En tal sentido, sostiene que en este caso las personas fumadoras no estarían ejerciendo su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores del lugar, aún cuando se trate de personal fumador.

Por su parte, con relación a la interrogante planteada por los demandantes acerca de por qué impedir a las personas adultas el consumo de tabaco en una universidad donde cuenten con amplios espacios abiertos y no se afecten los derechos de terceros, considera que resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco) que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación) que tiene por finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida; *máxime* si a dichos centros acuden también menores de edad. Resulta coherente que tales ambientes se encuentren 100% libres de humo de tabaco, para contribuir a la reducción de su consumo y a la protección contra la exposición al humo de tabaco, con lo cual se previenen enfermedades y, por ende, se garantiza la plena vigencia del derecho a la salud. Se trata pues, a su juicio, de una limitación razonable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Enfatiza que si bien los espacios libres de humo son una propuesta de la Organización Panamericana de la Salud, ellos constituyen un medio que no solo es idóneo para reducir la exposición al humo de tabaco, sino también para reducir su consumo. Sostiene que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional.

Refiere que el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra los intereses generales de la comunidad, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas.

Considera que el fin constitucionalmente legítimo de las medidas adoptadas por la norma impugnada es garantizar el derecho a la salud, pero no solo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores, lo cual resulta urgente ante la propagación de la epidemia del tabaquismo que produce enfermedades devastadoras. En tal sentido, manifiesta que entre las medidas que el Estado debe adoptar se encuentran aquellas que son indispensables para la prevención de enfermedades, tal como lo hacen las medidas adoptadas por la disposición incoada que resultan idóneas para la consecución de tal objetivo,

motivo por el cual superan el subprincipio de idoneidad del principio de proporcionalidad. Considera que no es correcto sostener, como lo hacen los demandantes, que con la medida impugnada en los hogares los menores se encuentren más expuestos al humo de tabaco, pues según la Organización Mundial de la Salud, el efecto es justamente el opuesto al reducirse el consumo de tabaco, debido a que previene de la iniciación en su consumo al atacar el corazón de su aceptabilidad social, fomentando que los fumadores dejen de fumar más eficazmente que los propios esfuerzos dirigidos hacia los fumadores.

Aduce que la norma anterior a la impugnada, que admitía la habilitación de áreas designadas para fumadores en los locales públicos, a diferencia de la impugnada, era insuficiente para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues no existe mecanismo alguno que sea eficaz al 100% para impedir el paso del humo hacia la zona de no fumadores y los sistemas de ventilación no son capaces de evitar suficientemente la presencia de sustancias tóxicas en el ambiente. Afirma que de conformidad con el Dictamen del Proyecto de Ley N.º 2996/2008-CR y N.º 3790/2009-PE que antecedieron a la dación de la norma impugnada, así como de acuerdo a sendos Informes de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud, el medio utilizado por ella (establecimiento de lugares públicos 100% libre de tabaco) es el único medio efectivo para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. En tal sentido, refiere que no puede considerarse a la legislación anterior como una medida alternativa, pues no era idónea para garantizar el derecho a la salud, motivo por el cual la norma supera el subprincipio de necesidad conforme al principio de proporcionalidad.

Manifiesta que la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, tampoco es una medida idónea para proteger la salud, pues los trabajadores fumadores estarían expuestos a las consecuencias del tabaquismo no solo en los momentos en que deciden fumar, sino también los momentos en los que no pueden hacerlo por estar trabajando.

Refiere que cuando la parte demandante propone un seguro de riesgo para los trabajadores de estos establecimientos, no solo reconoce que el trabajar en estos lugares es una actividad de riesgo, sino que propone una medida que no conduce a la reducción del consumo de tabaco, ni a la protección frente a la exposición al humo de tabaco, por lo que tampoco es una medida alternativa frente a la adoptada.

Finalmente, considera que si comparamos el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, puede concluirse que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto.

§3. Argumentos de los *amici curiae*

3.1 Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Con fecha 17 de junio de 2011, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, solicita ser incorporada al proceso en calidad de *amicus curiae*, presentando el Informe “Análisis jurídico sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley N.º 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 29517”. Mediante resolución de fecha 22 de junio de 2011, el Tribunal Constitucional resuelve declarar procedente dicha solicitud. A continuación se transcriben las conclusiones de su Informe:

- Se reconoce el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, como un Tratado de Derechos Humanos y, por ende, un Acuerdo que posee rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional debiera considerar este instrumento para dar contenido al escueto alcance del derecho a la salud que recoge nuestra Constitución, asumiendo el tema de la epidemia que enfrenta la humanidad (el tabaquismo), definida así por este Tratado y, a partir de estos estándares, verificar la compatibilidad constitucional de la reforma de la Ley N.º 28705 por la Ley N.º

29517. De esta manera el Tribunal Constitucional debiera ratificar la constitucionalidad de las “medidas legislativas” eficaces de “protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados”, tal cual lo señala el artículo 8° del Convenio.

- Existe mucha información documentada en estudios muy serios que evidencian el daño a la salud por el tabaco, al punto que ha sido calificado oficialmente por la OMS y el Convenio Marco para el Control del Tabaco, como una epidemia mundial. Los Estados, en esta vía para proteger el derecho a la vida y la salud, deben diseñar y ejecutar políticas públicas articuladas con el referido Tratado, para disminuir y si fuera posible, eliminar el consumo de un producto calificado como droga y que es dañino para la salud. Para que no se admita ninguna duda sobre esto, la propia British American Tobacco Perú, reconoce que *“El uso de productos de tabaco tiene un riesgo real y serio para la salud. La única forma de evitar estos riesgos es no consumir tabaco....”*.
- Puede ser importante que el Tribunal Constitucional explore escenarios en donde busque determinar si el consumo de tabaco en condiciones de adicción implica el ejercicio de un derecho de autodeterminación, pues si el ser humano no puede controlar su voluntad por sustancias químicas que su cuerpo requiere (como sucede con todas las drogas), en estas condiciones hay que considerar que *la libertad de fumar no es libertad*. Si bien es cierto que esta es una realidad y que las personas pueden optar por drogarse y transitar ese camino, lo que no puede hacer el Estado es promover estas conductas lesivas a la vida y salud.
- El tabaquismo es una enfermedad que afecta principalmente a los pobres. Estimados de la OMS señalan que el 84% de fumadores vive en países pobres, donde la carga de enfermedades y muertes relacionadas con el tabaquismo está creciendo rápidamente. En el Perú, la población que se encuentra en situación de pobreza, destina un porcentaje de sus magros ingresos a la compra de tabaco: 9 de cada 10 hogares de bajos recursos económicos invierten más del 6% de sus ingresos en adquirir cigarrillos para su consumo.
- Las tabacaleras mantienen una política agresiva de expansión de sus mercados y el Perú es un país atractivo en la región para la industria del tabaco, pues es un país de 30 millones de habitantes, con un consumo relativamente bajo en relación a otros países (el 15% de adultos de las principales 15 ciudades del país son fumadores regulares, y que cada uno de ellos consume diariamente un aproximado de 5 cigarrillos), siendo que el reto es lograr el mayor número de consumidores. Esa es la lógica del mercado que persiguen, lo que va en contra de las políticas públicas que deben construirse para la vida y salud de las y los peruanos.
- La prohibición de fumar en lugares públicos o zonas 100% libres de humo de tabaco está siendo considerada de forma absoluta por los Estados parte del Convenio como una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, disminuye el número promedio de cigarrillos por día y promueve la cesación. Los estudios revelan que este tipo de medidas no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo, con lo cual se logra controlar la epidemia. Es parte de una política coherente de salud.
- No debe quedar duda alguna sobre los beneficios al derecho a la vida y a la salud, a partir de la introducción de restricciones para el hábito de fumar en lugares públicos cerrados. No es una posición paternalista de control del tabaquismo, es una posición de política pública de salud.
- Aproximadamente un tercio de los países de la Unión Europea han adoptados una legislación global a favor de ambientes libres de humo de tabaco; los efectos en cuanto a la salud pública son inmediatos siendo que la cifra de crisis cardíacas ha disminuido en proporciones que van del 11 al 19%.
- América Latina está avanzando rápidamente en zonas libres de humo de tabaco. Similares normas a la que ha sido impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad existen ya en Uruguay, México, Panamá, Nicaragua, Honduras, Venezuela y Colombia.

- La instauración de zonas libres de humo de tabaco constituye la mejor solución frente a los espacios compartidos de fumadores y no fumadores, dado que está comprobado técnicamente que es muy difícil y costoso instalar equipos que eliminen efectivamente el humo de tabaco y sus partículas contaminantes. La consecuencia de ello, además de los problemas de salud, implica una salida discriminatoria contra los pequeños establecimientos que no podrían afrontar ello, afectando así la capacidad de competencia de los negocios.
- Tampoco afectan los negocios el establecimiento de lugares públicos cerrados libres de humo de tabaco. No existe lesión a la libertad de empresa, pues importantes estudios realizados en Noruega, Uruguay y EE.UU, demuestran que no hay pérdidas económicas asociadas con estas restricciones, pues en ninguno de los casos en donde se crearon espacios libres de humo de tabaco disminuyeron los ingresos del sector de servicios (específicamente en bares, restaurantes y hotelería), no reduciendo la recaudación de estas empresas.
- La mayoría de la población es no fumadora y tienen derecho a respirar un aire limpio sin los contaminantes del humo de tabaco, lo que puede lograrse cuando la ley delimita dónde se puede fumar y dónde no. Como ha sido dicho: *“El derecho de los fumadores a fumar termina cuando su conducta afecta la salud y el bienestar de los otros...”*.
- Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación y la ley no prohíbe que lo hagan y lo que se ha dispuesto es regular una actividad lesiva de derechos y que afecta la vida y salud de las personas, minimizando los riesgos que ello representa. Esta autodeterminación para escoger una actividad lesiva, empero, no puede lesionar derechos de quienes laboran en lugares públicos; no olvidemos que los establecimientos necesitan personal que presente servicios a los clientes y éstos están expuestos a los contaminantes del humo del tabaco de modo involuntario.
- Los trabajadores de los establecimientos públicos prefieren mayoritariamente ambientes libres de humo de tabaco. Ellos no son seleccionados por ser fumadores, sino por sus habilidades, siendo que en el Perú, por el déficit de empleos existentes, las personas no pueden, por lo general, escoger su lugar de trabajo, sino que deben trabajar donde tienen la posibilidad de generarse ingresos. De esta forma, una ampliación de la Ley actual para crear centros de fumadores servidos por trabajadores “fumadores”, puede implicar afectación de derechos de estas personas, al tener que asumir un hábito o verse forzados a respirar un humo que no desean.
- Flexibilizar la reforma normativa hacia la posibilidad de establecimientos para fumadores implicaría un retroceso respecto a los avances de nuestra legislación sobre la materia y una enorme frustración a la lucha contra el tabaco en el país, amén de lesionar el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud y con ello la Constitución, pues lo que va a ocurrir en la práctica es que la totalidad de centros de distracción nocturna serán declarados por sus propios dueños como lugares aptos para fumadores, es decir, se convertirán los establecimientos públicos en lugares para fumadores, lo que terminará afectando a quienes no son fumadores. Para evitar ello hay que tener en cuenta en el caso el principio de previsión de consecuencias.
- La prohibición de fumar en los centros educativos como lo pretende la acción es inidónea, debido a que afectaría a menores de edad que estudian en las universidades y sus centros promotores. Además, hay que tener en cuenta que desde la universidad hay que reducir la aceptabilidad social del acto de fumar y considerar que existe un factor pedagógico y de responsabilidad social que debe ser tomado en cuenta para educar y *“promover hábitos de vida saludables”*.

3.2 O'Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, Campaign for Tobacco FreeKids y Alianza para el Convenio Marco

Por su parte, con fecha 6 de julio de 2011, el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, solicitan ser incorporados al proceso en calidad de *amicus curiae*, presentando el Informe "*Amicus Curiae* en defensa de la constitucionalidad de la ley 28705 reformada mediante la ley 29517". Mediante resolución de fecha 11 de julio de 2011, el Tribunal Constitucional resuelve declarar procedente dicha solicitud.

Refieren que, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado peruano tiene la obligación de abstenerse de realizar actos que atenten contra los derechos humanos, así como la obligación de realizar actividades positivas para asegurar que las personas no sean víctimas de violaciones a estos derechos. En ese sentido, tiene la obligación de disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Alegan que de acuerdo al criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —establecido en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)—, el Estado peruano debe utilizar al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco como estándar para evaluar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho a la protección de la salud, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sostienen que tanto la Organización Mundial de la Salud como diversos estudios técnicos sobre el particular, tienen establecido que los ambientes 100% libres de humo, es la única estrategia efectiva para reducir la exposición al humo de tabaco en espacios cerrados a niveles seguros para la protección de la salud, motivo por el cual no cabe que se permita la existencia de áreas para fumadores en los locales públicos cerrados. Asimismo, refieren que dicha medida ha reducido significativamente en diversos países el porcentaje de hospitalizaciones por ataques cardíacos.

Consideran que la propuesta de la demanda de permitir ambientes solo para fumadores en los que trabaje personal fumador, generaría la expansión de sitios en los que además de fumar se permite vender comidas o bebidas con lo que en la práctica son indiferenciables de cualquier restaurante o bar, perdiéndose el sentido de la regla que exige locales 100% libres de humo. Aducen que sería un contrasentido permitir locales solo para fumadores en los que se exija que atienda personal fumador, pues el tabaquismo es una epidemia que el Estado peruano se ha comprometido internacionalmente a combatir; además, se trataría de una medida discriminatoria contra los no fumadores en el acceso al trabajo, y se contravendrían disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo que exigen ambientes laborales libres de contaminación atmosférica. Manifiestan que no existiría mérito para considerar el trabajo en lugares expuestos al humo de tabaco, como trabajo de riesgo, puesto que éste es tal cuando el carácter riesgoso es consubstancial a la actividad laboral.

Refiere que dada la importancia de los centros educativos para las estrategias de concientización y sensibilización de la población, la prohibición absoluta de que se pueda fumar en ellos, se encuentra en armonía con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Se trata de una medida que fortalece la protección de los jóvenes contra el tabaco.

Sostienen que está probado que una ley como la cuestionada por los demandantes disminuye la exposición al humo en los hogares, ya que alienta a las personas a hacer de ellos ambientes libres de humo de tabaco.

Argumentan que las leyes de ambientes libres de humo llevan a una reducción de la tasa de fumadores con lo que se demuestra su idoneidad. Son medidas, además, necesarias, en tanto que las opciones menos restrictivas no cumplen con el fin protectorio de la salud. Consideran que el grado de afectación de los derechos en juego es mínima, en tanto no se afectan los elementos esenciales de las libertades comerciales como son la producción y venta de estos productos. Con relación a la supuesta afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifiestan que la incidencia sobre él es mínima, toda vez que no se prohíbe el consumo de tabaco de manera absoluta, sino que simplemente se promueven estándares de vida más saludables.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes presentan demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada. En concreto, refieren lo siguiente: “La presente demanda de inconstitucionalidad tiene por objeto cuestionar el referido artículo, en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo de esa manera, la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores. Además, en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos” (cfr. escrito de demanda, p. 2; el énfasis es del original).
 2. El artículo 3º de la Ley N.º 28705, dispone lo siguiente:
 - “3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.
 - 3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.
 - 3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados”.
 3. En consecuencia, una primera cuestión que se advierte, analizado detenidamente el petitorio, es que la demanda no se encuentra planteada contra la totalidad del artículo 3º de la Ley N.º 28705, sino tan solo contra determinados ámbitos de prohibición previstos en su punto 3.1. Concretamente, la demanda está planteada contra el siguiente extremo del punto 3.1 del artículo 3º de la Ley N.º 28705: “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados (...), los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco”.
- Asimismo, se aprecia que los demandantes no pretenden la expulsión del ordenamiento jurídico del precepto impugnado, sino que el Tribunal Constitucional interprete que allí donde el precepto prohíbe fumar “en los espacios públicos cerrados”, no se entiendan incluidos los establecimientos que sean exclusivos para fumadores; y que allí donde prohíbe fumar “en los establecimientos dedicados (...) a la educación”, no se entiendan incluidas las áreas abiertas de estos establecimientos que sean para adultos.
- En definitiva, los demandantes no pretenden dejar sin efecto el precepto impugnado, sino que el Tribunal Constitucional emita una sentencia interpretativa por vía de la cual reduzca su ámbito de aplicación. ¿Es posible que en esto consista la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad?
4. La emisión de sentencias interpretativas que reducen, amplían, sustituyen o llanamente precisan el ámbito normativo de un texto jurídico, permaneciendo éste en el ordenamiento jurídico, no es algo ajeno al quehacer de los tribunales constitucionales del mundo. De hecho, como se sabe, este Tribunal ha emitido esta clase de sentencias en más de una ocasión (cfr. SSTC 0010-2002-PI, 0006-2003-PI, 0050-2004-PI –acumulados–, 0006-2006-PI, 0002-2009-PI, entre otras). El asunto pues, no pasa por determinar si presentada una demanda de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional puede expedir una sentencia interpretativa (lo cual, por imperativo de diversos principios constitucionales, entre los que destacan el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes y el deber de interpretarlas de conformidad con la Constitución, es claramente posible –cfr. STC 0030-2005-PI, FF. JJ. 50 a 61–), sino en determinar si puede ser ése el objeto de la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad.

5. El artículo 75° del Código Procesal Constitucional (CPCo.), establece que el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad “la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa” en las que incurran normas con rango de ley, precisando que, entre otras clases, dicha infracción puede ser “total o parcial”. Desde el punto de vista del texto de la disposición impugnada, ésta incurre en una infracción parcial de la Constitución cuando solo algunas de sus palabras generan el vicio de inconstitucionalidad, de forma tal que luego de emitida la sentencia, la disposición queda redactada solo con las palabras restantes. Desde el punto de vista de los sentidos interpretativos de la disposición impugnada, ésta incurre en una infracción parcial de la Constitución cuando solo algunos de tales sentidos interpretativos resultan inconstitucionales, de forma tal que luego de emitida la sentencia, la disposición no puede ser interpretada en los sentidos que a juicio del Tribunal Constitucional resultan inválidos. Por su parte, la infracción total exige que la disposición controlada sea expulsada del ordenamiento jurídico, por no existir modo constitucional de interpretarla de conformidad con la Norma Fundamental.
6. De otro lado, cabe interpretar que cuando el artículo 81° del CPCo., establece que “[l]as sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian”, por “normas” no se debe entender solamente el texto de los preceptos impugnados, sino, eventualmente, determinados sentidos interpretativos a ellos atribuibles, de forma tal que lo que queda “sin efecto” no necesariamente es el texto de la disposición impugnada, sino tan solo algunos de sus sentidos interpretativos. De hecho, como quedó dicho, es ello lo que suele ocurrir cuando el Tribunal Constitucional emite una sentencia interpretativa.
7. Los preceptos analizados (75° y 81° del CPCo.) permitirían sostener que no se encuentra absolutamente proscrita la posibilidad de que el objeto de la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad consista en la emisión de una sentencia interpretativa; *máxime* si se toma en cuenta que, dada la calidad de supremo intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional (artículo 1° de la Ley N.º 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–) y de conformidad con el artículo 82° del CPCo., sus interpretaciones resultarían vinculantes para todos los poderes públicos, lo cual contribuiría a dotar de predictibilidad a la aplicación del sistema jurídico.
8. Empero, el Tribunal Constitucional considera que dicha posibilidad resulta claramente excepcional. La razón de ello estriba, fundamentalmente, en que en el marco de un proceso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio de la competencia para expulsar del ordenamiento jurídico los preceptos con rango de ley que se juzgan inconstitucionales, más no para interpretarlos de conformidad con la Constitución. Esta última es una competencia que *in suo ordine* ejercen todos los poderes públicos. En consecuencia, pretender que el proceso de inconstitucionalidad se convierta en un proceso orientado, por antonomasia, a interpretar una disposición con rango de ley de conformidad con la Constitución, sin la procura, en definitiva, de que sea expulsada del ordenamiento jurídico, significaría desvirtuar la finalidad última para la que ha sido concebido, exigiendo a este Tribunal el ejercicio de una competencia que, en estricto, puede (y debe) ejercer cualquier órgano del Estado en el desarrollo de sus respectivas funciones. Dicho de otra manera, asumir como regla la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional para solicitarle el ejercicio de una labor hermenéutica que cualquier poder público debe ejercer, es a todas luces un despropósito.
9. Ahora bien, también es verdad que en extraordinarias ocasiones puede suceder que el resultado interpretativo que se espera lograr a partir del deber de interpretar la disposición de conformidad con la Constitución, sea consecuencia de una labor hermenéutica altamente compleja, difícilmente esperable en el ejercicio de las cotidianas competencias de los poderes públicos. Ello sucede, singularmente, cuando lo que se busca es que el resultado de la interpretación de una disposición de conformidad con la Constitución, sea que se exceptúe su aplicación a supuestos de hecho (casos individuales) que, *prima facie*, a partir de su análisis literal, se encuentran nítidamente comprendidos en su supuesto normativo (caso genérico). Debe reconocerse que sobretodo en un sistema jurídico de tradición romano germánica como el nuestro, la tendencia a interpretar de modo definitivo las normas conforme a su sentido

literal, cuando *prima facie* se observa que éste es compatible con la Norma Fundamental, se encuentra ampliamente institucionalizada.

10. No obstante, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, así como su máxima indeterminación, puede generar que, en ciertas ocasiones, deban establecerse interpretativamente excepciones a la aplicación de las leyes, incluso a supuestos que semánticamente ingresan en su ámbito normativo.

Se trata, no obstante, como se ha señalado, de situaciones extraordinarias, que exigen una operación hermenéutica no ortodoxa, aunque constitucionalmente exigible, de difícil pronóstico en el ámbito de acción de los poderes públicos ordinarios y que, por consiguiente, justifican, de modo excepcional, la presentación de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

11. Este Tribunal aprecia que en el presente caso se cumple esta *sui generis* situación. En efecto, los demandantes solicitan que por vía interpretativa el Tribunal exceptúe la aplicación del artículo 3.1 de la Ley N.º 28705, a supuestos concretos que, sobre la base de un análisis literal, ingresan en los supuestos genéricos recogidos en su mandato prohibitivo. Así, como quedó dicho *supra*, pretenden que el Tribunal Constitucional interprete que allí donde el precepto prohíbe fumar “en los espacios públicos cerrados”, no se entiendan incluidos los establecimientos que sean exclusivos para fumadores (que son “espacios públicos cerrados”); y que allí donde prohíbe fumar “en los establecimientos dedicados (...) a la educación”, no se entiendan incluidas las áreas abiertas de estos establecimientos que sean para adultos (es decir, áreas que están dentro de “los establecimientos dedicados (...) a la educación”).
12. En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas, este Tribunal, de modo excepcional, considera que existe mérito para ingresar a valorar el fondo de la cuestión planteada, en el entendido de que ésta se circunscribe a cuestionar la constitucionalidad de dos sentidos interpretativos que derivan del texto “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados (...), los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco” del artículo 3º de la Ley N.º 28705. Tales sentidos interpretativos son los siguientes: **a) Prohíbese la creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores; y b) Prohíbese fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos.** Ateniéndose estrictamente al petitorio de la demanda, **el objeto de control en este proceso está constituido por estas dos normas. Por consiguiente, será sobre ellas que recaerá el juicio de constitucionalidad en este proceso.**

§2. Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?

13. Tanto los demandantes como el Procurador del Congreso de la República, coinciden en señalar que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, restringen el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad. En efecto, en la demanda se sostiene que ello **“afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores”** (cfr. escrito de demanda, pp. 20 - 21; el énfasis es del original). Por su parte, el Procurador del Congreso, sostiene que **“[e]stas restricciones han sido impuestas teniendo en consideración que el ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no está exento de límites. (...). [E]l derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 34 y 35; el énfasis es del original).

Por cierto, también la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, apersonada en calidad de *amicus curiae*, parece compartir este criterio:

“Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación” (cfr. Informe “Análisis jurídico sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517”, p. 50).

14. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que asumir que fumar es una actividad que se encuentra comprendida dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, no es algo que pueda darse fácilmente por sobreentendido, por lo que es de recibo analizar si se trata de una posición constitucionalmente correcta.
15. El asunto puede ser planteado en estos términos: el ámbito *iusfundamental* de la Constitución que puede ser limitado por el legislador solo de manera constitucionalmente justificada, ¿está circunscrito a los derechos y libertades que derivan de los específicos mandatos de la Constitución o existe un derecho general de libertad fundamental según el cual todo lo que la Constitución no prohíbe se encuentra constitucionalmente autorizado y protegido, y, en consecuencia, el legislador solo puede limitarlo de manera razonable y proporcional?

Esta interrogante encierra dos posiciones en las que, a su vez, como bien afirma Luis Prieto, “laten dos formas distintas de concebir las relaciones entre el individuo y la comunidad política, es decir, dos filosofías políticas diferentes. La primera (...) entiende que el poder político puede hacer[] todo [lo que no esté jurídicamente prohibido] sin necesidad de invocar en su favor ninguna justificación especial, de modo que la libertad de los ciudadanos ha de desenvolverse en el ámbito (...) que no ha sido objeto de un mandato o de una prohibición (...). La segunda (...) sostiene que el hombre es naturalmente libre y que debe seguir siéndolo jurídicamente, de modo que los sacrificios que puedan imponerse a esa libertad deben contar con alguna justificación” (cfr. Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 251 – 252). Como se sustentará a continuación, la segunda posición es el sustento axiológico del constitucionalismo moderno, en general, y de la Constitución peruana de 1993, en particular.

16. En efecto, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII. De hecho, los rasgos esenciales que compartía el liberalismo político de ambas revoluciones ha llevado a algunos a plantear, no de manera pacífica, la existencia en ese contexto de una “revolución atlántica” (cfr. Godechot, Jacques, “Revolución Francesa o Revolución Atlántica”, en M. J. Villaverde –compilador–, *Alcance y legado de la Revolución Francesa*, traducción de M. J. Lasasosa, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, pp. 109 – 115).
17. Dicho fundamento está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado.
18. Quizá la mejor manera de apreciar la fuerza axiológica de este fundamento sea recordando algunos enunciados de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. (...)” (artículo 1°); “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley” (artículo 4°); “La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene” (artículo 5°).

Se parte pues de la premisa de que el respeto por la libertad natural del ser humano, debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral, a menos que, al ejercerse, se afecte el respectivo ámbito de libertad de otro ser humano.

19. En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquella que encuentre sustento en los propios valores constitucionales.
20. Desde luego, ello no permite afirmar que la Constitución determina en tal medida la acción del legislador que pasa a ser algo así como un “un huevo jurídico originario” del que todo surge, “desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”, como irónicamente sostuvo en su momento Ernst Forsthoff (cfr. *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242). Lo que se sostiene, simplemente, es que manteniendo el legislador un amplio margen de libre configuración legal, éste encuentra en el contenido protegido de los derechos fundamentales y, más ampliamente, en la libertad *iusfundamental* general del ser humano, un límite *prima facie* que obliga a la acción legislativa a expresarse en términos constitucionalmente razonables y proporcionados.
21. A juicio del Tribunal Constitucional, sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general *iusfundamental*.

Tal derecho, como bien lo han advertido las partes de este proceso, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque en anterior jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que éste es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3º de la Constitución (cfr. STC 0007-2006-PI, F. J. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula, aconseja a la jurisdicción constitucional –en razón de su carencia de legitimidad democrática directa– a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como fuente directa la expresa mención de un derecho por parte del Poder Constituyente en la Norma Fundamental.

En otros términos, tal como en anterior ocasión ha dejado establecido este Tribunal, “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos ‘no enumerados’ y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita” (cfr. STC 0895-2001-PA, F. J. 5).

22. Así las cosas, el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona

tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, “[e]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.” (F. J. 14).

23. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.

De esta manera, esta cláusula general de libertad “viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad”, pues lo que exige “es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad” (cfr. Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 259).

24. En consecuencia, el acto de fumar en tanto manifestación de libertad ejercida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.
25. En tal sentido, la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, en tanto restricciones a la libertad de fumar, constituyen, a su vez, restricciones al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Siendo ello así, tales prohibiciones solo resultarán constitucionales en la medida de que sean respetuosas del principio de proporcionalidad.

§3. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores ¿limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?

26. Los demandantes afirman además que “[l]a NORMA CUESTIONADA afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón objetiva de por medio]” (cfr. escrito de demanda, p. 25; el énfasis es del original). Por su parte, el Procurador del Congreso no ha rechazado la tesis de que la prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para

fumadores limite las referidas libertades. Sin embargo, sostiene que ellas “no se ejercen de manera irrestricta”, puesto que **“el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra ‘los intereses generales de la comunidad’, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 42 y 43; el énfasis es del original).

27. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores, en efecto, constituye un límite a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada. Ello en la medida de que este Colegiado ha sostenido que “cuando el artículo 59.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad (...)” (cfr. STC 3116-2009-PA, F. J. 9).
28. Empero, que la referida prohibición limite la libertad de empresa no significa necesariamente que sea inconstitucional, puesto que, tal como se ha referido en uniforme y reiterada jurisprudencia, en el Estado Constitucional, ningún derecho o libertad es absoluto. De hecho, tal como se sostuvo en la STC 0008-2003-PI, “[l]a iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia” (F. J. 18). En sentido similar, este Tribunal ha sostenido que “[c]uando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa ‘no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas’, no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución (...). Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente” (STC 3330-2004-PA, F. J. 32).
29. Establecido que la prohibición de que existan locales públicos cerrados solamente para fumadores, constituye una restricción a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, tal restricción solo resultará constitucional en la medida de que resulte respetuosa del principio de proporcionalidad.
30. Hasta aquí, ha quedado establecido que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, derivadas del texto “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados” del artículo 3º de la Ley N.º 28705, constituyen un límite a la libertad de fumar, y, por ende, un límite al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, ha quedado establecido que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores, limita la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. *Ergo*, dichas prohibiciones solo resultarán válidas en tanto superen el *test* de proporcionalidad, es decir, en la medida de que a) persigan una finalidad constitucionalmente válida, b) resulten idóneas para alcanzarla, c) sean necesarias, y, además, d) estrictamente proporcionadas.

§4. ¿Qué finalidades persiguen las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos?

31. Así las cosas, corresponde, en primer término, analizar cuál es la finalidad que persiguen las referidas prohibiciones.

En relación con ello, los demandantes sostienen, en primer lugar, que ellas no pueden tener como finalidad “la eliminación de los tóxicos del tabaco, en tanto que el consumo de tóxicos sociales, como lo es el tabaco, se encuentra expresamente permitido por el artículo 8° de nuestra Constitución Política” (cfr. escrito de demanda, p. 28). Sobre ello, el Procurador del Congreso, sostiene lo siguiente: “Efectivamente, la Constitución no establece la prohibición de fumar. Sobre el particular, sólo señala que el Estado ‘regula el uso de los tóxicos sociales’. Pero es preciso indicar que esta regulación debe efectuarse teniendo en cuenta las consecuencias del consumo del tabaco” (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 27).

32. Plantear la finalidad de la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, en términos de la búsqueda de la “eliminación” del tabaco, es tanto como plantear que el acto prohibido por tales medidas es llanamente fumar y no más bien fumar bajo ciertas condiciones. De hecho, en determinados pasajes de la demanda, los demandantes han planteado el asunto como si se tratase de una prohibición absoluta: **“el artículo 8° de la Constitución se limitaba a establecer un mandato de regulación, pero en ningún caso pretendió introducir un supuesto de prohibición. (...) [L]o dispuesto por el artículo 8° de la vigente Constitución, se limita a ratificar la potestad del Estado de establecer restricciones al uso del tabaco, sin imponer prohibiciones absolutas”** (cfr. escrito de demanda, p. 14; el énfasis es del original). Sobre el particular, refiere lo siguiente el Procurador del Congreso: **“Dentro de las medidas relacionadas con el control del tabaco que forman parte de la referida ley, se encuentra el artículo impugnado, el cual no establece una ‘prohibición absoluta’ al consumo de tabaco, tal como sostiene la parte demandante. En efecto, dicho artículo sólo establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] los espacios públicos cerrados”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 28 – 29).
33. A juicio del Tribunal Constitucional, las prohibiciones impugnadas, tal como lo ha sostenido el Procurador del Congreso, no prohíben el acto de fumar de modo absoluto. De ahí que plantear que su finalidad consista en “eliminar” el tabaco, tal como lo hacen los demandantes, es erróneo. Y si no es ésa la finalidad perseguida por la norma cuestionada, resulta inocuo, en el marco de esta causa, que el Tribunal Constitucional ingrese a analizar si resulta o no constitucionalmente válido que se interprete el artículo 8° de la Constitución – en cuanto dispone que el Estado “regula el uso de los tóxicos sociales”– en el sentido de que el legislador está facultado para prohibir de manera absoluta fumar. Dicho de otra manera, si ni siquiera es ésa la finalidad de las medidas adoptadas, menos aún tiene lugar analizar si ella resulta constitucional o no.
34. De otro lado, los demandantes sostienen que “el fundamento central de la NORMA CUESTIONADA es proteger el derecho a la salud de los no fumadores, reconocido por el artículo 7° de la Constitución” (cfr. escrito de demanda, p. 28). Por su parte, el Procurador del Congreso, sostiene lo siguiente: **“el fin constitucionalmente legítimo de la medida utilizada es garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pero no sólo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 45; el énfasis es del original). No obstante, la constitucionalidad de esta tesis (que el fin sea también resguardar la salud de los propios fumadores), ha sido expresamente rechazada por los demandantes: **“puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras. Sin embargo, ello no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que sólo asisten – igualmente, por decisión voluntaria– otras personas fumadoras. En este supuesto, no se afectan derechos de los no fumadores y por tanto una intervención del Estado carece de justificación, de lo contrario el Estado estaría imponiendo una conducta que se estima ‘positiva’ –no fumar– negando la decisión voluntaria de adoptar una conducta distinta, o lo**

que es igual la autonomía que se ha reconocido” (cfr. escrito de demanda, p. 22; el énfasis es del original).

35. A juicio del Tribunal Constitucional, es notorio que el ámbito normativo del artículo 3º de la Ley N.º 28705 que, de acuerdo al planteamiento de los propios demandantes, se juzga inconstitucional –a saber, que se encuentre prohibida la creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos–, no persigue proteger (cuando menos no de manera directa e inmediata) el derecho a la salud de los no fumadores. Por lo demás, en la hipótesis de que así fuese, tales prohibiciones resultarían inadecuadas para la consecución de tal finalidad, por lo que resultarían inconstitucionales. En otras palabras, si el ámbito normativo de prohibición cuestionado en esta causa persiguiese dicho fin, el Tribunal Constitucional debería estimar la demanda, acogiendo el criterio de los demandantes en el sentido de que **“afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecte de ninguna manera los derechos de los no fumadores.** En efecto, (...) la NORMA CUESTIONADA prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio que estos se encuentren destinados exclusivamente a fumadores (y donde labore personal fumador). Y además, prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco inclusive en las áreas abiertas de los establecimientos educativos exclusivos para adultos; aun cuando ambas opciones no afectan de ninguna manera los derechos fundamentales de los no fumadores” (cfr. escrito de demanda, pp. 20 – 21; el énfasis es del original).
36. Ocurre, no obstante, que, según ha quedado dicho, no es ésta la finalidad del ámbito normativo cuestionado. Tal finalidad, en primer término, consiste en reducir el consumo de tabaco (finalidad inmediata) para proteger la salud de los propios fumadores (primera finalidad mediata). ¿Es ésta (proteger la salud de los propios fumadores) una finalidad constitucionalmente válida? A responder esta interrogante se dedicará el siguiente acápite (§5). Antes de ello debe precisarse que no es ésta la única finalidad mediata de las prohibiciones, sino también evitar los altos costos institucionales a que da lugar la atención sanitaria por los graves problemas de salud que el consumo de tabaco ocasiona.
37. Sobre el particular, es preciso tomar en consideración que de acuerdo a un análisis realizado por la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT), anualmente, el Estado pierde 2 mil 400 millones de dólares en atención de casos de cáncer y males cardíacos, entre otras enfermedades, producidas por el consumo de tabaco. El cálculo se hizo en base al presupuesto en salud y al sueldo mínimo legal que perciben los trabajadores al mes, parte del cual se gasta en consumo de cigarrillos. El cálculo de la pérdida generada alcanzó la referida cifra, a pesar de que no se consideró el gasto en tratamientos de otras enfermedades vinculadas con el tabaquismo, que afecta otros órganos del cuerpo como el pulmón, la lengua, el estómago, la piel, los ojos, entre otros (cfr. <http://elcomercio.pe/lima/416589/noticia-duro-costos-cigarillos-estado-pierde-us-2-mil-400-millones-fumadores>).
38. En esa línea, es necesario tomar en cuenta también los siguientes datos contenidos en la *Guía Nacional de Abordaje Técnico al Tabaquismo, Perú 2010*, elaborada con los aportes técnicos de las siguientes instituciones: el Colegio Médico del Perú, la Sociedad Peruana de Neumología de Perú, la Sociedad Peruana de Cardiología, la Sociedad de Oncología Médica de Perú, la Asociación Psiquiátrica Peruana, el Centro de Información y la Educación para la Prevención del Abuso de Drogas (CEDRO) y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT):

“Uno de los grandes problemas de salud pública en el mundo es el consumo de tabaco, su adicción se la denomina tabaquismo; se ha estimado que uno de cada 8 muertes están asociadas al consumo de tabaco, se ha estimado que cerca de 100 millones de personas murieron a causa del tabaquismo durante el siglo XX y se estima que para el año 2030 el tabaco podría ser responsable de 10 millones de muertes al año en el mundo. Otro dato estadístico llamativo es que el consumo permanente del cigarrillo se asocia a la muerte de cerca de un 50% de los fumadores crónicos. En el Perú el tabaco

es la segunda droga más consumida después del alcohol, su continuo consumo se la ha asociado a ser la causante de diversos tipos de cáncer en el hombre y la mujer, como son el cáncer del pulmón, cavidad oral, entre otros numerosos males respiratorios crónicos. Los fumadores tienen mayor probabilidad de faltar más días al trabajo por enfermedad, y de morir en sus años más productivos, dejando a sus familias sin fuentes de ingresos.

Se conoce que el humo del tabaco contiene más de 4.000 compuestos químicos, de los cuales 60 son cancerígenos, existiendo además otros 16 cancerígenos en el tabaco sin quemar. El Banco Mundial ha indicado que el tabaco consume los recursos de la economía mundial a razón de 200.000 millones de dólares anuales” (p. 3).

39. En tal sentido, la prohibición de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, procurando reducir el consumo de tabaco, tiene también como finalidad última reducir los altos costos que genera para el Estado la atención médica de las enfermedades que el referido consumo causa al fumador, cuyos montos bien podrían encontrarse destinados a cumplir el deber primordial del Estado de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (artículo 44° de la Constitución).
40. Podría ensayarse un cuestionamiento a la validez de esta última finalidad, argumentando que dado que el fumar forma parte del libre desarrollo de la personalidad, el Estado tiene el deber de incurrir en los referidos costos sanitarios, sin adoptar medidas para evitarlos o reducirlos. Este cuestionamiento, no obstante, incurriría en un claro error, puesto que las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover, son aquéllas necesarias para la cobertura de necesidades básicas para el ejercicio de su autonomía moral (bienes primarios), mas no las manifestaciones de ésta que se reduzcan a cubrir los intereses o placeres de la persona que no son consustanciales para su plan vital (bienes secundarios). De hecho, la dañosidad objetiva de muchas de estas manifestaciones –no solo para quien las realiza, sino, a veces también, indirectamente, para terceros– si bien *prima facie* no podrían ser prohibidas de modo absoluto a efectos de no afectar el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sí pueden ser abiertamente desmotivadas por el Estado.
41. Por ello, una cosa es reconocer que presentada la demanda de atención médica originada por el consumo de tabaco, en aplicación del artículo 7° de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de protección de la salud, el Estado tiene el deber de atenderla, y otra, muy distinta, sostener que el Estado no tiene la prerrogativa de adoptar todas las medidas que sean necesarias para reducir significativamente los costos que genera una conducta que, por vía indirecta, está reduciendo la capacidad del Estado de cumplir con su esencial deber de proteger y garantizar los derechos fundamentales de toda la población (artículo 44° de la Constitución).
42. En consecuencia, la finalidad de reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por el tabaco, por vía de reducir significativamente su consumo, a través de las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se fume en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos, es constitucionalmente válida. Pero, limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco, ¿es una finalidad constitucionalmente válida? La respuesta a esta pregunta es tratada en el siguiente acápite.

§5. Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?

43. Tal como quedó dicho *supra*, los demandantes consideran que la respuesta a esta interrogante debe ser negativa; tal finalidad, a su juicio, debe ser vista como sencillamente “inaceptable, pues constituye una típica medida paternalista” (cfr. escrito de fecha 6 de julio, p. 16). Su posición parece tener sustento en un principio básico de respeto por la autonomía moral del ser humano, planteado en estos términos por Stuart Mill:

- “[L]a única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo” (cfr. Mill, Stuart, *Sobre la libertad* [1859], traducción de Pablo de Azcárate, con prólogo de I. Berlin, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 65).
44. Desde este enfoque se sostiene que en el Estado Constitucional está proscrita toda forma de paternalismo jurídico, en tanto afecta la autonomía moral y la libertad de elección del ser humano. Quizá la definición de “medida paternalista” más influyente continúa siendo la de Gerald Dworkin, quien afirma que ella consiste en “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada” (cfr. Dworkin, Gerald, “Paternalismo”, en J. Betegón y J. R. de Páramo (directores), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 148).
45. En efecto, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), y de los derechos fundamentales a las libertades de conciencia (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución), expresión, opinión y difusión del pensamiento (artículo 2º, inciso 4, de la Constitución), subyace una regla prohibitiva, en virtud de la cual, a menos que pueda resultar de manera manifiesta afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de terceras personas, no cabe que el Estado limite la libertad de elección y acción de las personas, con el objetivo de lograr su propio bienestar, bajo el argumento de una supuesta formación y ejecución irracional de la voluntad. Dicha limitación constituiría una seria afectación a la autonomía moral del ser humano, subrogando el Estado su propio criterio acerca de la racionalidad al criterio que el ser humano debe ser libre de forjar y ejecutar al amparo de la construcción de su propio plan de vida.
46. La persona humana debe gozar del mayor grado de libertad posible en la construcción y ejecución de su propio proyecto de vida y de la satisfacción de sus propios intereses, aún cuando éstos puedan resultar irracionales para una amplia mayoría social, pues incluso el error propio (cometido a veces a expensas de altos costos personales, tanto materiales como espirituales), es fundamental para la maduración de las ideas y de las acciones futuras, cuyo libre flujo es de singular importancia en el ámbito de una sociedad democrática. Por ello, con razón se ha mencionado que en el Estado Constitucional es esencial el reconocimiento del derecho “a equivocarse” (cfr. Waldron, Jeremy, “A right to do wrong”, en *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, 1993, pp. 63 – 87).
47. No cabe olvidar, por lo demás, que fuera de la manifiesta violación de los derechos fundamentales, el criterio de lo racional o irracional no pasa a ser más que un punto de vista, motivo por el cual todo ser humano tiene el derecho y la esperanza de, por vía de la deliberación respetuosa y tolerante, ver convertidas sus convicciones minoritarias actuales, en las convicciones de una mayoría del mañana. Después de todo, como bien afirmara Oliver Wendell Holmes en uno de sus famosos votos singulares, “la mejor prueba de la verdad es la facultad del pensamiento de hacerse aceptar en la competencia del mercado” (cfr. voto singular en *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 –1919–).
48. Pero no solo ello. El libre desarrollo de la personalidad y las libertades de conciencia, opinión y expresión, son las vertientes subjetivas a través de las cuales se garantiza el pluralismo como valor democrático, cuyas diversas manifestaciones a nivel social se encuentran garantizadas constitucionalmente. Así, se reconoce y protege un pluralismo cultural, en tanto el artículo 2º, inciso 19, de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho “[a] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”; se reconoce un pluralismo social, manifestado, entre otros aspectos, en la exigencia de una pluralidad educativa que respete el multilingüismo y la diversidad cultural, pero que, a su vez, fomente la integración nacional (artículo 17º de la Constitución); un pluralismo político, al promoverse y garantizarse la libre participación en

los asuntos públicos y en los procesos electorales (artículos 2º, inciso 17, 30º, 32º y 35º de la Constitución; y un pluralismo económico, conforme lo señala expresamente el artículo 60º de la Constitución.

49. La garantía del pluralismo es la manera cómo las sociedades democráticas se ponen a buen recaudo de la aparición de algo así como una “tiranía de los valores”, conforme a la cual una mayoría poderosa, bajo el argumento de haber descubierto una supuesta verdad dogmática, sojuzga el pensamiento y la acción de una minoría que se aparta de ella, la cual, por vías pacíficas y democráticas, busca canalizar sus dudas hacia esa verdad aparente, tentado su reexamen en una relación dialógica. En el Estado Constitucional es pues fundamental instaurar algo así como una “ética de la duda” ejercida al amparo del libre desenvolvimiento de la personalidad y del pensamiento, puesto que en realidad “la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ‘¿Será realmente verdad?’ (...). La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás” (cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Trotta, Madrid, 2010, pp. 9 – 10).
50. Ahora bien, establecido que una de las reglas que subyace al reconocimiento de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a las libertades de

conciencia y expresión, es la imposibilidad de que el Estado instaure medidas jurídicas paternalistas, es preciso destacar que dicha regla, como todas en el Estado Constitucional, no es absoluta, sino *prima facie*. Y es que tal como ha referido Francisco Laporta, es posible convenir en “supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria” (cfr. *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D. F., 1993, p. 54), o, como dice Ernesto Garzón Valdés, en que ella puede llegar a tener “un elevado grado de plausibilidad” (cfr. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, en *Doxa*, N.º 5, 1998, p. 156), o, en palabras de Carlos S. Nino, en que ella se encuentra “ampliamente justificada...” (cfr. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2da. edición, 2da. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414). Es decir, bajo ciertas circunstancias excepcionales, los poderes públicos pueden adoptar medidas que limiten el libre desarrollo de la personalidad, teniendo como exclusiva finalidad el bien de la propia persona limitada en su libertad.

Es importante tener en cuenta que una cosa es el paternalismo jurídico, y otra, distinta, el perfeccionismo o moralismo legal. El paternalismo, como se ha dicho, impone la adopción de ciertas conductas por el bien de la propia persona coaccionada, alegando que, en caso contrario, ella se auto-generará de manera cierta o razonablemente cierta, un daño objetivo a sus propios derechos fundamentales, limitando la posibilidad del ejercicio de su autonomía moral. Por el contrario, el moralismo legal o perfeccionismo, coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso. Así, tal como refiere Carlos S. Nino, “el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” (cfr. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ob. cit., p. 414). Desde luego, dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita, pero no necesariamente sucede ello con las medidas paternalistas, las cuales, como quedó dicho, pueden encontrarse justificadas bajo ciertas

circunstancias excepcionales. ¿Cuáles son esas circunstancias? A responder tal interrogante se dirigen los siguientes fundamentos, precisándose, desde ya, que no se pretende hacer un listado exhaustivo de ellas, sino tan solo dar cuenta de aquéllas que de modo más evidente justifican la adopción de una medida paternalista.

51. En primer término, no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.
52. Es de recibo recordar aquí que pocos años antes de la Revolución francesa, en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Immanuel Kant, había expresado de modo más completo –sin reducirlos solo a la autonomía moral o libertad– los valores últimos del racionalismo ilustrado que le abría paso a los ideales liberales que son base axiológica del constitucionalismo actual. Dichos valores –que, en conjunto, daban forma al denominado *imperativo categórico*–, son la igualdad formal, es decir, el imperativo de la universalidad, que ordena al ser humano obrar de modo que quisiera ver convertidas en leyes universales las máximas de su conducta; la dignidad, es decir, el imperativo de los fines, que ordena nunca tratar a un ser humano solo como simple medio, sino como un fin en sí mismo; y la libertad, es decir, el imperativo de la autonomía, que ordena no afectar la voluntad de un ser humano ejercida de modo tal que no violenta la voluntad ajena. Todos estos valores, a juicio de Kant, son expresivos de una misma ley moral; es decir, se trata de “tres... maneras de representar el principio de la moralidad”, siendo “en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en sí a las otras” (cfr. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 4ta. edición, traducción de M. García Morente, Epasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 94).
53. De esta manera, la dignidad reconocida en el artículo 1º de la Constitución, cuya defensa y respeto “son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, no se reduce a la protección de la autonomía moral del ser humano, sino que ella es consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo, por lo que en ejercicio de aquélla no es posible destruir este fundamento. De ahí que, por ejemplo, no sea posible la celebración, en ejercicio de la libertad, de un “contrato de esclavitud”.
54. En segundo lugar, cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía. Así por ejemplo, la obligación de usar el cinturón de seguridad en los vehículos automotores, imponiendo una multa a quien no lo haga, restringe la libertad de aquél que no lo haría por voluntad propia, pero se trata de un ámbito mínimo de libertad sacrificada, en aras de evitar un daño objetivo, grave y eventualmente irreparable a la propia vida o integridad física. Se trata de una medida paternalista justificada en el Estado Constitucional, pues dada la abierta diferencia entre la intensidad de sacrificio de la libertad y la intensidad de protección a la vida o la integridad física, cabe una ponderación abstracta por parte del legislador, que instaure una obligación general, por el bien de la propia persona obligada.
55. Ahora bien, es verdad que la intensidad en el sacrificio de la libertad, en salvaguarda de los derechos del propio ser humano que la ejerce, puede variar dependiendo del caso, por lo que más allá de lo “lógica” que pueda resultar a primera vista la medida paternalista, es preciso valorar detenidamente las circunstancias en función de cada persona en particular. Por ejemplo, no es lo mismo exigir el uso del casco a un conductor de motocicleta o a un obrero de construcción civil que quiera evitar su uso por una cuestión llanamente estética, que a aquél que se rehuse a usarlo porque es un principio fundamental de su religión que los hombres solo puedan cubrir su cabeza con un turbante. Es el caso, por ejemplo, de quienes profesan la religión india *sij*. De ahí que el artículo 16.2 de la *Road Traffic Act* de 1988 y el artículo 11º de la *Employment Act* de 1989 en el Reino Unido, permiten a quienes profesan esta religión exceptuarse de la obligación de llevar el casco al viajar en moto y en las actividades de construcción, respectivamente. No obstante, a favor de prohibir esta

excepción se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cfr. *Bhinder vs. Canadá*, Comunicación N.º 208/1986, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986 – 1989–).

56. En tercer lugar, una medida jurídica paternalista se encuentra justificada, cuando puede determinarse razonable y objetivamente que la persona que va a ser sujeto de ella, por alguna razón, tiene limitada la libre manifestación de su voluntad, y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e irreparable a sus derechos fundamentales.

Se trata de aquella persona de la que puede objetivamente predicarse que, por alguna circunstancia ajena a la voluntad del Estado y de la persona misma, no es capaz de evaluar de manera suficientemente razonable el grave riesgo que una conducta representa para sus propios derechos e intereses, o que siendo consciente del referido riesgo, en razón de alguna compulsión externa o interna, no es del todo capaz de actuar en consecuencia para evitarlo. Dado que en estos casos se duda razonablemente de que la voluntad propia se encuentre del todo libremente ejercida, algunos consideran que no cabe aquí hablar de medidas paternalistas (cfr. Beauchamp, Tom, “On Coercive Justifications for Coercive Genetic Control”, en J. Humber y R.F. Almeder –editores–, *Biomedical Ethics and the Law*, Plenum Press, New York, 1979, p. 388).

Así, los niños y, en general, los incapaces absolutos en los términos del artículo 43º del Código Civil, son personas en relación con las cuales pueden adoptarse determinadas medidas paternalistas.

57. Pero, ¿pueden adoptarse medidas paternalistas en relación con personas adultas que no siendo jurídicamente incapaces, presenten determinados caracteres que, por así decirlo, distorsionen su manifestación de voluntad, sin llegar a ser incapaces? En determinadas circunstancias, la respuesta a esta interrogante es afirmativa. Así, pueden adoptarse *medidas paternalistas informativas* por el bien de las propias personas adultas a las que va dirigida la información, si se asume razonablemente que obligándolas a informarse pueden reorientar el curso de una conducta que puede generarles una grave afectación a sus derechos. Como bien apunta, Miguel Ramiro Avilés, “[l]as campañas de información de los riesgos o beneficios que supone la realización de ciertas actividades deben ser el primer tipo de medidas paternalistas que deben adoptarse ya que siempre es preferible la medida menos aversiva porque la autonomía o la libertad de la persona deben sufrir lo menos posible, a lo que se une que con la información se apela a la razón” (cfr. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Derechos y Libertades*, N.º 15, Junio 2006, p. 234).
58. También puede adoptarse una medida paternalista para evitar que una persona, como consecuencia de presiones externas (compulsión externa) que afectan el libre ejercicio de su voluntad, autorice la realización de un acto que puede generarle un grave perjuicio. Por ejemplo, Miguel Ramiro Avilés da cuenta de cómo “[l]as normas que regulan en España las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos establecen que el donante-vivo debe manifestar su consentimiento expreso, libre, consciente y desinteresado, lo cual debe comprobarse en una reunión con los miembros del Comité de Ética para la Asistencia Sanitaria del hospital transplantador. Con ello se pretende *aislar* al donante-vivo de las posibles presiones de su entorno familiar, garantizándose de ese modo que su consentimiento realmente es libre. Esto se debe a que la inmensa mayoría de este tipo de donaciones se producen entre familiares, lo cual puede llegar a generar una presión externa muy fuerte en aquella persona que, habiéndose sometido a las pruebas de compatibilidad, haya sido seleccionada como donante” (cfr. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, ob. cit., p. 240, nota 119).
59. También es posible adoptar medidas que busquen re-direccionar la conducta de personas adultas, en su propio beneficio, si tales medidas se encaminan a evitar un posible daño grave e irreparable a sus derechos fundamentales y existen sospechas fundadas de que tal conducta no es consecuencia de una plena voluntad libremente manifestada, sino de algún

elemento interno (compulsión interna) que la afecta sensiblemente. Es el caso de las personas que son adictas a alguna sustancia toxicológica. Y es que esta adicción puede evitar que la persona sea suficientemente capaz de advertir los riesgos graves que puede generar su acción en determinado ámbito de su vida, o, siendo capaz de advertir el referido riesgo, no es del todo capaz de, por propia voluntad, reencauzar su conducta con el propósito de evitarlo. En cualquier caso, incluso en estas circunstancias, el libre desenvolvimiento de la personalidad despliega cierto ámbito de su contenido protegido, por lo que difícilmente podrían justificarse medidas orientadas a sancionar la realización de la conducta auto-dañina, siendo solo posible la adopción de medidas que la desincentiven.

60. De esta forma, cuando menos en las circunstancias descritas, una medida paternalista se encuentra justificada en el Estado Constitucional. Se trata de casos en los que el grado de incidencia de la medida sobre la libertad es mínimo en comparación con el grado de protección que genera con relación a ciertos derechos fundamentales o en los que es objetivamente dudoso que la voluntad de la persona tenga un origen plenamente consciente, autónomo y libre, y, adicionalmente, se evita de modo plausible la generación de un serio e irreversible daño a los derechos fundamentales de la propia persona. Es evidente, no obstante, que se trata de medidas excepcionales, de modo que la regla general continúa siendo el respeto por el máximo grado de autonomía moral posible del ser humano.
61. A similar conclusión ha llegado la Corte Constitucional colombiana, al identificar dos hipótesis, a saber, “de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los(as) ciudadanos(as) determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado ‘perfeccionismo’ o ‘moralismo jurídico’, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar *bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores* de aquel a quien se dirige la medida. Éstas por el contrario son compatibles con la Constitución, *‘puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado’* [C-309 de 1997, fundamento jurídico número 7]. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y las segundas pueden justificarse bajo el cumplimiento de ciertos requisitos” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 10), siendo que para la Corte tales requisitos consisten en la superación del denominado *test* de proporcionalidad (F. J. 11). En ese sentido, más adelante sostiene la tesis, compartida por este Tribunal, en el sentido de que “[e]l valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible” (F. J. 14).
62. Así las cosas, que la prohibición de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, tengan como finalidad la protección de la salud de los propios fumadores, no es una medida *per se* inconstitucional, como sostienen los demandantes, sino que, en la medida de que guarden adecuación con algunas de las circunstancias excepcionales antes desarrolladas (lo que será analizado cuando se aborde el principio de proporcionalidad en sentido estricto –acápito §9 *infra*–), resultarán constitucionalmente válidas.
63. En definitiva, tanto la finalidad de proteger la salud de los propios consumidores de tabaco, como la finalidad de reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por el tabaco, por vía de reducir significativamente su consumo, son constitucionalmente válidas. Adicionalmente, según se sustentará a continuación, reducir el consumo de tabaco en aras de proteger la salud de los propios fumadores, no

solo es una finalidad constitucionalmente permitida, sino que desde que el Perú ratificó el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es una finalidad constitucionalmente obligatoria.

§6. Reducir el consumo de tabaco como finalidad constitucionalmente obligatoria, a la luz del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

64. Mediante Resolución Legislativa N.º 28280, publicada el 17 de julio de 2004, el Congreso de la República aprobó el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
65. En relación con este Convenio, los demandantes han señalado lo siguiente: “de conformidad con lo establecido en el inciso 4) del artículo 200º de nuestra Constitución, **el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco tiene rango de ley, por lo que deberá interpretarse en armonía con la Constitución**” (cfr. escrito de demanda, p. 15; el énfasis es del original). Asimismo, en su escrito de fecha 6 de julio de 2011, han sostenido enfáticamente que “[e]l referido Convenio no es un tratado sobre derechos humanos y, por tanto, carece de jerarquía constitucional” (p. 9; el énfasis es del original).
66. Sobre el particular, el Procurador del Congreso, ha señalado lo siguiente: “**los tratados sobre derechos humanos (...) tienen rango constitucional. (...). En tal sentido, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (...) tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud**” (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 3 y 4; el énfasis es del original). En sentido similar se ha pronunciado en su Informe la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, al señalar que el referido Convenio regula “el derecho a la salud en su conexión con una enfermedad concreta: el tabaquismo, postulándose la necesidad de una estrategia común para poder erradicarla. Si el derecho a la salud es un Derecho Humano y este convenio busca proteger el derecho a la salud vinculado a las enfermedades que ocasiona el tabaquismo, sin duda alguna estamos frente a un Convenio que regula materia de derechos humanos. (...). Al adquirir el Tratado de Derechos Humanos un rango constitucional, no pueden existir normas que sean contrarias al mismo, estando vedado el legislador a negarlos. Protección que se extiende, además, a que los tratados se incorporan al sistema nacional pero con rango constitucional, siendo un límite y un parámetro interpretativo y/o legislativo” (p. 12 y 13).
67. El Tribunal Constitucional coincide con el Procurador del Congreso y con la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, en el sentido de considerar que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues lo que busca proteger de manera clara, expresa y directa es el derecho fundamental a la protección de la salud, reconocido en el artículo 7º de la Constitución. En efecto, en la introducción del Convenio se señala que éste “representa una iniciativa pionera para el progreso de la acción nacional, regional e internacional y la cooperación mundial *encaminada a proteger a la salud humana de los efectos devastadores del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco*” (énfasis agregado). Asimismo, en el Preámbulo se enfatiza que uno de los principios que inspiran su dación, es la determinación de las Partes “a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública, [r]econociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias *para la salud pública*, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral” (énfasis agregado). Del mismo modo, el Convenio enfatiza que tiene como sustento “el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y “el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.
68. No escapa, sin embargo, a la consideración del Tribunal que los demandantes han esgrimido concretos argumentos para rechazar la tesis de que el Convenio es un tratado

sobre derechos humanos. Así, han sostenido que “en los tratados sobre derechos humanos, a diferencia de otros convenios, los Estados asumen obligaciones fundamentalmente hacia las personas bajo su jurisdicción, a las cuales les reconoce derechos exigibles frente a los Estados. (...). En cambio, el Convenio Marco de la OMS lo que hace es reconocer las obligaciones entre los Estados que los suscriben para adoptar determinadas medidas de control del tabaco. Es decir, no reconoce ‘nuevos derechos’, sino más bien establece un ‘marco’ de medidas que deberían adoptar lo[s] Estados para enfrentar al tabaquismo. (...). Si bien menciona el derecho a la salud, lo hace para sustentar las medidas que deberían adoptar los Estados y no para reconocer el derecho a la salud que por lo demás ya se encuentra previsto en los tratados sobre derechos humanos” (cfr. escrito de fecha 6 de julio, pp. 9 - 10). De esta forma, el argumento de los recurrentes podría ser reformulado del modo siguiente: un tratado sobre derechos humanos es aquél que reconoce derechos humanos, obligándose, fundamentalmente, frente a las personas bajo su jurisdicción, más no aquél a través del cual, sin reconocerse “nuevos derechos”, el Estado se obliga a adoptar medidas para optimizar la protección de estos derechos.

69. Este Tribunal discrepa de este criterio. Los tratados en virtud de los cuales un Estado se obliga a la adopción de medidas encaminadas directamente a dotar de mayor eficacia los derechos humanos, son tratados sobre derechos humanos, aún cuando éstos no reconozcan “nuevos derechos”. De hecho, muchas veces, son justamente las medidas concretas que el Estado asume internacionalmente, a través de determinados tratados complementarios, las que permiten perfilar con mayor nitidez los alcances del contenido protegido de tales derechos, y consecuentemente, las que permiten, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, interpretar de modo más preciso los derechos fundamentales reconocidos por ella. En otros términos, la existencia o no de un tratado sobre derechos humanos, no viene definida por un criterio formal como puede ser el análisis de si se trata de un tratado que por primera vez reconoce un derecho de ese carácter, sino por un criterio material, consistente en analizar si el tratado se ocupa directamente de un derecho humano, sea para reconocerlo por vez primera, sea para asumir obligaciones orientadas a su más eficiente protección.

Es así que, por ejemplo, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, es un tratado sobre derechos humanos, que contribuye a interpretar de forma más precisa los alcances del contenido protegido del derecho a la vida, aunque no se le reconozca aquí por primera vez; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es un tratado sobre derechos humanos, que precisa determinados alcances del derecho a la igualdad de género, exigiendo a los Estados partes la adopción de determinadas medidas para efectivizar su protección, aunque no reconozca al derecho por primera vez; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, es un tratado sobre derechos humanos, que precisa determinados alcances del derecho a la integridad personal, obligando a la adopción de determinadas medidas a ello orientadas, aunque no reconozca por vez primera el referido derecho; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, es un tratado sobre derechos humanos, que contribuye a precisar la delimitación del derecho al trabajo, exigiendo a los Estado la toma de ciertas medidas para ello, y no conlleva un reconocimiento *ex novo* del mentado derecho; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, es un tratado sobre derechos humanos, pues coadyuva a la mejor protección del derecho a la verdad, y no establece un originario reconocimiento de este derecho; etc.

En esa misma línea, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues aunque no reconoce al derecho a la protección de la salud como un “nuevo derecho” (en los términos de los recurrentes), obliga a los Estados partes de manera clara y directa a la adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia.

70. Asimismo, los recurrentes buscan solventar la tesis de que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, no es un tratado sobre derechos humanos, trayendo a colación una cita doctrinal, en la que se señala que “los tratados sobre derechos humanos se caracterizan por no ser sinalagmáticos, esto es, por generar un tipo de relación especial

entre las obligaciones estatales y los seres humanos cuyos derechos buscan ser protegidos” (cfr. Novak, Fabián, “Tratados aprobados por el Congreso”, en Walter Gutiérrez –director–, *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 774), y un párrafo de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se afirma que “los tratados modernos sobre derechos humanos (...) no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los propios Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cfr. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párrafo 29).

71. El Tribunal Constitucional comparte el criterio técnico jurídico vertido en ambas citas; empero, no aprecia en qué medida ellas desvirtúan la condición del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco como tratado sobre derechos humanos. Del referido Convenio no emanan obligaciones sinalagmáticas exigibles solamente entre los Estados que lo han suscrito, como erróneamente parece sugerir la parte demandante, sino más bien, y predominantemente, obligaciones de los Estados partes frente a los individuos bajo su jurisdicción, orientadas, todas ellas, a la protección de su derecho fundamental a la salud, frente al flagelo mundial que la epidemia del tabaquismo representa.
72. Ello se aprecia luego de un análisis omnicompreensivo de las referidas obligaciones, las cuales han sido correctamente resumidas por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP en su Informe:

“Obligación principal u Objetivo:

Proteger contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco (...) a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco (artículo 3).

Obligaciones generales (entre las más resaltantes):

- ☐ Adoptar y aplicar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales (artículo 8).
- ☐ Prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. (artículo 13)
- ☐ Idear y aplicar programas eficaces de promoción del abandono del consumo de tabaco en lugares tales como instituciones docentes, unidades de salud, lugares de trabajo y entornos deportivos; (artículo 14, numeral 2, a)
- ☐ Establecer en los centros de salud y de rehabilitación programas de diagnóstico, asesoramiento, prevención y tratamiento de la dependencia del tabaco; (artículo 14, numeral 2, a)
- ☐ Adoptar y aplicar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para que todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco y, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal. (artículo 15, numeral 2).

Principios básicos para lograr el objetivo principal y los secundarios:

Adoptar medidas para:

- Proteger a todas las personas de la exposición al humo de tabaco (artículo 4, numeral 2, a).
- Prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco en cualquiera de sus formas (artículo 4, numeral 2, b).
- Promover la participación de las personas y comunidades indígenas en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de programas de control del tabaco que sean socialmente y culturalmente apropiados para sus necesidades y perspectivas (artículo 4, numeral 2, c).
- Que cuando se elaboren estrategias de control del tabaco, se tengan en cuenta los riesgos relacionados específicamente con el género (artículo 4, numeral 2, d).
- Reducir el consumo de todos los productos de tabaco, a fin de prevenir, de conformidad con los principios de la salud pública, la incidencia de las enfermedades, la discapacidad prematura y la mortalidad debidas al consumo de tabaco y a la exposición al humo de tabaco (artículo 4, numeral 4).
- Adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco (artículo 5, numeral 3)” (pp. 15 – 17).

Así pues, resulta muy claro que, a diferencia de lo que sugiere la parte demandante, estas obligaciones no tienen como sujetos recíprocamente beneficiarios a los Estados partes del Convenio, sino, esencialmente, a los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción, quienes, con la adopción de estas medidas verán mejor protegido su derecho fundamental a la salud.

73. Por ello este Tribunal está de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que “el ‘Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco’ (...), constituye un importante instrumento internacional para evitar y contrarrestar las nefastas consecuencias del consumo del tabaco, en especial para la salud y el medio ambiente. (...). La finalidad del Convenio, señalada en su artículo 3, se enmarca en la protección de las generaciones presentes y futuras frente a las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo, y por tanto, desarrolla los principios contenidos en los artículos 49, 78 [protección del derecho fundamental a la salud], y 79 [derecho a gozar de un ambiente sano] de la Carta. En efecto, dichas normas señalan la obligación del Estado en la atención a la salud y saneamiento ambiental (...) señalan el deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad” (cfr. Sentencia C-665 de 2007).
74. Por lo demás, evidentemente las obligaciones impuestas por el Convenio constituyen tan solo un mínimo indispensable, pues nada impide al Estado adoptar medidas más estrictas en aras de proteger en la mayor medida posible el derecho fundamental a la salud. Ello ha sido expresamente previsto en el Convenio: “Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional” (artículo 2.1).
75. En consecuencia, queda a buen recaudo la convicción de este Tribunal de que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco es un tratado sobre derechos humanos, siendo que los criterios técnicos en los que los demandantes se apoyan para sostener lo contrario, lejos de enervar esta tesis, la confirman.
76. El Tribunal Constitucional ha sostenido, en más de una ocasión, que “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (cfr. SSTC 0025-2005-PI –acumulados–, F. J. 26; 0005-2007-PI, F. J. 11; entre otras). Desde luego, con esta afirmación no se pretende sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos sean parámetro directo de constitucionalidad de las leyes, de forma tal que, con prescindencia de lo establecido por la Constitución, la constatación de la incompatibilidad entre una ley y un tratado internacional

sobre derechos humanos, permita a este Tribunal expulsar la ley del sistema jurídico. Y es que ello, entre otras cosas, haría de este Tribunal guardián de tales tratados y no de la Constitución, asumiéndose constituido por el referido tratado y no por la Norma Fundamental peruana, lo que a todas luces resultaría constitucionalmente erróneo. Prueba de que el parámetro último de validez de las normas es la Constitución y no los tratados sobre derechos humanos es que, en última instancia, cuando menos en teoría, al amparo del artículo 200°, inciso 4, de la Constitución, no existe impedimento alguno para que un tratado sobre derechos humanos sea objeto de control en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.

77. Lo que pretende sostenerse cuando se afirma que un tratado internacional sobre derechos humanos ostenta rango constitucional, es que una vez que forma parte del Derecho nacional (artículo 55° de la Constitución), y asumida su plena constitucionalidad, por voluntad del propio Poder Constituyente, manifestada en la Cuarta Disposición Final de la Constitución, existe la obligación de interpretar los derechos y las libertades reconocidos en la Norma Fundamental, de conformidad con el contenido de tales tratados. La Constitución, así interpretada, será el parámetro último de constitucionalidad de la ley, más no el tratado mismo.
78. A este respecto, conviene recordar lo sostenido por este Tribunal en el sentido de que el establecimiento de la pirámide jurídica nacional se sujeta a dos criterios rectores: las categorías y los grados. Las primeras “aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo” y los segundos “exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría”. En la primera categoría de nuestro sistema jurídico se encuentran “las normas constitucionales y las normas con rango constitucional”, distribuidas en grados, siendo la Constitución la norma de primer grado, las leyes de reforma constitucional las normas de segundo grado, y los tratados internacionales sobre derechos humanos, las normas de tercer grado (cfr. STC 0047-2004-PI, F. J. 61).
79. El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, obliga a los Estados Partes a la adopción de una serie de medidas “a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco” (artículo 3°). Es decir, el Convenio exige la consecución de dos finalidades, a saber, a) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco, y b) reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo de tabaco. Obviamente, la primera finalidad tiene, a su vez, el objetivo de proteger la salud de los propios fumadores, pues si el Convenio solo estuviese orientado a la protección de la salud de los no fumadores, hubiese bastado la mención de la segunda finalidad. Esto ha sido correctamente advertido por el Procurador del Congreso en su escrito de contestación de la demanda (p. 7). Del mismo parecer ha sido la Corte Constitucional colombiana, al señalar que “resulta claro que desde el punto de vista constitucional las medidas encaminadas a evitar y restringir el consumo de tabaco, que no están dirigidas de manera cierta a proteger los derechos de los ‘fumadores pasivos’, persiguen garantizar la salud del propio individuo que consume tabaco. No es posible una conclusión distinta, si se toman en serio los fundamentos de dichas políticas, plasmados en el Convenio Marco de la OMS sobre control del tabaco (...) enfocados todos desde el presupuesto de que el consumo de tabaco afecta la salud” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 9).
80. Ya ha quedado establecido en el acápite anterior que, a pesar de lo sostenido por los demandantes, la procura de reducir el consumo de tabaco con el objetivo último de proteger la salud de los propios fumadores, es una finalidad constitucionalmente válida. En consecuencia, si siendo una finalidad constitucionalmente válida, el Estado peruano se ha comprometido a alcanzarla tras suscribir el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, ello quiere decir que a la fecha no se trata ya solo de una finalidad constitucionalmente válida, sino además constitucionalmente obligatoria.
81. En esa misma línea, en criterio que este Colegiado comparte, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, han sostenido en su Informe que la medida legislativa cuestionada en este proceso “no sólo es una regulación

constitucionalmente válida sino exigible desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos y la obligación de proteger el derecho a la salud” (p. 7).

82. En definitiva, siendo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco un tratado sobre derechos humanos, por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, el Estado tiene la obligación de interpretar el artículo 7º de la Constitución –que reconoce el derecho fundamental a la protección de la salud– y el artículo 9º de la Constitución –que obliga a diseñar una política nacional de salud plural y descentralizada–, de conformidad con todos los preceptos de aquel Convenio, de forma tal que de acuerdo al artículo 3º de éste, *el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud por vía de una política nacional plural y descentralizada que reduzca de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.*

§7. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de idoneidad?

83. Hasta ahora, resumidamente, ha quedado establecido que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, a) limitan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa; b) tienen como finalidad inmediata reducir el consumo del tabaco y como finalidades mediatas, proteger la salud de los propios fumadores y reducir los costos institucionales que genera la atención sanitaria por las enfermedades graves que el consumo de tabaco ocasiona; c) tales finalidades no solo son constitucionalmente válidas, sino que la finalidad de reducir continua y sustancialmente el consumo de tabaco es una obligación del Estado, tal como lo establece el artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
84. Las referidas prohibiciones normativas ¿son idóneas para alcanzar el fin buscado? Los demandantes han sostenido que estas prohibiciones **“no constituye[n] una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores. Ello porque lo que discutimos es la posibilidad de existencia de locales exclusivamente para fumadores, donde labora personal que fume, por lo que los no fumadores no se encontrarían expuestos al humo del tabaco. Asimismo, no resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos (para personas adultas), puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco, y por tanto su derecho a la salud no se encuentra comprometido”** (cfr. escrito de demanda, p. 29; el énfasis es del original).
85. Que las prohibiciones absolutas de fumar en los espacios públicos cerrados y en los centros educativos, en términos generales, contribuyen a reducir el consumo de tabaco en la sociedad, es una conclusión a la que se podría arribar casi intuitivamente. No obstante, existen argumentos objetivos de autoridades y conocedores de la materia, que permiten confirmar dicha suposición.
86. Así, de acuerdo a lo señalado en el *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*,
- “[l]os ambientes libres de humo no solo protegen a los no fumadores sino que además reducen el consumo de tabaco en los fumadores habituales en entre dos y cuatro cigarrillos diarios (...) y ayudan a quienes quieren dejar de fumar, así como a los que ya lo han logrado, a abandonar el tabaco a largo plazo. En los Estados Unidos, el consumo por habitante es entre un 5% y un 20% inferior en los estados en los que hay en vigor leyes integrales sobre ambientes libres de humo de tabaco que en los que carecen de ellas (...). Se estima que la prohibición total de fumar en lugares [de] trabajo implantada en varias naciones industrializadas ha reducido la prevalencia del tabaquismo entre los trabajadores en un promedio del 3,8%, el consumo medio de tabaco entre los trabajadores que siguen fumando en 3,1 cigarrillos diarios, y el consumo total de tabaco entre los trabajadores en un promedio del 29% (...). Las personas que trabajan en lugares completamente libres de humo de tabaco tienen

prácticamente el doble de posibilidades de dejar de fumar que las que trabajan en lugares donde no se aplican este tipo de políticas, y el consumo diario de quienes siguen fumando se reduce en cerca de cuatro cigarrillos al día (...). Tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco en Irlanda, alrededor del 46% de los fumadores declararon que la nueva ley les había hecho más propensos a dejar de fumar; el 80% de quienes consiguieron abandonar el tabaco afirmaron que la ley les había ayudado a lograrlo y el 88% que la ley les estaba ayudando a no retomar el hábito (...). En Escocia, el 44% de las personas que habían dejado de fumar indicaron que la legislación sobre ambientes libres de humo de tabaco les había ayudado a abandonar el tabaco (...)" (p. 29).

87. Similar ha sido lo referido por el Procurador del Congreso, citando el Informe OMS respectivo del año 2008 (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 48).

88. Asimismo, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, en su Informe, citando a Valdes Salgado, Raydel, Avila Tang, Erika, Stillman, Frances A., Wipfli, Heather y Samet, Jonathan, "Leyes que prohíben fumar", en: *Revista de Salud Pública de México*, vol. 50, suplemento 3 de 2008, p. 337, ha dado cuenta de lo siguiente:

"...la creación de espacios 100% libres de humo de tabaco es una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, el número promedio de cigarrillos por día y promueven la cesación. Lo anterior se logra cuando se vela estrictamente por el cumplimiento de la ley; si sólo existe una legislación fuerte que se cumple relajadamente, su impacto será prácticamente nulo.
(...)

Un metaanálisis que incluyó 26 estudios sobre el impacto de la prohibición de fumar en lugares de trabajo en EUA, Canadá, Australia y Alemania concluye inequívocamente que la medida no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo. Existe una gran diferencia en el impacto que se logra con restricciones totales a cuando sólo existe una restricción parcial. Se ha estimado que donde existe una legislación integral y sobre todo, que se vela por su cumplimiento, puede reducir el consumo de cigarrillos... [Este estudio tiene la siguiente referencia: Fichtenberg CM, Glantz SA: *Effect of*

smokefree workplace on smoking behaviour: systematic review. BMJ 2002; 325:188]” (p. 31).

89. Complementando este criterio, el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, han sostenido en su Informe que “[d]e acuerdo a investigaciones científicas, las leyes de ambientes libre de humo llevaron a una reducción del 3 por ciento de las tasas de fumadores y a una disminución de tres cigarrillos fumados por día entre quienes continuaban fumando, con lo que se demuestra [la] idoneidad [de la medida]” (p. 6).
90. Ninguno de estos argumentos ha sido contradicho por los demandantes. Las prohibiciones cuestionadas pues, claramente, resultan idóneas para la reducción sustancial del consumo de tabaco. Por ende, son idóneas para proteger la salud de los fumadores y para reducir los costos de atención sanitaria que éstos puedan requerir. Esto último, por lo demás, ha sido ya confirmado por diversos estudios. En efecto, la Organización Mundial de la Salud tiene establecido que:

“...las leyes sobre ambientes libres de humo de tabaco propician mejoras en la salud respiratoria al poco tiempo de su promulgación. En Escocia, los empleados de bar experimentaron, a los tres meses de la introducción de una legislación integral en la materia, una disminución del 26% de los síntomas respiratorios; los trabajadores asmáticos pasaron a tener las vías respiratorias menos inflamadas (...). En California, los empleados de bar registraron una reducción del 59% en los síntomas respiratorios y una disminución del 78% en los síntomas de irritación de los órganos sensoriales transcurridas ocho semanas desde la implantación de una nueva ley que prohíbe fumar en los locales de hostelería

Incluso los niveles bajos de exposición al humo ajeno tienen un efecto clínico importante en el riesgo de padecer enfermedades cardiovasculares (...). Los ambientes libres de humo de tabaco reducen la incidencia de infarto de miocardio entre la población general prácticamente de inmediato, incluso en los primeros meses siguientes a su implantación (...). Diversos estudios confirman la disminución de las hospitalizaciones por infarto de miocardio tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco (...). Por otra parte, muchos de esos estudios, realizados en jurisdicciones subnacionales (estados/ provincias y municipios) pertenecientes a países en los que no hay en vigor ninguna legislación nacional en la materia, muestran no solo el impacto de las medidas legislativas en cuestión, sino también los beneficios potenciales asociados a la promulgación de leyes a nivel local cuando no se aplican prohibiciones de alcance nacional.

(...)

Entre 1988 y 2004, periodo durante el cual California implantó una legislación integral en la materia, las tasas de morbilidad por cáncer de pulmón o de bronquios disminuyeron cuatro veces más rápido en dicho estado que en el resto de los Estados Unidos de América” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo*, 2009. *Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 28).

91. En ese mismo sentido, el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, refieren que desde la implementación de medidas como las aquí cuestionadas, “Escocia ha experimentado una reducción del 17 por ciento en las internaciones por ataques cardíacos en 9 hospitales importantes[Sally Haw. *Scotland's Smokefree Legislation: Results from a comprehensive evaluation. Presentation given at the Towards a Smokefree Society Conference. Edinburgh Scotland*, 10 - 11 Septiembre 2007. Disponible en: <http://www.smokefreeconference07.com/programme.php>]. Asimismo, estudios llevados a cabo en los Estados Unidos e Italia han revelado que la cantidad de hospitalizaciones por ataques cardíacos se ha reducido considerablemente después de la implementación de leyes estrictas de ambientes libres de humo en lugares públicos y de trabajo [Sargent RP, Shepard RM, Glantz SA (2004) *Reduced incidence of admissions for myocardial infarction associated with public smoking ban: before and after study*. *British Medical Journal*. 328(7446):977-80. Disponible

en: <http://www.bmj.com/cgi/content/short/bmj.38055.715683.55v1> / Bartecchi C, Alsever RN, Nevin-Woods C et al (2006) *Reduction in the incidence of acute myocardial infarction associated with a citywide smoking ordinance*. *Circulation* 114(14):1490-6. Disponible en: <http://circ.ahajournals.org/cgi/content/short/CIRCULATIONAHA.106.615245v1>” (cfr. Informe, p. 4).

92. En consecuencia, las prohibiciones incoadas superan el subprincipio de idoneidad.

§8. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de necesidad?

93. Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental, no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar con cuando menos igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido.
94. En el presente caso, ello se traduce del modo siguiente: las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, no superarán el subprincipio de necesidad, si es evidente la existencia de una medida menos restrictiva de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que permitan alcanzar cuando menos con igual idoneidad o satisfacción la reducción sustancial del consumo de tabaco, tal como lo exige el artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, protegiendo en igual grado la salud de los consumidores de tabaco y reduciendo en igual dimensión los costos sanitarios del tratamiento de las enfermedades que el tabaco genera.
95. Los demandantes refieren lo siguiente: “lo dispuesto por el artículo 3º original de la Ley N° 28705, complementada con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 001-2010-SA constituye una medida idónea para la protección del derecho fundamental a la salud de los no fumadores; que restringe en menor medida el derecho a la libertad de quienes han optado por el consumo del tabaco, y los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa de quienes han optado por desarrollar actividades económicas dirigidas a los fumadores. Ello porque, permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos; y en espacios públicos cerrados de manera restringida. Para este último caso establecía que el 90% del establecimiento debía ser completamente libre de tabaco. Sin embargo, permitía acondicionar un área no mayor del 10% del local, para fumadores; la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores; y contar [con] mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores y de los locales aledaños” (cfr. escrito de demanda, p. 30).
96. La antigua redacción del artículo 3º de la Ley N.º 28705, señalaba lo siguiente. “En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior”.
97. Más allá de que, como ya se ha mencionado, los demandantes no acierten al señalar que la finalidad directa de las prohibiciones cuestionadas sea proteger la salud de los no fumadores, es preciso destacar que además se equivocan al sostener que la permisión de áreas de fumadores en los espacios públicos cerrados haya sido idónea para proteger la salud de los referidos no fumadores, puesto que en la actualidad existe unanimidad entre los entendidos en la materia en el sentido de considerar que no hay modo de evitar que el acto de fumar desarrollado en la “zona de fumadores” ponga en riesgo la salud de quienes se encuentran en la “zona de no fumadores”. En efecto, tal como se expuso en el Dictamen acumulado de los Proyectos de Ley N.º 2996/2008-CR y N.º 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, que sirvieron de base para dar lugar a la redacción actual del artículo 3º de la Ley N.º 28705:

“La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas no fumadoras. De acuerdo a un informe de junio de 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados. El informe concluye que los efectos nocivos para la salud no pueden ser controlados por ventilación y que ninguna otra ingeniería, incluyendo actuales y avanzados [equipos] de ventilación o de dilución de aire, ha demostrado (...) el control de los riesgos para la salud de la exposición del humo de tabaco

[http://www.ashrae.org/content/ASHRAE/ASHRAE/ArticleAltFormat/20058211239_347.pdf] La explicación de ello es que el humo del tabaco es una mezcla de gases y partículas que no pueden ser eliminados totalmente mediante los sistemas de ventilación. De acuerdo al doctor Rodrigo Córdova, del Comité Nacional para la Prevención del Tabaquismo de España: ‘Los locales de ocio con los mejores y más potentes sistemas de ventilación presentan invariablemente unas concentraciones de nicotina muy por encima de los 2,4 microgramos/m³’. Al respecto, la Sociedad Española de Especialistas en Tabaquismo afirma que ‘si el sistema funcionara, la concentración debería ser nula y, sin embargo, 2,4 ya puede provocar cáncer al pulmón. Se encuentran de moda los desionizadores, pero ni sus fabricantes confían en su utilidad contra el tabaco. Incluso informa en su documentación que los desionizadores electrónicos para purificar el aire no protegen del humo de segunda mano, no ayudan a eliminar los gases que se encuentran en el humo de tabaco’ [http://www.sedet.es/secciones/noticias/noticias.php?anyo=2007&id_categoria=1&mes=5&pagina=9].

En cuanto a la utilidad de las soluciones de separaciones de ambientes y los sistemas de ventilación, el mismo profesor Rodrigo Córdova afirma lo siguiente: ‘Fumar en el área de fumadores causa enfermedad en el área de no fumadores cuando hay separación meramente funcional: cortinas, biombos, sistemas de ‘limpieza de aire’, etc. (...) En algunos lugares se han podido ver aparatos de este tipo –estaciones de humo– que ninguna autoridad científica acreditada ha homologado por una razón muy sencilla, porque estos sistemas no son capaces de eliminar las sustancias de fase gaseosa. (...). Estos sistemas de ventilación pueden eliminar el olor y una parte del humo de tabaco que se halla en forma de partículas, incluso las bacterias, pero no son viables para eliminar los cancerígenos del humo de tabaco por varios motivos: a) los principales componentes tóxicos del tabaco se encuentran en forma de vapor en concentraciones nocivas para la salud; b) para eliminarlos se requeriría una velocidad de intercambio de aire insoportable puesto que tendría una magnitud de un pequeño huracán, etc.; c) los locales de ocio con los mejores sistemas de ventilación siempre presentan concentraciones de tóxicos por encima de los niveles saludables’ [Ibid]” (pp. 12 – 14).

98. Sobre esta materia, en referencia a la concreta situación peruana, son singularmente contundentes los argumentos, debidamente documentados y sustentados, que ha presentado la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, a través de su Informe, en el cual se señala lo siguiente:

“Un estudio realizado en los primeros meses del 2010 por la *Comisión Nacional de Lucha Anti Tabáquica - COLAT, Tobacco Free Kids, el Instituto de Cáncer Roswell Parky* con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud, en donde se realizó una evaluación de la contaminación por partículas de humo de tabaco y la calidad de aire en restaurantes, cafeterías, pubs, discotecas, bares y karaokes de Lima, demostró que los niveles de contaminación en establecimientos públicos con área para fumadores y donde se permitía fumar, alcanzaban niveles de polución ambiental ocho veces más altas que los niveles de contaminación en lugares 100% libres de tabaco y que estos niveles de contaminación llegaban a ser cuatro veces más altos que los niveles de contaminación encontrados en la Av. Abancay en hora punta [Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, Tobacco Free Kids, Instituto de Cáncer Roswell Park y Organización Panamericana de la Salud. Estudio de Calidad de Aire en Establecimientos Públicos del Perú. Lima, 2010]. (...).

Pero, más aún, un estudio de la Organización Panamericana de la Salud denominado ‘Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías’, señalaba *‘que la separación de los fumadores y no fumadores en un mismo ambiente, no protege a los no fumadores del daño independientemente del sistema de ventilación utilizado’* [Organización Panamericana de la Salud. Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías, junio, 2002. Cit por: RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, Informe COLAT N° 1772/PB/11, Lima, 28 de febrero del 2011. Documento impreso. p. 11].

La *Sociedad Americana de Ingenieros de Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado*, sobre las cuestiones técnicas referidas al humo de tabaco en lugares cerrados como bares, discotecas y restaurantes, ha dicho: *‘En la actualidad, la única forma de eliminar efectivamente los riesgos a la salud asociados con exposición al humo de tabaco en interiores es prohibiendo fumar’* [VALDES-SALGADO, Raydel, AVILA-TANG, Erika, STILLMAN, Frances A, WIPFLI, Heather y SAMET, Jonathan. Leyes que prohíben fumar. En: *Revista de Salud Pública de México*, vol. 50, suplemento 3 de 2008, p. 339].

Por su lado, un documento de la OMS señala que: *‘...aunque el aumento de la tasa de ventilación reduce la concentración de los contaminantes en los interiores, se requerirían tasas de ventilación que superaran por más de 100 veces las normas comunes tan sólo para controlar el olor, que por sí solo no es un indicador de la concentración de sustancias tóxicas en el aire, porque la concentración de éstas puede ser elevada, aún en ausencia de un olor fuerte de humo de tabaco. Para eliminar las sustancias tóxicas contenidas en el humo de tabaco, la única opción sin riesgo para la salud es contar con tasas de ventilación mucho mayores, que son prácticamente inviables por los altos costos y la estructura física que su instalación implica. Para eliminar del aire las sustancias tóxicas presentes en el humo ajeno se necesitarían tantos cambios de aire que la medida resultaría impráctica, incómoda e inasequible’* [ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Protección contra la exposición al humo de tabaco ajeno. Recomendaciones normativas. Cit. por: RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, op cit. p. 11]. (...).

Entre las conclusiones de [un estudio del Centro de Información y Educación para la prevención del Abuso de Drogas –CEDRO–], destaca[] la[] siguiente[]: (...) *‘Aún cuando la mayoría de los establecimientos estudiados contaba con sistemas de ventilación y/o aire acondicionado, éstos sólo garantizan la extracción o eliminación del humo, más no de los tóxicos contenidos en el ambiente donde se fumó y menos eliminan la exposición a estas sustancias de las personas que se encuentran en ellos. Sólo la prohibición de fumar al interior de espacios cerrados garantiza una adecuada protección’* [CEDRO. Resumen Estudio: Exposición a Humo de Tabaco de Segunda Mano en empleados de Bares, Discotecas y Centros de Diversión. Lima, 2008]” (pp. 46, 47 y 52).

99. Por su parte, en el *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, se señala lo siguiente:

“Separar físicamente a los fumadores de los no fumadores permitiendo que se fume únicamente en los espacios especialmente designados al efecto solo reduce la exposición al humo ajeno en alrededor de la mitad, de modo que brinda meramente una protección parcial (...).

La ASHRAE (*American Society of Heating, Refrigerating and Air-Conditioning Engineers*) concluyó en 2005 que la aplicación de una ley integral sobre ambientes libres de humo de tabaco es el único medio eficaz para eliminar los riesgos asociados al humo de tabaco ajeno y que no se debe recurrir a los sistemas de ventilación para controlar la exposición a esos riesgos y sus efectos en la salud (...). Esta toma de posición coincide con otras conclusiones en cuanto a la ineficacia de la utilización de sistemas de ventilación y zonas reservadas para fumar a fin de prevenir la exposición al humo ajeno (...).” (p. 27).

100. Asimismo, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, dan cuenta de que “[u]n estudio en más de 1.200 lugares públicos en 24 países reveló que el nivel de contaminación del aire en lugares cerrados

era un 89 por ciento más bajo en los lugares libres de humo, comparados con aquellos donde se fumaba [Roswell Park Cancer Institute, Department of Health Behavior; International Agency for Research on Cancer; Division of Public Health Practice, Harvard School of Public Health (September 2006). *A 24-Country Comparison of Levels of Indoor Air Pollution in Different Workplaces*. Disponible en: http://www.tobaccofreeair.org/downloads/GAMS%20report.v7_Sept_06.pdf], motivo por el cual consideran que “[h]abida cuenta de que los sistemas de ventilación no eliminan el humo de tabaco, la única regulación posible es la prohibición de esas áreas” (cfr. Informe, pp. 4 y 5).

101. A ello conviene agregar que de acuerdo a un reciente estudio de la revista médica inglesa *The Lancet*, encargado por la Organización Mundial de la Salud y que se hizo público el 23 de noviembre de 2010, el tabaquismo pasivo causa cada año 600,000 muertes en todo el mundo, siendo los niños el grupo de población más afectado (165,000 niños mueren cada año por efecto del tabaco). Concretamente, el estudio demuestra que el tabaquismo pasivo causa 379,000 muertes por enfermedades cardíacas, 165,000 por infecciones respiratorias (que afectan especialmente a los niños), 36,900 por asma y 21,400 por cáncer de pulmón (cfr. <http://elcomercio.pe/mundo/674949/noticia-600-mil-fumadores-pasivos-mueren-cada-ano-165-mil-ellos-son-ninos>).
102. Así las cosas, existe un claro acuerdo entre las organizaciones internacionales especializadas en materia de protección de la salud, otras organizaciones con autoridad en asuntos relacionados con este derecho fundamental, y técnicos en materia de control de exposición a aire contaminado, en el sentido de que el humo de tabaco de las áreas para fumadores de los locales públicos cerrados, inevitablemente, y a pesar de las medidas técnicas que puedan adoptarse, vulnera el derecho fundamental a la salud de los no fumadores.
103. Por ende, tomando en consideración que el artículo 7° de la Constitución, reconoce el derecho fundamental de toda persona a la protección de su salud, que de acuerdo al artículo 12°, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dicha protección debe verificarse al “más alto nivel posible” (tal como también lo exige el artículo 10°, inciso 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y que de conformidad con el artículo 2°, inciso 22, de la Constitución, toda persona tiene derecho “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”, el antiguo texto del artículo 3° de la Ley N.º 28705 que daba a los propietarios de los establecimientos públicos cerrados “la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores”, resultaba inconstitucional, motivo por el cual el legislador ha actuado debidamente al derogarlo.
104. De esta manera, cuando los demandantes proponen como medida alternativa la creación de áreas para fumadores en los espacios públicos cerrados, no solo están proponiendo una medida que no contribuye en igual medida a alcanzar la finalidad que persiguen las prohibiciones cuestionadas (pues no disminuyen el consumo de tabaco con la intensidad con la que puede lograrlo la prohibición absoluta de fumar en los espacios públicos cerrados y en los centros educativos), sino que además están proponiendo una medida inconstitucional.
105. Debe quedar claro además que resulta inocuo establecer a ciencia cierta cuál es el grado de afectación a la salud de los no fumadores que las “áreas para fumadores” en los locales públicos cerrados puede generar, puesto que existiendo un acuerdo técnico entre los entendidos en el sentido en que dicho daño existe, ese elemento de juicio resulta suficiente para considerar dicha posibilidad como inconstitucional. Tal como ha sostenido la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Tribunal comparte,

“[q]ueda pues claramente excluida de la labor del juez de control de constitucionalidad, valoración alguna sobre la certeza del alto, medio o bajo grado de afectación de las personas no fumadoras en ambientes alterados por el consumo de tabaco. Y, resulta por el contrario un deber ineludible, aplicar la Constitución mediante la protección de

los derechos de los ‘fumadores pasivos’ a la salud y al medio ambiente sano, pues en el debate, propio más bien del escenario político, no se desmiente la afectación de la salud sino solamente su alcance.

De ahí, que la competencia del juez de control de constitucionalidad se circunscriba únicamente a avalar desde la Constitución la justificación de medidas tendientes a evitar que las personas que no consumen tabaco (menores en especial, pero también adultos), se vean de algún modo afectadas por aquellos que sí lo consumen. Esto, confirma de igual manera la impertinencia constitucional del argumento dirigido a sustentar la falta de justificación real de las políticas antitabaco, mediante la comparación con otras conductas que presuntamente tendrían tanta carga nociva para la salud como el consumo de tabaco. El estudio de los efectos en uno u otro sentido de las conductas de consumo de los ciudadanos, no es un aspecto que corresponda analizar al juez constitucional, en primer término; y en segundo, como se ha dicho, sólo basta que se haya comprobado algún grado de afectación de la salud de quienes acceden a ambientes alterados por consumo de tabaco, y ello es suficiente justificación para proteger los derechos de algunos en detrimento de los intereses de otros” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 8).

106. Ahora bien, por otra parte, la pretensión de los demandantes en el sentido de que se permita la existencia de espacios cerrados solo para fumadores conlleva la necesidad de abordar el problema acerca de cuál sería la situación fáctica y jurídica de los trabajadores de dichos espacios. Sobre el particular, los demandantes afirman lo siguiente: “existen otras medidas menos restrictivas que el legislador pudo aplicar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador” (escrito de demanda, p. 32, el énfasis es del original).

La previsión de los recurrentes en el sentido de que en tales locales solo labore “personal fumador”, estaría orientada a asegurar que la medida no afecte derechos fundamentales de terceros que no quieran, por propia voluntad, ver afectados tales derechos, con lo cual no existiría mella alguna al libre desarrollo de la personalidad. Por cierto, ello se conseguiría no necesariamente exigiendo la presencia de personal fumador, sino sencillamente la presencia de trabajadores que, siendo fumadores o no, hayan decidido por voluntad propia someterse a los peligros para la salud que el humo de tabaco genera.

107. En cualquier caso, incluso en el supuesto de los trabajadores que sean fumadores es claro que ellos no podrían fumar durante el ejercicio de sus labores, puesto que de conformidad con un extremo del artículo 3.1 de la Ley N.º 28705 (que no ha sido impugnado por los recurrentes), también se encuentra prohibido fumar “en los interiores de los lugares de trabajo”. Ello ha sido correctamente advertido por el Procurador del Congreso en la contestación de la demanda (p. 38).
108. De esta forma, los demandantes sugieren la permisión de una conducta que no limite sus efectos dañinos en el propio fumador, sino que se extiendan al trabajador, esta vez en calidad de fumador pasivo. Esto es, sugieren que, a través de esta permisión, los daños a la salud del trabajador sean asumidos como una suerte de *externalidad social* derivada de la supuesta obligación por parte del Estado de asumir ciertos costos en aras de hacer más viable la posibilidad de fumar por parte de quienes desean hacerlo. En tal sentido, incluso sugieren la siguiente posibilidad: “en el caso de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, el Estado podría contar con una legislación que regule dicha actividad considerándola como una actividad de riesgo (...) comprendida en el seguro complementario de trabajo de riesgo” (cfr. escrito de demanda, p. 33). Sobre esta posibilidad se ha insistido en el escrito presentado el 6 de julio de 2011 (p. 17).
109. Fumar forma parte del contenido constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad; ello ya quedó establecido. No obstante, es una conducta objetivamente dañina para la salud, no solo de quien la ejecuta, sino de todo su entorno. Por ello, aunque es un acto que el Estado no puede sancionar, no es un acto que deba incentivar. De hecho, el serio daño que ocasiona al derecho fundamental a la salud obliga al Estado a no llevar a cabo absolutamente ningún acto que facilite o promueva su realización. Más aún, como

consecuencia de la suscripción del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, según quedó dicho, el Estado ha asumido ciertas obligaciones en búsqueda de desincentivar y reducir sustancialmente el consumo de tabaco y la exposición al humo del cigarro.

110. Por consiguiente, la sugerencia de los demandantes en el sentido de que sea el Estado quien asuma los costos de la libre decisión de fumar por parte de una persona, a través de un seguro complementario de riesgo, es contraria al deber constitucional de no promover esta acción objetivamente dañosa y contraria al valor salud. Fumar es un acto de libertad, y el Estado tiene el deber de reconocerlo. Pero eso es una cosa, y otra, muy distinta, pretender que so pretexto de ello tenga el deber de asumir algún costo por su ejecución, distinto de aquél que suponga la atención sanitaria del asegurado que, por libre decisión, decidió llevar a cabo una conducta que era muy probable que le genere daño (pero a él, y solo a él; toda otra posibilidad está constitucionalmente proscrita).
111. Por lo demás, los seguros complementarios de trabajos de riesgo, tienen, por antonomasia, el objetivo de solventar las atenciones de salud generadas por la realización de trabajos que, no obstante las afectaciones a la salud que su realización genera, son indispensables para la consecución del bien común, tales como la extracción de madera, explotación de minas de carbón, extracción de minerales, producción de petróleo crudo y gas natural, fabricación de textiles, industria de cuero, fabricación de sustancias químicas industriales, fabricación de productos plásticos, industria de hierro y acero, construcción de maquinarias, etc. Es decir, en estos casos, el costo asumido por el Estado, en general, obedece a la necesidad de incentivar y proteger frente a la relación de una actividad laboral que, pese a los riesgos para la salud que genera, se estima valiosa para la promoción del “bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, deber primordial del Estado, conforme al artículo 44º de la Constitución. Desde luego, fumar no contribuye a la realización de dicho fin social. *Ergo*, incurren en error los demandantes al sugerir que el Estado tendría el deber de asumir los costos sanitarios generados por una actividad laboral orientada a viabilizar la realización de un acto (fumar) que no solo agota toda su virtualidad en el llano placer de quien la lleva a cabo, sino que, además, en tanto epidémica, es causal de millones de muertes en el mundo.
112. En esa línea, el Tribunal Constitucional comparte la posición del *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, en el sentido de que “[l]os trabajos de riesgo son tales cuando el carácter riesgoso es inescindible a la actividad laboral, lo cual ciertamente no es el caso de bares o restaurantes u otros lugares públicos cerrados” (cfr. Informe, p. 5).
113. De otro lado, con relación a la prohibición de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos, los demandantes sostienen que “tampoco resulta necesaria; siendo posible adoptar medidas menos restrictivas; como por ejemplo prohibir el consumo de tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados” (cfr. escrito de demanda, p. 33; el énfasis es del original).
114. No obstante, las medidas propuestas por los recurrentes no cumplen con la finalidad de reducir el consumo de tabaco, cuando menos no con la misma intensidad con la que lo hace la prohibición absoluta de fumar en cualquier espacio de los centros educativos. A lo que cabe agregar que el Tribunal Constitucional comparte el siguiente criterio esgrimido por el Procurador del Congreso: **“resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco), que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación), que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida. Más aún, si tenemos en consideración que, en muchos casos, a dichos centros educativos también asisten menores de edad en los mismo horarios, quienes deben**

ser protegidos, sobre la base de lo establecido en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos de Niño” (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 12 – 13; el énfasis es del original).

115. En efecto, si el tabaco mata, cuando menos, a 5 millones de personas, fumadoras o no, anualmente en el mundo (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 7), y de acuerdo al artículo 13° de la Constitución, “[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”, resulta razonable que el acto de fumar se prohíba de manera absoluta en todo recinto educativo.
116. Debe tomarse en cuenta que, tal como han planteado el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, “prohibiciones exhaustivas de fumar en universidades se han aprobado en países como Austria, Bolivia, Cuba, Egipto, Guatemala, India, Nueva Zelanda, Reino Unido y Uruguay, entre muchos otros [Alianza para el Convenio Marco (2008), Entornos libres de humo. Informe sobre la situación internacional al 31 de Diciembre de 2008, disponible en: http://tobaccofreecenter.org/files/pdfs/es/SF_environments_report_es.pdf]. Subsidiariamente, es una medida que fortalece la protección de los jóvenes frente al tabaco ya que no hay garantías de que aún en instituciones de educación superior no asistan menores de edad. Teniendo en cuenta que está probado que la industria tabacalera apunta sus campañas de comunicación a niños y jóvenes [N. Hafez, P.M. Ling, *How Philip Morris Built Marlboro into a Global Brand for Young Adults: Implications for International Tobacco Control*, *Tobacco Control*, Vol. 14 No. 4 (2005) and G. Hastings, L. MacFadyen, *Keep Smiling: No-One’s Going to Die*, *British Medical Association Tobacco Control Resource Centre*, London, (2000)], las medidas extra de protección ante estas estrategias pueden justificarse en compromisos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño” (cfr. Informe, p. 6).
117. En estricto pues, los recurrentes no ofrecen ninguna alternativa que permita apreciar que las prohibiciones cuestionadas no superan el subprincipio de necesidad. Ello obedece, fundamentalmente, a que no han considerado que las medidas adoptadas por el legislador tienen por finalidad no solo proteger la salud de los no fumadores, sino además reducir el consumo de tabaco, finalidad que, como ha quedado dicho, resulta plenamente válida, y además, constitucionalmente obligatoria.
118. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que frente a las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, no existen medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que permitan alcanzar cuando menos con igual idoneidad o satisfacción la reducción sustancial del consumo de tabaco, tal como lo exige el artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, protegiendo en igual grado la salud de los consumidores de tabaco y reduciendo, por tanto, en igual dimensión los costos sanitarios del tratamiento de las enfermedades que el tabaco genera. Por tal motivo, considera que las referidas prohibiciones superan el subprincipio de necesidad.
119. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que al momento de apreciar la existencia o no de medios alternativos a los adoptados por el legislador, que restrinjan menos los derechos fundamentales, pero cumpliendo con igual o mayor eficacia el fin buscado, el Tribunal Constitucional debe actuar bajo el principio de auto-restricción (*selfrestraint*), dado que el establecimiento de un umbral demasiado exigente al momento de valorar el cumplimiento del subprincipio de necesidad, puede culminar “asfixiando” las competencias del legislador en la elección de los medios más adecuados para la consecución de los fines constitucionalmente exigibles, generándose por esa vía una afectación del principio democrático representativo (artículo 93° de la Constitución) y una inobservancia del principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución y la leyes de conformidad con ésta (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12 c.)

§9. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?

120. Queda por analizar si las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con este subprincipio, una medida restrictiva de los derechos fundamentales, solo resultará ponderada, si el grado de incidencia que genera sobre el contenido de los derechos restringidos, es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que busca proteger u optimizar.

121. En el rubro de la demanda dedicada a este punto, los recurrentes afirman lo siguiente: **“Si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores (donde trabaja personal fumador) no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores pues tales personas no acudirían a dichos lugares, no es razonable que se prohíba”** (cfr. escrito de demanda, p. 34; el énfasis es del original). Asimismo, señalan que “[s]i el consumo de tabaco en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos o escuelas de postgrado, no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores, no es razonable que se prohíba” (cfr. escrito de demanda, p. 36). Ocurre, no obstante, que si no se prohíben estas acciones no se reduciría el consumo de tabaco, que es lo que se busca lograr.

122. Por su parte, el Procurador del Congreso, refiere lo siguiente:

“Respecto al **grado de realización de la protección del derecho a la salud**, (...) la medida impugnada (...) es idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues resulta indispensable para la prevención de enfermedades causadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco. Además dicha medida coadyuva a que el Estado pueda realizar diversas acciones que (...) están encaminadas a garantizar la plena vigencia del derecho a la salud.

Con relación al **grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa**, debemos señalar que **el ejercicio de estos derechos puede[] ser limitado[] por el derecho a la salud**. En ese sentido, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional. De otro lado, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra ‘los intereses generales de la comunidad’, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas.

Si comparamos los aspectos analizados anteriormente (el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa) podemos concluir que la medida impugnada resulta proporcional” (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 60; el énfasis es del original).

123. En primer término, debe analizarse cuál es el grado de restricción del libre desarrollo de la personalidad que supone prohibir que se fume en los espacios públicos cerrados y en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación. Sobre el particular, se ha llegado considerar que en razón de los efectos que produce la droga de la nicotina en la fisiología del fumador, difícilmente podría decirse que el fumar responda al libre desarrollo de la personalidad. Ese ha sido el parecer de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, al sostener lo siguiente:

“Hoy en día los científicos están de acuerdo en considerar que la nicotina tiene un papel fundamental en la producción de dependencia que caracteriza al hábito de fumar. Está comprobado fisiológicamente que la nicotina produce un efecto de tolerancia, es decir, después de varias horas de la administración de una gran cantidad de esta sustancia

en el organismo ocurre una reducción de su efecto, y en este caso la solución encontrada por el fumador es incrementar la dosis para volver a lograr una acumulación de nicotina en el cuerpo que le resulte satisfactoria. La tolerancia se manifiesta en que luego de horas de haber administrado una considerable cantidad de nicotina en el organismo, los efectos de esta sustancia disminuyen, originando que el fumador busque incrementar las respectivas dosis para alcanzar un nivel de nicotina que le resulte satisfactorio [TEIXEIRA DO CARMO, Juliana, ANDRÉS-PUEYO, Andrés y Esther ÁLVAREZ LÓPEZ. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TABAQUISMO. *Cuadernos de Saúde Pública* vol.21 N° 4 Río de Janeiro July/Aug. 2005 (en línea). En: http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000400002. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

Esta especial circunstancia con este producto que consumen millones de personas –el tabaco– que es cuestionado por la comunidad científica, nos lleva a concluir que, si en algún aspecto se puede considerar como tal, **la libertad de fumar no es libertad**” (cfr. Informe, p. 23; el énfasis es del original).

124. En relación con esta posición, los demandantes sostienen lo siguiente: “Considerar que el Estado puede, bajo el argumento de proteger la salud de los fumadores, prohibir fumar en determinados lugares en los cuales no se afecta a terceros implica asumir que existe una supuesta ‘debilidad de voluntad’ de los fumadores que amerita la intervención del Estado, pues como lo considera –increíblemente– el Informe de Amicus Curiae ‘*la libertad de fumar no es libertad*’. Estamos pues ante una medida paternalista ilegítima que lesiona el libre desarrollo de la personalidad” (cfr. escrito de fecha 6 de julio de 2011, pp. 16 – 17).
125. No obstante, aún cuando los demandantes consideren que en el caso del fumador promedio esa “debilidad de la voluntad” es “supuesta”, debe reconocerse que, tal como ha planteado la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP está científicamente acreditado que muchos fumadores no fuman porque “quieren”, sino porque son adictos a la nicotina, el componente principal del tabaco que afecta al cerebro.

En efecto, tal como advierte el *National Institute on Drug Abuse* de los Estados Unidos,

“...la nicotina es adictiva. La mayoría de los fumadores utilizan el tabaco regularmente porque son adictos a la nicotina. La adicción se caracteriza por la búsqueda y uso compulsivo de las drogas, a pesar de las consecuencias negativas para la salud, y decididamente el tabaco se ajusta a esta descripción. Está bien documentado que la mayoría de los fumadores identifican al tabaco como dañino y expresan el deseo de reducir o parar su uso, y casi 35 millones de ellos tratan seriamente cada año de dejar de fumar. Desgraciadamente, menos del 7 por ciento de los que tratan de dejar el hábito por su cuenta logran más de un año de abstinencia. La mayoría tiene una recaída a los pocos días después de parar. (...).

Las investigaciones recientes muestran en detalle como la nicotina actúa sobre el cerebro para producir varios efectos sobre la conducta. De importancia primordial con relación a su naturaleza adictiva están los hallazgos que la nicotina activa el circuito del cerebro que regula los sentimientos de placer, también conocidos como las vías de gratificación. Un químico clave del cerebro que está implicado en el deseo de consumir drogas es la neurotransmisora dopamina, y las investigaciones han demostrado que la nicotina aumenta los niveles de dopamina en los circuitos de gratificación. Se ha encontrado que las propiedades farmacocinéticas de la nicotina también aumentan el potencial para su abuso. Fumar cigarrillos produce una distribución rápida de la nicotina al cerebro, llegando la nicotina a su nivel máximo a los 10 segundos de inhalada. Los efectos agudos de la nicotina se disipan en unos minutos, lo que causa que el fumador continúe dosificándose frecuentemente durante el día para mantener los efectos placenteros de la droga y evitar el síndrome de abstinencia.

Lo que las personas muchas veces no se dan cuenta es que el cigarrillo es un sistema sumamente eficiente y muy bien diseñado para dispensar la droga. Con cada fumada o ‘pitada’ que inhala, el fumador puede trasladar la nicotina rápidamente al cerebro. En un período de 5 minutos, un fumador típico le da 10 fumadas a un cigarrillo encendido. Por lo tanto, una persona que fuma alrededor de un paquete y medio (30 cigarrillos) al

día, le da a su cerebro unos 300 'golpes' diarios de nicotina. Estos factores contribuyen considerablemente a la naturaleza altamente adictiva de la nicotina" (cfr. <http://www.nida.nih.gov/researchreports/nicotina/Nicotina2.html>).

126. Por consiguiente, en el caso de los adictos a la nicotina (es decir, en el caso de la mayoría de fumadores), estamos ante una compulsión interna sumamente fuerte que, si bien no puede decirse que desaparece, sí reduce considerablemente la libertad ejercida al momento de decidir fumar. Esto ha sido también advertido por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP en su Informe, haciendo mención de conclusiones de la *American Psychiatric Association*:
 "El problema es difícil de afrontar, pues se trata de un producto que se consume bajo condiciones de dependencia, es decir, en donde las personas pueden perder su propia voluntad o libertad de elegir al asumir un hábito que ya no controlan. Según la '*American Psychiatric Association*', el tabaco produce dependencia física y psicológica, por lo que se le considera una sustancia adictiva. Asimismo, indica que produce una tendencia a su uso continuado, incluso sabiendo el perjuicio que puede causar [SOTO MAS, F., VILLALBÍB, J.R., BALCÁZARA, H y J. VALDERRAMA ALBEROL. La iniciación al tabaquismo: aportaciones de la epidemiología, el laboratorio y las ciencias del comportamiento. (en línea) En: <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/37/37v57n04a13036918pdf001.pdf>. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]" (p. 22).

127. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la fisiología humana está constituida de forma tal que progresivamente genera mayores grados de tolerancia a la nicotina, por lo que, en el devenir del tiempo, el fumador requiere mayores dosis de ella para generar la satisfacción deseada, provocando por consiguiente poco a poco un mayor daño a su salud, y, eventualmente, a la salud de terceros. Tal como refiere la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, "...el tabaquismo puede llegar a generar comportamientos de tolerancia, síndrome de abstinencia y conducta compulsiva de consumo [SOTO MAS, F., VILLALBÍB, J.R., BALCÁZARA, H y J. VALDERRAMA ALBEROL. La iniciación al tabaquismo: aportaciones de la epidemiología, el laboratorio y las ciencias del comportamiento. (en línea) En: <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/37/37v57n04a13036918pdf001.pdf>. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]. (...) (cfr. Informe, p. 22).

128. Es por ello que en el caso de quienes son adictos a la nicotina, comúnmente, no sirven las campañas informativas, puesto que no se trata de que los fumadores no adviertan la dañosidad propia y social que genera su conducta, sino que no son del todo capaces, por propia voluntad, de superar el deseo, químicamente forjado en el cerebro, de fumar. De ahí que lleve razón Miguel Ramiro Avilés cuando sostiene que:
 "...las campañas de información que tratan de prevenir el tabaquismo serán eficientes y deberán dirigirse especialmente hacia las personas que no han comenzado el consumo, mientras que en aquellas personas que ya llevan un tiempo fumando, la mera información no conseguirá que modifiquen su comportamiento si, además, no existen medios sanitarios específicos. Eso último se debe a que están sometidos a una compulsión interna, su dependencia, que enturbia la comprensión de la información. La política pública sanitaria contra el consumo de tabaco deberá, por lo tanto, adoptar ambas medidas si quieren ser verdaderamente efectivas. Lo que no debería hacerse es dar sólo información a la persona que es fumadora habitual porque su incompetencia no viene determinada por la falta de información sino por estar sometido a una compulsión interna" (cfr. "A vueltas con el paternalismo jurídico", ob. cit., p. 233, nota 95).

129. Siendo así las cosas, ¿puede decirse que las medidas adoptadas para reducir el consumo de tabaco en personas adictas a la nicotina constituye una afectación seria del libre desarrollo de su personalidad? Evidentemente no. Se trata, en todo caso, de restricciones mínimas toda vez que incluso en estas circunstancias puede ser puesto en duda el grado de manifestación de dicha libertad.

130. Ahora bien, no puede negarse la existencia de personas que, pese a no ser adictas al tabaco, deciden fumar. En ellas las restricciones al libre desarrollo de la personalidad que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos representan, son mayores que en el caso de los adictos. Pero, a pesar de ello, ¿puede decirse que se trate de restricciones graves?
131. Aún cuando, según ha quedado establecido, fumar pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, es claro que no todas las manifestaciones del ejercicio de la libertad son axiológicamente idénticas. No es posible comparar los actos de libertad que procuran la satisfacción o cobertura de necesidades básicas para poder construir un proyecto de vida (bienes primarios, en la terminología de Rawls en su *Teoría de la Justicia*) con aquellos actos de *agere licere* que no definen la esencia de un proyecto vital, sino que solo procuran la satisfacción de intereses o placeres no esenciales (bienes secundarios, en la terminología de Rawls). En el Estado Constitucional, en abstracto, solo los primeros actos de libertad tienen un valor de alta intensidad, mientras que los segundos, sin negar que merecen reconocimiento y cierto grado de protección, gozan de un valor de menor intensidad.

Y si bien es verdad que en determinados casos la separación entre bienes primarios y bienes secundarios, puede resultar discutible, a juicio del Tribunal Constitucional, fumar a todas luces satisface solamente bienes secundarios. No solamente porque es claro que no contribuye a la cobertura de ninguna necesidad básica, sino porque es un acto intrínsecamente dañino, al generar, como ha quedado dicho, la muerte anual promedio de más de 5 millones de personas en el mundo, motivo por el que justificadamente el tabaquismo ha sido considerado como una epidemia.

132. En relación con los problemas de salud que el tabaco genera en el hogar, los demandantes han sostenido que las prohibiciones normativas cuestionadas no son proporcionadas, pues no harán sino agravar tales problemas. En efecto, en la demanda se manifiesta lo siguiente: “prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público o restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo en los hogares de los fumadores, único espacio que les quedará para su consumo. En este contexto, ¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco? Los niños y niñas de padres o hermanos que fuman recibirán de forma directa el humo que se emana al consumirlo. Peor aún, es lógico suponer que un niño o niña que ve a sus padres o hermanos fumar, tendrá más posibilidades de convertirse en fumador, por imitación del modelo. En suma, se logra todo lo contrario a lo buscado, se aumenta la exposición de los menores de edad al humo de tabaco y se incentiva su consumo” (cfr. escrito de demanda, p. 36).
133. Existen dos razones fundamentales por las que el Tribunal Constitucional no puede compartir este criterio de los demandantes. En primer lugar, porque existen razones empíricas que permiten constatar que las conclusiones a las que arriban son falsas. En efecto, según la Organización Mundial de la Salud, “[l]as legislaciones que crean espacios públicos libres de humo de tabaco (...) alientan a las familias a mantener sus hogares libres de humo (...), protegiendo así a los niños y otros miembros de la familia contra el tabaquismo pasivo (...). En Australia, la introducción, en los años noventa, de leyes que crean lugares de trabajo libres de humo de tabaco, ha ido acompañada gradualmente de un incremento de la proporción de adultos que evitan exponer a sus hijos al humo de tabaco ajeno en el hogar (...). Incluso entre los fumadores, es bastante frecuente que tomen la iniciativa de no fumar en casa tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 30).

Asimismo, tal como han señalado el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco,

“[u]na encuesta llevada a cabo por la Action on Smoking and Health UK (Acción para el Tabaco y la Salud del Reino Unido), la organización Asthma UK, y la British Thoracic Society (Sociedad Británica de Tórax) consultó a las personas que se encontraban expuestas al humo antes y después de la legislación de ambientes libres de humo cerca de sus niveles de exposición al humo de segunda mano en el hogar. Los resultados revelaron que la exposición había disminuido considerablemente debido a que la ley alentaba a las personas a hacer que sus hogares fueran ambientes libres de humo [ASH UK. *As the smoke clears: The Myths and Realities of Smokefree England*. October 2007. Disponible en: <http://smokefree.ash-positive-dedicated.net/pdfs/mythsandrealitiesofsmokefreeengland.pdf>]” (cfr. Informe, p. 6).

134. La segunda razón por la que este Colegiado discrepa del planteamiento de los demandantes, es porque en él subyace una falta de reconocimiento del deber que también compete a los privados, y singularmente a los padres de familia, en la debida promoción de los valores constitucionales. En efecto, la pregunta de los recurrentes en el sentido de que ante las prohibiciones cuestionadas... “¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco?”, pareciera sugerir que ante la decisión por parte del legislador de —en ánimo de proteger el derecho fundamental a la salud y cumplir las obligaciones internacionales asumidas en este sentido— prohibir el consumo del tabaco en los locales públicos cerrados, se estaría obligando inevitablemente a los padres a fumar en sus casas, perjudicando seriamente la salud de sus hijos e incentivándolos a incursionar en esta actividad adictiva. Esta perspectiva olvida que, de conformidad con el artículo 5º de la Constitución “[e]s deber de los padres (...) educar (...) a sus hijos” y que conforme al artículo 38º de la Constitución, “[t]odos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución”, lo cual exige asumir que todo padre tiene el deber constitucional de no llevar a cabo en el hogar conductas que puedan violar el derecho fundamental a la salud de sus hijos. Es evidente que, salvo en circunstancias absolutamente excepcionales, no compete al Estado subrogarse a los padres en la protección de los hijos, pues incurriría en una violación de la autonomía de decisión familiar (artículo 6º de la Constitución) y de la intimidad familiar (artículo 2º, inciso 7, de la Constitución); paradójicamente, eso sí que constituiría una medida paternalista injustificada en el Estado Constitucional.

Desde luego, si como consecuencia de las prohibiciones normativas impugnadas en esta causa, un padre decide fumar en su hogar frente a sus hijos, será llana consecuencia de su desapego por los valores constitucionales y de su lamentable falta de respeto por los derechos fundamentales de los suyos, y no porque el legislador así lo haya deseado o provocado, pues claro está que su propósito es, por el contrario, reducir sustancialmente el consumo de tabaco en la sociedad peruana (y, afortunadamente, según ha quedado establecido, hay razones empíricas para sostener que las medidas adoptadas, progresivamente, cumplen con tal objetivo).

135. La prohibición de que se creen espacios públicos cerrados solo para fumadores, por su parte, tal como quedó establecido, restringe los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, en tanto ya no es posible decidir libremente la creación de espacios de estas características. ¿En qué medida lo hace?
136. Con relación a ello, la Organización Mundial de la Salud ha revelado lo siguiente:

“Pese a las voces de alarma lanzadas desde la industria tabacalera y la hostelería, la experiencia ha demostrado que en todos los países en los que se ha introducido una legislación sobre ambientes libres de humo de tabaco, los espacios libres de humo de tabaco gozan de gran aceptación, que no se han registrado problemas para aplicar o hacer cumplir las medidas conexas, y que el impacto en la actividad empresarial, incluida la hostelería, es nulo o positivo (...). Se han alcanzado conclusiones similares en todas las jurisdicciones examinadas, entre ellas Australia, el Canadá, los Estados Unidos de América y el Reino Unido (...); Noruega (...); Nueva Zelanda (...); el estado de California (...); la ciudad de Nueva York (...); y varios estados y municipios de los Estados Unidos de América (...)

En la ciudad de Nueva York, donde la legislación sobre ambientes libres de humo de tabaco se implantó en dos etapas (una primera fase, en 1995, que abarcaba la mayoría de los lugares de trabajo, incluida la mayor parte de los restaurantes, y una segunda fase, en 2003, en la que la prohibición se hizo extensiva a los bares y al resto de los restaurantes), el empleo en el sector de la restauración aumentó tras la promulgación de la ley de 1995 (...). La tasa de empleo combinada correspondiente a los bares y los restaurantes y los ingresos de esos sectores aumentaron en el año siguiente a la adopción de la ordenanza de 2003 (...), tendencia ésta que se ha mantenido desde entonces.

Tampoco se observaron tras la introducción de una legislación completa sobre los ambientes libres de humo de tabaco cambios estadísticos significativos en los indicadores económicos referentes a la industria hostelera en Massachusetts (...), ni perjuicios económicos en los establecimientos de restauración y bares en la ciudad estadounidense de tamaño medio de Lexington (Kentucky) (...), ni ningún impacto económico adverso en el turismo en Florida (...). Se comprobó asimismo que en lo que respecta a la venta de bares ubicados en comunidades con leyes sobre ambientes libres de humo de tabaco los precios eran similares a los pagados por locales similares en zonas en las que no se aplican restricciones antitabáquicas (...). Este tipo de datos probatorios de carácter económico pueden ser de utilidad para demostrar que las afirmaciones de la industria tabacalera según las cuales la creación de ambientes libres de humo de tabaco causa perjuicios económicos son infundadas” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 31).

137. Consiguientemente, aunque en abstracto la prohibición de que existan espacios públicos solo para fumadores puede mostrarse como restrictiva de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, los datos objetivos y concretos muestran que tales restricciones son sumamente leves o incluso nulas.
138. Por otro lado, cuando se analizó el subprincipio de idoneidad, se evidenció el alto grado de satisfacción con el que las prohibiciones cuestionadas cumplen con la finalidad de reducir el consumo de tabaco, lo cual evidentemente redundaría en la mayor protección del derecho a la salud de los fumadores y en la reducción de los costos sanitarios que el consumo de tabaco ocasiona, siendo la salud un derecho y valor fundamental de nuestro sistema constitucional, pues es imperativa su protección para que el ser humano pueda ejercer su autonomía moral y, en definitiva, desarrollarse en dignidad (artículo 1º de la Constitución).
139. El tabaquismo (se ha dicho en más de una oportunidad en esta sentencia) es una epidemia: “Entre los cinco principales factores de riesgo de mortalidad, es la causa de muerte más prevenible. El 11% de las muertes por cardiopatía isquémica, la principal causa mundial de muerte, son atribuibles al consumo de tabaco. Más del 70% de las muertes por cáncer de pulmón, bronquios y traquea son atribuibles al consumo de tabaco. Si se mantienen las tendencias actuales, el consumo de tabaco matará a más de 8 millones de personas al año en 2030. La mitad de los más de 1000 millones de fumadores morirán prematuramente de una enfermedad relacionada con el tabaco” (cfr. http://www.who.int/tobacco/health_priority/es/index.html –Organización Mundial de la Salud–).
140. Dado que el tabaquismo es una epidemia que sitúa en grave riesgo el derecho a la salud tanto de los fumadores como de los no fumadores, pudiendo generar en muchos casos daños irreparables, las medidas que en cumplimiento de las obligaciones del Estado se dicten “a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco” (artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco), gozan del mayor grado de relevancia jurídica y ética en el marco de un Estado Constitucional, sobre todo si, como ha quedado demostrado en esta causa, alcanzan dicha finalidad con un alto grado de satisfacción.
141. En consecuencia, dado que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la

educación que sean solo para adultos, restringen solo en menor grado los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, y, en contraposición a ello, alcanzan en un nivel altamente satisfactorio la protección del derecho fundamental a la salud, reduciendo significativamente el consumo de una sustancia con alto efecto adictivo y sumamente dañina no solo para la salud de quien fuma, sino también para quien no lo hace, el Tribunal Constitucional considera que tales prohibiciones superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y resultan, en definitiva, constitucionales. Corresponde, por consiguiente, desestimar la demanda.

§10. Imposibilidad de adoptar medidas futuras que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo.

142. Antes de dar por concluida esta causa, el Tribunal Constitucional considera fundamental señalar que, conforme a las consideraciones que a continuación se desarrollan, no resulta constitucionalmente posible que en el futuro la legislación retroceda en las medidas actualmente adoptadas para reducir el consumo de tabaco en la sociedad peruana.
143. Como ya se ha mencionado, el artículo 7º de la Constitución establece lo siguiente: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. Por su parte, el artículo 12º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del *más alto nivel posible* de salud física y mental” (énfasis agregado). En sentido sustancialmente análogo, el artículo 10º, inciso 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del *más alto nivel* de bienestar físico, mental y social” (énfasis agregado).

En consecuencia, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, en virtud de la cual, los derechos fundamentales reconocidos por ésta, “se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, el Estado no solo tiene la obligación de proteger el derecho a la salud, sino de protegerlo con el objetivo de que el ser humano goce de este derecho fundamental *en el máximo nivel posible*.

144. De otra parte, como consecuencia de la celebración del referido Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado peruano se ha comprometido a “[l]a prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas” (artículo 12º, inciso 2, literal c). El tabaquismo ha sido considerado tanto por la Organización Mundial de la Salud (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Crear ambientes libres de humo*) como por la Organización Panamericana de la Salud (cfr. *La epidemia de tabaquismo. Los gobiernos y los aspectos económicos del control del tabaco. Publicación Científica N.º 577, 2000*) como una epidemia, es decir, como el origen de una suma de enfermedades que atacan simultáneamente a un gran número de personas y que tiende a propagarse. Ello en razón fundamentalmente de lo siguiente: “El consumo de tabaco es la causa principal de muerte evitable y se calcula que cada año mata a más de 5 millones de personas en el mundo. La mayor parte de estas muertes ocurren en países de ingresos bajos y medianos. Si no hacemos nada al respecto, se prevé que en los próximos decenios aumentará la diferencia de mortalidad con respecto a los países de ingresos altos. De persistir las tendencias actuales, en 2030 el tabaco matará a más de 8 millones de personas cada año en el mundo y el 80% de esas muertes prematuras ocurrirán en los países de ingresos bajos y medianos. A menos que actuemos de manera urgente, a finales del presente siglo el tabaco puede matar a mil millones de personas” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Crear ambientes libres de humo*, p. 1).

Todo ello ha sido confirmado en el último *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2011. Advertencia sobre los peligros del tabaco*, presentado el 7 de julio de 2011, en la ciudad de Montevideo, Uruguay. En efecto, en el resumen ejecutivo de dicho Informe,

se señala lo siguiente: “El tabaco sigue siendo la primera causa mundial de muertes prevenibles. Cada año mata a cerca de 6 millones de personas y causa pérdidas económicas de cientos de miles de millones de dólares en todo el mundo. La mayoría de esas muertes corresponden a los países de ingresos bajos y medios, y se espera que esta disparidad siga aumentando en los decenios venideros” (p. 1). Por cierto, en la versión completa del Informe se destaca el caso del Perú como uno de los países que más recientemente ha prohibido legalmente el consumo de tabaco en espacios públicos cerrados y en los lugares de trabajo, junto con Burkina Faso, España, Nauru, Pakistán, y Tailandia (cfr. *Who Reporto on the global tobacco epidemic, 2011. Warning about the dangers of tobacco*, pp. 43, 51 y 53).

145. Que el tabaquismo es una epidemia, ha sido reconocido por el Estado peruano al haber suscrito el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. En efecto, por vía de la ratificación de dicho Convenio, el Estado peruano, entre otras cosas, reconoce expresamente “que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral”, y “que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco”.
146. De otro lado, de acuerdo con el artículo 2º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado peruano “se compromete a adoptar medidas, (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de[el derecho fundamental a la salud]”. Es un compromiso esencialmente idéntico al derivado de los artículos 1º y 2º del Protocolo de San Salvador y del artículo 26º de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo a la Observación General N.º 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —establecido en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)—, “[s]i bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte” (cfr. Observación General N.º 9, “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales”, 19no. Período de Sesiones, 3 de diciembre de 1998). Por su parte, de acuerdo a la Observación General N.º 3 del referido Comité “la principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2º es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos (en el Pacto)’”, señalándose que “el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, (...) no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. (...). [L]a frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (cfr. Observación General N.º 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 5to. Período de Sesiones, 14 de diciembre de 1990).
147. Debe tomarse en cuenta, asimismo, que, tal como ha quedado establecido, de acuerdo al artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, la finalidad de reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco, debe ser alcanzada de manera

“continua”, lo cual, a juicio de este Tribunal, implica la imposibilidad de retroceder en los pasos dados orientados a su consecución.

148. Tomando en consideración los criterios desarrollados en los fundamentos jurídicos precedentes, es decir, que el Estado tiene el deber de proteger el derecho a la salud en el máximo nivel posible, que el tabaquismo es una epidemia, que los derechos deben ser protegidos a través de medidas progresivas, lo cual implica que, salvo circunstancias altamente excepcionales, las medidas legales adoptadas para proteger la salud, marcan un punto de no retorno, y que, de acuerdo al artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, la finalidad de reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco debe ser alcanzada de manera “continua”, se encuentra constitucionalmente prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera cómo lo hace la legislación actual.

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. **Declarar INFUNDADA la demanda.**
2. De conformidad con los fundamentos 142 a 148 *supra*, en atención a lo previsto en el artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, y al deber del Estado de proteger en el más alto nivel posible y de manera progresiva el derecho fundamental a la salud, reconocido en el artículo 7° de la Constitución, se encuentra constitucionalmente prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera cómo lo hace la legislación actual.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ

Estando conforme con la parte resolutive del presente fallo, deseamos, no obstante, añadir las siguientes consideraciones, a manera de fundamento de voto.

§1. Delimitación de la controversia

1. La presente demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ley N.º 28705 –Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 29517, el cual establece:

“Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco”

2. Sin embargo, como bien se precisa en el fundamento 12 de la sentencia, la demanda se circunscribe a cuestionar la constitucionalidad de dos sentidos interpretativos de esta disposición, a saber: a) Prohíbese la creación de espacios públicos cerrados sólo para fumadores; y) Prohíbese fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean sólo para adultos.

§2. Sobre el paternalismo y el perfeccionismo como modos de intervención estatal en la autonomía de la persona.

3. A fin de evaluar la constitucionalidad de las normas impugnadas, que prohíben fumar en determinados establecimientos y ambientes públicos, es precisamos abordar el estudio de la naturaleza jurídica que ostentan estas medidas estatales, en tanto que regulaciones orientadas a preservar determinados bienes jurídicos que la Constitución tiene por relevantes.
4. En ese sentido, conviene destacar que, al igual como sucede con la penalización del consumo de drogas o la obligatoriedad de llevar puesto el cinturón de seguridad, la regulación estatal sobre el uso del tabaco suele ser identificada como una medida de intervención estatal en asuntos cuya conveniencia incumbe evaluar *prima facie* a los propios

individuos. Se afirma, en tal sentido, que el Estado sólo podría decidir cuál es el modelo de vida que han de observar las personas, a costa de negar la autonomía que a éstas les asiste.

5. Sin embargo, para entender esta afirmación en sus correctos términos, es necesario acudir a la clásica distinción, acuñada por la filosofía moral, entre *paternalismo* y *perfeccionismo*, en tanto que medidas orientadas a imponer un cierto patrón de conducta a los ciudadanos. En efecto, como bien señala Nino

“(…) el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente”^[1].

6. Desde esta perspectiva, resulta evidente que, a diferencia del modelo propugnado por las políticas perfeccionistas (por definición, verticales y totalitarias, y en ese sentido, sin cabida en el Estado constitucional), el paternalismo estatal, por el contrario, promueve la libertad de elección de formas de vida, proveyendo a tal efecto la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco), haciendo más difíciles ciertos pasos y obligando de esa manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (como en el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio), eliminando ciertas presiones que puedan determinar que se tomen decisiones autodañosas (como cuando se hace punible el desafío al duelo), etc^[2].
7. Debe tenerse presente que el modelo paternalista difiere notoriamente en sus postulados dependiendo del interés o derecho que se busca proteger. Así pues, tratándose de la defensa de *derechos civiles y políticos* (como a la vida o a la libertad religiosa), la actuación estatal asume un cariz básicamente restrictivo, por cuanto la expansión de esta clase de libertades requiere, precisamente, de la menor injerencia del Estado. En cambio, cuando las medidas de protección se encuentran orientadas a maximizar *derechos de carácter prestacional* (como a la salud o a la educación), una mayor intervención del Estado encuentra justificación en la necesidad de que determinadas barreras puedan ser superadas a fin de lograr un contexto de igualdad sustancial entre las personas. La acción del Estado, en este supuesto, halla su razón de ser en el principio de solidaridad y en la noción de reciprocidad.
8. Con todo, la imperiosa necesidad de que la actuación estatal no represente una intervención desmedida en la vida de los ciudadanos (independientemente del derecho fundamental que se busque optimizar), obedece no sólo a aquella ideología de cuño liberal que ha permitido posicionar a la persona humana como centro y justificación del Estado y de la sociedad, sino que responde también a la exigencia de que la autonomía personal, en tanto que valor inherente al Estado constitucional, quede preservada en el contexto de la ordenación de la vida en sociedad. Ello, con mayor razón si, como es justo reconocer, un Estado que entiende que su tarea principal consiste en intervenir en los proyectos de vida de sus ciudadanos, corre el riesgo de convertirse en un Estado totalitario, que termina subordinando el ejercicio de los derechos a un pretendido “interés general”, que en la práctica no es más que el interés personal del gobernante de turno.
9. Así pues, cuando nuestra Constitución señala que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado” (artículo 1º), agregando seguidamente que “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (artículo 24º inciso a), presupone que esa dignidad requiere de un contexto favorable a la maximización de la libertad general de acción de las personas, esto es, la capacidad de éstas para poder autodeterminarse, dándose sus propias normas y optando por el proyecto de realización personal que mejor les plazca, siempre que dicho plan vital no afecte a terceras personas^[3].
10. La autonomía personal, entendida como un valor inherente al Estado constitucional, en su interacción con los demás principios y valores, ha sido inmejorablemente definido, como señala el fundamento 18 de la sentencia, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 4º establece que “[l]a libertad consiste en poder hacer

todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley". En el mismo sentido, se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 29º inciso 2 señala que "[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

11. Sin embargo, el principio de no afectación a terceros como *único* límite a la autonomía de la voluntad, y por extensión, al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Carta Magna, no puede ser entendido como una subordinación al interés general o a la conveniencia de las mayorías. En efecto, es evidente que los derechos fundamentales, antes bien que absolutos, son relativos, habida cuenta que su goce y ejercicio se encuentran limitados por otros derechos y bienes constitucionales que ostentan igual valía y que, por ende, merecen igual protección constitucional. De ahí que el principio según el cual cada quien puede elegir libremente su proyecto de vida, puede ser limitado o restringido en ciertos supuestos, pero siempre a condición de que tales restricciones satisfagan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
12. Sin embargo, cuando una determinada política estatal restringe la libertad general de acción de las personas, con sustento en la necesidad de atender el interés general de las mayorías, no existiendo ningún riesgo de afectación a terceros, el Estado no hace más que sacrificar arbitrariamente el ejercicio de los derechos sobre la base de un criterio utilitarista basado en la lógica del costo-beneficio, desconociendo a la par el valor que tales derechos ostentan en el Estado constitucional. Muy el contrario, el entendimiento de los derechos fundamentales como conquistas frente a las mayorías presupone que el haz de posiciones jurídicas que ellos protegen han de prevalecer sobre la *noción abstracta* del interés social, por la sencilla razón de que "un derecho en contra del gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese 'algo' se haga"^[4].
13. Por este motivo, para que una determinada limitación en la esfera de la autonomía personal aparezca como una medida razonable y proporcional, ella debe encontrar su fundamento en la protección de derechos concurrentes de personas concretas, individualmente consideradas (respecto de los cuales sea posible demostrar una *relación de causalidad* en sentido estricto), antes bien que en irreales "derechos" o "preferencias" de las mayorías. De este modo, como bien señala Nino, los derechos fundamentales, hoy como antes, se encuentran orientados a resguardar ciertos intereses que pueden ser minoritarios "contra la posibilidad de que sean avasallados cada vez que se demuestre que la mayoría de la sociedad se vería beneficiada si esos intereses fueran frustrados"^[5].
14. En el caso *sub litis*, por ejemplo, una justificación alusiva al denominado "interés de las mayorías" consistiría en afirmar que el uso del tabaco tendría que ser restringido porque la pérdida de vidas o capacidad productiva de los fumadores habituales disminuye su contribución al bienestar general. Naturalmente, restringir (o peor aún, prohibir) el consumo de tabaco en base a este tipo de razones, equivaldría a tratar de imponer la moral subjetiva del legislador a través del derecho, convirtiéndose aquella en una medida manifiestamente irracional y desproporcionada, y ciertamente perfeccionista, sobre todo si tenemos en cuenta que, en no pocos casos, el hábito de fumar es libremente elegido por las personas como un modelo de vida. Este sería el caso, por citar sólo un ejemplo, de nuestro escritor Julio Ramón Ribeyro, quien en un interesante pasaje de su relato "Sólo para fumadores", deja entrever esta posibilidad, describiendo lo siguiente:

"[e]l cigarrillo, aparte de una droga, era para mí un hábito y un rito. Como todo hábito se había agregado a mi naturaleza hasta formar parte de ella, de modo que quitármelo equivalía a una mutilación; y como todo rito estaba sometido a la observación de un protocolo riguroso, sancionado por la ejecución de actos precisos y el empleo de objetos de culto irremplazables. Podía así llegar a la conclusión que

fumar era un vicio que me procuraba, a falta de placer sensorial, un sentimiento de calma y de bienestar difuso, fruto de la nicotina que contenía el tabaco y que se manifestaba en mi comportamiento social mediante actos rituales”[6].

15. Ahora bien, la sentencia afirma, en su fundamento 34, que la finalidad del ámbito normativo cuestionado consiste, sobre todo, en “reducir el consumo de tabaco (finalidad inmediata) para proteger la salud de los propios fumadores (primera finalidad mediata)”. En este punto, el Tribunal reconoce que muchos fumadores no fuman porque “quieren”, sino porque son adictos a la nicotina, el componente principal del tabaco que afecta al cerebro, razón que le lleva a afirmar, respecto de tales personas, que las prohibiciones cuestionadas aparecen como *restricciones mínimas*. Pese a ello, no niega la existencia de personas que, a pesar de no ser adictas al tabaco, decidan fumar. Sin embargo, respecto de ellas, opina el Tribunal que las prohibiciones impugnadas constituyen restricciones leves, dado que el acto de fumar “a todas luces satisface solamente bienes secundarios”, pues no contribuye a la cobertura de ninguna necesidad básica.
16. Coincidimos plenamente con la calificación de las prohibiciones aquí cuestionadas como medidas paternalistas justificadas en el Estado Constitucional, puesto que, tal como se reconoce en el fundamento 56 de la sentencia, una circunstancia excepcional para limitar el libre desarrollo de la personalidad es cuando existen sospechas fundadas de que la conducta de la persona no es consecuencia de una voluntad libremente adoptada, sino de algún elemento interno que la afecta sensiblemente. Dicho en otras palabras, sin ser una medida perfeccionista (puesto que no impone un determinado modelo de vida), sí califica como una medida paternalista (puesto que busca proteger al adicto de la debilidad de su voluntad). Pero, cabe preguntarse: ¿sucede lo mismo respecto a la generalidad de fumadores habituales, que no son adictos a la nicotina?
17. A nuestro juicio, la caracterización del acto de fumar como una “necesidad secundaria” para los no adictos, no llega a justificar la medida consistente en su total prohibición, puesto que ello sería tanto como afirmar que deberían prohibirse todas las “actividades banales” existentes en la sociedad. Ahora bien, es cierto que, como se señala en el fundamento 38, las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover son aquellas necesarias para la cobertura de necesidades básicas, y no las que se reducen a cubrir intereses o placeres que no son consustanciales al plan de vida de las personas. Sin embargo, nos parece justo reconocer que la justicia constitucional no podría definir, en un solo momento y para siempre, cómo así deben calificarse tales preferencias, es decir, si las restricciones a las mismas pueden ser calificadas de *leves*, *medias* o *graves* para la persona. La determinación objetiva de la gravedad de una limitación al libre desarrollo de la personalidad es un asunto que debe ser analizado de un modo casuístico, con mayor razón si convenimos que el Estado, si bien puede desmotivar ciertas conductas orientadas a satisfacer bienes “no esenciales”, no podría prohibirlas de un modo absoluto.
18. Tanto la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, como el derecho de propiedad (que implica entre otros contenidos el derecho al disfrute de bienes), son derechos fundamentales que también resultan comprometidos en el presente caso, toda vez que más allá de las restricciones que operan sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad (en la medida que no se podrá fumar en ningún lugar público cerrado y en la áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos), también los derechos antes mencionados se verán restringidos en la medida en que, por ejemplo, determinados locales públicos cerrados (restaurantes, centros comerciales, discotecas, etc.), verán disminuidas sus ganancias y sus expectativas empresariales debido a la reducción del número de consumidores-fumadores que acudían a los mismos, así como la reducción de ingresos producto de la publicidad del tabaco, entre otros aspectos. Por ello, más allá de la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas estimo que se debe exhortar a las municipalidades y al Parlamento, establecer en su respectivo ámbito, *medidas de compensación* (reducción de algunos tributos, beneficios, por ejemplo) que en alguna medida puedan resarcir una expectativa de ganancia que cuando dichos negocios empezaron el Estado les autorizaba legítimamente.

Por estas consideraciones, somos de la opinión que la demanda de inconstitucionalidad de autos debe ser declarada **INFUNDADA**.

Sres.

**BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

**EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
5,000 CIUDADANOS**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por el resto de mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, por las siguientes consideraciones

Delimitación del petitorio

1. Conforme se advierte del tenor de la demanda, los recurrentes cuestionan la constitucionalidad de la Ley N° 28705 Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco en los extremos que proscriben en forma absoluta fumar (i) en ambientes públicos cerrados, y (ii) en los espacios abiertos de instituciones educativas para adultos.

Consideraciones Preliminares: Fumar como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad

2. Según la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos fundamentales. Por ello, comparto lo señalado por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*.^[7]
3. En tal virtud, resulta inherente a la dignidad, *“un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte*

direcciona. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano".^[8] En efecto, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)"; el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" sino que "(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana".

4. Ahora bien, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la dignidad tiene un doble carácter, esto es, como principio y como derecho fundamental, *"en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares"*.^[9] Mientras que *"en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos"*.^[10]
5. De modo que, *"del reconocimiento de la dignidad del ser humano como fundamento del orden constituido se sigue el reconocimiento de éste como un ser libre, esto es, como un ser con capacidad de autodeterminación y con legitimidad para exigir la protección de esa capacidad; como un ser susceptible de trazarse sus propias expectativas, habilitado para tomar sus propias decisiones, legitimado para elegir sus opciones vitales y capaz de actuar o de omitir de acuerdo con sus necesidades y aspiraciones; en fin, como un ser que se sabe amparado por una cláusula general de libertad y dispuesto a hacer uso de ella para realizar su existencia"*.^[11] En esa línea, corresponde a cada persona establecer sus propias *"opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad"*.^[12] Desde luego, *"el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial"*.^[13]
6. De modo que, a mi juicio, la autonomía de la voluntad privada *"se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico"*^[14] o en los diversos aspectos de su vida, asumiendo, claro está, las consecuencias que su conducta ocasione.
7. Como no puede ser de otra manera, en un Estado Social y Democrático de Derecho, *"la autonomía de la persona, parte siempre del reconocimiento de su individualidad, de manera que quien es dueño de sí, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es, pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina. Es, en definitiva, la dimensión de la única existencia, importante en cada vivencia, y que dada su calidad esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado"*.^[15] Y es que, en buena cuenta, *"la democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución)"*.^[16]

8. Así pues, *“el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial”*.^[17]
9. No puede soslayarse que *“la esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”*.^[18] De ahí que, el Estado podría intervenir imponiendo restricciones a dicho derecho fundamental siempre que éstas encuentren su sustento en los derechos de terceros (como lo es en el presente caso, el derecho a la salud de los no fumadores), y que se trate de restricciones razonables y proporcionales. Por más liberal que haya sido el papel del Estado, en ningún caso tal abstencionismo supuso una total despreocupación por la suerte de su población.
10. En esa línea, y tal como ha sido subrayado por el Tribunal Constitucional Español, cabe advertir que *“el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”*.^[19] Y es que, conforme ha sido desarrollado jurisprudencialmente por este Tribunal de manera uniforme y reiterada, ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto. Una interpretación de este tipo resulta contraria a los postulados constitucionales recogidos en nuestra Constitución.
11. Por tal motivo, excepcionalmente, el Estado se encuentra obligado a intervenir en salvaguarda de la vida de la población siempre que exista un peligro real de que la integridad personal y la salud de la población se vea comprometida, y éste sea fácilmente aminorado. En tal escenario, resulta legítimo que el Estado impida que una persona se suicide, así ésta manifieste de modo expreso su deseo de acabar con su existencia y pese a que, de impedirse que cumpla su cometido, no estará sujeto a sanción alguna. La salvaguarda de la vida impone, además, una serie de medidas estatales para, en la medida que sea posible y razonable, reducir los riesgos inherentes a toda actividad humana vinculada no sólo las relaciones de *consumo y laborales* (al prohibir por ejemplo la circulación de buses camión y establecer el uso obligatorio del casco en construcciones respectivamente) en las que tanto el consumidor como el trabajador son objeto de una tutela especial por parte del Estado; pues en la totalidad de *situaciones de la vida cotidiana*, también subsiste dicho deber estatal, que se ejemplifica por ejemplo en la obligación de usar el cinturón de seguridad en automóviles y casco en motocicletas.
12. Como señala acertadamente Ulrich Beck, las amenazas que actualmente penden sobre la humanidad ya no tienen su génesis en la naturaleza indómita sino en la conducta humana que busca dominarla y aprovecharse de ella para mejorar su calidad de vida a través del conocimiento. De ahí que actualmente vivimos en una *“sociedad de riesgo”*, en la que resulta indispensable el concurso del Estado para gestionar tales riesgos (*risk management*) y reducirlos a su mínima expresión. A guisa de ejemplo cabe señalar que con el uso generalizado del automóvil si bien ahorra tiempo y dinero, no puede soslayarse que no han sido infrecuentes los accidentes de tránsito en los que al menos un automóvil se ha visto involucrado. Para aminorar los riesgos que importa la conducción de vehículos automotores, el Estado obliga a los conductores a obtener de manera previa una licencia de conducción y a los propietarios de los mismos a contratar un Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito – SOAT y a pasar periódicamente revisiones técnicas, entre otras medidas.
13. Sin embargo, qué duda cabe que la decisión de consumir de tabaco es una de las múltiples manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que si bien puede devenir en una adicción que a fin de cuentas sea nociva y perniciosa para su salud, es fruto de la libre determinación del ser humano por lo que debe ser respetada sin perjuicio de que, a través de otros medios, el Estado trate de desincentivar su

- consumo a fin de reducir futuros gastos médicos en la población consumidora de este producto y de quienes, pese a no fumar, terminan respirando el humo del tabaco.
14. Negar la posibilidad de que las personas fumen so pretexto de reducir los costos que en el futuro los servicios sanitarios tendrán que asumir al estar científicamente probado que fumar daña la salud, resulta a todas luces irrazonable y desproporcionado. Bajo dicha lógica también se debería prohibir el consumo voluntario de “*comida chatarra*” pues a fin de cuentas, también está acreditado fehacientemente que su consumo habitual es dañino para la salud, o proscribir determinado tipo de deportes extremos en los que existe un latente riesgo de resultar lesionado, inválido o incluso fallecer, (como la práctica del parapente), y en los que de ocurrir algún accidente, éste en principio deberá ser asumido por el Estado o el propio afectado pues, por lo general, los seguros particulares no cubren los eventuales accidentes que tienen origen en la práctica de tales actividades.
 15. Sin embargo, *“vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad.”*^[20]
 16. No se puede compeler a la población a llevar una vida saludable. Tal aspiración, propia de un Estado totalitario, no resulta acorde con los valores y principios propios e inherentes que inspiran nuestra Carta Magna. A lo mucho, conforme ha sido señalado en los considerandos precedentes, puede incentivar o desincentivar determinados tipos de conductas mediante medidas de fomento. En esa línea, *“el legislador puede prescribir(...) la forma en que (una persona) debe comportarse con otros, pero no la forma en que (uno) debe comportar(se) con(sigo) mismo, en la medida que su conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie”*^[21]. Por ello, no comparto la tesis paternalista y tuitiva que parte de la premisa que el Estado conoce siempre y en todos los casos lo que es mejor para cada uno, incluso en ámbitos en los que no se afectan los derechos de terceros ni la convivencia pacífica y civilizada basada en el respeto mutuo.
 17. Y es que, *“el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos”*^[22]. Empero, incluso el error propio es fundamental para la maduración de las ideas y acciones futuras, pues de los errores, se aprende. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad *“no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional”*^[23]
 18. Indudablemente, fumar genera una serie de costos que van más allá de lo susceptible de ser valorizado monetariamente tanto al fumador “activo”, como por ejemplo el mismo hecho de comprar cigarrillos o el innegable deterioro en su salud que a la postre genera el consumo de tabaco; como para los fumadores “pasivos”, quienes al tener que respirar el humo producido por quienes fuman a pesar de no realizar dicha acción y en muchos casos percibirla como algo desagradable, internalizan el costo de la mencionada *externalidad negativa*. Por tanto, y a fin de corregir tal situación, el Estado se encuentra en la ineludible obligación de regular el consumo de este tipo productos.
 19. Entiendo por *externalidad (externality / spillover / neighborhood effects)* a los impactos que genera un agente económico en terceros, y que el mercado no devuelve a quien los generó. Tales impactos pueden ser *negativos (negative externality / external cost)*, en caso el agente no asuma todos los costos de su actividad y éstos terminen siendo asumidos por otros agentes o por la sociedad en su conjunto (*social*

coast); o positivos (*positive externality /external benefit*) en caso beneficien a terceros que no asumen costo alguno (*free riders*).

20. En una relación de consumo, en principio cada consumidor asume las bondades y los riesgos que el producto que adquiere ocasiona (de los que incluso es civilmente responsable frente a terceros), sin embargo, la existencia de las *externalidades* advertidas en los considerandos anteriores y los elevados costos de transacción hacen imposible que los particulares solucionen privadamente los perjuicios generados por esta externalidad negativa (sería una quimera que todos pactemos contractualmente que cada uno fumará en su vivienda y no en la vía pública así como la manera como se penalizarían eventuales incumplimientos de dicho acuerdo) legitiman la intervención del Estado en la regulación del consumo de este producto, pero ésta debe ser razonable y proporcional.
21. Una situación de completa desregulación terminaría perjudicando a quienes no comparten el hábito de fumar, pues a pesar de no dedicarse a dicha actividad, terminarían padeciendo tanto las molestias propias del humo producido por el tabaco como las consecuencias nocivas que dicha actividad genera en su salud.
22. Si bien el Estado tolera su consumo, en modo alguno debe incentivarlo pues a fin de cuentas el daño que se genera en la salud de la población no fumadora es una externalidad usualmente no asumida por el fumador y que muy probablemente será asumida por los sistemas de salud estatales pues la mayoría de la población es pobre y no cuenta con los recursos necesarios para atenderse en centros médicos privados. En esa lógica, resulta válido que el Estado desincentive este tipo de consumos, como por ejemplo imponiendo mayores cargas impositivas, imponer advertencias en el rotulado del producto, pero sobre todo, brindando la mayor información posible para que los ciudadanos conozcan los riesgos que el consumo de tal producto ocasiona. Aunque algunos lo consideren inverosímil, por lo general los consumidores actúan razonablemente.
23. Para tal efecto, las campañas educativas tienen un rol protagónico en la reducción del consumo del tabaco. El consumo no se reduce con prohibiciones sino construyendo hábitos, los que se construyen por lo general desde temprana edad. De lo contrario, simple y llanamente se creará informalidad, pues la gente seguirá incumpliendo las prohibiciones referidas al consumo del tabaco y los empresarios terminarán permitiendo que sus clientes la incumplan máxime si se tiene en consideración que resulta materialmente imposible que el Estado supervise la totalidad de locales todo el tiempo. La regulación no puede hacerse a espaldas de la realidad.
24. Más que un gasto, tales campañas deben ser entendidas como una inversión que no sólo permitirá reducir las patologías que en el futuro aquejarán a los consumidores de dicho producto sino como una inversión en la mejora presente en la calidad de vida en la población al evitar molestias terceros no fumadores.

Incoherencias en la regulación del consumo del tabaco

25. En primer lugar, y a pesar de no haber sido alegado por las partes, estimo pertinente advertir que el marco regulatorio actual resulta abiertamente incoherente pues pese a proscribir fumar en lugares abiertos de instituciones educativas; lo tolera en lugares públicos abiertos como por ejemplo, en un Estadio (mientras el público presencia un espectáculo) o en las boleterías adyacentes a los mismos (durante el tiempo que una persona espera haciendo cola para adquirir una entrada), a pesar de que incluso puede haber menores entre los asistentes a dicho recinto. Dada la concentración de personas y la proximidad entre éstas, la incomodidad y los efectos perniciosos generados por el humo del tabaco se equiparan a los de un local público cerrado, por lo que la prohibición de fumar en tales recintos también debería extenderse a los mismos.
26. Del mismo modo, resulta inadmisibles que se permita fumar en parques en los que adyacentes a los mismos existen juegos destinados a los niños, o mientras uno espera en la calzada que cambie la luz del semáforo para cruzar una intersección vial, etc.

27. Por ello, a pesar de que *“en ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son las mejores (pues) (s)u función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales”*^[24], no puedo dejar de señalar que, en mi opinión, ni siquiera en la vía pública se debería permitir que se fume a fin de no perjudicar a la población que tiene el saludable hábito de no fumar, máxime cuando las colillas del cigarro terminarán en la vía pública pues no es usual que, quien fume, porte un cenicero mientras transita.

Análisis del caso en concreto

28. Dado que en el presente asunto litigioso, las medidas legislativas cuestionadas tienen por objeto salvaguardar el derecho a la salud de los no fumadores restringiendo de forma manifiestamente desproporcionada (a juicio de los demandantes) el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores y la libre iniciativa privada; resulta necesario recurrir al *test de proporcionalidad* a fin de que la solución decretada tome en consideración todos los bienes jurídicos comprometidos.
29. Conforme ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, dicho test se construye sobre la base de 3 exámenes que han de aplicarse sucesivamente: *idoneidad, necesidad, proporcionalidad*. En buena cuenta, tales exámenes podrían definirse de la siguiente manera:
- A la luz del *examen de idoneidad* se exige que la medida legislativa decretada tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. A su vez dicho fin no debe estar constitucionalmente prohibido y debe ser socialmente relevante.
 - A través del *examen de necesidad* se examina si dentro del universo de medidas legislativas que el Estado podría aplicar para alcanzar dicho objetivo, la adoptada es la menos restrictiva de derechos.
 - Mediante del *examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, se busca establecer si la medida legislativa guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios.

De ahí que, mi posición será expuesta tomando en cuenta esta metodología.

30. Sobre el particular, estimo pertinente señalar que *“el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.”*^[25]

Sobre la restricción de fumar tabaco en locales públicos cerrados destinados exclusivamente a fumadores

31. En lo concerniente al extremo de la demanda referido a la existencia de locales cerrados destinados única y exclusivamente a fumadores, o que realizando una correcta diferenciación entre el público consumidor de tabaco y quienes no lo consumen, establece lugares adecuados y destinados exclusivamente a los primeros; estimo que si bien la norma persigue un fin constitucionalmente legítimo como lo es reducir el consumo de tabaco y la medida impuesta resulta idónea y adecuada para la consecución de tal objetivo, no puede soslayarse que existen mecanismos menos gravosos para salvaguardar el derecho a la salud de las personas no fumadoras.
32. En mi opinión, es posible armonizar los derechos fundamentales de los involucrados (fumadores, no fumadores y empresarios que brinden servicios de esparcimiento a fumadores) pues existen medidas alternativas que posibilitarían tal armonización.
33. En tanto no se perjudique al prójimo que no fuma (esto es, ocasionen *externalidades negativas*), no advierto justificación constitucionalmente válida para restringir ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores, ni los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa de quienes invierten en satisfacer a ese público

consumidor que demanda lugares de esparcimiento donde se pueda fumar, más aún si de una u otra forma, estos últimos aportan al crecimiento del país tributando y generando empleo.

34. Consecuentemente, y siempre que existan locales que cuenten con los implementos necesarios para distinguir y aislar áreas de fumadores y de no fumadores, no encuentro motivo para proscribir la existencia de la primera de las mencionadas áreas. De modo que, si una persona no fumadora decide voluntariamente asistir un recinto para fumadores deberá asumir las molestias que el humo del tabaco ocasiona en los demás pues existe una amplia oferta de locales alternativos en los que ello no se permite.
35. No obstante lo expuesto, conviene precisar que, atendiendo a las consideraciones antes expuestas, la reglamentación estatal sobre los lugares públicos cerrados donde se permite fumar, debe ser sumamente estricta y contar con las medidas de ventilación y de absorción de humo necesarias para proteger la salud no sólo de los consumidores que no fuman sino también de los trabajadores de dicho negocio, pues independientemente de que compartan el hábito de fumar, mientras laboran (así hayan decidido voluntariamente laborar en tales establecimientos y recibir una remuneración en contraprestación por su trabajo) también son fumadores pasivos, por tanto, el Estado no puede permanecer indiferente ante ellos (pese a que técnicamente no internalizan una *externalidad negativa*).
36. Por tal razón, incluso en el hipotético escenario de que existan locales destinados únicamente para fumadores (como los Tobacco Bars y Cigar Bars en los Estados Unidos de Norteamérica), tal regulación igual deberá ser cumplida escrupulosamente a fin de salvaguardar la salud del personal que labora en dicho establecimiento. Consecuentemente, el presente extremo de la demanda debe ser declarado **FUNDADO** al no superar el test de proporcionalidad.

Sobre la restricción de fumar tabaco en espacios abiertos de instituciones educativas destinadas a un público adulto

37. Respecto del presente extremo de la demanda cabe indicar, en primer lugar, que en tanto resulta jurídicamente imposible impedir que menores de edad sean alumnos de tales instituciones, dicha restricción encuentra una justificación constitucional adicional a las mencionadas en los párrafos anteriores del presente voto en atención al interés superior de tales menores. Dado que aún se encuentran en etapa de formación (no sólo física sino principalmente mental), deben encontrarse libres no sólo de padecer los nocivos efectos en su salud que el tabaco produce sino de conductas que puedan imitar.
38. Así sea en espacios públicos abiertos de tales instituciones educativas, no puede soslayarse que la *externalidad negativa* producida por quienes fuman termina perjudicando a quienes no lo hacen y que probablemente existirán menores de edad entre los perjudicados. En consecuencia, resulta atendible que tal situación se encuentre regulada. En mi opinión, no cabe duda que la norma impugnada persigue una finalidad constitucionalmente valiosa y no existe manera de impedir que quienes no fuman se vean perjudicados por el humo del tabaco conforme ha sido desarrollado en los considerando anteriores. Por dicha razón, estimo que la norma impugnada supera los exámenes de idoneidad y necesidad.
39. En cuanto al *examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, considero que la medida adoptada por el Estado importa una *intervención de leve intensidad* en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la comunidad educativa fumadora que tiene como correlato evitar que quienes no fuman tengan que soportar las molestias ocasionadas por el humo del tabaco por lo que el *grado de realización* del derecho a la salud de los fumadores es *elevado* al impedir que se encuentre perjudicado en lo absoluto. Por tal consideración, soy del parecer que el presente extremo de la demanda debe ser declarado **INFUNDADO**.

S.
ÁLVAREZ MIRANDA

- [1] NINO, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª edición ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414.
- [2] NINO, Carlos Santiago: *op. cit.*, p. 416.
- [3] Entendiendo a esta facultad como parte integrante del contenido del derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad*, como derecho innominado o implícito derivado del principio de dignidad humana, el Tribunal Constitucional ha interpretado que “la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad” (STC N.º 0007-2006-AI/TC, FJ. 47).
- [4] DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 289.
- [5] NINO, Carlos Santiago: *op. cit.*, pp. 437-438.
- [6] RIBEYRO, Julio Ramón: *La palabra del mudo*, Planeta, Lima, 2009.
- [7] Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 53/1985.
- [8] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N.º 2273-2005-PHC/TC.
- [9] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 2273-2005-PHC/TC.
- [10] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 2273-2005-PHC/TC.
- [11] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-373-02.
- [12] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-124/98.
- [13] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º SU-642/98.
- [14] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-468/03.
- [15] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-594/93.
- [16] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N.º 00030-2005-PI/TC.
- [17] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-542/92.
- [18] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-594/93.
- [19] Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 120/1990.
- [20] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-124/98.
- [21] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-221/94.
- [22] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-221-94.
- [23] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C- 481/98.
- [24] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-475/97.
- [25] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N.º 000045-2004-PI/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL 00034-2004-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c.
Congreso de la República (demandado)**

Resolución del 15 de febrero de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N.º 26271.

Magistrados presentes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 00239-2010-PA/TC**LIMA****PROMOTORA E INMOBILIARIA****TOWN HOUSE S.A.C.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 5 días del mes de noviembre de 2012, vista la causa de autos por la Sala Primera del Tribunal Constitucional y habiéndose suscitado discordia por los votos de los magistrados integrantes de la Sala: Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos y Calle Hayen, se ha llamado sucesivamente a los magistrados Eto Cruz, quien ha suscrito la posición del magistrado Calle Hayen; Mesía Ramírez, quien ha compartido la opinión del magistrado Beaumont Callirgos; y Vergara Gotelli, quien se ha adherido a la posición del magistrado Calle Hayen, con lo cual ha quedado zanjada la discordia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C. contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 264, su fecha 21 de septiembre de 2009, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de abril de 2008, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, a fin de que se le inaplique la Ordenanza N.º 1099-MML, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de diciembre de 2007, la cual aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo. Sostiene que dicho dispositivo vulnera sus derechos constitucionales de propiedad, al trabajo y a la libertad de empresa.

Refiere que a pesar de que es propietaria de los terrenos inscritos en las Partidas Electrónicas N.ºs 11049950, 11204004, 11204005, 11204007 y 11801181 del Registro de Predios de Lima, y de haber obtenido la autorización municipal correspondiente para la edificación en dichos predios a través del Certificado de Zonificación y Vías N.º 635-2007-MML-GDU-SPHU, y hasta el 7 de junio del año 2008, la entrada en vigor de la referida ordenanza le ha impedido realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada puesto que ha modificado la zonificación del área donde se ubican sus terrenos denominándola “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista”, área donde están prohibidas tales obras. Además, advierte que dicho cambio, al establecer una clasificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, colisiona con el artículo 35º de la Ordenanza N.º 620-MML, que aprueba el Plan Metropolitano de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano de Lima, de los planes urbanos distritales y actualización de la zonificación de los usos del suelo de Lima.

La Procuradora Adjunta a cargo de los Asuntos Judiciales de la Municipalidad Metropolitana de Lima contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, por considerar que no existe una manifiesta vulneración de los derechos invocados. Precisa que el derecho de propiedad no es absoluto y que debe entenderse que está sometido a las limitaciones que se establezcan, tanto más si la Municipalidad ha emitido la

ordenanza cuestionada en virtud de las facultades que le son asignadas mediante el artículo 194º de la Constitución. Asimismo, sostiene que de pretenderse un análisis constitucional de la norma, ello debería ser a través del proceso de inconstitucionalidad.

El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de diciembre de 2008, declara infundada la demanda por considerar que la ordenanza impugnada no es de carácter autoaplicativo.

La Sala revisora confirma dicha decisión por considerar que los efectos de la cuestionada ordenanza no inciden directa o indirectamente en la esfera subjetiva del demandante; y que en todo caso, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación en los que expresamente se ponga de manifiesto que las áreas calificadas por la norma como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)” están siendo ocupadas indebidamente por el demandante para fines distintos.

FUNDAMENTOS

1. En el caso de autos, la recurrente solicita que se declare inaplicable la Ordenanza N° 1099-MML, que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos de suelo del distrito de Chaclacayo, debido a que la modificación de zonificación de los suelos donde se encuentra una parte de sus terrenos a “Zona de protección y tratamiento paisajista (PTP)” le prohíbe realizar cualquier tipo de edificación. Alude que dicha ordenanza contraviene lo dispuesto en la Ordenanza N° 620 y afecta sus derechos a la propiedad, al trabajo y de libertad de empresa, toda vez que antes de su expedición obtuvo la autorización municipal correspondiente para la edificación en dichos predios a través del Certificado de Zonificación y Vías N° 635-2007-MML-GDU-SPHU, de fecha 10 de diciembre de 2007.

2. Alega que a pesar de que es propietaria de los terrenos inscritos en las partidas Electrónicas N°s 11049950, 11204004, 11204005, 11204007 y 11801181 del Registro de Predios de Lima y de tener la autorización Municipal correspondiente, la entrada en vigor de dicha norma le ha impedido realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada puesto que ha modificado la zonificación del área donde se ubican sus terrenos denominándola “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista”. Advierte que dicho cambio, al establecer una zonificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, colisiona con el artículo 35º de la Ordenanza N° 620-MML, que aprueba el Plan Metropolitano de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano de Lima de los planes urbanos distritales y actualización de la zonificación de los usos de suelo de Lima.

3. La Procuraduría Adjunta a cargo de los Asuntos Judiciales de la Municipalidad de Lima Metropolitana contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, considerando que no existe manifiesta vulneración de los derechos invocados. En cuanto al fondo, precisa que el derecho de propiedad no es absoluto y que debe entenderse que está sometido a las limitaciones que se establezcan, tanto más si la Municipalidad ha emitido la ordenanza cuestionada en virtud de las facultades que le son asignadas mediante el artículo 194º de la Constitución. Asimismo, sostiene que de pretenderse un análisis constitucional de la norma, ello debería ser a través del proceso de inconstitucionalidad.

4. El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de diciembre de 2008, declara infundada la demanda por considerar que la ordenanza impugnada no es de carácter autoaplicativo. Asimismo, la Sala revisora confirma dicha decisión por considerar que los efectos de la cuestionada ordenanza no inciden directa o indirectamente en la esfera subjetiva del demandante, y que en todo caso, se encuentra condicionada a la

realización de actos posteriores de la aplicación en los que expresamente se ponga de manifiesto que las áreas calificadas por la norma como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)” están siendo ocupadas indebidamente por el demandante para fines distintos.

Derecho de empresa y derecho al trabajo

5. La recurrente señala que se ha vulnerado los derechos al trabajo y a la libertad de empresa ya que se le ha imposibilitado que su empresa ejerza su actividad empresarial de desarrollo de proyectos inmobiliarios, respecto de los predios de su propiedad al reducir arbitraria e ilegalmente la zonificación aplicable a sus inmuebles.

6. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre la libertad de empresa (STC N° 0003-2006-PI/TC) señalando que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa está determinado, a su vez, por cuatro tipos de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno.

7. Respecto de la recurrente, cabe decir que es una empresa constituida y que tiene libre acceso al mercado; asimismo es una empresa que tiene plena indecencia de los derechos que le otorga la Constitución, tanto como nombre, registro, conformación, etc.; por ende, la alegada vulneración a la libertad de empresa no puede ser estimada, dado que todas las facultades que le ofrece la Constitución como persona jurídica no se han vulnerado.

Con respecto a la alegada vulneración del derecho al trabajo este Colegiado estima que a la empresa recurrente no se le han recortado sus libertades de realizar labores que vayan de acuerdo a la naturaleza de los servicios que prestan, en este caso de construcción, ya que es la propia Constitución la que se encarga de precisar que “Toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley” (Artículo 2°, inciso 15). Este criterio incluso se desarrolla de manera mucho más precisa cuando se reconoce que si bien “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo [...]”, el ejercicio de dicha libertad (como de otras complementarias) “[...] no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas” (Artículo 59°). Se trata, en otros términos, de una libertad decisivamente condicionada por otros bienes jurídicos de relevancia y, en particular, por un catálogo esencial de derechos que no puede ni debe ser ignorado. Por ello en este extremo la demanda debe ser declarada improcedente.

El Derecho a la propiedad

8. La controversia se centra en determinar si la decisión municipal expresada en la Ordenanza Municipal N° 1099-MML, ha afectado los derechos fundamentales de propiedad, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, y si esta medida adoptada se convierte en expropiatoria en contra del demandante, tal como se alega.

9. EL Tribunal Constitucional en la STC N° 0008-2003-AI/TC, sostuvo que “El derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es

concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno". Asimismo señala que "Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa".

10. Por otro lado, la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se aplica tanto en derecho internacional como en derecho interno. Siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales se ha clasificado a las expropiaciones en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en expropiación progresiva, que son aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo; y las expropiaciones regulatorias que son aquellas donde la amenaza de vulneración al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal.

11. Así pues a nivel interno, debe entenderse por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquella en donde la Administración Pública a través de una sobrerregulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.

12. Si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, lo que no significa que la Constitución las tolere, una interpretación constitucional válida lleva a concluir que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscribas. Al respecto, las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en los artículos 70.º, 2.º, inciso 2, 63.º, 71.º y 61.º de la Constitución.

13. En consecuencia, se advierte una amenaza cierta e inminente de vulneración al uso y disfrute de la propiedad del recurrente puesto que las medidas adoptadas en la Ordenanza Municipal 1099-MML recortan las legítimas y reales expectativas del demandante, orientadas a darle el uso real y concreto para el cual fue adquirido el predio. Tal como el Tribunal Constitucional ha manifestado: "[...] se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo "**su**" ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial". De la misma forma afirma que "El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear

su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.” (STC N° 0008-2003-PI/TC).

14. Fluye de autos que de acuerdo a la Resolución N° 127-92-MML-AM-SMDU del 30 de junio de 1992 (norma que aprobó el plano del distrito de Chaclacayo), la Zona Especial de Habitación Restringida (ZEHR) permitía efectuar habilitaciones recreacionales, restaurantes, huertas, granjas, industria elemental y complementaria, así como usos especiales. Asimismo mediante Ordenanza N° 620-MML, la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobó la reglamentación del proceso del Plan de Acondicionamiento Territorial y de Desarrollo Urbano de Lima, así como de zonificación de los usos de suelo de Lima; en dicho reglamento se estableció que cualquier reajuste integral o cambio específico en la zonificación no podía implicar calificaciones menores al tipo de zona que posea un predio o se disminuya el nivel de uso (art. 35° Ordenanza 620-MML). Sin embargo, mediante Ordenanza 1099-MML, se estableció el reajuste integral de la zonificación y usos del suelo del Distrito de Chaclacayo, en el cual se dispuso la creación de la denominada “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” (PTP), que disminuye la Zona Especial de Habitación Restringida (ZEHR) y cuyos usos restringen la posibilidad de efectuar habilitaciones y edificaciones (art. 10° OM N° 1099-MML).

15. Por ello, es válido afirmar sobre la norma en cuestión que, a pesar de no estar dirigida directamente al recurrente, ya que es de aplicación *erga omnes*, en la práctica se produce una amenaza indirecta vulneratoria de su derecho al uso y disfrute de su propiedad al validar el cambio de zonificación impuesto por la Ordenanza Municipal 1099-MML, zonificación que ya estaba dispuesta en la Ordenanza Municipal N° 620-MML, y que a la luz de la teoría de los hechos cumplidos, establecida en nuestra Carta Magna en su artículo 103°, y reiterada en distinta jurisprudencia por el Tribunal Constitucional, la norma en cuestión no puede recortar los derechos que en el tiempo se han establecido de acuerdo a la normativa vigente en aquel entonces (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2) en el tiempo determinado. Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”.

16. Finalmente, es menester señalar que si bien está acreditada la amenaza de vulneración al derecho de propiedad, específicamente al uso y disfrute de la misma por parte de la municipalidad al haber dispuesto el cambio de zonificación, también es necesario precisar que toda zonificación o cambio de esta debe realizarse en concordancia con los derechos fundamentales y las políticas ambientales que el Estado disponga. Así pues, el ejercicio de este derecho –de propiedad– importa limitaciones que tienen por finalidad armonizar el derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia declare inaplicable la Ordenanza N° 1099-MML para el caso en concreto, debiéndose respetar lo señalado en el artículo 35° de la Ordenanza Municipal N° 620-MML, teniendo presente lo dispuesto en el fundamento 16 de esta sentencia.

2. **IMPROCEDENTE** en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

**EXP. N.º 00239-2010-PA/TC
LIMA
PROMOTORA E INMOBILIARIA
TOWN HOUSE S.A.C**

VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito el presente voto, sustentándolo en las consideraciones que paso a exponer

FUNDAMENTOS

Delimitación de la controversia y petitorio de la demanda

1. Tal como fluye de lo actuado, la recurrente pretende que se declare inaplicable la Ordenanza N.º 1099-MML, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de diciembre de 2007, que aprueba el Reajuste integral de la zonificación de los usos del suelo del distrito de Chaclacayo, pues al haberse modificado la zonificación de sus terrenos a “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)” se le prohíbe realizar cualquier tipo de edificación, incluso las inicialmente autorizadas.

Así pues, el *petitum* de su pretensión apunta a que se le permita desarrollar un proyecto inmobiliario en su propiedad.

Sobre la procedencia de la demanda

2. El segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200º de nuestra Constitución dispone que no proceden las demandas de amparo contra normas legales. La interpretación que se ha dado a tal disposición supone que no proceden las demandas de amparo contra normas legales de tipo heteroaplicativo, es decir, aquellas cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en el normativo.

3. Sin embargo, se ha sostenido que dicha restricción no impide que se interpongan demandas de amparo en contra de las denominadas normas autoaplicativas, esto es, contra aquellas normas de eficacia inmediata, cuyas disposiciones no necesitan, para su efectividad y cumplimiento, de ningún acto de la Administración, y que, además, inciden en forma directa en el ámbito subjetivo del demandante.

4. En ese sentido, lo que cabe determinar es si la norma cuestionada en autos es de naturaleza autoplicativa, para que así se pueda verificar la procedencia de la demanda de amparo. Al respecto, se observa que el artículo 10º de la norma impugnada “prohíbe la ocupación (habilitación y edificaciones) en áreas calificadas como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP) (...) [debido a que] En estas áreas se permitirá única y exclusivamente arborización, recubrimiento vegetal, tratamiento paisajista y de protección y seguridad física”.

5. De otro lado y de acuerdo al Certificado de Zonificación y Vías N.º 635-2007-MML-GDU-SPHU (fojas 66), emitido con fecha 10 de diciembre de 2007, por la Subgerencia de Planeamiento y Habilitaciones Urbanas de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, los predios de propiedad de la entidad recurrente se encuentran en Áreas de Expansión Urbana (AEU) en la Subárea de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural.

6. Con ello se evidencia que dicho extremo de la ordenanza cuestionada repercute directamente en la esfera subjetiva de la empresa recurrente, puesto que parte de sus predios está ubicada en estas áreas, las cuales han sido zonificadas actualmente como "Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)".

7. Por ello, estimo que no se puede negar la naturaleza autoaplicativa o de acto aplicativo de la norma, puesto que más allá de que sea o no constitucional, es posible advertir que ella impide a la recurrente cualquier tipo de edificación sobre aquellos predios que están situados en dicha zona. En consecuencia, al ser la ordenanza cuestionada de tipo autoaplicativo, corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Derecho de propiedad y expropiaciones indirectas

8. Desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones.

9. Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo.

10. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional. Si bien atendiendo a su función social, el derecho de propiedad puede estar sujeto a límites, estos en ningún caso pueden ser desproporcionados y, menos aún, sin indemnización de por medio.

11. Obviamente, no todo acto de despojo de la propiedad se materializa a través de lo que comúnmente se conoce como *expropiación*, esto es, con la privación al propietario de su bien pues existen formas mucho más sutiles de lograr tal cometido (*expropiaciones indirectas*), sin que de por medio se ataque formalmente el dominio del bien a fin de que el Estado se sustraiga de su obligación de indemnizar al propietario.

12. Se entiende por *expropiación indirecta* a todo acto gubernamental que sin despojar formalmente al propietario de la titularidad del dominio de su bien, limita el derecho de propiedad de un modo tan **desproporcionado** que, en la práctica, ocasione que el mismo no sirva para ser razonablemente explotado conforme a la naturaleza que le es intrínseca, generando una reducción ostensible en su valor de mercado. Y es que, para que la regulación constituya un atentado contra el derecho de propiedad, esta debe incidir de manera desproporcional o irrazonable en el mismo.

13. A pesar de que no se encuentra una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las *expropiaciones indirectas*, ello no significa que la Constitución las tolere. Las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las *expropiaciones indirectas* se encuentran en el artículo 70.º, el inciso 2 del artículo 2.º, el artículo 63.º, el artículo 71.º y el artículo 61.º de nuestra Carta Magna.

14. En efecto, si la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de *economía social de mercado* al que se adscribe y establece la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para hacerse de la propiedad de los privados, negar que las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentren proscritas implicaría interpretar el derecho fundamental a la propiedad de manera sumamente restrictiva. Sin embargo, tal interpretación no resulta constitucionalmente admisible.

Necesidad de regulación en materia de zonificación y aplicación del test de proporcionalidad

15. Según el artículo 28.º de la Ordenanza N.º 620, emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, *“la Zonificación regula el ejercicio del derecho de uso del suelo de la propiedad inmueble y se concreta en Planos de Zonificación Urbana, Reglamento de Zonificación e Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas”*. De ahí que *“ninguna Norma puede establecer restricciones al uso del suelo no consideradas en los Planos de Zonificación”*.

16. En tal sentido, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.º de dicha ordenanza, *“la Zonificación es el conjunto de normas urbanísticas que regulan el uso del suelo en función de las demandas físicas, económicas y sociales de la población, permitiendo la localización compatible, equilibrada y armónica de sus actividades”*.

17. Conforme ha sido advertido por Enrique Pasquel, *“la racionalidad del establecimiento de normas de zonificación es evitar las externalidades que pueden generar los usos incompatibles del suelo. Por ejemplo, las normas de zonificación buscan impedir que las empresas no se ubiquen junto a zonas residenciales o que estas últimas estén alejadas del bullicio de las zonas comerciales. Entonces la zonificación, teóricamente, debería servir para proteger la propiedad privada. Manteniendo separados los distintos usos del suelo, permitiría que el uso de un predio no sea afectado por un uso incompatible en el predio vecino.”* (PASQUEL, Enrique. “Lima la horrible: Propiedad, zonificación y el mito del planeamiento urbano”. Lima: *Revista Economía y Derecho*. Invierno 2005, p. 69.)

18. Dado que tenemos comprometido, por un lado, el derecho de propiedad y el principio de interdicción de la arbitrariedad, y por otro, el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y el derecho a la salud conforme será desarrollado *infra*, resulta necesario establecer si dicha intervención normativa resulta legítima. No cabe duda de que, conforme ha sido expuesto, la lógica que subyace tras las normas sobre zonificación obedece a una finalidad constitucionalmente valiosa y que, en principio, resulta idónea para la consecución de tal fin.

19. Por ello, atendiendo a lo previsto por el *principio de proporcionalidad*, y una vez superado el *juicio de idoneidad* conforme ha sido expuesto en el considerando precedente, corresponde evaluar si la medida supera el *juicio de necesidad*, según el cual corresponde analizar *si existen medios alternativos que no sean gravosos en relación con el derecho de propiedad de la recurrente o, al menos, que lo sean en menor intensidad que aquellos utilizados para alcanzar el fin constitucionalmente válido mencionado supra*.

20. Al respecto, conviene precisar que descarto de plano un hipotético escenario de completa desregulación pues si bien las instituciones de mercado podrían maximizar sustancialmente la eficiencia en el sector dado que el Estado no siempre cuenta con toda la información necesaria para lograr tal cometido; dicho objetivo no puede desconocer el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida en condiciones

dignas, reconocido en el inciso 22 del artículo 2.º de nuestra Constitución, que a su vez, se encuentra ligado a otros derechos fundamentales como, por ejemplo, la salud de las personas. Por tanto, las reglas de zonificación, en principio, resultan necesarias para armonizar el derecho de propiedad con el resto de bienes jurídicos comprometidos.

21. En virtud de ello, nuestra Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades (*bloque de constitucionalidad*) encomendaron a la Municipalidad Metropolitana de Lima la planificación del desarrollo urbano incluyendo el establecimiento y la modificación de los planes de zonificación, de acuerdo a las necesidades sociales económicas y físicas, así como la regulación del uso de tierras urbanas acorde con el bien común.

22. Una vez superado tanto el *juicio de idoneidad* como el *juicio de necesidad* se debe analizar si la realización del fin perseguido es proporcional a la intervención estatal en el derecho fundamental a la propiedad de la demandante (*juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*). Como resulta obvio, no hay ni puede haber zonas o islas exentas de control constitucional, por ende, el ejercicio de dicha atribución constitucional es susceptible de ser revisado en sede constitucional a fin de corregir cualquier arbitrariedad.

23. A lo largo de todo el proceso la emplazada no ha esgrimido argumento alguno que justifique la necesidad de imponer dicha zonificación a dichos terrenos. Simple y llanamente, se ha limitado a señalar, por un lado, que el derecho de propiedad no es absoluto y por ende, puede ser limitado, y por otro, que en todo caso la pretensión del recurrente debió canalizarse a través de un proceso de inconstitucionalidad.

24. En consecuencia, al no existir una argumentación que tome en consideración los intereses del recurrente y de la comunidad en conjunto, corresponde estimar la presente demanda a fin de que la demandada comunique por escrito a la recurrente las razones que justifican la imposición de dicha zonificación en el terreno de su propiedad.

Por las consideraciones precedentes, estimo que se debe declarar **FUNDADA** la demanda y, por tanto, ordenar a la Municipalidad Metropolitana de Lima que comunique a la recurrente las razones que justifican la imposición de dicha zonificación en el terreno de su propiedad, en un plazo no mayor de 60 días.

S.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00239-2010-PA/TC
LIMA
PROMOTORA E INMOBILIARIA
TOWN HOUSE S.A.C

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Estimo que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**. En la formulación de mi voto, ha sido relevante, además de los medios probatorios obrantes en autos, la nueva información remitida a este Tribunal, por la comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI y la Municipalidad Metropolitana de Lima, con fecha 22 y 21 de junio, respectivamente. En este sentido, los argumentos que sustentan mi posición son los siguientes:

1. La recurrente pretende que se le declare inaplicable la Ordenanza N.º 1099-MML publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de diciembre de 2007, que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo, debido a que la modificación de zonificación de los suelos donde se encuentra una parte de sus terrenos a "Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)", le prohíbe realizar cualquier tipo de edificación, Alude que dicha ordenanza "contraviene lo dispuesto en la Ordenanza N.º 620" y afecta sus derechos de propiedad, de trabajo y de libertad de empresa (sic), toda vez que antes de su expedición obtuvo la autorización municipal correspondiente para la edificación en dichos predios a través del Certificado de Zonificación y Vías N.º 635-2007-MML-GDU-SPHU, de fecha 10 de diciembre de 2007.
2. Sobre el particular, debe aclararse en primer término que dicho Certificado de Zonificación y Vías N.º 635-2007-MML-GDU-SPHU, obrante a fojas 66, no contiene una autorización municipal para edificar proyectos inmobiliarios en los predios de su

propiedad, sino tan solo una certificación de como se encuentra distribuida la zonificación en dichos predios, Así, en dicho documento se observa que al terreno de la demandante le asisten distintas zonificaciones:

ZHR – Zona de Habitación Recreacional (Área Urbana A.U.);
R1-S – Residencial Unifamiliar Semirústico (Área Urbana A.U.);
R4 – Residencial de Densidad Media (Área Urbana A.U.); y,
ZEHR- Zona Especial de Habitación Restringida (Área de Expansión Urbana – A.E.U.).
[resaltado agregado]

Asimismo, el mencionado certificado de zonificación señala expresamente en el extremo de observaciones que,

“Según plano de clasificación del suelo Metropolitano por condiciones generales de uso aprobado con Ordenanza N° 228-MML y Ordenanza N° 1056-MML parte del predio se ubica en Área Urbana (A.U.), parte en Área de Expansión Urbana (A.E.U.) en la Sub-Área de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural como ZEHR (podrá ejecutar solamente los usos que se establece en el Art. 3º, inciso c) de la Ord. N° 228-MML; y parte no cuenta con Asignación de Zonificación (Fuera del Área de Expansión Urbana)”. [resaltado agregado]

3. A su vez, el Artículo 3º, inciso c) de la Ordenanza 228-MML, establece lo siguiente:

*“c) **Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural** es aquella franja que bordea el Área Urbana y de Crecimiento Urbano de Lima Metropolitana, que tiene por objeto proteger dichas áreas y a la población de los efectos contaminantes en el suelo, subsuelo, aire o agua, y del riesgo físico a que pudieran estar sometidas por su colindancia, por lo que sólo se podrán destinar a arborización, paisajismo, turismo y obras de defensa con fines de protección física y control de eventos de geodinámica externa. En esta Subárea se incluye la Zona Especial de Habitación Restringida considerada en el Plano de Zonificación General de Lima Metropolitana”* (Resaltado agregado)

4. De lo expuesto se puede colegir que los terrenos de la recurrente calificados con zonificación ZHER –al momento de la obtención del Certificado de Zonificación y Vías citado, ya contaban con restricciones que no le permitían la realización de edificaciones o proyectos inmobiliarios; por tanto, las restricciones impuestas por la cuestionada Ordenanza N° 1099, respecto del área denominada “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)”, no hacen más que reconocer, las restricciones que sobre los terrenos de la demandante ya existían.

5. Cabe destacar que si bien el tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el proceso de amparo resulta procedente para proteger el derecho fundamental de propiedad, tal protección se encuentra condicionada a la existencia de suficientes medios probatorios que acrediten la respectiva afectación, la misma que alude a la verificación sobre la justificación de las restricciones que operen sobre el derecho fundamental en mención. En el presente caso, más allá de lo sostenido en los párrafos precedentes, en el sentido de que antes de expedirse la cuestionada Ordenanza N.º 1099 ya existían restricciones sobre la propiedad de la recurrente, resulta evidente que la Ordenanza N.º 1099 contiene una restricción que resulta justificada. En efecto, del artículo 195º inciso 6) de la Constitución y los artículos 79º, incisos 1) y 3), y 157º, entre otros, de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, se desprende que la Municipalidad Metropolitana de Lima, tiene la competencia para establecer y aprobar los planes de zonificación, de acuerdo a las necesidades sociales, económicas y físicas a que hubiera lugar. De la revisión de dicha Ordenanza N.º 1099, que aprueba el reajuste integral de la zonificación de los usos del suelo del distrito de Ate, Chaclacayo y Lurigancho - Chosica, estimo que no se

observan restricciones a la propiedad que puedan resultar desproporcionadas y en definitiva injustificadas.

Asumir, tal como lo exige la recurrente, de que la Ordenanza N.º 1099, debe inaplicarse en su caso, implicaría privilegiar a una determinada empresa inmobiliaria — como la accionante— para que realice construcciones en una zona que ha sido declarada como "Zona de Protección y Tratamiento Paisajista" (en la que precisamente deben promoverse proyectos de arborización, recubrimiento vegetal, tratamiento paisajista y de protección y seguridad física). Materializar tal privilegio de la accionante resultaría desproporcionado respecto a los fines que se pretende obtener mediante la Ordenanza N.º 1099 (protección del medio ambiente y del libre desarrollo y bienestar de las personas, entre otros, conforme se desprende de una interpretación teleológica de dicha ordenanza).

Lo antes expuesto no implica en modo alguno, desconocer la legítima expectativa que la empresa inmobiliaria pueda tener sobre el uso de su propiedad, sino antes bien reconocer que el ejercicio de los derechos fundamentales se debe materializar en armonía con otros bienes constitucionales como aquellos vinculados al bien común. En todo caso, debe dejarse a salvo el derecho de la empresa recurrente para que lo haga valer conforme lo estime pertinente en la vía ordinaria.

6. Finalmente y sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe resaltar que la empresa demandante, ha cuestionado la misma Ordenanza materia de este proceso constitucional, ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI. Referido ente administrativo, declaró infundada la denuncia presentada, debido a que el cambio de zonificación dispuesto a través de la Ordenanza N.º 1099, no constituye una barrera burocrática ilegal en los términos denunciados; pronunciamiento que fue consentido al no haber sido apelado por la denunciante.

Por estas consideraciones, mi voto es porque se declara **INFUNDADA** la demanda.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N.º 00239-2010-PA/TC
LIMA
PROMOTORA E INMOBILIARIA
TOWN HOUSE S.A.C

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto por el voto de mis colegas Álvarez Miranda y Beaumont Callirgos, emito el presente voto singular

1. En el caso de autos, la recurrente pretende la inaplicabilidad en su caso en concreto de la Ordenanza N° 1099-MML, misma que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos de suelo del distrito de Chaclacayo, debido a que la modificación de zonificación de los suelos donde se encuentra una parte de sus terrenos a “Zona de protección y tratamiento paisajista (PTP)” le prohíbe realizar cualquier tipo de edificación. Alude que dicha ordenanza contraviene lo dispuesto en la Ordenanza N° 620 y afecta sus derechos a la propiedad, al trabajo y de libertad de empresa, toda vez que antes de su expedición obtuvo la autorización municipal correspondiente para la edificación en dichos predios a través del certificado de Zonificación y Vías N° 635-2007-MML-GDU-SPHU, de fecha 10 de diciembre de 2007.
2. Alega que a pesar que es propietaria de los terrenos inscritos en las partidas Electrónicas N°s 11049950, 11204004, 11204005, 11204007 y 11801181 del Registro de Predios de Lima y de tener la autorización Municipal correspondiente, la entrada en vigencia de dicha norma le ha impedido realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada puesto que ha modificado la zonificación del área donde se ubican sus terrenos denominándola “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista”. Advierte que dicho cambio, al establecer una zonificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, colisionan con el artículo 35° de la Ordenanza N° 620-MML, que aprueban el Plan Metropolitano de Acondicionamiento Territorial y desarrollo Urbano de Lima, de los planes urbanos distritales y actualización de la zonificación de los usos de suelo de Lima.

3. La procuraduría Adjunta a cargo de los Asuntos Judiciales de la Municipalidad de Lima Metropolitana contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, considerando que no existe manifiesta vulneración de los derechos invocados. En cuanto al fondo, precisa que el derecho de propiedad no es absoluto y que debe entenderse que está sometido a las limitaciones que se establezcan, tanto más si la Municipalidad ha emitido la ordenanza cuestionada en virtud de las facultades que le son asignadas a través del art. 194º de la Constitución. Asimismo, sostiene que de pretenderse un análisis constitucional de la norma, ello debería ser a través del proceso de inconstitucionalidad.
4. El cuarto juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de diciembre de 2008, declara infundada la demanda por considerar que la ordenanza impugnada no es de carácter autoaplicativo. Asimismo, la Sala revisora confirma dicha decisión por considerar que los efectos de la cuestionada ordenanza no inciden directa o indirectamente en la esfera subjetiva del demandante; y que en todo caso, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de la aplicación en los que expresamente se pongan de manifiesto que las áreas calificadas por la norma como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)” están siendo ocupadas indebidamente por el demandante para fines distintos.

Derecho de empresa y Derecho al Trabajo

5. La recurrente señala que se ha vulnerado el derecho al trabajo y a la libertad de empresa ya que los han imposibilitado que su empresa ejerza su actividad empresarial de desarrollo de proyectos inmobiliarios, respecto de los predios de su propiedad al reducir arbitraria e ilegalmente la zonificación aplicable a sus inmuebles.
6. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre la libertad de empresa (STC Nº 0003-2006-PI/TC) señalando que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, está determinado, a su vez, por cuatro tipos de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno.

7. De ello podemos decir acerca de la pretensión que, la recurrente es una empresa constituida y que tiene libre acceso al mercado, asimismo es una empresa que tiene plena independencia de los derechos que le otorga la constitución, tanto como nombre, registro, conformación, etc., por ende la aludida vulneración a la libertad de empresa no puede ser estimada, dado que todas las facultades que le ofrece la constitución como persona jurídica no se han vulnerado.

Con respecto a la aludida vulneración del derecho al trabajo debo sostener que a la empresa recurrente no se le han recortado sus libertades de realizar labores que vayan de acuerdo a la naturaleza de los servicios que prestan, en este caso de construcción, ya que es la propia Constitución la que se encarga de precisar que “Toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley” (Artículo 2º, inciso 15). Este criterio incluso se detalla de manera mucho más precisa cuando se reconoce que si bien “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo [...]”, el ejercicio de dicha libertad

(como de otras complementarias) “[...] no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas” (Artículo 59°). Se trata, en otros términos, de una libertad decisivamente condicionada por otros bienes jurídicos de relevancia y, en particular, por un catálogo esencial de derechos que no puede ni debe ser ignorado. Por ello en este extremo la demanda debe ser declarada improcedente.

El Derecho a la Propiedad

8. La controversia se centra en determinar si la decisión municipal expresada en la Ordenanza Municipal N° 1099-MML, ha afectado los derechos fundamentales de la propiedad, la libertad de trabajo y libertad de empresa, y si esta medida adoptada se torna en expropiatoria en contra del demandante tal como alega.

9. EL Tribunal Constitucional en la STC N° 0008-2003-AI/TC, sostuvo que *“El derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.”* Asimismo señala que *“Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.*

10. Por otro lado la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. Siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales se ha clasificado a las expropiaciones en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en: expropiación progresiva, que son aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo y las expropiaciones regulatorias que son aquellas donde la amenaza de vulneración al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal.

11. Así pues a nivel interno, entendemos por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquellas en donde la Administración Pública a través de una sobre regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permiten extraerle un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.

12. Si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, lo que ello no significa que la Constitución las tolere, ya que una interpretación constitucional válida nos lleva a que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado

procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas. Encontramos que las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en el artículo 70.º, el artículo 2.º, inciso 2, el artículo 63, el artículo 71.º y el artículo 61.º de la Constitución.

13. Así las cosas nos encontramos frente a una amenaza cierta e inminente de vulneración al uso y disfrute de la propiedad del recurrente puesto que las medidas adoptadas en la Ordenanza Municipal 1099-MML, recortan las legítimas y reales expectativas del demandante orientadas a darle el uso real y concreto para el cual fue adquirido el predio. Tal como el Tribunal Constitucional lo ha señalado, “[...] se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “**su**” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial”. De la misma forma afirma que “*El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.*” (STC N° 0008-2003-PI/TC).

14. Resulta de autos que de acuerdo a la Res. N° 127-92-MML-AM-SMDU del 30 de junio de 1992 (norma que aprobó el plano del distrito de Chaclacayo), la Zona Especial de Habitación Restringida (ZEHR), permitía efectuar habilitaciones recreacionales, restaurantes, huertas, granjas, industria elemental y complementaria, así como usos especiales. Asimismo mediante Ordenanza N° 620-MML, la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobó la reglamentación del proceso del Plan de Acondicionamiento Territorial y de Desarrollo Urbano de Lima, así como de zonificación de los usos de suelo de Lima; en dicho reglamento se estableció que cualquier reajuste integral o cambio específico en la zonificación no podía implicar calificaciones menores al tipo de zona que posea un predio o se disminuya el nivel de uso (art. 35º Ordenanza 620-MML). Sin embargo mediante Ordenanza 1099-MML, se estableció el reajuste integral de la zonificación y usos del suelo del Distrito de Chaclacayo, en el cual se dispuso la creación de la denominada Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” (PTP), que disminuye a la Zona Especial de Habitación Restringida (ZEHR) y cuyos usos restringen la posibilidad de efectuar habilitaciones y edificaciones. (art. 10º OM N° 1099-MML)

15. Por ello es válido afirmar sobre la norma en cuestión que a pesar de no estar dirigida directamente al recurrente ya que es de aplicación *erga omnes*, en la práctica se produce una amenaza indirecta vulneratoria de su derecho al uso y disfrute de su propiedad al validar el cambio de zonificación impuesto por la Ordenanza Municipal 1099-MML, zonificación que ya estaba dispuesta en la Ordenanza Municipal N° 620-MML, y que a la luz de la Teoría de los Derechos cumplidos establecidos en nuestra Carta Magna en su artículo 103º, y reiterado en distinta jurisprudencia por Tribunal Constitucional, la norma en cuestión no puede recortar los derechos que, en el tiempo se han establecidos de acuerdo a la normativa vigente en ese momento, (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2) en el tiempo determinado. Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”.

16. Finalmente es menester señalar que si bien esta acreditada la amenaza de vulneración al derecho de propiedad, específicamente al uso y disfrute de la misma por parte de la

municipalidad al haber dispuesto el cambio de zonificación, también es necesario precisar que toda zonificación o cambio de esta debe ir en concordancia con los derechos fundamentales y las políticas ambientales que el Estado disponga; así pues el ejercicio de este derecho - de propiedad - importa limitaciones que tienen por finalidad armonizar el derecho de propiedad individual con el orden publico y el bien común.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es por que la demanda de autos sea declarada:

1. **FUNDADA** en parte, en consecuencia se dispone la no aplicabilidad de la Ordenanza N° 1099-MML para el caso en concreto, debiéndose respetar lo señalado en el artículo 35° de la Ordenanza Municipal N° 620-MML, teniendo presente lo dispuesto en el fundamento 16 del presente voto.
2. **IMPROCEDENTE** en lo demás que contiene.

S.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 00239-2010-PA/TC
LIMA
PROMOTORA E INMOBILIARIA
TOWN HOUSE S.A.C

VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Concuerdo con los fundamentos y el fallo contenidos en el voto del magistrado Calle Hayen, por lo que mi voto es porque se declare **FUNDADA** en parte la demanda, en consecuencia se dispone la no aplicabilidad de la Ordenanza N° 1099-MML para el caso en concreto, debiéndose respetar lo señalado en el artículo 35 de la Ordenanza Municipal N° 620-MML, teniendo presente lo dispuesto en el fundamento 16 de dicho voto; e **IMPROCEDENTE** en lo demás que contiene.

SS.

ETO CRUZ

EXP. N.º 00239-2010-PA/TC
LIMA
PROMOTORA E INMOBILIARIA
TOWN HOUSE S.A.C

VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Llamado por ley a dirimir la discordia producida en el presente caso, emito el presente voto:

§ Delimitación de la controversia y petitorio de la demanda

1. La Sociedad demandante pretende que se le declare inaplicable la Ordenanza N.º 1099-MML, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de diciembre de 2007, que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo, debido a que la modificación de zonificación de los suelos donde se encuentran sus terrenos a “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)” le prohíbe realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada, afectando con ello el goce efectivo de su derecho a la propiedad privada.

§ Amparo contra normas

2. La norma cuestionada en autos es de naturaleza autoaplicativa, en tanto que su artículo 10º “prohíbe la ocupación (habilitación y edificaciones) en áreas calificadas como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP) (...) [debido a que] En estas áreas se permitirá única y exclusivamente arborización, recubrimiento vegetal, tratamiento paisajista y de protección y seguridad física”.

3. De otro lado, y de acuerdo al Certificado de Zonificación y Vías N.º 635-2007-MML-GDU-SPHU, de fecha 10 de diciembre de 2007, obrante a fojas 66, emitido por la Subgerencia de Planeamiento y Habilitaciones Urbanas de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, los predios de propiedad de la entidad recurrente se encuentran en Áreas de Expansión Urbana (AEU) en la Subárea de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural.

4. Con ello se evidencia que dicho extremo de la ordenanza cuestionada repercute directamente en la esfera subjetiva de la Sociedad demandante, puesto que parte de sus predios está ubicada en estas áreas, las cuales han sido zonificadas actualmente como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)”. Por ello, estimo que no se puede negar la naturaleza autoaplicativa de la norma cuestionada, puesto que más allá de que sea o no constitucional, es posible advertir que ella impide cualquier tipo de edificación

sobre aquellos predios que están situados en dicha zona. En consecuencia, corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

§ Derecho a la propiedad privada

5. La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra reconocida en el artículo 2.16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

A ello, debe agregársele que el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo a partir del artículo 2.16, sino también a la luz del artículo 70° de la Constitución, el cual establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho a la propiedad privada, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones. Dado su doble carácter, el derecho a la propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente (*Cfr.* Fundamento N.º 11 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 0030-2004-AI/TC).

§ Límites al derecho de propiedad

6. En efecto, la dimensión objetiva del derecho de propiedad nos obliga a concebirla ya no sólo de una manera unidireccional, atributo subjetivo y absoluto a su titular, sino a considerarla teniendo en cuenta diversos derechos, bienes y atribuciones constitucionales, entre estas últimas, las concedidas a los Gobiernos locales a través del artículo 195.6 de la Constitución, que establece su competencia “para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”.

7. En concordancia con ello, la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, dispone:

“ARTÍCULO 79.- ORGANIZACIÓN DEL ESPACIO FÍSICO Y USO DEL SUELO

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

(...)

1.2. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, (...), el Esquema de Zonificación de áreas urbanas (...) y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.

(...)

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

(...)

3.6. Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de:

(...)

3.6.4. Apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales **de acuerdo con la zonificación**” (Negritas agregadas).

8. En el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima –que tiene asignada por el artículo 198° de la Constitución competencias y funciones específicas irrestrictas de carácter local metropolitano y regional– a través del artículo 161°, incisos 1, 2, 6 y 7, de la Ley Orgánica de Municipalidades, tiene funciones especiales como las de: mantener y ampliar la infraestructura metropolitana, controlar el uso del suelo y determinar las zonas de expansión, construir sistemas metropolitanos de parques, planificar y definir la red vial metropolitana, promover la ejecución de programas de vivienda para familias de bajos recursos, diseñar y ejecutar programas de renovación urbana, promover servicios en caso de desastres, fomentar la inversión privada. Dichas funciones son atribuciones del Concejo Metropolitano, a tenor de lo dispuesto por el inciso 12 del artículo 157° de la citada Ley Orgánica de Municipalidades:

“ARTÍCULO 157.- ATRIBUCIONES

Compete al Concejo Metropolitano:

Aprobar planes y programas metropolitanos en materia de acondicionamiento territorial y urbanístico, infraestructura urbana, vivienda, seguridad ciudadana, población, salud, protección del medio ambiente, educación, cultura, conservación de monumentos, turismo, recreación, deporte, abastecimiento, comercialización de productos, transporte, circulación, tránsito y participación ciudadana, planes y programas destinados a lograr el desarrollo integral y armónico de la capital de la República, así como el bienestar de los vecinos de su jurisdicción. Los planes y programas metropolitanos relacionados con inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación deberán contar con opinión favorable previa del Instituto Nacional de Cultura [...]”.

9. En consecuencia, la Municipalidad Metropolitana Lima tiene como competencia constitucional planificar el desarrollo urbano incluyendo el establecimiento y modificación de los planes de zonificación, de acuerdo a las necesidades sociales económicas y físicas, así como teniendo presente la ampliación territorial de Lima, crisis ambiental, servicios y usos de tierras urbanas acorde con el bien común, información que se tendrá que tomar en cuenta al momento de emitir las licencias municipales correspondientes.

§ Alcances del Certificado de Zonificación y Vías N.º 635-2007-MML-GDU-SPHU obtenido

10. La Sociedad demandante sostiene que las zonificaciones establecidas en el Certificado N.º 635-2007-MML-GDU-SPHU, vigente hasta el 7 de junio del 2008, le habrían permitido las habilitaciones y edificaciones sobre sus terrenos, según se desprende de su demanda obrante a fojas 90.

Sin embargo, según lo observado en autos, lo que no advierte u omite considerar la Sociedad demandante es que dicho documento también establece expresamente ciertas limitaciones de uso sobre aquellos terrenos ubicados en áreas de expansión urbana (AEU). Así, en su observación final, se especifica que:

Según plano de clasificación del suelo Metropolitano por condiciones generales de uso aprobado con la Ordenanza N.º 288-MML y la Ordenanza N.º 1056-MML parte del predio se ubica en el Área Urbana (A.U.), parte en Área de Expansión Urbana (A.E.U.) en la Sub-Área de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural como ZEHR (podrá ejecutarse solamente los usos que se establecen en el artículo 3, inciso c) de la Ordenanza N.º 288-MML), y parte no cuenta Asignación de Zonificación (Fuera del Área de Expansión Urbana) (énfasis agregado).

11. El inciso c) del artículo 3º de la Ordenanza N.º 288-MML, norma anterior a la ordenanza cuestionada, establece que los usos que se podían dar a aquellos suelos zonificados como ZEHR, se restringían a arborizaciones físicas y control de eventos de geodinámica externa, y no así a edificaciones, tal como lo sostiene la empresa recurrente.

Y esto es así debido a que dentro de la calificación de Área de Expansión Urbana (AEU), se estableció una Subárea de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural (ASPN), la cual ha sido concebida en los siguientes términos:

Artículo 3.- “Es aquella franja que bordea el Área Urbana y de Crecimiento Urbano de Lima Metropolitana, que tiene por objeto proteger dichas áreas y a la población de los efectos contaminantes en el suelo, subsuelo, aire o agua, y del riesgo físico a que pudieran estar sometidas por su colindancia, por lo que sólo se podrán destinar a arborización física y control de eventos de geodinámica externa. En esa Sub Área se incluye la Zona Especial de Habilitación Restringida (ZEHR) considerada en el Plano de Zonificación General de Lima Metropolitana” (énfasis agregado).

12. En ese sentido, las Zonas Especiales de Habilitación Restringida (ZEHR), al estar incluidas en la Subárea de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural (ASPN), no le permitían a la Sociedad demandante cualquier tipo de actividades, sino solo arborizaciones físicas y control de eventos de geodinámica externa. Por consiguiente, debido a que dichas limitaciones fueron preexistentes a la entrada en vigencia de la cuestionada Ordenanza N.º 1099, que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los Usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo, las afirmaciones de la empresa recurrente en este extremo quedan desvirtuadas.

§ Análisis del contenido de la disposición cuestionada

13. En ese sentido, una vez aclarado que la Ordenanza cuestionada no era la que impedía las actividades de edificaciones sobre los predios del recurrente, sino que esta limitación preexistía a la publicación de la misma, según se ha observado en el certificado en mención, es preciso analizar finalmente el segundo alegato planteado en su contra.

14. Se sostiene que la Ordenanza N.º 1099-MML es inconstitucional por establecer una clasificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, contraviniendo el artículo 35º de la Ordenanza N.º 620-MML, que aprueba el Plan Metropolitano de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano de Lima.

15. La Ordenanza N.º 620-MML, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2004, reglamenta el Proceso de Actualización de los Usos del Suelo de Lima Metropolitana, es decir, es una norma general que regula los procesos de modificación de la zonificación, y a través de su artículo 35º se dispone que “los procesos de Reajuste Integral de la Zonificación de los Usos de Suelo de Lima Metropolitana y de Cambios Específicos de los Esquemas o Planos de Zonificación Distritales, no podrán establecer clasificaciones menores al tipo de zona que actualmente tienen los predios, ni disminuciones al nivel de uso, de conformidad con los parámetros normativos establecidos en la presente Ordenanza”.

16. La norma sobre la materia que rigió antes de la entrada en vigencia de la Ordenanza en cuestión y la Ordenanza N.º 620-MML era la Ordenanza N.º 228-MML, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de agosto de 1999. Por medio de ella se establecían limitaciones al uso de los suelos para las áreas zonificadas como Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural (ASPN). Esta restricción es la que mantiene la Ordenanza N.º 1099-MML y la aplica a las Zonas de Protección de Tratamiento Paisajista (PTP), las cuales presentan las mismas características y finalidades, esto es, proteger dichas áreas de los

efectos contaminantes en el suelo, subsuelo, aire y agua, y del riesgo sometido a su colindancia, por lo que sólo se podrán destinar a arborización física y geodinámica externa. En consecuencia, al estar dicha limitación preexistente a la ordenanza cuestionada, y por lo mismo, al no establecer clasificaciones menores al tipo de zona que a la sazón tenían los predios, ni disminuciones al nivel de uso, la Ordenanza N.º 1099-MML no presenta vicio alguno que afecte su constitucionalidad.

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

TOWN HOUSE S.A.C

VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en concordancia con la posición del Juez Constitucional Calle Hayen.

1. En el presente caso la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, a fin de que se le inaplique la Ordenanza N° 1099-MML, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de diciembre de 2007, la que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo, puesto que considera que se le está afectando sus derechos de propiedad, al trabajo y a la libertad de empresa.

Refiere que es propietaria de los terrenos inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11049950, 11204004, 11204005, 11204007 y 11801181 del Registro de Predios de Lima. Refiere que de haber obtenido la autorización municipal correspondiente, la entrada en vigencia de la referida ordenanza le ha impedido realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada puesto que ha modificado la zonificación del área donde se ubican los terrenos denominándola “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista”. Expresa que dicho cambio establece una clasificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, colisionando con el artículo 35° de la Ordenanza N° 620-MML, que aprueba el Plan Metropolitano de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano de Lima, de los Planes urbanos distritales y actualización de la zonificación de los usos del suelo de Lima.

2. El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundada la demanda por considerar que la ordenanza impugnada no es de carácter autoaplicativo. La Sala Superior revisora conforma dicha decisión por considerar que los efectos de la ordenanza cuestionada no inciden directa o indirectamente en la esfera subjetiva del demandante; y que en todo caso, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación en los que expresamente se ponga de manifiesto que las áreas calificadas por la norma como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)” están siendo ocupadas indebidamente por el demandante para fines distintos.

3. Llega a mi Despacho el presente caso a efectos de que dirima la causa, encontrando los votos del Dr. Álvarez Miranda, que declara fundada la demanda considerando que el ente emplazado no ha sustentado su decisión de imponer dicha zonificación en zona que el demandante tiene sus terrenos, y dispone que la ente edil emplazado comunique a la empresa recurrente las razones que justifican la imposición de dicha zonificación en el terreno de su propiedad, en un plazo no mayor de 60 días; el voto del Dr. Beaumont Callirgos declaró infundada la demanda de amparo considerando que el derecho a la propiedad debe encontrarse en armonía con otros bienes constitucionales como aquellos vinculados al bien común, expresando que queda expedito el derecho de la empresa recurrente para que lo haga valer conforme lo estime pertinente en la vía ordinaria; el Dr. Calle Hayen declara fundada la demanda considerando que se ha afectado el derecho de propiedad de la empresa recurrente, específicamente el uso y disfrute, señalando que el derecho de propiedad debe ir en armonía con el orden público y el bien común, razón por la que dispone la inaplicabilidad de la Ordenanza N° 1099-MML para el caso en concreto, debiéndose respetar lo señalado en el artículo 35° de la Ordenanza Municipal N° 620-MML e improcedente en lo demás que contiene. Tal posición también es asumida por el Juez Constitucional Eto Cruz. Finalmente encuentro el voto presentado por el Dr. Mesia

Ramírez quien desestima la demanda por infundada considerando que antes de la entrada en vigencia de la Ordenanza cuestionada y la Ordenanza N° 620-MML, se encontraba vigente la Ordenanza N° 228-MML, publicada el 30 de agosto de 1999, la que establecía limitaciones al uso de los suelos para las áreas zonificadas como Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural (ASPN), manteniéndose la misma restricción en la Ordenanza N° 1099-MML –Ordenanza cuestionada a través del presente proceso de amparo– en tal sentido considera que la limitación preexistente se mantiene en la ordenanza cuestionada no encontrando ningún vicio en ella. En tal sentido se observan diversas posiciones que deberán ser evaluadas a efectos de que dirima la causa.

4. Es así que encuentro que la demandante es una persona jurídica, razón por la que expresaré algunas consideraciones al respecto.

Titularidad de los derechos fundamentales

5. Que la Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en su artículo 1º-parte de derechos fundamentales- que “La defensa de la **persona humana** y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” agregando en su artículo 2º que “toda persona tiene derecho...”, refiriendo en la aludida nómina derechos atribuidos evidentemente a la persona humana, a la que sin duda alguna hace referencia el citado dispositivo constitucional.

6. El Código Procesal Constitucional estatuye en su artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales, que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos por tratados de los que el Perú es parte.”

7. Que de lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

8. Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de **Derechos Humanos**, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: “Todos los **seres humanos** nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, nominado en el artículo 2º la enumeración de los derechos que se les reconoce.

9. También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos - “Pacto de San José de Costa Rica”- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano”, haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

10. En conclusión se extrae de lo expuesto que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las

denominadas acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

11. Por ello es que expresamente el artículo 37º del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que enumera el artículo 2º de la Constitución Política del Perú, referida obviamente a los derechos de la persona humana, exceptuando el derecho a la libertad individual porque singularmente dicho derecho está protegido por el proceso de hábeas corpus y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data que la ley les tiene reservados tratamientos especiales por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

12. Que lo expuesto queda claro que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace con las particularidades anotadas pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él es que se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional.

La Persona Jurídica

13. Que el Código Civil, vigente en todo el Perú desde 1984, en su Libro I desarrolla el tema de “personas” colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas. Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado desde dicha fecha y mucho antes en la sucesión de códigos de la materia, tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la ficción de señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivos iguales pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha “persona” ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la “persona jurídica” tiene atribuciones –esencialmente en los bienes patrimoniales que se obliga a transferir al momento de su formación– que no corresponden a los derechos e intereses de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe recalcar que los fines de la persona jurídica obviamente son distintos a los fines de la persona natural, puesto que la reunión de éstas se da por intereses comunes, que conforman interés propio y distinto diferente a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, con general interés de destinar sus aportes a actividades económicas.

14. Las personas jurídicas tienen intereses generales de lucro y destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes, con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán, al fin de cuentas, a las personas naturales que las constituyen. Por esto se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta *prima facie* que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, tienen a su alcance el proceso ordinario (llámese reivindicación, acción posesoria, mejor derecho, desalojo, etc.), igualmente satisfactorio al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana.

15. En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para el que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria, y las cooperativas para las que se consigna también un tratamiento propio.

16. Precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dirige los procesos constitucionales contra el Estado que resulte agresor de dichos derechos, admite como demandante sólo a la persona natural que se considera agredida con la violación de algún o algunos derechos fundamentales. Es por ello que considero que la preocupación de la defensa de los derechos fundamentales debe centrarse en la persona humana, y no en intereses patrimoniales. En tal sentido el derecho constitucional ha buscado abarcar distintos ámbitos y esferas del ser humano en pro de su protección, de manera que se han abordado diversos temas en relación a la afectación de derechos fundamentales de la persona humana. El problema que advierto es que se viene invadiendo ámbitos circunscritos a otros órganos constitucionales, observándose que en algunos casos existe interferencia en las funciones asignadas constitucionalmente a otros órganos, trayendo esto como consecuencia el caos y la propia desnaturalización de los procesos constitucionales que están concebidos como procesos de tutela urgente destinados a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana.

17. Es principalmente por dicha razón que he venido rechazando demandas presentadas por personas jurídicas, puesto que he considerado que la admisión de tales pretensiones no solo desnaturaliza el proceso constitucional de amparo, sino que desmerece la importancia y relevancia de los demás órganos jurisdiccionales a quienes la Constitución también le ha asignado la función de tutela de derechos fundamentales.

18. Por lo precedentemente expuesto afirmo que las personas jurídicas tienen pues derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, pretendan traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de exclusivo interés de la persona humana.

Casos excepcionales

19. Es así que no obstante considerar que el proceso de amparo no está dirigido para la defensa de los intereses económicos de las sociedades mercantiles, expresé la necesidad de admitir un pronunciamiento de fondo respecto de algunos casos excepcionales, considerando que por especiales circunstancias este Tribunal debía pronunciarse de emergencia. Consideré que en tales supuestos se debían evaluar *i)* la magnitud de la vulneración del derecho, *ii)* que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y *iii)* que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte de este Colegiado.

Pronunciamiento mayoritario de este Colegiado

20. Este Colegiado en cambio ha venido aceptando demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles, habiendo tenido que expresar en todos esos casos mi posición singular la que finalmente quedó descartada. Es por ello que ante tal posición mayoritaria de este Colegiado he considerado ampliar los ámbitos de competencia en este rubro, no

obstante dicho proceder, amen que mi posición cerrada debe estar centrada en la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, por esto considero que a partir de este caso, he de pronunciarme respecto al fondo en casos de personas jurídicas, pues no resulta valedero una renuncia tacita a participar en casos que aun así han sido admitidos a trámite por este Tribunal, y también porque como juez constitucional es necesario que asuma competencia en cuanto a un tema que a mi consideración este Tribunal está abordando indebidamente, pero que finalmente es la determinación mayoritaria.

Pronunciamiento de fondo partir del presente caso

21. Por lo expuesto considero necesario –pese a mi rechazo a la admisión de demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles–, pronunciarme sobre tales pretensiones a fin de asumir competencia de un tema que ya es aceptado por este Colegiado. Por ende no puedo renunciar a mi labor de juez constitucional, razón por la que me veo obligado a emitir pronunciamiento a demandas de amparo presentadas por personas jurídicas.

En el caso de autos

22. Tenemos que la demanda de amparo ha sido interpuesta con la finalidad de que se disponga la inaplicación de la Ordenanza N° 1099-MML, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de diciembre de 2007, la que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo, puesto que considera que se está afectando los derechos de propiedad, al trabajo y a la libertad de empresa de la demandante.

23. Se observa de autos que la demandante adquirió el inmueble en el año 1998, siendo propietario de los terrenos inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11049950, 11204004, 11204005, 11204007 y 11801181 del Registro de Predios de Lima. Asimismo encuentro que a la empresa demandante se le expidió el Certificado de Zonificación y Vías N° 635-2007-MML-GDU-SPHU, expedido por la Sub Gerencia de Planeamiento y Habilitaciones Urbanas de la Gerencia de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, estableciéndose en dicho acto administrativo que la propiedad de la empresa emplazada está sujeta a las siguientes zonificaciones:

- ZHR Zona de Habilitación Recreacional Parque Zonal N° 31.
- RI-S Residencial Unifamiliar Semirústico
- R4 – Residencial de Densidad Media
- ZEHR – Zona Especial de Habilitación Restringida.

24. Asimismo apreciamos que posteriormente la entidad edil expide la Ordenanza Municipal N° 1099, que aprueba el Reajuste Integral de la Zonificación de Usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo, estableciéndose como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” la zona en la que se encuentran 2 de las propiedades de la empresa demandante. En tal sentido expresa la recurrente que dicha calificación no le permite ningún tipo de edificación en los inmuebles de su propiedad, como si se le permitía con la anterior zonificación.

25. En tal sentido tenemos que la controversia radica en establecer si la entidad edil al expedir la Ordenanza N° 1099- MML, ha afectado el derecho de propiedad de la demandante.

Derecho de Propiedad

26. El derecho de propiedad se encuentra reconocido por el artículo 2°, inciso 16 de la Constitución, según el cual: “Toda persona tiene derecho: 16) A la propiedad (...)”; así como por su artículo 70°, a tenor del cual: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”.

27. Como cualquier derecho fundamental, el de propiedad no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tácitas.

28. Es así que el derecho de propiedad le otorga a su titular el ejercicio pleno de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien, esto es el derecho de uso, disfrute y disposición del bien. Se conoce por ello que el derecho de propiedad como institución cumple una función social, pudiendo, claro está, encontrarse sujeta a limitaciones. Es necesario precisar que estas limitaciones deben encontrarse justificadas plenamente, puesto que no puede antojadizamente permitir o el despojo de la propiedad o la limitación de algunas de sus facultades.

29. En el caso de autos encontramos que a través de la emisión de la Ordenanza N° 1099-MML, se estableció como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” la zona en la que se encuentra la propiedad de la demandante, recortando así sus facultades de uso, disfrute y disposición.

30. Se observa de autos que la recurrente adquirió la propiedad en año 1998, de acuerdo a la Res. N° 127-92-MML-AM-SMDU, del 30 de junio de 1992 (norma que aprobó el plano distrital de Chaclacayo), estableciendo la zona en la que tenía los terrenos la empresa actora, como Zona Especial de Habitación Restringida (ZEHR), condición en la que se permitía efectuar habilitaciones recreacionales, restaurantes, huertas, granjas, industria elemental y complementaria así como usos especiales. Es decir la demandante adquirió el inmueble con normatividad que permitía inicialmente la disposición plena del bien. Posteriormente mediante la Ordenanza N° 620-MML, la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobó la reglamentación del proceso del Plan de Acondicionamiento Territorial y de Desarrollo Urbano de Lima, así como de zonificación de los usos de suelo de Lima. En dicho reglamento se estableció que cualquier reajuste integral o cambio específico en la zonificación no podía implicar calificaciones menores al tipo de zona que posea un predio o se disminuya el nivel de uso (artículo 35° de la citada ordenanza).

31. Tenemos entonces que el ente emplazado a través de la Ordenanza cuestionada (que aprobó el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo) colocó como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” la zona en la que se encuentran 2 de las propiedades de la empresa demandante, situación que no negamos que esté dentro de la competencia del ente edil. No obstante ello tampoco podemos negar que tal acto constituye una limitación directa a los actos de disposición que puede tener la empresa recurrente con sus propiedades. En tal sentido de considerar el ente edil que tal zona reviste de determinadas calidades que hacen inviable las edificaciones, debió de seguir el respectivo procedimiento expropiatorio a fin de no afectar ni limitar el derecho de propiedad de la demandante, de manera que protegía los bienes jurídicos que pretende proteger a través de la ordenanza y no afectaba el referido derecho de la demandante, encontrándose una solución pacífica.

32. Asimismo cabe señalar que se debe tener presente el crecimiento de las ciudades que hacen de una necesidad las edificaciones, puesto que no podemos concebir zonas amuralladas por años, sin tener presente el rol social del Estado que implica el cubrir las diversas necesidades de la sociedad.

33. En tal sentido se advierte que el ente emplazado afectó el derecho de propiedad de la emplazada, puesto que ésta se encuentra impedida de disponer del inmueble, a través de la ordenanza cuestionada, razón por la que considerando que el ente edil tenía otros mecanismos mas armónicos para dar solución al problema suscitado, corresponde estimar la demanda, debiéndose inaplicar la ordenanza cuestionada al caso de la demandante.

Por lo expuesto considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA**, correspondiendo la inaplicación de la ordenanza cuestionada para el caso concreto, debiéndose respetar lo dispuesto en el artículo 35º de la Ordenanza Municipal N° 620-MML, e **IMPROCEDENTE** lo demás que contiene.

S.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 01405-2010-PA/TC

CALLAO

CORPORACIÓN REY S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de diciembre de 2010, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados MesíaRamírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Corporación Rey S.A. contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, a fojas 711, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

De la demanda

Corporación Rey S.A. interpone demanda de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas con el objeto de que se inaplique el artículo 2º del Decreto Supremo 158-2007-EF en el extremo que aprobó la tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF de 0% para las siguientes subpartidas nacionales (comprendidas en el Anexo I de la mencionada normativa):

- 9607110000 (cierres con dientes de metal)
- 9607190000 (los demás cierres) y

- 9607200000 (partes de cierres)

Sostiene que la eliminación de derechos arancelarios ad valorem CIF para productos (y no para insumos) de la industria del cierre, que por dicho decreto se han aprobado, amenaza sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, de comercio, de industria, de contratar y a la igualdad tributaria.

Manifiesta que con la entrada en vigencia del mencionado decreto se eliminó toda protección arancelaria a su industria, manteniéndose arbitrariamente dicha protección para los mercados de sus principales insumos, lo que amenaza la estructura de costos de su empresa con consecuencias negativas en la política de precios de sus productos finales; y que lo más probable es que incurran en grandes pérdidas económicas, y en el cierre y quiebra de su empresa.

De la contestación

La Presidencia del Consejo de Ministros propone la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado y contesta la demanda argumentando que debe ser declarada improcedente en virtud del artículo 5.2. del Código Procesal Constitucional al no ser el proceso de amparo la vía adecuada para resolver el conflicto.

El Ministerio de Economía y Finanzas deduce la excepción de incompetencia y prescripción y contesta la demanda aduciendo que el tema debatido no incide directamente en la vulneración de derechos constitucionales sino en temas de índole patrimonial y mercantil cuya finalidad es el lucro, no siendo el amparo la vía idónea para conceder derechos e inafectaciones a futuro. En todo caso, al ser un decreto supremo señalan que la vía idónea es la acción popular.

Resolución de primer grado

El Cuarto Juzgado Civil del Callao declaró improcedente la demanda por considerar que el proceso de amparo incoado no está dirigido a cautelar el contenido esencial del derecho de igualdad o trato igualitario en materia tributaria y que el Estado no está obligado a garantizar la viabilidad económica de toda empresa que se funda en nuestro país. Establece que en todo caso la demandante puede acudir a otra vía para cautelar sus derechos. Adicionalmente hacer referencia a que la norma cuya inaplicación se solicita está dirigida para las personas naturales y jurídicas que pretenden importar.

Resolución de segundo grado

La Primera Sala Civil del Callao confirmó la apelada por considerar que el objeto de la demanda es la derogatoria de la normativa con efectos generales y no la inaplicación al caso concreto lo que no se condice con el artículo 3º del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

1. En el presente caso el objeto de la demanda es que se declare inaplicable a la entidad demandante el artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007- EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF (coste, seguro y flete), para las sub-partidas nacionales 9607110000 (cierres con dientes de metal), 9607190000 (los demás cierres) y 9607200000 (partes de cierres) al producirse una diferenciación ya que la importación de sus principales insumos sigan gravados con 9% de arancel, mientras que la importación de sus productos finales no lo están. Manifiesta la recurrente que la desigualdad entre sectores (insumos y productos finales) le crearía (debido a la creación de protecciones efectivas negativas) ingentes pérdidas económicas que originarían el cierre de su empresa, privándola de concurrir al mercado nacional de cierres.

Consideraciones previas

Sobre la idoneidad del proceso constitucional de amparo para evaluar la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007- EF

2. El Decreto Supremo N° 158-2007-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de octubre de 2007, modificó las tasas por derechos arancelarios ad valorem CIF para un significativo grupo de sub-partidas nacionales. En el artículo 2° se modificó las tasas de los derechos arancelarios ad- valoremCIF a 0% de las sub-partidas nacionales comprendidas en el Anexo 1. En el caso concreto, las sub-partidas nacionales de interés son la 9607110000 (cierres con dientes de metal), 9607190000 (los demás cierres) y 9607200000 (partes de cierres). Dichas sub-partidas nacionales se encontraban antes afectas al pago de una tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF de 12%, según los Decreto Supremos N° 091-2007-EF y N° 105-2007-EF. De igual manera, el artículo 3° de dicha normativa establece la tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF del 9% para los insumos de la industria de cierres detallados en el Anexo II, entre ellos hilado de poliéster, aleación de cobre, de cinc, alambre de aluminio, etc.
3. Por la jerarquía de la norma y el contenido del artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, podría argumentarse que el amparo no es la vía adecuada para solucionar la controversia o que el recurrente debió acudir a otro proceso, ya que el órgano jurisdiccional tiene la facultad de inaplicar una norma que contraviene la Constitución mediante el control difuso de constitucionalidad de las normas legales, facultad contemplada en los artículos 51° y 138° de nuestra Constitución.

Amparo contra normas autoaplicativas

4. En el presente caso resulta pertinente que este Tribunal exponga lo que en reiterada y constante jurisprudencia se ha establecido sobre el amparo contra normas. Así, si bien en principio no es procedente el amparo contra normas heteroaplicativas, sí procede contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. En efecto, del fundamento 10 de la STC 03283-2003-AA/TC se infiere que cuando las normas dispongan restricciones y sanciones sobre aquellos administrados que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata de una norma de carácter autoaplicativo que desde su entrada en vigencia generará una serie de efectos jurídicos que pueden amenazar o violar derechos fundamentales.
5. Sobre la incidencia directa de la norma como requisito para que se constituya en una de carácter autoaplicativo, debe precisarse que en materia tributaria la regla es que quien estaba obligado al pago de un tributo encontraba en dichas normas afectación directa al mandato constitucional, por lo que se entendía que la norma era autoaplicativa. Sin embargo toda regla tiene excepciones, ya que, aunque efectivamente en el caso concreto la demandante no tiene la calidad de sujeto pasivo de la norma en sí, existe una incidencia en “forma directa” del contenido y efectos de la norma de manera inmediata, puesto que al rebajar los aranceles del 12 al 0% a los importadores de los mismos productos que elabora y al rebajar el arancel al 9% de sus insumos de producción, no cabe duda que existirá una consecuencia en su proceso productivo, estructura de costos, competencia, etc.
6. En consecuencia, el Decreto Supremo N° 158-2007-EF desde su entrada en vigencia ha tenido efectos de forma inmediata en el comercio e industria de los cierres y sus insumos al modificar el arancel a la importación del cemento de 12% a 0%, además que para la aplicación de la nueva tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF (arancel 0%) no se necesitará de otra norma que la reglamente o disponga sus alcances.
7. Así, para considerar a una norma como autoaplicativa debe evaluarse sus efectos, pues de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, procede el amparo contra normas autoaplicativas; por tanto, teniendo en cuenta que el Decreto Supremo N° 158-2007- EF califica como tal, se analizará el fondo de la pretensión.

Análisis de la controversia

Sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de aranceles y en particular del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF

8. El Tribunal Constitucional mediante STC 03116-2009-PA/TC declaró inaplicable el artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007- EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas de cemento sin pulverizar (<clinker>) y los demás.
9. En primer lugar, es oportuna la ocasión para precisar que el proceso de amparo resuelve situaciones concretas a la luz de los derechos fundamentales invocados. El presente caso, si bien no versa sobre un asunto idéntico al referido en el fundamento anterior, que sólo cuestionaba la rebaja de aranceles, sí cuestiona no solamente la rebaja de aranceles, sino además la existencia –aunque rebajada al 9%- de aranceles en los insumos para la producción de cierres, constituyéndose como un caso de similares rasgos al desarrollado en la ya mencionada STC 03116-2009-PA/TC.
10. Al respecto este Colegiado debe enfatizar que con la finalidad de optimizar el desarrollo y defensa de los derechos constitucionales involucrados puede variar su jurisprudencia. Ya se ha establecido que la decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *civil law* como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del *common law*. En ambos el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique [STC N.º 3361-2004-AA/TC, fundamentos 4 al 8; STC N.º 01412-2007-PA/TC, fundamentos 15 al 22].
11. En consecuencia, este Colegiado en el marco de su función pacificadora y teniendo en cuenta lo expuesto en los fundamentos 10 a 12 considera que conforme a lo que se establezca en el fallo de la presente sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse por todos los operadores jurídicos, en atención a la propia fuerza jurídica de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución.

Análisis de los presuntos derechos vulnerados:

Con relación a la libertad de empresa

12. En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60º reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC).
13. En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución.
14. Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe

formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61º de la Constitución reconoce que el Estado: **a)** facilita y vigila la libre competencia; **b)** combate toda práctica que limite la libre competencia; y **c)** combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

15. De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.
16. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.
17. Teniendo presente lo señalado, este Tribunal considera que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no limita ni restringe alguno de los cuatro tipos de libertades que forman parte del contenido del derecho a la libertad de empresa y que fueron precisados en la sentencia recaída en el Exp. N° 03330-2004-AA/TC, por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, el artículo cuestionado no limita ni restringe la libertad de creación de empresa a que tiene derecho la demandante, pues ésta ya es una empresa constituida (sociedad anónima) y vigente, que tiene por objeto social la producción y comercialización de cierres para la confección.

Asimismo, porque el artículo cuestionado tampoco le prohíbe a la demandante iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una nueva empresa, o bien mediante la adquisición de una empresa ya existente, ni le excluye algún sector económico para el desarrollo de una iniciativa empresarial.

- b) En segundo lugar, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone qué tipo de cierres, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.
- c) En tercer lugar, el artículo cuestionado no limita ni falsea la libre competencia para fabricar cierres. Esto será desarrollado en el fundamento 20 de la presente sentencia.
- d) Finalmente, el artículo cuestionado tampoco prohíbe o impide que la sociedad demandante pueda cesar libremente sus actividades económicas en el momento que estime conveniente o salir del mercado. Es decir, que el artículo cuestionado no impone ningún deber que obligue a la demandante a continuar indefinidamente realizando su actividad económica.

Por estas consideraciones, el Tribunal considera que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

Con relación a la libre competencia

18. El artículo 61º de la Constitución prescribe que “El estado facilita y vigila la libre competencia”. Se le puede definir como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos.
19. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes (STC 0018-2003-AI/TC):

- a. La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.
 - b. La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).
 - c. La igualdad de los competidores ante la ley.
20. En relación a lo expresado sobre el contenido de este derecho, la norma cuestionada no establece una prohibición a las empresas fabricantes de cierres para la confección, para que sigan desarrollando su actividad empresarial, ni las expulsa del mercado en el que se desarrollan. De igual manera, no prevé la prohibición de que nuevos agentes económicos puedan acceder al mercado de la fabricación, ni establece condiciones subjetivas de admisión al mercado de la fabricación de cierres que sean irrazonables o desproporcionadas, razón por la cual no puede considerarse afectada la libre competencia en su aspecto esencial de libertad de acceso al mercado.
21. Por otro lado, el artículo cuestionado no limita la libertad de inversión de las empresas que se dedican a la fabricación de cierres, pues no les impone la obligación de invertir por una parte ni la prohibición por otra. En igual sentido, debe tenerse presente que la norma no elimina ni controla la libertad de formación de los precios en el mercado de los cierres, razón por la cual tampoco puede considerarse afectada la libre competencia.
22. En cuanto al sentido normativo del artículo bajo análisis no produce que el mercado libre, competitivo y transparente de fabricación de cierres se vea limitado, restringido o falseado, toda vez que no incide directa o indirectamente en la libertad de acción y elección de los consumidores ni elimina la oferta y la demanda del mercado de cierres. En consecuencia, también debe desecharse la imputación de violación de los alcances del artículo 61º de la Constitución.

Con relación a la igualdad ante la ley

23. La igualdad es un principio derecho reconocido por el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. De este modo, se reconoce un derecho subjetivo a obtener un trato igual aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, trato igual que exige que ante supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas similares consecuencias jurídicas.
24. En materia económica, el derecho a la igualdad ante la ley y de trato se encuentra reconocido expresamente en los artículos 60º y 63º de la Constitución, en los que se señala por una parte que “la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” y por otra que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”. La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos- realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumo, equipos, etc. (STC 0018-2003-AI/TC).
25. En cuanto a la potestad tributaria en materia aduanera la Constitución de 1993 ha dispuesto que la materia arancelaria se excluya del ámbito de la reserva de ley tributaria, al otorgarle al Poder Ejecutivo la potestad de regular dicha materia mediante decreto supremo, conforme a lo establecido en sus artículos 74º y 118º, inciso 20.
26. Es decir, la política arancelaria es atribución del Presidente de la República y se regula por el Poder Ejecutivo (artículos 74º y 118º, inciso 20 de la Constitución de 1993). En esa línea, la Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas la incluye como su competencia, y de acuerdo a la Resolución Ministerial N.º 005-2006-EF/15, el Poder Ejecutivo ha establecido que la política arancelaria es de reducción progresiva de aranceles, con el fin de promover una competencia que mejore la eficiencia productiva a través de una mejor asignación de recursos productivos y el mayor bienestar del consumidor, a través del acceso a bienes y servicios de menor costo y mayor calidad. Es decir, se orienta a la mejora en la eficiencia en

la asignación de recursos de toda la economía a través de la competencia y con ello al aumento del bienestar general de la población.

27. Con esto no se debe entender que los tributos internacionales están exentos del cumplimiento de los principios constitucionales tributarios, pero su aplicación en materia aduanera tiene particularidades y matices que impone su propia naturaleza (STC 08078-2006-AA/TC).
28. En ese sentido el constituyente ha previsto que de acuerdo con el principio de legalidad, es el decreto supremo la norma que regula los aranceles, entendidos como aquellos impuestos establecidos en el arancel de Aduanas a las mercancías que ingresen o que sean importadas al territorio peruano, lo que guarda relación además con el artículo 118º, inciso 20 de la Constitución, el cual atribuye, como ya se refirió, al Presidente de la República la potestad de regular las tarifas arancelarias. El hecho que se haya previsto ello tiene un fundamento constitucional indudable, en primer lugar, en la complejidad y especialización de la materia aduanera; en segundo lugar, en la fluidez con que, en ocasiones, deben regularse y establecerse dichos aranceles.
29. Entonces puede afirmarse que el arancel aduanero es el impuesto que los Estados aplican al traslado de mercancías que cruzan sus fronteras, generalmente, en el escenario de un intercambio internacional (TLC Perú- Estados Unidos: contenido y aplicación, UPC, Lima 2008, p. 69).
30. Una vez establecido este marco constitucional aplicable a los aranceles aduaneros, resulta interesante revisar la exposición de motivos de la norma cuestionada (Decreto Supremo 158-2007-EF) que en conclusión señala que, “a través de la reducción del promedio y de la dispersión arancelaria se reducen costos de producción y los precios del consumidor lo que propende a la eficiencia en la asignación de recursos y la elevación en el bienestar de los consumidores”. Esto permite afirmar de manera preliminar que en materia económica el análisis del Tribunal Constitucional debe estar dirigido a la salvaguarda e intereses de los ciudadanos-consumidores finales y no de los intereses patrimoniales y empresariales individualistas. Ello en virtud de lo expuesto en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, esto es, que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.
31. Igualmente del Informe de Impacto Normativo elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, de fecha 10 de octubre de 2007, se aprecia como objetivo una política de reducción de aranceles y la justificación de la necesidad de un cambio en el marco legal vigente en ese entonces.
32. Ahora bien, la demandante sostiene que con la aplicación del Decreto Supremo 158-2007-EF se le está dando un trato discriminatorio en relación a sus competidores. Sin embargo la citada norma no sólo establece reglas de juego relativas al mercado de los cierres para confección, sino una nueva y generalizada política arancelaria para el Perú señalando:
 - a. Reducción de aranceles en un total de 4148 subpartidas nacionales.
 - b. Reducción de arancel de 12% a 9% para un grupo de 2678 subpartidas nacionales.
 - c. Reducción de arancel de 12% a 0% para un grupo de 364 subpartidas nacionales (materiales de construcción, bienes de capital, insumos de confecciones, etc.).
33. Tradicionalmente los aranceles han tenido efectos recaudatorios o de barrera para importación de algunas mercancías. Sin embargo, con la globalización y la tendencia a la libre circulación de las mercancías y apertura comercial, el objetivo es la eliminación progresiva de los aranceles a las importaciones.
34. Tal y como refiere René Villarreal, en las últimas dos décadas, América Latina ha venido profundizando un proceso de reformas estructurales que han tenido como objetivo cambiar el funcionamiento y operación del sistema económico, de una economía estatista, cerrada

y sobrerregulada a una economía privatizada de mercado libre y abierto a la competencia internacional en un nuevo mundo globalizado. (Valadés Diego, *Economía y Constitución*, UNAM, México 2001, p. 120).

35. En ese sentido la potestad tributaria y la política aduanera están diseñadas de manera flexible, lo cual está reconocido en la propia Constitución al no constitucionalizarse ni este ni ningún otro tributo. Esto quiere decir que el hecho de que los aranceles se hayan mantenido en un porcentaje invariable por un período de tiempo no significa que no puedan reducirse o que ello deba hacerse necesariamente de forma gradual. Tal cosa dependerá de quien ejerce la potestad tributaria con los límites que ofrece el marco constitucional tributario en el artículo 74º de la Constitución.
36. No debe dejarse de lado que la reducción en los aranceles es un acto enmarcado en el ejercicio de la potestad tributaria del Estado (Poder Ejecutivo en este caso) que en todo caso generaría una pérdida en las arcas fiscales del Estado, acorde como se explicó en los fundamentos precedentes con una política de liberalización de los mercados mundiales y no tiene relación directa con los derechos de la demandante ni mucho menos supone una discriminación.
37. Es decir, el Tribunal Constitucional no puede permanecer aislado de los procesos económicos que vive el país y el mundo y uno de ellos es precisamente el de la apertura comercial, que debe entenderse como una forma constitucionalmente válida de asignar eficientemente la producción y elevar el nivel de vida de los consumidores y usuarios.
38. Debe tenerse en cuenta que la normativa tendiente a la desprotección de la industria nacional, vía la apertura de la competencia internacional a través de la liberalización comercial y financiera, así como la inversión extranjera directa, no implica en sí misma la lesión o amenaza de derechos constitucionales y mucho menos si de autos se puede observar que la empresa demandante tiene posición de liderazgo en el mercado, y ello le ha reportado significativas utilidades y ganancias. En todo caso, no hay prueba alguna que se constituya como indicio razonable de lo contrario a pesar de las afirmaciones de la demandante.
39. Adicionalmente en el transcurso del proceso la empresa demandante hace referencia reiterada a la protección efectiva negativa, sosteniendo que los aranceles a los productos finales actúan como un subsidio para que la actividad se desarrolle dentro del país, mientras que los aranceles a los insumos actúan como impuesto, lo que impulsa que la actividad se desarrolle fuera del país. Agrega que, estableciendo sesgos que influyen en la protección del comercio y en la localización de las industrias cuando se eliminan por completo las políticas arancelarias a los productos finales y, a su vez, se mantienen los aranceles a los insumos, lo que se está haciendo es promocionar el desarrollo de aquellas actividades en el exterior y no se impulsa la producción nacional. Señala que, las modificaciones arancelarias no tienen por finalidad buscar la mejor armonía para que coexistan satisfactoriamente la industria productora de cierres terminados con la importadora de cierres.
40. Según la demandante se ha originado una protección efectiva negativa para su industria, pues no hay grado alguno de protección a su producción de cierres terminados cuando los aranceles actúan preferentemente sobre el sector importador, de bienes similares a los que producen con notoria calidad comparada con la importada lo que resulta discriminatorio.
41. En relación con ello y tal como puede evidenciarse de los documentos aportados como prueba, debe precisarse que la norma bajo análisis redujo los aranceles a 4148 subpartidas, encontrándose en dicho grupo 3 correspondientes a cierres de cremallera (producto final), medida que originó la "protección negativa". En razón de ello, el Ministerio de Producción (PRODUCE) emitió un Informe sugiriendo la reducción de los aranceles a 84 subpartidas de insumos, con el propósito de corregir las protecciones efectivas negativas originadas por el Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, dentro de las cuales se incluyeron 3 subpartidas de insumos de cierres. Estas correcciones se realizaron mediante el Decreto Supremo N.º 163-2008-EF. Sin embargo Corporación Rey continuó con su protesta, considerando que otros 3 insumos (hilado de poliéster, alambre de cobre y aleaciones de

cinc) no habían sido incluidos en la lista remitida por PRODUCE, manteniéndosele el arancel de 9%, por lo cual continuó requiriendo a PRODUCE y al MEF atender su solicitud.

42. En una nueva evaluación, remitida al MEF mediante Oficio N. ° 492-2008-PRODUCE/DM, PRODUCE afirmó que no existía suficiente información para concluir que el mantenimiento del arancel del 9% a los referidos insumos configuraba una situación de protección efectiva negativa y un daño económico a la empresa, frente a lo cual el MEF dentro de sus atribuciones constitucional y legalmente otorgadas no modificó los aranceles. Una empresa con supuesta protección efectiva negativa y nula posición de dominio en el mercado interno, no estaría en posibilidad de aplicar la política de imponer precios menores a sus costos de producción (*dumping*), como lo ha venido haciendo la demandante en sus exportaciones. En consecuencia este extremo de la demanda también debe ser desestimado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 01405-2010-PA/TC
CALLAO
CORPORACIÓN REY S.A.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto por los fundamentos siguientes:

1. En el presente caso tenemos la demanda de amparo interpuesta contra la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas con el objeto de que se declare la inaplicabilidad del artículo 2º del Decreto Supremo N° 158-2007-EF en el extremo que aprobó la tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF de 0% para las subpartidas nacionales 9607110000 (cierres con diente de metal), 9607190000 (los demás cierres) y 9607200000 (partes de cierres).

Refiere que se ha eliminado los derechos arancelarios ad valorem CIF para productos (y no para insumos) de la industria del cierre, manteniéndose arbitrariamente dicha protección para los mercados de sus principales insumos, lo que afecta sus derechos constitucionales.

2. En el presente caso ciertamente no tendríamos una situación urgente que amerite pronunciamiento de fondo por parte de este Colegiado, al advertirse que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica (sociedad mercantil), le falta interés para interponer su demanda en proceso constitucional de amparo en atención a que su finalidad evidentemente está dirigida a incrementar sus ganancias propias de toda sociedad mercantil. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano físico y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “**persona humana**”, a la que por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudierarequerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, (sociedad mercantil) que ve en el proceso constitucional de amparo la forma más rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional y urgente, puesto que ello significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que este Colegiado podría ingresar al fondo de la controversia en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente y de inminente realización (urgencia) y iii) que ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro.
3. Siendo así es que considero que en este caso solo cabe evaluarse los argumentos esgrimidos en la demanda para extraer la convicción de excepcionalidad que permita un pronunciamiento fondal.

En el presente caso

4. Se observa que la empresa recurrente interpone demanda de amparo solicitando la inaplicación del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, que redujo los derechos arancelarios ad valorem CIF para ciertos productos a 0%, considerando que se vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, de comercio, de industria, de contratar y a la

igualdad tributaria. En tal sentido se evidencia que la demandante solicita se le inaplique un dispositivo legal en atención a que éste va a traer como consecuencia la apertura del mercado a otras empresas, lo que definitivamente –expresa– afecta su posición en el mercado.

5. El artículo 3º del Código Procesal Constitucional señala que *“Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.*

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. (...) En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.”

En tal sentido conforme lo señala el artículo mencionado procede la inaplicación de una norma cuando ésta sea autoaplicativa, estableciéndose expresamente que de encontrarse incompatibilidad de la norma objeto de control con la Constitución del Estado, la inaplicación será para el caso concreto, lo que significa que sólo quien ha sido afectado con la aplicación de una norma podrá solicitar –vía proceso constitucional de amparo– su inaplicación por considerarla inconstitucional, (agravio concreto). Esto se traduce en la necesidad de que el que recurra a un proceso constitucional se encuentre agraviado directamente por la aplicación de una norma, siendo ello un requisito necesario que faculta al juez constitucional a ingresar recién a evaluar la controversia. Lo contrario implicaría el aceptar demandas en las que se solicite la inaplicación de una norma por considerarla inconstitucional, perdiendo totalmente la razón de ser el proceso destinado a exclusividad a evaluar en forma abstracta la constitucionalidad de una norma con rango de ley.

6. Es en tal sentido que cuando el legislador ha habilitado el proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales lo ha hecho de manera excepcional ante una afectación directa e inminente, buscando saltar la valla impuesta por la Constitución Política del Estado en su artículo 203º, referida a la legitimidad para interponer demandas de inconstitucionalidad.
7. Por ello revisados los autos encontramos que el Decreto Supremo cuya inaplicación se solicita no está siendo aplicada directamente a la empresa recurrente, por lo que no estamos frente a una afectación directa por aplicación de una norma que le es desfavorable, conforme lo exige el artículo 3º del Código Procesal Constitucional. Por ende al no encontramos ante un agravio concretizado a la empresa recurrente (sociedad mercantil) con la aplicación de un Decreto Supremo que se reputa como inconstitucional, la demanda debe ser desestimada.
8. Asimismo cabe señalar que si bien no existen ámbitos exentos del control constitucional, dicho control también debe darse dentro de los cánones constitucionales establecidos, ello significa que si bien el órgano contralor encuentra la razón de su facultad en la Carta Constitucional, también encuentra ahí sus límites, esto es el encontrarse impedido de asumir competencias constitucionalmente establecidas para otro órgano.
9. En el presente caso el ente estatal demandado ha emitido la norma cuya inaplicación se solicita, con la finalidad *no* de perjudicar a una empresa determinada –en este caso a la empresa demandante a quien no se le ha aplicado la norma cuestionada– sino de fomentar la libre competencia en el mercado, buscando de esta manera que mejore la calidad del producto que se comercia en beneficio de los consumidores. Es así que conforme lo establece la Constitución Política en su artículo 58º *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”*, lo que implica que el Estado no interfiere en el mercado, pero sí puede brindar mecanismos necesarios a fin de orientar el desarrollo del país. Es así que lo realizado por el ente emplazado se encuentra bajo los parámetros

constitucionales establecidos, no pudiéndose amparar una pretensión que pretende una ingerencia ilegítima que rompe todo orden constitucional establecido.

10. En conclusión revisados los autos –existe proceso y por ende demandado– advierto que principalmente la empresa recurrente pretende bloquear cualquier tipo de competencia que pueda acarrear la apertura de mercados. Por ello este Colegiado no puede permanecer aislado al proceso de apertura comercial que vive nuestro país –como señala el proyecto en mayoría–, por lo que no se puede avalar la pretensión de una empresa que contando con posición preferencial, pretende mantenerla obstaculizando cualquier tipo de acceso o apertura que pueda propiciar el Estado. Por lo expuesto al no haberse aplicado de forma alguna la norma cuya *inaplicación* se solicita la demanda debe ser desestimada por improcedente.
11. Por lo expuesto y evaluado los autos en el presente caso la demanda de la empresa recurrente debe ser desestimada, no sólo porque la empresa recurrente no es el sujeto pasivo de la norma sino por el objeto de su pretensión.

En consecuencia mi voto es porque se declare la **IMPROCEDENCIA** de la demanda de amparo propuesta.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 01460-2010-PA/TC**AYACUCHO****EMPRESA DE TRANSPORTES****DE SERVICIOS MÚLTIPLES****ASIMOSA EXPRESS E.I.R.L.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 6 días del mes de diciembre de 2010, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Leonardo Guillermo Palomino Vidalón, en representación de la Empresa de Transportes de Servicios Múltiples ASIMOSA EXPRESS E.I.R.L., contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas 129, su fecha 23 de diciembre de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huamanga con el objeto de que cese la amenaza contra sus derechos constitucionales relativos a la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, libertad de trabajo, libertad de empresa, comercio, libre circulación y prestación del servicio de transporte público de pasajeros en vehículos menores (mototaxis) en el Distrito de Ayacucho, Provincia de Huamanga.

Solicita que se declare inaplicable el artículo 1º, incisos 5), 6) y 7), artículos 13º, 14º, 26º, 27º, 28º, 29º y 36º, así como la Segunda Disposición Final Complementaria de la Ordenanza Municipal N.º 014-2009-MPH/A, de fecha 13 de mayo de 2009, por la cual se aprueba el Reglamento del Servicio Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores incluido el cuadro de infracciones y sanciones aplicables dentro de la provincia de Huamanga, publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 20 de mayo de 2009, que pretende prohibir la circulación de mototaxis.

Manifiesta que la demandada no cuenta con un plan regulador ceñido al Plan Maestro de Transporte (artículo 4º del D.S. N.º 004-2000-MTC), pues no respeta los criterios de jerarquización vial estipulados en el artículo 19º del D.S. N.º 017-2007-MTC; y, además, no ha tomado en cuenta la participación de la Comisión Técnica Mixta al momento de la elaboración de la ordenanza cuestionada.

El Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 20 de agosto de 2009, declaró improcedente la demanda, por considerar que el acto presuntamente lesivo está constituido por normas infraconstitucionales que pueden ser cuestionadas a través del proceso contencioso-administrativo, que se constituye como una vía procedimental específica destinada a tutelar y restituir derechos constitucionales, y que acoge en su estructura una etapa de actuación probatoria.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho confirmó la apelada, por similares consideraciones.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable el artículo 1º, incisos 5), 6) y 7), los artículos 13º, 14º, 26º, 27º, 28º, 29º y 36º, así como la Segunda Disposición Final Complementaria de la Ordenanza Municipal N.º 014-2009-MPH/A, de fecha 13 de mayo de 2009, por la cual se aprueba el Reglamento del Servicio Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores, incluido el cuadro de infracciones y sanciones aplicables dentro de la Provincia de Huamanga, Distrito de Ayacucho, que prohíbe la circulación de mototaxis.
2. Las referidas normas establecen lo siguiente: Artículo 1º.- *“vehículos menores: son los vehículos motorizados o no motorizados de tres ruedas, clasificados en mototaxi... inciso 5) zona de trabajo; áreas territoriales determinadas y autorizadas por la Municipalidad respectiva a las personas jurídicas dedicadas a la prestación del servicio público de transporte especial en vehículos menores, mediante Resolución Municipal, 6) vías de trabajo; lugar por donde deberán circular los vehículos menores, debidamente determinados y autorizados por la Municipalidad con el permiso de operación mediante Resolución Municipal y, 7) Paradero; zona ubicada en la vía pública, técnicamente calificada y autorizada por la Municipalidad de su jurisdicción, utilizada temporalmente para subir y bajar los pasajeros del vehículo...”* El artículo 13º.- *“Son lugares de servicio de transporte público especial de pasajeros en menores las zonas de trabajo, vías de trabajo y los paraderos, como lo establece el artículo 14º que dispone que a partir de la aprobación y publicación de la Ordenanza, sólo circularán vehículos menores que realizan el servicio de transporte público especial de pasajeros, en la jurisdicción del Distrito de Ayacucho por una serie de calles delimitadoras...”*
3. Asimismo, la recurrente cuestiona las sanciones comprendidas en el artículo 26º que dispone *“que las infracciones son: cometidas por las personas prestadoras del servicio de vehículos menores motorizados, por conductores de vehículos menores y cometidas por los usuarios”*. En el artículo 27º se señala.- *“Constituye infracción al presente reglamento la trasgresión de las disposiciones por acción u omisión con multas vigentes al momento del pago, según escala que constituye parte integrante de la norma”*. Por su parte el artículo 28º, *“establece las sanciones que ameritan la cancelación del permiso de operación...”*, el artículo 29º: *“las infracciones que ameritan el retiro definitivo del padrón oficial de mototaxis y por ende la suspensión y cancelación definitiva de las autorizaciones emitidas por la Municipalidad”*. Por su parte, el artículo 36º *“establece la nueva escala de infracciones y sanciones aplicables al servicio de transporte especial de pasajeros en vehículos menores, que se incorporará al RAISA de la Municipalidad...”*. Por último cuestiona la Segunda Disposición Final Complementaria de la Ordenanza Municipal N.º 014-2009-MPH/A, *“que prohíbe la circulación de mototaxis en algunas vías del Distrito de Ayacucho de la provincia de Huamanga”*.
4. De ello se concluye que el actor no pretende impugnar un acto en concreto como consecuencia de la ordenanza, sino toda la normativa relativa a la regulación del servicio público de mototaxis en la Provincia de Huamanga y, de manera particular, la competencia municipal en esta materia, por considerarla lesivos a sus derechos.
5. La Constitución, en su artículo 195º, establece que los gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito.
6. De acuerdo al reglamento impugnado de Ordenanza Municipal N.º 014-2009-MPH/A), son vehículos menores los motorizados que no excedan los 350 c.c. provistos de la cabina con una capacidad no mayor de tres (3) pasajeros en la parte posterior y de una montura en la parte delantera para uso del conductor.
7. Respecto a la materia de competencia, el artículo 81º de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N.º 27972) señala: *“Las municipalidades, en materia de tránsito, vialidad y transporte público, ejercen las siguientes funciones:*
 1. *Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:*

[...]

1.2. *Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia.*

[...]

1.4. *Normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto.*

[...]

1.6. Normar, regular y controlar la circulación de vehículos menores motorizados o no motorizados, tales como taxis, mototaxis, triciclos, y otros de similar naturaleza. [...]

1.9. *Supervisar el servicio público de transporte urbano de su jurisdicción, mediante la supervisión, detección de infracciones, imposición de sanciones y ejecución de ellas por incumplimiento de las normas o disposiciones que regulan dicho servicio, con el apoyo de la Policía Nacional asignada al control de tránsito” (énfasis agregado).*

8. El Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 033-2001-MTC, vigente al momento de la expedición de la ordenanza, establecía en su artículo 157º que: “*Los vehículos menores motorizados o no motorizados que presten el servicio público de transporte especial de pasajeros, sólo pueden circular por las vías que señalen las autoridades competentes*”. Finalmente, la Ley de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores (la Ley N.º 27189), en su artículo 3 precisa que: “*El servicio solo podrá ser prestado luego de obtener la respectiva autorización otorgada por la Municipalidad correspondiente, donde prestan dicho servicio*”.

9. Conforme a lo expuesto, este Tribunal no puede sino concluir que la Municipalidad demandada era y es competente para emitir la ordenanza cuya constitucionalidad se está cuestionando en el presente caso. Como se observa, la Municipalidad está facultada para legislar no solamente en lo que respecta a la prestación de algún servicio público llevado a cabo mediante estos vehículos menores, sino respecto a la circulación de este tipo de vehículos en general.

10. Ahora bien, en torno a la Resolución de Gerencia N.º S/N-2007-MPH/GSP (fojas 25), de fecha 29 de diciembre de 2006 y al cumplimiento de requerimientos y pagos para obtener el permiso de operación, debe precisarse que en la actualidad dicho permiso se encuentra vencido, ya que fue otorgado por el lapso de tres años y no puede renovarse precisamente al encontrarse vigente la normativa ahora impugnada. Todo cumplimiento de requisitos y obligaciones de carácter económico a los que hace referencia la empresa actora están referidos a la resolución de gerencia ya caduca.

11. No está demás traer a colación lo expresado por el Tribunal Constitucional en un caso similar, en la STC 00001-2008-PI/TC para el caso de normas reguladoras del tránsito de mototaxis, en la que se indica que “...se pretende integrar la libertad de tránsito de los propietarios o usuarios de los mototaxis con la seguridad pública, esto es, con la seguridad de los transeúntes y los pasajeros de los vehículos menores, puesto que la geografía del distrito de Abancay genera riesgos para que los vehículos menores no estén preparados. En suma, la medida legal de la Municipalidad supera los criterios establecidos en el examen de proporcionalidad, haciendo de la medida una de tipo proporcional y acorde con los parámetros constitucionales”.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

EXP. N.º 02469-2010-PA/TC**CAÑETE****LOBATÓN****TARAZONA TUCTO****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 25 días del mes de octubre de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Lobatón Tarazona Tucto contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete, de fojas 734, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de febrero de 2007, el demandante interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Chilca-Cañete y el Comisario del distrito de Chilca por la presunta vulneración de sus derechos a la vida, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, a la propiedad, paz y tranquilidad, a trabajar y a la libre empresa al haberse apersonado los trabajadores de la citada entidad en compañía de personal policial y con el apoyo de un cargador frontal causando una serie de destrozos materiales y procediendo a acumular desmonte frente a las puertas de su propiedad (Panamericana Sur antigua Nro. 1135) ocasionando la destrucción de cañerías, veredas y zócalos.

Manifiesta que es titular del local video pub Las Vegas y que existe una conducta ilegal y abusiva al exigirle sumas de dinero para continuar operando; alega que su local contaba con licencia hasta el 26 de enero de 2007, habiendo solicitado el cambio de provisional a definitiva.

El Juzgado Mixto de Mala declara improcedente la demanda en aplicación de los incisos 1 y 2 del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional. Por su parte, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete declara la improcedencia de la demanda, estimando que, de conformidad con la STC N.º 03330-2004-AA/TC, el demandante no se encuentra ejerciendo correctamente su derecho a la libertad de empresa ya que no cuenta con licencia de funcionamiento, debiendo aplicarse el inciso 1 del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional emitió sentencia revocando las resoluciones expedidas por el Poder Judicial y ordenando admitir a trámite la demanda, considerando que aunque no se acredite la titularidad de los derechos alegados, existen elementos suficientes para comprender que podría estarse vulnerando sus derechos a la paz y a la tranquilidad, a la salud e inclusive a la propiedad o libertad de locomoción que ameritarían un pronunciamiento de fondo una vez planteados los argumentos necesarios a fin de poder evaluar la legitimidad y proporcionalidad de los actos llevados a cabo por la administración municipal.

El Juzgado Mixto de Cañete declara fundada la demanda por acreditarse la vulneración de los derechos a la vida, paz y tranquilidad, salud y propiedad al observarse que en la ejecución de la medida de clausura del establecimiento no existió proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, constituyéndose en actos ilegítimos y vulneratorios de los derechos del demandante.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante e improcedente la demanda.

FUNDAMENTOS

1. El objeto del proceso es que se repongan las cosas al estado anterior al 21 de enero de 2007, fecha en que fue clausurado el local del demandante ocasionando destrozos y daños materiales cuantiosos, así como la acumulación de desmonte frente a las puertas de acceso de su propiedad. Adicionalmente, solicita que se le otorgue licencia de funcionamiento definitiva para seguir operando el local video pub Las Vegas, que venía funcionando con una provisional y ya vencida.
2. En primer lugar, cabe señalar que el presente proceso ya ha sido materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en tanto mediante resolución de fecha 8 de mayo de 2009 se resolvió, “revocar las resoluciones emitidas por el Poder Judicial y admitir a trámite la demanda”. Ello en cuanto se consideró que a pesar de no haberse acreditado la titularidad de los derechos, existían elementos suficientes para comprender que podrían estarse vulnerando los derechos a la paz y tranquilidad, a la salud e inclusive a la propiedad o a la libertad de locomoción.
3. En ese estado una vez que se admitió a trámite la demanda y al haber sido declarada improcedente por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete, con nuevos elementos de juicio, abundante material probatorio y con la participación de los demandados, se procede a expedir sentencia.
4. Antes de entrar al análisis de los derechos constitucionales presuntamente vulnerados resulta pertinente hacer algunas precisiones sobre la discutida legitimidad para obrar del demandante.
 - a) De autos se acredita que el titular de la licencia de funcionamiento del negocio de video pub Las Vegas es Shumacher Tarazona Tucto, que dicho local estaba alquilado a Oscar Jesús Bazán Chauca, y que la licencia era por el período de un año. Es decir, que a la fecha está vencida y el demandante no era el titular del negocio (fojas 4).
 - b) De autos se puede evidenciar que el contrato de traspaso del negocio por el inquilino Shumacher Tarazona Tucto traspasa su video pub al propietario Lobatón Tarazona Tucto es de fecha 14 de agosto de 2007, fecha posterior a la presentación de la demanda (fojas 429).
 - c) A fojas 423 de autos, obra una copia del testimonio del contrato de compraventa a favor del demandante, siendo el área de compra 144.00 m², equivalentes al 3.2% de acciones y derechos. Dicha área está ubicada en la carretera Panamericana Sur, kilómetro 68, N. ° 1135, manzana 127, lote 8, predio que está dentro del área mayor de 4, 500.00 m², equivalente al 100%, no acreditándose la división e independización correspondiente al referido predio.
5. Todo ello nos demuestra la persistencia de las dudas sobre la titularidad de los derechos que alega el actor en cuanto al bien inmueble y al negocio que supuestamente dirige. Conviene además citar la Resolución recaída en el proceso N. ° 2301-2009-PHC-TC, promovido por el mismo demandante por los mismos hechos, en el que este Colegiado señala: “lo que en realidad pretende el demandante es cuestionar las funciones de fiscalización de la municipalidad respecto a la clausura de locales que carezcan de licencia y/o autorización municipal. Ello en base a las siguientes consideraciones: a) Señala que la propiedad ubicada en la Panamericana Sur N° 1135 del distrito de Chilca-Cañete es su inmueble, el que de acuerdo al acta de constatación de fojas 31, se encuentra en casi toda su extensión con acumulación de arena. Sin embargo, de acuerdo a las instrumentales en ese inmueble funcionaría un video pub Las Vegas, que habría sido clausurado, b) Las fotos datan del año 2007 y según se señala en la instrumental, la clausura del local ocurrió en enero de 2007; y en el caso el demandante refiere que la colocación de desmonte comenzó en noviembre de 2008; c) No se acredita

- en autos que el demandante haya presentado reclamo ante la misma municipalidad por el bloqueo de su propiedad considerando que si se tratara de su vivienda el reclamo sería la primera acción a realizar por parte del propietario”.
6. Todo lo expuesto nos ofrece algunos elementos de juicio para emitir un pronunciamiento de fondo relativo al actuar de la entidad demandada ante la supuesta vulneración de los derechos del demandante.
 7. En cuanto a los derechos a la paz y tranquilidad y a la salud, debido a la “acumulación de desmonte frente a las puertas de acceso de su propiedad y la generación de daños materiales cuantiosos”, debe precisarse que lo único que obra en autos son unas fotografías (fojas 10, 11 y 12) que muestran un cargador frontal y montículos de arena en una zona deshabitada, lo que no causa convicción probatoria en este Colegiado. En todo caso, se deja a salvo el derecho del actor para hacerlo valer en la vía y la forma legal correspondientes.
 8. La STC 3330-2004-AA/TC, “en el marco de las facultades y atribuciones que otorga la Ley a las Municipalidades, está precisamente la de otorgar licencias para la conducción de locales, pubs, discotecas, etc. Sin embargo, el otorgamiento de estos derechos en el marco de la libertad de empresa consagrada en el artículo 59° de la Constitución señala que el ejercicio de la misma “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”. Es decir, se están precisando los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1° y 3° de la Constitución, y que se convierte en “un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres”. La realización práctica de la dignidad del ser humano conlleva la admisión de un *status activus processualis*, al contener un efecto vinculante en tanto categoría jurídico-positiva y valorativa”.
 9. Así, en la misma sentencia se indica que “el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”.
 10. A fojas 484 de autos, obra la Resolución de Alcaldía N.º 00116-2007-AL/MDCH, de fecha 12 de febrero de 2007, mediante la cual la solicitud de inscripción de predio, se resuelve declarar improcedente el pedido en tanto que al haberse realizado una inspección ocular por la Dirección de Desarrollo Urbano, Rural y Medio Ambiente, se pudo acreditar que en dicho lugar viene funcionando el bar Las Vegas, que fuera clausurado por carecer de licencia de funcionamiento municipal, ya que eran frecuentes los escándalos de los asistentes, quienes estaban en compañía de féminas de dudosa reputación, alterando la tranquilidad de los vecinos.
 11. En el mismo sentido, a fojas 390, se puede observar la Resolución expedida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cañete, la cual expone: “se acredita con el atestado policial N.º 001-2007-VII-DITERPOL-DIVPOL-CY-CDH-SIC que el ahora demandante y otro fueron intervenidos por personal policial cuando personal de la municipalidad procedían a bloquear con montículos de tierra los alrededores del local nocturno dentro del cual se escuchó disparos presumiblemente de arma de fuego, motivo por el cual personal policial, procedió a interrogar a los sujetos, quienes se resistieron a la autoridad lanzando improperios y amenazas lo cual motivó su traslado y detención a la comisaría de Chilca. Se trataba de un operativo destinado a impedir el funcionamiento ilegal de bares y locales nocturnos de dudosa reputación”.
 12. Pues bien, de las pruebas aportadas al proceso, a fojas 652 y siguientes, obra la Resolución Nro. 17-2008-FFMM, expedido por la Fiscalía Provincial de Mala, en el que se señala que: “por acciones de inteligencia, se han detectado la existencia de inmuebles

que funcionaban bajo la fachada de discotecas, video pubs y bares, ubicados en el distrito de Chilca en la dirección antes mencionada, siendo las siguientes: (...) Vivienda 08: Ubicada en la antigua Panamericana Sur N.º 1135 (Chilca- Cañete), vivienda de un piso, construido con material noble, fachada color verde claro, con una puerta de fierro y protectores de triplay, con una ventana con protectores de fierro tapiado de triplay y con un logotipo en la parte superior de la puerta denominado Las Vegas, administrado por la persona de Lobatón Tarazona Tucto (a) “Churro” de aproximadamente 32 años de edad (...) quienes se dedicarían a los delitos de microcomercialización de drogas y proxenetismo de mayores y menores de edad, en el inmueble signado con el N.º 1135, denominado Bar Las Vegas, ubicado en la antigua Panamericana Sur en el distrito de Chilca, lugar donde funciona un video pub, donde se ubican sillas, mesas y una pequeña pista de baile, donde las meretrices en un número aproximado de 15 entre mayores y menores de edad, se encuentran sentadas y baradas (sic) en el ingreso a la espera de los parroquianos ocasionales, a quienes luego de captarlos y de consumir bebidas alcohólicas les ofrecen sus servicios sexuales, cobrando la cantidad de 20 nuevos soles por cliente, quienes luego de realizar el trato comunican a los sujetos (...) para hacerlos ingresar al cuarto reservado, donde existen colchones en un estado deplorable y antihigiénico, lugar donde realizan actos sexuales, con el peligro de contraer alguna enfermedad infectocontagiosa (...) asimismo, en el interior del lugar hay un fumadero, en el que se dedican a la microcomercialización de drogas – PBC, pagando tres soles por cada kete”.

13. A fojas 658, se observa la Resolución de Allanamiento y descerraje, de fecha 18 de febrero de 2008, emitida por el Juzgado correspondiente, así como la Resolución Directoral N.º 003-2008-DSCY/MDCH, de fecha 19 de marzo de 2008, por la que se dispone la clausura del local Las Vegas.
14. En ese sentido, este Colegiado llega a la conclusión de que la Municipalidad actuó en el marco de sus facultades y prerrogativas en salvaguarda del interés público de la comunidad, ya que como se ha referido el ejercicio, de su derecho a la libertad de empresa resultó lesivo a la moral, a la salud y a la seguridad públicas, razón por la cual debe desestimarse la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

EXP. N.º 02485-2010-PA/TC**JUNÍN****ISAÍAS ERNESTO****RAMÍREZ FERNÁNDEZ****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 2 de setiembre de 2010

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Isaías Ernesto Ramírez Fernández, contra la resolución, de fojas 142, su fecha 31 de marzo de 2010, expedida por la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 2 de julio de 2009 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de El Tambo, representada por su Alcalde señor Ángel Unchupaico Canchumani, contra el Gerente de Desarrollo Económico señor Fredy Alejandro Retamozo Soriano, don José Goche Rodríguez, en su calidad de Jefe del Serenazgo de la referida Municipalidad, así como contra el Jefe de la Policía Municipal, señor Alejandro Alvarado Cárdenas, con la finalidad de que se inaplique a su persona:

- ☐ La Ordenanza Municipal N° 078-2009-MDT/ CM, de fecha 15 de abril de 2009, publicada en el diario "Primicia" con fecha 17 de abril de 2009.
- ☐ La Ordenanza Municipal N° 079-2009-MDT/ CM de fecha 20 de mayo de 2009, publicada en el diario "Correo" con fecha 25 de junio de 2009.
- ☐ La Resolución Gerencial N° 270-2009-MDT/ GDE de fecha 3 de junio de 2009, Expediente N° 108-2009.
- ☐ La Resolución Gerencial N° 275-2009-MDT/ GDE de fecha 5 de junio de 2009, Expediente N° 103-2009.

Sostiene que las antedichas resoluciones sirvieron para denegar su pedido de licencia de funcionamiento de sus locales comerciales afectándose con ello sus derechos al debido proceso, al trabajo, a la libertad de empresa, así como los principios de publicidad y legalidad, toda vez que no han sido publicadas en el diario oficial de anuncios judiciales, tornándose en ineficaces.

2. Que con resolución de fecha 16 de setiembre de 2009 el Sexto Juzgado Civil de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín declara fundada en parte la demanda por considerar que la Ordenanza Municipal N° 078-2009-MDT/ CM no ha sido dictada con la publicidad que demanda la Ley, consecuentemente las resoluciones gerenciales indicadas también se declaran nulas e inaplicables. A su turno, la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por estimar que el demandante carece de licencia de funcionamiento requisito de procedibilidad previsto para la viabilidad de su demanda mediante el proceso de amparo.
3. Que con relación a la presunta afectación de los derechos a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, así como de los principios de publicidad y legalidad, según el mismo

recurrente lo reconoce expresamente en su escrito de demanda, sus locales comerciales no cuentan con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal para giro especial, por lo que no habría situación anterior que reponer, toda vez que en el proceso de amparo no se declaran derechos sino que se restituyen. Por lo tanto al no evidenciarse en el actuar de la autoridad edil arbitrariedad alguna que denote afectación de los derechos constitucionales invocados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente.

4. Que asimismo es pertinente recordar que en cuanto al otorgamiento de licencias de funcionamiento y clausura de locales comerciales, este Colegiado, en los fundamentos 25, 28 y 31 de la STC 3330-2004-AA, ha precisado que: a) la libertad de trabajo se vulnera si no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa, y que, por ello, para determinar la afectación de la libertad de trabajo, previamente debe constatarse la vulneración del derecho a la libertad de empresa; b) la demanda será declarada necesariamente improcedente si un derecho fundamental no le asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, "(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...); c) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental, como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido si el demandante no cuenta con la licencia de autorización correspondiente de parte de la autoridad municipal; y, d) por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de la autoridad municipal al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento (o de la clausura de locales), el afectado debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la transgresión de un derecho fundamental.
5. Que consecuentemente al no contar el recurrente con la autorización municipal correspondiente, su pretensión carece de asidero legal.
6. Que por consiguiente no habiéndose acreditado que los hechos alegados inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, resulta de aplicación el artículo 5.1 de Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 03494-2010-PA/TC

**HUAURA
NERY NINFA QUISPE
SANTOS DE TORRES**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 2 de noviembre de 2010

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nery Ninfa Quispe Santos de Torres contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 417, su fecha 14 de julio de 2010, que declaró infundada la demanda de amparo de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 22 de enero de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Barranca y el Ejecutor Coactivo de la referida comuna, solicitando que se ordene el cese de los actos violatorios de sus derechos a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y al debido procedimiento administrativo.
2. Que la actora sustenta su demanda en que el 21 de enero de 2010, sin que se haya iniciado un procedimiento sancionador, la demandada, por intermedio de su ejecutor coactivo, procedió a disponer el cierre temporal del establecimiento que conduce, denominado *Pista de baile Holiday*, a través de una medida cautelar. Alega, además, que la Ordenanza Municipal N.º 029-2007-AL/CPB, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas (RAS), en cuya virtud se dispuso la medida de cierre, no cumple el requisito de publicidad de las normas establecido en el artículo 44.º de la Ley Orgánica de Municipalidades, de acuerdo con el cual en el caso de las Municipalidades Distritales y Provinciales del departamento de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao, la publicación se realiza en el diario oficial *El Peruano*.
3. Que el Segundo Juzgado Civil de Barranca, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2010, declaró infundada la demanda, por considerar que la medida provisional adoptada contra la demandante, en aplicación del artículo 33º de la Ordenanza Municipal N.º 029-2007-AL/CPB, guarda relación con lo dispuesto por el artículo 39 de la misma norma, la que expresamente recoge el supuesto de hecho en que se ha basado la imposición de la medida cautelar (establecimientos comerciales cuyo funcionamiento constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas). Considera, además, que la medida es proporcional a la infracción cometida y ha sido adoptada respetando el debido procedimiento administrativo, y que respecto a la alegada falta de publicidad de la Ordenanza, se verifica que ésta fue debidamente publicada según aparece del ejemplar de normas legales del diario oficial *El Peruano*, de fecha 10 de agosto de 2008.
4. Que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura confirmó dicha decisión por similares argumentos.
5. Que el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02802-2005-AA/TC, y con calidad de precedente vinculante, que la libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la

capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en el artículo 195°, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para “desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”; es decir, en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga un previo permiso municipal.

6. Que ese sentido, teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, este Tribunal también estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...)”. La sentencia precisaba, además, que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; en caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.
7. Que según consta a fojas 348, la demandada emitió la Resolución de Sanción N.º 001-2010-GSP-MPB, mediante la que se impone la sanción administrativa y medida complementaria de revocación de la licencia de funcionamiento de apertura N.º 1262, de fecha 12 de noviembre de 2006, del Local Comercial denominado *Pista de Baile Holiday* conducido por la recurrente, disponiéndose su clausura definitiva, tras haberse detectado en el mismo, y pese a la notificación preventiva del 10 de enero de 2010 que corre a fojas 3, y el compromiso suscrito por la actora de fojas 4, la presencia de menores de edad en estado de ebriedad, además de no contar con el certificado de Defensa Civil.
8. Que en consecuencia, al no cumplirse los requisitos de procedibilidad exigidos por este Tribunal en el precedente vinculante antes referido, para efectos de pretender la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo –pues conforme a la Resolución de Sanción N.º 001-2010-GSP-MPB, el local comercial conducido por la demandante no cuenta con autorización municipal– la demanda debe ser desestimada a tenor de lo dispuesto por el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

EXP. N.º 03769-2010-PA/TC**AREQUIPA****CENTRAL AZUCARERA****CHUCARAPI PAMPA BLANCA S.A.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 17 días del mes de octubre de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramídez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Julio Elerd Guillén Oporto, representante de la Central Azucarera Chucarapi Pampa Blanca S.A., contra la resolución expedida por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 909, su fecha 5 de agosto de 2010, que declaró infundada la demanda de autos; y,

ANTECEDENTES**Demanda**

Con fecha 13 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Presidente de la República, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el Ministerio de Economía y Finanzas solicitando lo siguiente:

- Se le declare inaplicable el Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias (SPOT), así como las normas que crearon dicho sistema, lo modificaron, reglamentaron o derogaron parcialmente, como el Decreto Legislativo Nro. 917, el Decreto Supremo Nro. 070-2002-EF, la Resolución de Superintendencia Nro. 058-2002-SUNAT, la Ley Nro. 27877, la Resolución de Superintendencia Nro. 082-2003-SUNAT, el Decreto Legislativo Nro. 940, el Decreto Legislativo Nro. 954 y la Resolución de Superintendencia Nro. 183-2004-SUNAT, vigentes al momento de la presentación de la demanda.
- Disponer que los demandados cesen inmediatamente sus acciones de intervención fiscal, de coerción administrativa y de sanción, originadas con aplicación a la empresa accionante de las citadas normas.
- Disponer que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, libre competencia e igualdad, ordenando que los demandados otorguen las mismas condiciones de participación en el mercado a su empresa.

La empresa recurrente argumenta que mediante el Decreto Legislativo Nro. 917, se creó el SPOT, que obliga al pago vía detracción aplicable a la venta de bienes como caña de azúcar, alcohol etílico, arroz, sin embargo los vendedores de otro tipo de bienes están excluidos de la referida obligación de detracción, con lo que se genera una desigualdad contributiva y distorsión a la estabilidad impositiva, dado que obliga a los sujetos a retener un porcentaje del precio de venta de bienes gravados con el Impuesto General a

las Ventas. Sostiene que dicha normativa se encontraba suspendida hasta la emisión de las Resoluciones de SUNAT que designaran a los sectores económicos o bienes, a los que resultaría de aplicación el sistema de pagos de obligaciones fiscales. Esto es, se estaría rompiendo la neutralidad e igualdad del tratamiento tributario que debe observar la administración tributaria en todos los contribuyentes.

Indica que las Resoluciones de SUNAT se constituyen en normas autoaplicativas, que no sólo se estaría creando un pago anticipado a cuenta de tributos exclusivos para cierto tipo de empresas, sino que además se está obligando a la implementación de obligaciones formales como apertura de cuentas bancarias, suscripción de formatos y consignación de datos, y formalidades al traslado de bienes, que no aplica a todos los contribuyentes en similares condiciones de actividad económica.

La demanda fue rechazada liminarmente por el Poder Judicial al considerar que el proceso de amparo carece de estación probatoria. Ahora bien, al evidenciarse que se trataba de cuestionamientos que podrían incidir en los derechos fundamentales de la recurrente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar nulo todo lo actuado (*STC Nro. 09730-2006-PA/TC de fecha 11 de enero de 2007*), debiendo remitirse los autos al juzgado de origen a fin de que se admita la demanda y se la tramite con arreglo a ley.

Contestación de la Demanda

Una vez admitida a trámite la demanda, el Procurador del Ministerio de Economía y Finanzas propone la excepción de prescripción y contesta la demanda alegando que se está haciendo un cuestionamiento en abstracto de las normas, lo que no resultaría pertinente vía proceso de amparo. De otro lado, afirma que el contenido constitucional del derecho a la igualdad permite un tratamiento diferenciado, mas no discriminatorio, no siendo el SPOT una traba administrativa, sino un sistema de pago de obligaciones tributarias.

La SUNAT contesta la demanda alegando que el Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central es un mecanismo de lucha contra la evasión tributaria, a la fecha vigente. Hace hincapié en que no se trata de un nuevo impuesto. En tal sentido, es razonable y técnico que el mismo se concentre en aquellos sectores económicos que representan mayor dificultad recaudatoria y mayores niveles de evasión reportados.

El Procurador de la Presidencia del Consejo de Ministros en representación del Despacho Presidencial propone las excepciones de prescripción, litispendencia y falta de legitimidad para obrar y contesta la demanda con similares argumentos.

Sentencia de Primer Grado

El Octavo Juzgado Civil de Arequipa declara infundada la demanda al haberse determinado la legalidad de los dispositivos materia de pedido de inaplicabilidad y aplicado satisfactoriamente el test de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Adicionalmente, se indica que estamos frente a una desigualdad justificada y no discriminatoria. Argumenta que no se han probado los hechos que sustentan la pretensión.

Sentencia de Segundo Grado

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirma la apelada al considerar que no se ha verificado la existencia de amenaza o afectación de los

derechos constitucionales referidos por la empresa demandante, en tanto se acredita que el SPOT se constituye en un mecanismo que coadyuva a combatir la informalidad y la evasión fiscal.

FUNDAMENTOS

I. *Delimitación del Petitorio*

1. El objeto de la demanda es evaluar la constitucionalidad para el caso concreto de la recurrente del Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central (SPOT), así como las normas que crearon dicho sistema, lo modificaron, reglamentaron o derogaron parcialmente, como son:

- a) Decreto Legislativo Nro. 917, que creaba un sistema de pago de obligaciones tributarias con el Gobierno Central, publicado el 26 de abril de 2001. Según el artículo 1 de la Ley N° 29477, tal decreto fue derogado a los noventa días calendario de su publicación. Esto es, a partir de la entrada en vigor de las Resoluciones de Superintendencia que designen los sectores económicos, bienes o servicios a los que resultara de aplicación dicho sistema, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 940, publicado el 20 de diciembre de 2003.
- b) Decreto Supremo Nro. 070-2002-EF, que fijaba el porcentaje máximo a detraer del precio de venta de bienes comprendidos en el sistema de pago de obligaciones tributarias con el Gobierno Central. Tal norma fue derogada por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 033-2003-EF, publicado el 19 marzo 2003.
- c) Resolución de Superintendencia N° 058-2002-SUNAT, que aprobó las normas para la aplicación del sistema de pago de obligaciones tributarias con el Gobierno Central a la que se refiere el Decreto Legislativo 917, norma derogada por la Segunda Disposición Final de la Resolución de Superintendencia N° 183-2004-SUNAT, publicada el 15 agosto 2004.
- d) Ley N° 27877, que modifica el Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central aprobado por el Decreto Legislativo N° 917, que define al sistema de detracciones como aplicable a las operaciones gravadas con el IGV, por el cual los sujetos obligados deberán detraer un porcentaje del precio de venta de bienes o prestación de servicios y depositarlo en las cuentas corrientes que, para tal efecto, el Banco de la Nación habilitará a nombre de cada uno de los proveedores de dichas operaciones.
- e) Decreto Legislativo N° 940, que modifica el Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central establecido por el Decreto Legislativo N° 917.
- f) Decreto Legislativo N° 954, que modifica el Decreto Legislativo N° 940 que regula el sistema de pago de obligaciones tributarias con el gobierno central.
- g) Resolución de Superintendencia N° 183-2004-SUNAT, que aprueba las normas para la aplicación del sistema de pago de obligaciones tributarias con el Gobierno Central al que se refiere el Decreto Legislativo N° 940.

Así como disponer que los demandados cesen inmediatamente en sus acciones de intervención fiscal, coacción y sanción. Indica que al aplicar tales dispositivos a la venta de bienes, se está rompiendo la neutralidad e igualdad de tratamiento tributario que debe observar la administración tributaria creando un injusto sistema y un ambiente de perjuicio e inseguridad jurídica, indispensables para fomentar la creación de empresas y el desarrollo económico del país, constituyéndose en actos lesivos a sus derechos a la libertad de empresa y libre competencia.

II. *Cuestiones Previas*

2. Es oportuno precisar la idoneidad del proceso constitucional de amparo para la evaluación de la presente controversia como ya se ha referido en el Exp. 06626-2006-AA/TC, “[...] pues de acuerdo a las circunstancias y hechos debatidos en autos, resulta incuestionable que nos encontramos frente a una controversia de “puro derecho”, puesto que la recurrente alega la vulneración de sus derechos constitucionales a consecuencia de la aplicación de un supuesto régimen de pago adelantado del IGV, que, a todas luces, considera inconstitucional.
3. Es decir, nos encontramos ante la necesidad de evaluar la constitucionalidad de un sistema de pago tributario que, cuestionado por algunos y justificado por otros en los fines contra la evasión fiscal, pone de manifiesto la trascendencia social, política y económica de los efectos que puedan derivarse de la decisión que finalmente adopte el Juez constitucional.
4. Cabe precisar que en la STC 01207-2010-PA/TC de fecha 25 de agosto de 2010, emitida en un proceso de amparo interpuesto por Industrial Chucarapi Pampa Blanca S.A., empresa del mismo rubro, este Tribunal tuvo un pronunciamiento tangencial y no ingresó a resolver el fondo al verificarse que existía litispendencia. Sin embargo en el presente caso debe resolverse la pretensión al cumplirse cabalmente los requisitos formales de admisibilidad y procedencia, más aun si en instancias previas ha habido pronunciado sobre el fondo. Siendo así este Colegiado, en el marco de su función ordenadora como Supremo Intérprete de la Constitución, al tener presente la relevancia del asunto y la existencia de más de una causa relativa a la constitucionalidad del Sistema de Detracciones, considera oportuno emitir pronunciamiento resolviendo la pretensión.
5. No debe perderse de vista además que la presente es una causa que al haberse rechazado liminarmente, con posterioridad se ordenó admitir la demanda y abrir el proceso el que viene conociéndose desde el año 2005. Es decir, han transcurrido más de cinco años sin tener pronunciamiento definitivo. Ello sumado a que en el Poder Judicial se ha emitido pronunciamiento de fondo, este Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente ante el transcurso del tiempo sin que se haya expedido una sentencia fundada en derecho, en la que se expongan fundamentos razonados en torno a la naturaleza y constitucionalidad del SPOT.

III. El Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central (SPOT)- Detracciones al Impuesto General a las Ventas

6. Dentro de las relaciones de Derecho Administrativo- Tributario, existen algunos deberes especiales de contenido meramente administrativo. Este es precisamente el lugar de la figura de la detracción en el que una persona que compra un bien o adquiere un servicio substrahe un determinado monto del precio por pagar para depositarlo en una cuenta bancaria cuyo titular es el vendedor del bien o servicio. Luego, este vendedor o proveedor tiene que utilizar los indicados fondos bancarios para pagar los tributos que le correspondiesen.
7. El denominado sistema de pago de obligaciones tributarias con el Gobierno Central- SPOT (Sistema de Detracciones) ha venido aplicándose paulatinamente desde el año 2002 y se constituye en un mecanismo que tiene el Estado peruano para garantizar el pago del IGV en sectores con alto grado de informalidad. A lo largo de su vigencia, han existido varias modificaciones a tal régimen retirando bienes e incorporando nuevos servicios cuya

venta, traslado o prestación, según el caso, se encontrará comprendida en el mismo, a partir del 1 de febrero de 2005. El sistema venía aplicándose a una serie de productos, listado al que se han ido incorporando el aceite, la harina de pescado, embarcaciones pesqueras, etc.

8. Este mecanismo fiscal se encuentra vigente (Decreto Legislativo Nro. 940) y tiene como finalidad generar fondos para el pago de a) las deudas tributarias por concepto de tributos o multas, así como los anticipos y pagos a cuenta por dichos tributos, incluidos sus respectivos intereses, que constituyan ingreso del tesoro público, administradas y/o recaudadas por la SUNAT, y las originadas por las aportaciones a ESSALUD y a la ONP; b) las costas y los gastos en que la SUNAT hubiera incurrido a que se refiere el inciso e) del artículo 115 del Código Tributario. Teniendo en cuenta su ámbito de aplicación, relativo básicamente a las operaciones afectas al IGV, debe entenderse que no se trata de un nuevo impuesto sino de un mecanismo que asegura la recaudación del impuesto general a las ventas. En tal sentido, preliminarmente resulta razonable y técnico que el **mismo se concentre en aquellos sectores económicos que representan mayor dificultad recaudatoria y mayores niveles de evasión reportada**. También nace con la finalidad de reducir la competencia desleal sustentada en el incumplimiento tributario de algunos participantes de la cadena de producción, comercialización y distribución de bienes y servicios.

9. Es importante precisar que del análisis del sistema de detracciones, podemos afirmar y reiterar que no estamos ante un tributo independiente, pues para empezar el titular de la cuenta es el prestador del servicio, lo que no extingue obligación tributaria alguna. Posteriormente, cuando el contribuyente (sujeto detráido) utilice los cheques de la cuenta de detracción, cancelará los tributos exigibles a su persona. Debe recordarse que el titular de la cuenta de detracciones es el propio proveedor o prestador del servicio y que estas sirven para garantizar el futuro pago de sus tributos.

10. Estamos frente a un fenómeno conocido como de “*privatización de la actividad recaudatoria del Estado*”, que consiste en que determinadas personas, generalmente empresas, captan ciertos montos de tributos -que son de cargo de terceros- para entregarlos al Estado. La detracción se constituye en un deber singular y distinto a los regímenes de retención y percepción de tributos ya que el agente detractor no entrega al fisco el monto detráido dejándose de producir un efecto inmediato en la recaudación fiscal. En cambio en las figuras de la retención y percepción, ya analizada por este Colegiado, el agente retenedor o perceptor sí entrega los montos directamente a la administración tributaria produciéndose un impacto inmediato en la recaudación fiscal. Es decir, estamos ante un deber que colabora o apoya indirectamente a la recaudación de tributos, pudiéndole considerar como un deber administrativo. Precisamente desde esta óptica se analizará el SPOT.

Sistema de Detracciones

Etapa I	Etapa II	Etapa III	Etapa IV
Realización de la Operación sujeta al SPOT	Depósito de la detracción en la cuenta SPOT	Hecho Imponible --- No existe Hecho Imponible/	/ Se usan fondos para pagar tributo Liberación

IV. Sobre la constitucionalidad de las medidas extrafiscales para evitar la evasión tributaria

11. En primer lugar, este Tribunal considera oportuno recordar que ya en anterior jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la legitimidad de la existencia de algunos

regímenes tributarios, como el caso de las percepciones al IGV (STC 06089-2006-PA/TC), atendiendo a que los tributos responden también a fines extrafiscales como la lucha contra la evasión tributaria, todo ello sustentado en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y al principio de solidaridad tributaria consagrado implícitamente en el artículo 43º de la Constitución.

12. Es decir, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no está vinculado únicamente al deber de pagar los tributos sino también a los deberes de colaboración con la administración tributaria, orientados a conseguir la participación igualitaria en el soporte de las cargas públicas ya sea directa o indirectamente, como en el presente caso.

13. De igual manera, en la STC 6626-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional consideró pertinente hacer precisiones sobre la posibilidad de redimensionar la clásica visión del tributo, para dar cobertura a otras finalidades constitucionales igualmente valiosas.

14. A partir de la STC 0008-2003-AI/TC, se afirma que, siendo la función principal del tributo la recaudadora *-entendida no como fin en sí mismo, sino antes bien como medio para financiar necesidades sociales-*, pueda admitirse que en circunstancias excepcionales y justificadas para el logro de otras finalidades constitucionales, esta figura sea utilizada con un fin extrafiscal o ajeno a la mera recaudación, cuestión que, indiscutiblemente, no debe ser óbice para quedar exenta de la observancia de los principios que rigen la potestad tributaria contenidos en el artículo 74º de la Constitución de 1993.

15. Ahora bien, sobre la constitucionalidad de la existencia de medidas con fines extrafiscales, como el caso de la lucha contra la evasión fiscal y la informalidad, se precisó también que tiene como fin justamente mejorar los procesos de fiscalización, a la vez que asegurar el pago de los tributos en actividades y sectores con altos índices de incumplimiento tributario, y con ello incrementar la recaudación tributaria.

16. Sobre el particular, es conveniente mencionar que aunque con el sistema de detracciones no se aseguran los fines recaudatorios definitivos, al existir el mecanismo de libre disposición, la parte más importante de los fondos que ingresan a las cuentas es efectivamente empleada para pagar obligaciones tributarias, y es en este punto que el sistema revela sus principales ventajas: a) su sistema de control (sea mediante garitas, controles en carreteras o controles contables) obliga a relacionar cada operación detectada con un depósito específico y ello dificulta la evasión y, b) complementariamente, permite que se genere un fondo proporcional al importe de las operaciones realizadas y eso facilita que las operaciones detectadas finalmente se traduzcan en el cumplimiento efectivo del pago de las obligaciones tributarias que éstas generaron.

17. Al respecto, del propio expediente se ha podido extraer que de las estimaciones anuales del ratio de incumplimiento en el IGV muestran que éste se ha venido reduciendo de manera constante desde el año 2001 (año en el cual el indicador se aproximaba al 50% de incumplimiento) hasta el año 2008, en donde el indicador se sitúa alrededor del 33% (los aproximados 17 puntos significan una contracción en el incumplimiento total de aproximadamente 34%). Estos resultados corresponden precisamente al lapso durante el cual la SUNAT, entre otras medidas, se abocó al desarrollo y puesta en funcionamiento de medidas de administración tributaria como el SPOT. En ese sentido, el Régimen bajo análisis ha dado resultado ya que la recaudación y el pago de impuestos han mejorado significativamente (Fuente: SUNAT).

18. Este sistema ha permitido también detectar a proveedores que vienen realizando operaciones comerciales y presentan indicadores de incumplimiento tributario, tales como omisos a la presentación de la declaración jurada, omisos a declarar la totalidad de ventas o que declaran estar en condiciones de no activo, o con condición de no hallados.

19. Como ya lo analizó este Colegiado el SPOT, al igual que otros sistemas vinculados directa o indirectamente al pago de tributos, surgen de la necesidad de la administración tributaria por a) combatir la evasión, controlar los altos niveles de informalidad existentes a lo largo de la cadena de producción y comercialización; y, c) reducir la competencia desleal proveniente del incumplimiento tributario.

20. De la información adjuntada al expediente por la SUNAT, podemos evidenciar también que la implementación de este sistema como herramienta de la administración para ampliar la base tributaria permite elevar la recaudación, habiendo ido expandiéndose a una serie de bienes y servicios, registrando un importante crecimiento y contribución a los ingresos tributarios, los que han ido en aumento. Es así que en el año 2002 representaba solamente el 0.2% del total de ingresos tributarios y al cierre de 2010 el 11.4% de los ingresos totales del Gobierno Central, lo que ha redundado en una política económica eficiente, situación que no está exenta de los fines legítimamente constitucionales en el marco del modelo económico social de mercado.

21. Conforme lo ha señalado este Colegiado en reiterada jurisprudencia, el Estado social y democrático de derecho también es un Estado que lucha contra las desigualdades sociales, de ahí que, cuando con base en la solidaridad social se incluya a “terceros colaboradores de la administración tributaria”, justamente para menguar la desigualdad en el sostenimiento de los gastos públicos a causa de la evasión tributaria, este Tribunal entienda que la medida adoptada resulte idónea para dichos fines.

V. Análisis del caso concreto

22. Antes de entrar al fondo del asunto, cabe precisar que en la STC Nro. 06089-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional analizó el sistema de percepciones al IGV. Así en torno a la observancia del Principio de Reserva de Ley concluyó que las Resoluciones de Superintendencia y la norma que habilita la expedición de éstas son inconstitucionales por transgredir el principio de reserva de ley en materia tributaria, reconocido en el artículo 74º de nuestra Constitución, mencionando: “las percepciones al IGV evaluadas tienen naturaleza de pagos a cuenta o anticipos, esto es, son obligaciones de carácter temporal y no definitivo, como es el caso de los tributos. No obstante, ello no exime al legislador para que en su regulación prescinda del principio de reserva de ley y habilite a un órgano administrativo para su regulación (...). En consecuencia, indica la jurisprudencia, no es que las Resoluciones cuestionadas sean inconstitucionales por sí mismas, sino que la inconstitucionalidad proviene de la norma legal que las habilita y les traslada el vicio. Por ello, la adecuación de la formalidad del Régimen de Percepciones a los principios constitucionales tributarios debe empezar por la propia Ley que le sirve de base”.

23. Sin embargo, lo que sí es oportuno desarrollar es la coincidencia de ambos sistemas en la legitimación de su existencia y validez en un Estado social y democrático de derecho (Percepciones y Deduciones).

24. Ciertamente, y como se viene estableciendo, **las deducciones no tienen naturaleza de anticipo, pago a cuenta o impuesto independiente al definirlas como “un mecanismo administrativo indirecto”**. De ello se puede entender que no le son

aplicables las exigencias de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74º de la Constitución de 1993.

25. Partiendo de esta idea, a mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que en relación a los principios constitucionales tributarios, respeto al contenido del principio de reserva de Ley en materia de tributos, este Colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en más de una ocasión, señalando “[...] que en materia tributaria, estamos frente a una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones de los elementos del tributo al Reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley [...]”.

26. Es decir, el Tribunal Constitucional ha admitido la relativización de la reserva, en el entendido de que exigir una regulación extremadamente detallista o condiciones rigurosas en algunos casos concretos podría resultar o antitécnico e, incluso, inconveniente para la propia protección de otras finalidades constitucionales igualmente valiosas, como es el caso de la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal.

27. Sobre la presunta vulneración al principio de reserva de ley al “omitirse” diversas instituciones jurídicas, tales como la base imponible, la tasa, fecha de nacimiento de la obligación, etc. en la norma con rango de ley, este Colegiado considera importante reiterar que no estamos frente a un nuevo impuesto sino a un mecanismo administrativo extrafiscal de colaboración con la recaudación del IGV. Siendo que las exigencias propias del régimen tributario constitucional previstas en el artículo 74º de la Constitución solamente son aplicables a las especies de tributos o sus sistemas directos de pago, tal y como lo establece y desarrolla nuestra jurisprudencia constitucional.

28. El tributo como las retenciones y percepciones implican un efectivo ingreso de dinero a las arcas fiscales, mientras que en el régimen de detracciones solamente produce un efectivo ingreso de dinero a una cuenta bancaria personal del proveedor de un bien o servicio.

29. Debe precisarse un hecho importante, que de lo informado por la SUNAT, a fojas 619 de autos, se observa que en el reporte de cargos y abonos respecto de la cuenta de detracciones de la demandante por los períodos de agosto de 2005 a enero de 2008, el importe total de los abonos realizados por los clientes de la empresa recurrente asciende a un total de S/. 4, 191, 767,05, en tanto que los importes cargados por la demandante a efectos de cubrir sus obligaciones tributarias de los referidos períodos ascienden a la suma de S/. 4, 395, 937,69, por lo que se puede apreciar que la aplicación del SPOT no ha originado perjuicio alguno a la demandante, ya que sus obligaciones tributarias son superiores a los importes detraídos por sus clientes.

30. Es decir, en ningún caso el principio de reserva de ley se ha regulado o desarrollado en atención a medidas de naturaleza administrativa. Cabe precisar que en el caso del régimen de percepciones (STC 06089-2006-PA/TC), este Colegiado analizó si se cumple con el principio bajo análisis, pues se trataba de un anticipo de pago del propio tributo. En el presente caso, estamos frente a una medida administrativa orientada entre otras cosas, a facilitar el pago de tributos. Es decir, no existe relación y en ninguna medida vulneración del principio de reserva de ley.

31. Ahora bien, en cuanto a la supuesta afectación del Principio de No Confiscatoriedad de los tributos, es importante precisar que además de haberse establecido que para las detracciones no serán necesarias las exigencias del artículo 74º de la Constitución, en la STC 2302-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “para acreditar la

confiscatoriedad en cada caso, es necesario probar la afectación real al patrimonio. Y es que no podría ser de otra manera cuando se alega afectación exorbitante a la propiedad privada (...) en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y suficientemente demostrada". Ello, en concordancia con lo establecido en el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, relativo a la ausencia de estación probatoria en los procesos constitucionales.

32. Siendo que de todo lo actuado (estados financieros, informes profesionales independientes, etc.) no se puede llegar a la convicción de la existencia de una afectación real o desmedida al patrimonio de la empresa demandante, no se puede evidenciar tampoco una afectación al principio bajo análisis, debiendo desestimarse este extremo de la demanda. No debe perderse vista lo expresado en la STC 09165-2005-PA/TC, "[...] a juicio de este Colegiado, tales documentos no pueden ser admitidos de ninguna manera como prueba fehaciente para acreditar la situación económica de la empresa y, por consiguiente, para demostrar la confiscatoriedad de los tributos; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente o, como en el caso de autos, informes elaborados a su petición, pues restan imparcialidad a lo declarado y, en todo caso, están sujetos a revisión.

33. En igual sentido, la STC 1520-2004-AA/TC indica que "en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que no constituyen medios probatorios válidos, ni las declaraciones juradas ni los informes contables elaborados por la propia empresa".

34. En cuanto al Principio-Derecho de Igualdad, es necesario precisar que el derecho de igualdad ante la ley, reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, no garantiza que siempre y en todos los casos el legislador se encuentre obligado a dispensar un tratamiento igualitario, con abstracción de cualquier elemento de diferenciación jurídica, pues en el principio rige la regla de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales". Es decir, esta cláusula asegura que no se introduzcan diferenciaciones de trato que no tengan base objetiva ni sean razonables, esto es, tratamientos arbitrarios y discriminatorios basados en la subjetividad, el capricho o al amparo de criterios artificiosos, como ocurre con cualquiera de las hipótesis de discriminación negativa.

35. Se impide que el legislador establezca, en supuestos semejantes, diferencias en el trato no fundadas en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, o que consecuencias jurídicas derivadas del tratamiento diferenciado no sean proporcionales a la finalidad perseguida, de manera que los resultados terminen siendo excesivamente gravosos o desmedidos.

36. En cuanto al presunto quebrantamiento del principio de igualdad, en el caso del sistema de detracciones, debe precisarse que la implementación de estas medidas se traduce en diferenciaciones no lesivas. Todo ello, además de la precisión relativa a la naturaleza de "mecanismo administrativo" de las detracciones.

37. Pues bien, la demandante argumenta que el sistema de detracciones no se ajustaría a la legislación tributaria peruana comprendida en la Ley Marco del Sistema Tributario Nacional aprobado por el Decreto Legislativo Nro. 771. Ante ello, debe indicarse que no estamos frente a un nuevo impuesto sino frente a un mecanismo extrafiscal de lucha contra la evasión de tributos. Debe recordarse también que en el caso del azúcar y el alcohol etílico, el SPOT es del 10%, importe que siempre será inferior al del IGV de 19%. Es decir, no puede ser lesivo un pago inferior al que finalmente se pagará.

38. El SPOT no promueve un trato desigual, pues está dando el mismo trato a los empresarios del mismo rubro, siguiendo la regla de “igual a los iguales”, esto es, todos los participantes del sector azucarero y de alcohol etílico. Es decir, de autos no se aprecia que la medida legal adoptada por el Estado sacrifique principios o derechos fundamentales de la recurrente, adicionales a su interés relativo al pago del sistema de detracciones al IGV. La diferenciación se justifica precisamente en la existencia de altos índices de evasión en sectores críticos, tales como el azucarero.

39. En relación a la Capacidad Contributiva, esta se constituye en un principio implícito que tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición, configurando el presupuesto legitimador para establecer tributos. En ese sentido, es la base para la determinación de la cantidad individual con que cada sujeto puede/debe, en mayor o menor medida, contribuir a financiar el gasto público. En consecuencia, tampoco puede afirmarse que el SPOT afecte este principio, pues como se ha señalado no se trataría de un nuevo tributo ni de ninguna nueva carga impositiva (pago adelantado o anticipo) para el contribuyente, sino de un deber de colaboración administrativa formal para el adquirente de los productos sujetos al sistema de detracciones.

40. Por último, cabe precisar que en reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución).

41. En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60º reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC).

42. La demandante argumenta que se afectan estos derechos porque el incumplimiento del régimen de detracciones acarrea sanciones que tendrían un efecto acumulativo y piramidal. Así, en cuanto al derecho a la libertad de empresa, que supuestamente se vulneraría, al desincentivarse a los vendedores de azúcar y alcohol etílico a realizar operaciones comerciales con la demandante, tal argumento no se acredita en modo alguno. Sin embargo, lo que más bien debe tenerse en cuenta es que de lo actuado se puede apreciar que la demandante explota un sector agroindustrial en que se posiciona en una situación de “único proveedor” en la zona sur del país.

43. Cabe precisar que el incumplimiento de un deber legal se constituye en una conducta antijurídica, que, obviamente, amerita ser sancionada.

44. En cuanto que las sanciones por incumplimiento de la detracción se constituyen en vulneratorias de los derechos de la demandante, debe entenderse que para ello, debe preexistir la renuencia a la aplicación de la detracción en sus operaciones comerciales

gravadas con IGV, y consecuentemente, la no disposición de su crédito fiscal. En relación con ello, este Tribunal considera oportuno precisar que las situaciones derivadas del incumplimiento de normas de observancia obligatoria y de formalidades prescritas no se constituyen en atentatorias de las libertades económicas en sí mismas cuando provienen precisamente de la inobservancia.

45. Señala también la demandante que adicionalmente a las sanciones expresamente tipificadas como tales, se genera un segundo grupo de sanciones que no están tipificadas expresamente como sanciones pero que, a su criterio, tendrían una consecuencia económica mucho más severa, denominada sanciones atípicas o anómalas. Dicha sanción estaría constituida por el desconocimiento del crédito fiscal por incumplir el deber de detraer.

46. Al respecto, cabe precisar que conforme a lo señalado en la STC 0920-2006-PA/TC, el derecho al crédito fiscal es un derecho de orden legal que carece de sustento constitucional, por lo que las pretensiones relativas a su reconocimiento y ejercicio no ameritan protección a través del proceso de amparo.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 03769-2010-PA/TC
AREQUIPA
CENTRAL AZUCARERA
CHUCARAPI PAMPA BLANCA S.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

En el presente caso si bien concuerdo con la parte resolutive de la resolución en mayoría que desestima la demanda por infundada, es necesario manifestar mi posición conocida respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas (sociedades mercantiles) para demandar en el proceso constitucional de amparo. Es así que en el presente caso se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica, habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “**persona humana**”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma mas rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional, urgente y gratuito, puesto que ello

significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que este colegiado puede ingresar al fondo de la controversia en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte de este Colegiado.

En el caso de autos encontramos una situación singular, puesto que de autos observo que i) la empresa recurrente viene tramitando el presente proceso de amparo desde el año 2005, es decir a la fecha han transcurrido más de 6 años; y ii) la pretensión traída –esto es la inaplicación al recurrente del Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias (SPOT)– incide en los intereses directos de la empresa, razones que sustentan el ingreso excepcional en el caso de autos.

En tal sentido tenemos que la empresa recurrente solicita la inaplicabilidad del Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias (SPOT) así como las normas que crearon dicho sistema, lo modificaron, reglamentaron o derogaron parcialmente, como el Decreto Legislativo N° 917, el Decreto Supremo N° 070-2002-EF, la Resolución de Superintendencia N° 058-2002-SUNAT, la Ley N° 27877, la Resolución de Superintendencia N° 082-2003-SUNAT, el Decreto Legislativo N° 940, el Decreto Legislativo N° 954 y la Resolución de Superintendencia N° 183-2004-SUNAT, vigentes al momento de la presentación de la demanda. Asimismo solicita la empresa recurrente que cesen inmediatamente sus acciones de intervención fiscal, de coerción administrativa y de sanción, originadas con aplicación a la empresa accionante de las citadas normas; y que como consecuencia de ello se repongan las cosas al estado anterior a la vulneración de sus derechos a la libertad de empresa y libre competencia e igualdad.

Revisados los autos encontramos que el denominado SPOT (Sistema de Detracciones) es un sistema implementado por la entidad emplazada a fin de que se realice la recaudación de los impuestos respectivos de manera más efectiva. Es decir por la figura de la detracción una persona que compra un bien o adquiere un servicio substrahe un determinado monto del precio por pagar para depositarlo en una cuenta bancaria cuyo titular es el vendedor del bien o servicio, quien tiene que utilizar los indicados fondos para pagar los tributos que le corresponde. En tal sentido el SPOT es un mecanismo implementado a fin de agilizar y efectivizar el pago del impuesto del IGV, mas aun en sectores de alto grado de informalidad. Es por ende validos que tal sistema sea utilizado precisamente en sectores económicos que representan mayor dificultad recaudatoria, habiéndose evidenciado niveles de evasión tributaria.

Debemos tener presente que los impuestos constituyen ingresos del Estado para las necesidades básicas de la colectividad, razón por la que es una exigencia que los obligados con dicho pago realicen la cancelación respectiva, teniendo en cuenta que toda evasión repercutirá de manera negativa en la colectividad.

Siendo ello así no puede alegar la empresa recurrente que se está afectando su derecho a la igualdad, puesto que tal implementación del Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias (SPOT) afecta a todos los empresarios del sector, razón por la que no puede alegarse discriminación alguna; asimismo respecto al cuestionamiento de las sanciones a las que podrían ser sometidas las empresas en caso de utilización del SPOT, debo mencionar que si el demandante incurre en un acto sancionado por la norma con una medida específica no puede cuestionar posteriormente tal imposición, puesto que es legítimo que el Estado establezca sus reglas de manera que quien las incumpla tenga

conocimiento de que puede ser sancionado. Finalmente debo expresar que la finalidad que se persigue con esta implementación no solo es legítima sino también constitucional, argumento por el que la demanda debe ser desestimada.

En consecuencia mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de amparo propuesta.

SS.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 04160-2010-PA/TC

TUMBES

ESTERFILIA AGUILAR

MORÁN

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 4 de marzo de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Esterfilia Aguilar Morán, contra la resolución de la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, de fojas 127, su fecha 7 de septiembre de 2010, que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 27 de agosto de 2009 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Corrales solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 001-2008-MDC-ALC, de fecha 22 de febrero de 2008.

Refiere que la referida ordenanza atropella el derecho de toda persona a trabajar libremente, pues es propietaria de una fuente de soda-restaurant denominada “Línea y Fuego” ubicada en la Calle Atahualpa N.º 308, en el perímetro de la plaza mayor del Distrito de Corrales, que constituye su fuente de trabajo y de la cual adquiere sus recursos para el sostenimiento de su familia. Agrega que para la explotación de este negocio familiar ha presentado con fechas 31 de julio y 16 de setiembre del año 2008 sendos documentos a la entidad municipal a fin de recabar la licencia de funcionamiento y regularizar su situación de hecho, que viene ejerciendo por más de siete años ininterrumpidamente, sin que hasta la fecha y pese a haber transcurrido más de un año de la primera petición se le haya otorgado el referido documento.

Manifiesta también que pese a que cuenta con un Certificado de Seguridad en Defensa Civil de fecha 26 de agosto de 2008, que establece que las instalaciones y edificación de su local sí cuentan con las normas de seguridad en Defensa Civil, dicha municipalidad no le ha otorgado la licencia de funcionamiento y presumiblemente su negativa obedece a la existencia de la cuestionada ordenanza municipal. Sostiene que se vulneran sus derechos a la igualdad ante la ley, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

2. Que mediante resolución de fecha 1 de julio de 2010, el Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tumbes declara improcedente la demanda por considerar que en el caso de autos la pretensión demandada no tiene sustento constitucional directo, por cuanto un derecho tiene tal sustento cuando la Constitución reconoce explícita o

implícitamente un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección.

3. Que por su parte, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes confirma la apelada por considerar que los hechos sustentatorios no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la igualdad ante la ley, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, tal y conforme lo dispone el inciso 1) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, reconociéndose como legítima la actuación municipal orientada a controlar el comercio clandestino e informal de bebidas alcohólicas dentro de las áreas restringidas por la Municipalidad.
4. Que en la STC 02802-2005-PA/TC este Tribunal enfatizó la postura asumida en la STC 03330-2004-AA/TC, en donde se explicitó que “para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa”. Asimismo, se señaló que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.
5. Que, según lo reconoce la propia recurrente en su escrito de demanda, su local comercial no cuentan con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal, por lo que no habría situación anterior que reponer, toda vez que en el proceso de amparo no se declaran derechos sino que se restituyen. Por lo tanto al no evidenciarse en el actuar de la autoridad edil arbitrariedad alguna que denote afectación de los derechos constitucionales invocados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente.
6. Que a mayor abundamiento el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional prescribe que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 04173-2010-PA/TC**LORETO****INVERSIONES ORO NEGRO S.A.C.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 12 días del mes de julio de 2011, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Inversiones Oro Negro S.A.C. contra la resolución de la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 319, su fecha 23 de septiembre de 2010, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de abril de 2010, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Punchana, a fin de que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía N.º 074-2010-MDP-A, del 29 de marzo de 2010, que confirmando la Resolución Gerencial N.º 77-2010-GR-MDP, del 19 de marzo de 2010, resolvió la clausura definitiva del establecimiento comercial denominado Hospedaje Detalles, y le impone una sanción administrativa de multa por la suma de S/. 12,600 (doce mil seiscientos nuevos soles). Invoca la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso, a la motivación de las resoluciones, a la libertad de empresa, al trabajo, a la igualdad y del principio de legalidad.

Manifiesta que las cuestionadas resoluciones tuvieron como motivo el haberse encontrado menores de edad en el referido hospedaje, sin detallarse los motivos o las circunstancias de dichas presencias; sostiene que tomó conocimiento de la incidencia al obtener el acta de infracción, pues la diligencia se realizó en presencia de una persona que no tiene facultades en la empresa. Agrega que la demandada decide la clausura del local, sustentándose en que este hecho podría devenir en delitos contra la libertad sexual (violación sexual de menor de edad, seducción u otros), así como en delitos contra la libertad (trata de personas), involucrándola de manera indebida, sin haberse discutido los hechos en un proceso judicial.

El Procurador Público de la Municipalidad Distrital de Punchana solicita que se declare improcedente la demanda alegando que el amparo no es la vía idónea para dilucidar la controversia sino el proceso contencioso-administrativo; o infundada ya que la recurrente ha venido haciendo un uso indebido de la licencia municipal concedida, pues en dicho establecimiento se ha permitido el ingreso de menores de edad, infracción tipificada conforme al Código N.º 8-803 del Régimen de Aplicación de Sanciones (RAS) aprobado por la Ordenanza Municipal N.º 009-2007-CM/MDP. Agrega que siempre se le ha notificado a la recurrente las infracciones cometidas en su local, y que sin embargo al haber hecho caso omiso, se dispuso la clausura definitiva.

El Primer Juzgado Civil de Maynas, mediante resolución de fecha 26 de junio de 2010, declara fundada la demanda por considerar que no existe suficiente motivación jurídica que lleve a la decisión adoptada; porque del análisis profundo de las decisiones administrativas cuestionadas se llega a la conclusión de que el hecho de prohibir el ingreso de menores de edad no constituye una falta que por sí sola amerite una sanción tan drástica que implique la clausura

definitiva del local, y porque el solo hecho de encontrar a menores en el hospedaje no amerita automáticamente una determinación definitiva que implique la consumación de delitos de trata de personas o contra la libertad personal. Estima, además, que la sanción aplicada a la demandante ha sido demasiado drástica, no habiendo la emplazada actuado del mismo modo frente a las mismas circunstancias con otros hospedajes.

La Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, revocando la apelada, declara improcedente la demanda en aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

1. Mediante la demanda de amparo de autos la empresa recurrente persigue que se deje sin efecto la decisión de la comuna emplazada de disponer la clausura definitiva del establecimiento comercial que conduce denominado Hospedaje Detalles, e imponerle una sanción administrativa de multa por la suma de S/. 12,600 (doce mil seiscientos nuevos soles).
2. Consta en autos que con fecha 22 de agosto de 2002, la municipalidad demandada expidió la correspondiente licencia de funcionamiento a favor del denominado Hospedaje Detalles, cuyo representante legal es la recurrente empresa Inversiones Oro Negro S.A.C.
3. Del Parte Int. N.º S/N-10-PNP-SP-C3 ALFA se advierte que el 6 de marzo de 2010 se realizó un operativo en presencia del Fiscal competente, en el cual se intervino el Hospedaje Detalles y se halló a dos menores de edad; C.S.S.B. (16) en la Habitación N.º 2, y L.F.G. (17), en la Habitación N.º 9, las cuales fueron conducidas a la CPNP– Punchana. Ante ello se emitió la Notificación de Infracción N.º 063-2010, que corre a fojas 27, al mencionado hospedaje, por no llevar el control de los usuarios y permitir el ingreso de menores de edad, infracción tipificada con Código N.º 8-803, de acuerdo a la Ordenanza Municipal N.º 009-2007-CM/CMDP.
4. Los documentos antes mencionados dieron lugar a que mediante la Resolución Gerencial N.º 77-2010-GR-MDP, de fecha 19 de marzo de 2010, que obra a fojas 35 y siguientes de autos, la Gerencia de Rentas de la Municipalidad Distrital de Punchana dispusiera la clausura definitiva del Hospedaje Detalles, por incumplimiento de la Ordenanza Municipal N.º 009-2007-CM/MDP, conforme a la cual constituía infracción identificada con el Código N.º 8-803 el permitir el ingreso de menores de edad a los locales de hospedaje. Por lo mismo, impone a la recurrente una sanción administrativa de multa ascendente a 3.5 Unidades Impositivas Tributarias, equivalentes a S/. 12,600 (doce mil seiscientos nuevos soles). Dicha resolución fue luego confirmada mediante la Resolución N.º 074-2010-MDP-A, de fecha 29 de marzo de 2010.
5. La Ordenanza Municipal N.º 009-2007-CM/MDP aprueba el Régimen de Aplicación de Sanciones (RAS) y establece que una de las infracciones es la identificada con el Código N.º 8-803, esto es, el permitir el ingreso de menores de edad a los locales de hospedaje, correspondiendo una sanción de multa ascendente a 3.5 UIT y, como medida complementaria, la clausura del local.
6. Conforme a lo dispuesto por el artículo 195.8 de la Constitución, los Gobiernos Locales son competentes para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley. Así también lo dispone la Ley Orgánica de Municipalidades en el artículo 79º, acápite 3.6. No obstante, como este Tribunal ya lo ha establecido en anterior jurisprudencia, si bien los Gobiernos Locales tienen la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad en los asuntos de su competencia, queda claro que ésta debe ejercerse de conformidad con la estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste. En ese

sentido, debe entenderse que dicha autonomía debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal.

7. Es por ello que tales facultades no son irrestrictas, pues, en observancia de los derechos y principios constitucionales, deben enmarcarse dentro de ciertos límites, por lo que en el presente caso corresponde analizar si el modo de proceder de parte de la comuna emplazada, al momento de imponer a la actora la sanción materia de autos, afectó los derechos por ella invocados.
8. Y es que en supuestos como el de autos se impone a la Administración el deber de ejercer su potestad sancionadora dentro de ciertos márgenes, es decir, que de producir actos de gravamen contra los administrados debe hacerlo de manera legítima y justa, por cuanto queda claro que la Administración no goza de plena discrecionalidad para ejercer su potestad sancionadora, sino que las sanciones deben guardar relación con el hecho y las circunstancias que motivan su imposición.
9. En efecto, el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa requiere de un procedimiento legal establecido, pero también de garantías suficientes para los administrados, sobre todo cuando es la propia Administración la que va a actuar como órgano instructor y decisor, lo que constituye un riesgo para su imparcialidad; y que si bien no se le puede exigir a los órganos administrativos lo misma imparcialidad e independencia que se reclama del Poder Judicial, su actuación y sus decisiones deben encontrarse debidamente justificadas, sin olvidar que los actos administrativos son fiscalizables a posteriori.
10. De otro lado, sin ánimo de proponer una definición, conviene precisar que el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales derivan del *ius puniendi* del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.
11. A juicio del Tribunal Constitucional, en el caso concreto no se advierte afectación de los invocados derechos al debido proceso, a la motivación de las resoluciones, a la libertad de empresa, al trabajo, a la igualdad, así como del principio de legalidad, toda vez que:
 - a) La Ordenanza Municipal N.º 009-2007-CM/MDP precedió a la conducta sancionable (permitir el ingreso de menores de edad al hospedaje), a cuyo efecto correspondía la sanción de multa de 3.5 UIT y la clausura del hospedaje.
 - b) En efecto, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a la sanción administrativa, advirtiéndose que la conducta estaba exactamente delimitada, sin indeterminación alguna, de manera que la recurrente se encontraba en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos. No se aprecian, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción que hayan permitido una actuación librada al “arbitrio” de la Administración. No se trató de un tipo legal genérico, que por cierto están proscritos, y la sanción se sustentó en un análisis concreto y pormenorizado de los hechos.
 - c) La sanción impuesta se deriva del hecho de que la conducta prohibida y su consecuencia estaban previstas legalmente.
12. En consecuencia, este Colegiado estima que la comuna emplazada ha actuado en ejercicio de las competencias que la Constitución y la Ley Orgánica le reconocen, no habiendo afectado los derechos y principios invocados en la demanda, las que, por cierto, no son

absolutas, pues deben ejercerse conforme a ley. En efecto, independientemente de las consideraciones anotadas en el Fundamento 11, también advierte este Tribunal que se ha respetado y garantizado el debido proceso, y que los actos administrativos cuestionados se encuentran debidamente motivados; asimismo, que la actora tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa sin limitación alguna, máxime cuando se ha tomado conocimiento de que, a pesar de la clausura dispuesta, el hospedaje que conduce la recurrente estaba operando al margen de la ley (*Cfr.* notas periodísticas de la web de Radio *La Voz de la Selva* de marzo y mayo de 2010).

12. Por lo demás, deben ser desestimados los restantes argumentos de la recurrente (que se la pretende involucrar con delitos contra la libertad sexual como violación sexual de menores de edad, seducción u otros, así como delitos relacionados con la trata de personas, no discutidos en un proceso judicial), en tanto, como se ha visto, la razón de la clausura lo fue el permitir el ingreso de menores de edad a un local de hospedaje, que constituía una conducta sancionable; como tampoco se ha acreditado que se haya afectado el derecho a la igualdad por el hecho de que, según alega, a otros locales similares no se les sancionó con la clausura, en tanto no se ha demostrado cuál sería el término de comparación.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.º 00302-2011-PA/TC**LIMA****TONY FRANCO****BALDEÓN GARCÍA****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 18 de marzo de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Tony Franco Baldeón García contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 54, su fecha 18 de agosto de 2010, que confirmando la apelada rechazó *in limine* y declaró improcedente la demanda de amparo de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 10 de marzo de 2010 el recurrente, invocando la violación de sus derechos a la libertad de trabajo, de propiedad, al debido proceso y a no ser discriminado, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Ate Vitarte a fin de que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia N.º 000168, del 10 de noviembre de 2009, que declara improcedente el recurso de apelación que interpuso contra la Resolución N.º 108-2009, del 24 de febrero de 2009, que declara consentida la Resolución N.º 1350-2006-SGF/GR-MDA, del 29 de mayo de 2006, pese a haber solicitado su reconsideración en el plazo legal, y que le impone multa administrativa por no contar con licencia de funcionamiento. En consecuencia solicita que se ordene a la emplazada cese los actos administrativos que desconocen los derechos invocados.
2. Que el actor sustenta su demanda manifestando que es una persona con discapacidad que conduce en calidad de director y promotor un centro educativo, y que la comuna demandada lo viene hostilizando imponiéndole sucesivas multas de manera abusiva y arbitraria, sin tener en cuenta que el 21 de noviembre de 1991 solicitó a la USE lo exonere de contar con la licencia de funcionamiento, la cual no fue atendida pese a contar con los requisitos para ello, de manera que se desconoce su derecho de “exoneración de licencia de funcionamiento”.
3. Que el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 12 de marzo de 2010, rechazó *in limine* y declaró improcedente la demanda por estimar que resulta de aplicación el artículo 5.2º del Código Procesal Constitucional, toda vez que la controversia debe ser dilucidada mediante el proceso contencioso administrativo.
4. Que la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó dicha decisión en aplicación de los incisos 1) y 2) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.
5. Que el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02802-2005-AA/TC, y con calidad de precedente vinculante, que la libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en el artículo 195º, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para “desarrollar y regular

actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”; es decir, en el ámbito municipal la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga un previo permiso municipal.

6. Que en ese sentido teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, este Tribunal también estimó que en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...)”. La sentencia precisaba además que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal, caso contrario no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.
7. Que según se advierte de la cuestionada Resolución de Gerencia N.º 000168, del 10 de noviembre de 2009, que corre a fojas 8, así como de las que la anteceden, la comuna emplazada impuso al centro educativo conducido por el recurrente una multa administrativa “(...) por abrir el establecimiento sin contar con la respectiva autorización municipal de funcionamiento, al no haber subsanado la observación advertida mediante Notificación N.º 150-2008-SGFM-GSyF/MDA, la cual ha quedado consentida adquiriendo la condición de acto firme”.
8. Que en consecuencia al no cumplirse los requisitos de procedibilidad exigidos por este Tribunal en el precedente vinculante al que se ha hecho referencia en el Considerando 5, *supra*, para efectos de pretender la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo –pues conforme a la Resolución de Gerencia N.º 000168, el centro educativo conducido por el recurrente no cuenta con autorización municipal– la demanda debe ser desestimada en virtud de lo dispuesto por el artículo 38° del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ETO CRUZ
VERGARA GOTELLI
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 00316-2011-PA/TC**MADRE DE DIOS
EMPRESA MINERA DE
SERVICIOS GENERALES S.R.L.
Y OTROS****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 17 días del mes de julio de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, UrviolaHani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli y el voto singular del magistrado Mesía Ramírez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, de fojas 589, su fecha 19 de noviembre de 2010, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros, con fecha 5 de marzo de 2010 interponen demanda de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros con la finalidad de que se les inaplique el Decreto de Urgencia 012-2010. Alegan que con dicha norma se les afecta sus derechos a la no retroactividad de la ley, igualdad, propiedad y libertad de empresa. Afirma asimismo que el mencionado decreto tiene las características de norma autoaplicativa, según los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 1739-2009-PA/TC.

Los recurrentes afirman que se dedican a la minería aurífera en el Departamento de Madre de Dios, contando debidamente con los títulos de concesión minera respectivos, razón por la que han iniciado el trámite de los certificados ambientales. Expresan que tales trámites se han dado antes de la entrada en vigor del decreto de urgencia cuya inaplicabilidad se busca. Argumentan que son mineros formales y que cumplen las normas ambientales, afectándose sus derechos de manera irregular con la aplicación del referido decreto.

El Procurador Público Ad Hoc de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Alega que la norma cuestionada no puede ser considerada autoaplicativa, salvo el artículo 7 y el 8 que, no obstante, no violentan ningún derecho fundamental.

El Juzgado Mixto de Tambopata, con fecha 10 de agosto de 2010, declara infundada la demanda, al considerar que el artículo 7 del Decreto de Urgencia 012-2010 no vulnera ninguno de los derechos alegados por los accionantes, por que si bien los demandantes acreditan contar con título de concesión, no sucede lo mismo respecto del certificado ambiental, ya que, el haber iniciado los trámites para tal certificado no significa que tal solicitud tenga que ser aprobada automáticamente. En tal sentido, al entrar en vigencia el Decreto de Urgencia N.º 12-2010 rige para las situaciones en trámite no verificándose vulneración de los derechos adquiridos de los demandantes. En cuanto al artículo 8 del decreto de urgencia que dispone el decomiso de las dragas a efectos de convertirlas en inoperativas, el juez estima que tal limitación al derecho de

propiedad se justifica en la necesidad pública, el interés nacional de garantizar la salud pública, el patrimonio natural, la recaudación tributaria, y el desarrollo de actividades sostenibles. Por último, sostiene que de acuerdo a la Constitución la libertad de empresa se ejerce en armonía con el orden público y las normas legales que lo regulan. Y vista la afectación a la salud y a otros bienes constitucionales provocado por el uso de la dragas, las limitaciones impuestas se encuentran justificadas.

La sala *ad quem* confirma la sentencia, por los mismo fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto declarar inaplicable el Decreto de Urgencia N.º 012-2010. En el recurso de agravio constitucional los demandantes han sintetizado los argumentos de su demanda indicando que: (i) no son mineros informales ya que cuentan con una concesión minera, (ii) el Decreto de Urgencia N.º 012-2010 no supera el test de proporcionalidad porque no cumple con los principios establecidos en el artículo 118, inciso 19 de la Constitución, (iii) en pleno trámite para acceder a las certificaciones ambientales, se les impone las medidas normativas contenidas en el artículo 7.2 del Decreto de Urgencia. Esto es, “se les cambia las reglas de juego” trastocando sus derechos adquiridos (principio de irretroactividad) ya que el artículo 7.2 estipula que la certificación ambiental solo será otorgada si es que el estudio ambiental que la sustenta contiene los requisitos que se desarrollan en tal artículo, (iv) se le vulnera su derecho a la propiedad por cuanto el literal 7.2 c) dispone el decomiso de las dragas a efectos de convertirlas en inoperativas, siendo ello desproporcionado ya que no se consagra una escala de sanciones por incumplir la prohibición del uso de dragas y el artículo 8 dispone su decomiso para convertirlas en inoperativas, y; (v) como consecuencia de todo ello, estiman que se les ha vulnerado su libertad de empresa.
2. Los demandantes han referido que las normas contenidas en el referido decreto de urgencia son de naturaleza autoaplicativa, y por lo tanto, factibles de ser cuestionadas mediante una demanda de amparo. De otro lado, en virtud del test de proporcionalidad afirma que el decreto de urgencia no es una medida idónea porque contraviene lo estipulado por la Constitución en el artículo 118º, inciso 19, ya que no se habría cumplido con regular medidas extraordinarias de naturaleza económica y financiera, ni con el criterio de excepcionalidad ni transitoriedad.

Cuestiones previas

3. Es importante indicar que el Decreto de Urgencia N.º 12-2010 fue derogado por la Decimo Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1100, del 18 de febrero de 2012. Si bien las partes no han presentado consideraciones al respecto, es factible que se argumente que se ha generado una sustracción de la materia. No obstante, en virtud de la finalidad de los procesos constitucionales (art. II del Código Procesal Constitucional), el principio de *iura novit curia* (art. VIII del referido Código) y la función pacificadora de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, es pertinente analizar el petitorio de los demandantes a la luz de las normas que regulan aspectos similares a los cuestionados por los demandantes, como lo son ciertas disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1100 que serán analizados en los subsiguientes fundamentos.

Derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado en Madre de Dios

4. No obstante, es importante previamente tener en cuenta el contexto dentro del cual se emitió la normativa cuestionada. El objetivo del Decreto de Urgencia 12-2010, así como el del Decreto Legislativo N.º 1100 que lo deroga, es declarar de necesidad pública, interés nacional y de ejecución prioritaria, la erradicación de la minería ilegal. En tal sentido, debe tenerse en consideración aspectos de relevancia para la resolución de esta sentencia, como son los impactos provocados por dicha actividad, que van desde consecuencias negativas al ambiente, pésimas condiciones laborales y afectación en la población infantil de la zona.

5. La diversidad geográfica y biológica del territorio nacional, junto con la riqueza de recursos naturales, brinda oportunidades para su aprovechamiento en beneficio de la sociedad y la dignidad de la persona. La región de Madre de Dios, es un ejemplo palpable de ello, en donde coexiste la extracción de minerales y los hidrocarburos, el cultivo de castañas, el ecoturismo y la explotación maderera. Cada una de estas actividades económicas debe guardar una especial relación con el ambiente, debiendo desarrollar una industria sostenible y amigable con el ecosistema. Lamentablemente, determinadas razones han llevado a que se registren una serie de problemas, que afectan al ambiente y a la población de Madre de Dios.
6. En la STC 0048-2004-AI/TC, se determinó que *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado* (art. 2.18 de la Constitución), “comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido” (fund. 17). De ahí que este derecho se concrete en el *derecho a que el medio ambiente se preserve*.
7. De otro lado, en la STC 03343-2007-PA (Caso *Cordillera Escalera*) el Tribunal afirmó que el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social. El concepto de responsabilidad social de la empresa tiene diversos ámbitos de aplicación, de un lado, el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores, así como al buen gobierno corporativo; y de otro lado, el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa, la comunidad y su entorno (fundamentos 21-25).
8. El caso de la explotación informal aurífera en la región de Madre de Dios ha traído devastadores efectos, con la amenaza de que estos se agudicen aun más. Los principales problemas que se generan, como ha advertido el Ministerio del Ambiente (MINAM), no es solo la degradación del ecosistema, sino también la superposición de lotes mineros con reservas naturales, otras propiedades y territorios indígenas y la contaminación a la cual se encuentra expuesta la población circundante a la zona de extracción de minerales. De igual modo, la actividad minera informal tiene un impacto social a tomar en consideración, como es la desertión estudiantil cerca de los campamentos mineros y la apertura de locales en donde se ejerce la prostitución clandestina [ver: Brack Egg, Antonio, Alvarez, José, Sotero, Víctor. *Minería Aurífera en Madre de Dios y Contaminación con Mercurio: Una Bomba de Tiempo*. Ministerio del Ambiente, Lima, 2011].
9. Se trata pues de un problema complejo que requiere por ello de toda una política de estado a fin de poder solucionar tal situación. Estudios que pueden ser tomados como referencia indican que uno de los problemas es la falta de recursos financieros, humanos y logísticos, no solo del Gobierno Regional, sino también de entidades propias del Gobierno Nacional. Así, no solo la Dirección Regional de Energía, Minería e Hidrocarburos (DREMH) del Gobierno Regional de Madre de Dios tendría este tipo de carencias, sino también, la Policía Ecológica y el Ministerio Público [Rivero Mejía, Ramón y Díaz Carrión, Alan. *La problemática Minera y la Experiencia del Consultorio Jurídico Gratuito de la SPDA en Madre de Dios (2010-2011)*, Lima: 2012, p. 52-60].

El amparo y derecho a un ambiente adecuado y equilibrado

10. Frente a este tipo de situaciones es factible que las personas afectadas por tales actividades interpongan demandas de amparo en las que se solicite la tutela del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. En efecto, el denominado “amparo ambiental” es el proceso constitucional mediante el cual se pretende tutelar tal derecho. Sin pretender crear una nueva categoría procesal, es de advertirse que este Tribunal ha desarrollado una línea jurisprudencial al respecto, tomando en cuenta la singularidad de lo discutido en este tipo de procesos.
11. Por ejemplo, usualmente las demandas de amparo ambiental son concebidas como pretensiones colectivas o difusas, puesto que “la satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad” (STC 05270-2005-PA/TC, fund. 7). Ello ha significado la necesidad de adaptar la perspectiva clásica del derecho procesal -centrada en la resolución de intereses individuales- a contextos en donde la titularidad de un derecho corresponde a un conjunto indeterminado o colectivo de personas. La legislación nacional ha recogido algunos ejemplos de ello, como es el Código Procesal Civil (art. 82) o la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente (art. 146), en donde se establece una legitimación para obrar de amplias dimensiones. El Código Procesal Constitucional, por su parte, también reconoce una legitimidad para obrar amplia (art. 40). Para describir tal situación este Tribunal ha hecho referencia a una *legitimidad colectiva* y a una *legitimidad institucional* y a la problemática que se generaría si es que el sujeto encargado del patrocinio realiza una labor deficiente o negligente (STC 05270-2005-PA/TC, fund. 11-12). Ello desde luego tendría también un impacto importante en la institución de la cosa juzgada, la que deberá ser acomodada a este tipo de conflictos.
12. De igual forma, en la RTC 02682-2005-PA/TC se determinó que en las demandas de amparo por amenaza o vulneración del derecho al ambiente adecuado y equilibrado y el derecho a la salud (siendo que ambos detentan un “especial valor material”), se exige al juez “el desarrollo intenso de las potestades de investigación a efectos de esclarecer todos los extremos de la controversia” (considerando 5). Por lo tanto, se concluyó en aquella resolución que para este tipo de casos el artículo 9 del CPConst debía ser interpretado a la luz de la Constitución y la finalidad de los procesos constitucionales (art. II del CPConst) requiriéndose “una acentuada actividad probatoria” sin que ello implique declarar la improcedencia por falta de idoneidad del amparo.
13. Con estos dos ejemplos, se pretende resaltar que el denominado amparo ambiental tiene ciertas características especiales, a partir de las cuales la jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado reglas procesales, adaptando el proceso de amparo a la finalidad perseguida. También se ha integrado al análisis de este tipo de casos: “a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable [que consiste en prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial]; b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables” (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 18).
14. En suma, la figura del amparo ambiental es construida a partir de la doctrina y legislación sobre derechos colectivos y difusos, así como del derecho procesal colectivo y de principios propios del derecho ambiental. En tal sentido, la problemática sobre conflictos ambientales, debe ser analizada bajo una perspectiva que integre todas estas posturas a fin de brindar un resultado que optimice los derechos fundamentales en ponderación. Y es que no debe dejar de considerarse que los conflictos ambientales que generan una problemática singular,

requiere de respuestas no solo coherentes con la naturaleza del conflicto sino con la realidad.

El Decreto Legislativo N.º 1100, que Regula la Interdicción de la Minería Ilegal en Toda la República y establece Medidas Complementarias.

15. Puesto que el Decreto Legislativo N.º 1100 derogó en su integridad el Decreto de Urgencia N.º 12-2010, los argumentos dirigidos a cuestionar el incumplimiento del artículo 118, inciso 19 de la Constitución devienen en irrelevantes, puesto que los decretos legislativos no están sujetos a los límites establecidos para los decretos de urgencia. Por consiguiente, los argumentos expuestos en este sentido por los demandantes deben ser rechazados.
16. No obstante, no ocurre lo mismo con los argumentos referidos a la afectación del principio de irretroactividad, el derecho de propiedad y la libertad de empresa. Al respecto debe tomarse en cuenta lo estipulado en el artículo 5 y en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1100. Ambos artículos concretizan, en parte, normas similares a las normas cuestionadas en el ahora derogado Decreto de Urgencia N.º 012-2010. Estas normas son, como sucedía con las normas del decreto de urgencia derogado, normas autoaplicativas, por lo que procede emitir pronunciamiento sobre el fondo de ellas.

Prohibición de las dragas y derecho de propiedad

17. Es de recordarse que el artículo 8 del decreto de urgencia derogado establecía la prohibición del uso de dragas, así como el decomiso inmediato de las dragas para que sean convertidas en inoperativas. Por su parte, el artículo 5 del decreto legislativo referido, prohíbe el uso de dragas y otros artefactos similares en todos los cursos de agua, ríos, lagos, lagunas, cochas, espejos de agua, humedales y aguajales, en el ámbito de la pequeña minería y minería artesanal. Tales artefactos son definidos por el artículo 5.1 a) como aquellas “unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales.” De igual modo, el artículo 7.2 del decreto legislativo establece como acciones de interdicción la destrucción o demolición de bienes, maquinaria o equipos citados en el artículo 5, siempre que por sus características no sea viable su decomiso.
18. El derecho de propiedad esta previsto en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución el cual debe ser interpretado en concordancia con el artículo 70 de la Constitución que establece que se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Sin embargo, a juicio de este Colegiado, la propiedad de los accionantes tiene que ser limitada en vista del impacto negativo que la utilización de las dragas ocasiona en el ambiente. Así, al mismo tiempo que los artículos precitados, debe considerarse también el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado previsto en el artículo 2, inciso 22), de la Constitución.
19. A fin de determinar si es que las restricciones establecidas por la norma son razonables, y por ende constitucionales, es ya usual en la práctica jurisprudencial de este Tribunal aplicar el test de proporcionalidad. Como ya es conocido este test está conformado por tres sub-criterios. El primero es el de *idoneidad*, que establece que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. En cuanto al subcriterio de *necesidad*, impone adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita; como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. Una medida será innecesaria o no satisfará este segundo subcriterio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado. Por último, en lo que se refiere al subcriterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” [STC 2235-2004-AA, fundamento 6].

20. Analizado lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1100 es de inferirse que la medida adoptada es idónea. Y es que la prohibición del uso de dragas cumple con el objetivo de evitar el impacto que su utilización produce en el ambiente. Las dragas ocasionan graves impactos de corto y largo plazo al ecosistema, puesto que al remover ingentes cantidades de sedimentos de los ríos se genera contaminación, alteración del cauce de los ríos, impactos biológicos, destrucción de los hábitats acuáticos, alteración de ecosistemas inundables y destrucción de la vegetación ribereña [ver: Brack Egg, Antonio, Álvarez, José, Sotero, Víctor. *Minería Aurífera en Madre de Dios y Contaminación con Mercurio: Una Bomba de Tiempo*. Ministerio del Ambiente, Lima, 2011]. Por lo tanto su prohibición no solo persigue un fin legítimo sino que también queda demostrado el nexo entre su prohibición y el fin legítimo perseguido.
21. La medida también resulta necesaria. En primer lugar cabe recalcar que los demandantes no han planteado una medida alternativa. Y en segundo lugar, los efectos producidos por las dragas son de tal magnitud que no es factible insistir con ese tipo de tecnología que causa daños desproporcionados. Además, es relevante precisar que la facultad de demoler o destruir tales tipos de unidades se realiza solo cuando no puede procederse al decomiso. Así, ésta es solo una medida excepcional, limitada a una situación particular y cuyo objeto guarda concordancia con el objetivo de la norma.
22. Por último, sobre el subcriterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, debe tenerse en consideración la protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y el derecho a la salud de las poblaciones aledañas, ya que, como se ha advertido, el objetivo de la norma es evitar el impacto negativo de las dragas en el ecosistema. En este caso, el Poder Ejecutivo ha determinado que debido al impacto generado en el ambiente por el uso de las dragas, su utilización debe ser fuertemente restringida, en tal sentido, si bien se trata de una restricción intensa o *grave* al derecho de propiedad, la protección del ambiente, y de la salud de la población aledaña a los lugares en donde se realiza este tipo de actividad es también elevada. Ello no solo por los daños presentes sino también por el peligro de afectar el ecosistema irremediablemente, ante ello, se opta por evitar la utilización de tal método de extracción de minerales. Debe considerarse además, que el impacto por la utilización de las dragas no solo afectaría a las poblaciones actuales, sino que eventualmente afectaría a las generaciones futuras. Así, la intensidad del daño que causan las dragas justifica la intensidad de su prohibición.
23. Estando a lo expuesto, se aprecia que al desarrollarse el subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto se determina un empate en la ponderación. Frente a esta situación este Tribunal considera que en virtud del principio *in dubio pro legislatore* (en este caso el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso) y tomando en cuenta la delegación que existe por parte del legislador para normar aspectos relativos a la propiedad en su dimensión del derecho de empresa, es que la medida legislativa debe ser declarada constitucional en este extremo. En efecto, en este caso el principio democrático y la materia sobre la cual se regula termina por decantar los fundamentos de este Colegiado en la presente causa a favor de la normativa cuestionada. Por consiguiente, en lo que respecta a los artículos 5 y 7.2 del Decreto Legislativo N.º 1100, es de apreciarse que la norma, en este extremo supera el test de proporcionalidad, quedando demostrada su constitucionalidad.

Sobre los derechos adquiridos

24. Respecto a la alegada vulneración de sus derechos adquiridos y la violación del principio de no retroactividad, la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1100, transcribe casi en su integridad el artículo 7 del Decreto de Urgencia N.º 12-2010. En tal sentido, la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1100 dispone:

[...] “El instrumento de gestión ambiental referido en el párrafo anterior, sólo será aprobado si cumple con los siguientes requisitos:

- a) Métodos de extracción que no afecten el objeto del presente Decreto Legislativo.

b) Métodos para la recuperación del mercurio con el uso de retortas y otros equipos.

c) No establezca el uso de los artefactos prohibidos en el artículo 5 numeral 5.1.

d) En el caso que el derecho minero se superponga a concesiones forestales maderables y no maderables; concesiones para ecoturismo; concesiones de reforestación y concesiones para conservación, se deberá contar con la opinión técnica favorable de la Autoridad Nacional competente, con la finalidad de evitar la degradación de los recursos naturales diferentes al mineral, así como la afectación a la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y la biodiversidad.

e) En el caso que el derecho minero se superponga a Áreas Naturales Protegidas o sus zonas de amortiguamiento, se deberá contar con la opinión técnica favorable de SERNANP.

La aprobación del instrumento de gestión ambiental sin los requisitos antes mencionados conlleva a la responsabilidad administrativa del funcionario que lo aprobó.” [...]

25. La Constitución establece en su artículo 103, modificado por la Ley de Reforma Constitucional N.º 28389, que: [...] “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.” Invocando ello, los demandantes alegan que iniciaron su trámite bajo las reglas establecidas por el Decreto Supremo N.º 013-2002-EM a fin de realizar actividad de pequeña minería y minería artesanal. Sin embargo, cuando aun los demandantes tramitaban la aprobación de la certificación ambiental, el Decreto de Urgencia N.º 12-2010 modificó los términos de referencia establecidos. Si bien en el Decreto Legislativo N.º 1100 no se menciona el término “certificación ambiental”, sí se hace referencia al “instrumento de gestión ambiental” comprendiéndose que ambos términos encierran la misma noción o significado. Por consiguiente, la situación de los demandantes en este punto sería la misma bajo la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1100, puesto que se les estaría imponiendo las mismas obligaciones jurídicas.
26. A partir de la reforma constitucional del artículo 103 de la Constitución, validada por este Colegiado en la STC 0050-2004-AI/TC, y en posteriores pronunciamientos, se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos, salvo cuando la misma norma constitucional lo habilite. De igual forma, tal como se explicó en la STC 0002-2006-PI/TC (fund. 11) citando a Díez-Picazo, la teoría de los hechos cumplidos implica que la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser “aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad.”
27. En el caso concreto, la adecuación exigida en su momento por el Decreto de Urgencia 12-2010 y mantenida por la Cuarta Disposición Complementaria del decreto legislativo, no importa una afectación al derecho de los accionantes ni una afectación al principio de irretroactividad. En efecto, no se ha acreditado que los trámites iniciados por los demandantes, bajo la vigencia del Decreto Supremo 013-2002-EM, para obtener las autorizaciones correspondientes de las autoridades administrativas del sector minero hayan sido agotadas. Ello significa exigir nuevas condiciones a los titulares de autorizaciones acorde a las necesidades de la actividad económica en juego, sin que haya una prohibición constitucional de hacerlo así. Por consiguiente, los argumentos de los demandantes respecto a este punto deben ser rechazados.
28. De acuerdo a lo expuesto es claramente deducible que el derecho a la empresa de las demandantes tampoco ha sido vulnerado. Y es que la libertad de empresa “traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo

la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente” (STC 3330-2004-PA/TC, fund. 32). Por consiguiente, como se ha apreciado, la normativa cuestionada se enmarca dentro de parámetros razonables al delimitar la actividad de los demandantes.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

EXP. N.º 00316-2011-PA/TC
MADRE DE DIOS
EMPRESA MINERA DE
SERVICIOS GENERALES S.R.L.
Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, y coincidiendo con el fallo de la mayoría, emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Encuentro la demanda de amparo presentada tanto por personas naturales como por personas jurídicas que buscan la inaplicación del referido Decreto de Urgencia. Respecto a las personas jurídicas debemos expresar que éstas carecen de legitimidad para obrar activa en el proceso constitucional de amparo. Decimos esto en atención a que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene también igual parecer. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “persona humana”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía el proceso constitucional de amparo, exonerándoseles además de cualquier pago que pudiera requerirse para el ejercicio de sus derechos constitucionales. Es natural que toda sociedad mercantil tenga la amplitud de su defensa pero en la sede ordinaria en la que tiene a su alcance todas las vías que corresponden a sus intereses patrimoniales, pero no en la sede constitucional, que es totalmente ajena a estos intereses exclusivamente lucrativos y, además, residuales y gratuitos.
2. No obstante ello, a mi juicio existen casos excepcionales en los que este colegiado puede ingresar al fondo de la controversia considerando: i) la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia), y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro.
3. En tal sentido, encuentro un caso especial en el que los recurrentes buscan la inaplicación de un decreto supremo en atención a que éste tiene directa intervención en sus derechos constitucionales. En tal sentido, al ser necesario el análisis a efectos de verificar la constitucionalidad de la norma y al encontrarnos con un tema que tiene relación con la protección del medio ambiente, corresponde la emisión de un pronunciamiento de fondo.

Por tales consideraciones, la demanda debe declararse **INFUNDADA**.

VERGARA GOTELLI

**EXP. N.º 00316-2011-PA/TC
MADRE DE DIOS
EMPRESA MINERA DE
SERVICIOS GENERALES S.R.L.
Y OTROS**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Manifiesto a través de este voto mi parecer discrepante con la ponencia, sustentándome en las consideraciones siguientes:

1. La norma cuestionada no es autoaplicativa, sino heteroaplicativa, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento de fondo. En la demanda no existe alegato que explique por qué la norma cuestionada es autoejecutiva; por el contrario, de su contenido normativo se advierte que requiere de actos de aplicación para que sea eficaz o produzca efectos.
2. Sin perjuicio de lo señalado, no comparto lo argumentado en los fundamentos 8 y 9, pues su razonamiento se basa en libros que no forman parte del expediente, y por muy respetables que sean sus autores, no recogen datos y cifras oficiales del Estado, sino opiniones personales. Por ejemplo, en uno de estos libros se dice que la minería informal es la causa de la “deserción estudiantil” y la apertura “de locales en donde se ejerce la prostitución clandestina”. El origen de estos dos problemas sociales no es la minería informal, sino la falta de diligencia debida en el ejercicio de sus competencias del Ministerio de Educación, del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público y del Poder Judicial.

Lo dicho hasta aquí no significa que esté en contra de la argumentación reforzada en las ideas, pensamientos y posturas de la dogmática; por el contrario, soy partidario de que la fundamentación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en algunos casos, debe recoger la jurisprudencia comparada, así como la dogmática, pero siempre que ésta sea jurídica, y los datos oficiales del Estado que constatan hechos.

3. El fundamento 11 referido a la legitimidad para obrar, en términos argumentativos, me parece irrelevante para resolver el caso, pues la parte demandante no busca la tutela del

derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, sino la protección de los derechos a la propiedad y a la libertad de empresa. En buena cuenta, no estamos frente a un caso de “amparo ambiental”.

4. Un tema que no ha sido destacado es el del ingreso de las dragas. En algunos casos, éstas son artesanales y en otros éstas son importadas. Si existe prohibición de utilizar las dragas para la minería, para ser consecuentes, también debería existir la prohibición de su importación.
5. Luego de efectuar el test de proporcionalidad en el fundamento 23 se concluye que existe un empate y que éste se resuelve a favor del legislador en virtud del principio *in dubio pro legislatore*.

Considero que este argumento no es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por cuanto no existe sentencia en la que se haya aplicado este principio para concluir que la norma cuestionada es constitucional. Es más, en dicho fundamento no se explica cuál es el contenido de este principio y en que supuestos se aplica. El principio mencionado se aplica en casos dudosos en materia política.

Resolver de esta manera implica convertir al test de proporcionalidad en un método aritmético de sumatorias y restas, lo cual es contrario a la naturaleza cualitativa y dialéctica de la ponderación. Además, en la dogmática jurídica se acepta que cuando se produce el empate, el test de proporcionalidad deja de ser el método adecuado para resolver el conflicto entre derechos fundamentales (puede leerse a Clérico Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: EUDEBA. 2009).

6. Finalmente, no comparto la argumentación del fundamento 7 por cuanto la Constitución no impone que la responsabilidad social sea una condición para el ejercicio regular de los derechos a la propiedad, a la iniciativa privada y a la libertad de empresa. Lo que la Constitución dice es que el ejercicio de estos derechos debe ser acorde con la función social del Estado y con el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En este sentido, en la STC 10063-2005-PA/TC se precisó que “si bien la privatización de la seguridad social en salud puede generar en las empresas prestadoras del servicio la consecución de una finalidad de lucro, éstas no pueden ni deben ejecutar sus prestaciones menoscabando la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, ya que son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Por estas razones, considero que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.º 01091-2011-PA/TC**LIMA****CONSERVERA Y ATUNERA
DEL MAR S.A.C.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 11 días del mes de abril de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular en el que convergen los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, y el voto también singular del magistrado Vergara Gotelli, todos que se acompañan en autos.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Conservera y Atunera del Mar S.A.C., a través de su representante, contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 78 del cuaderno de apelación, su fecha 12 de agosto de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2008 y escrito subsanatorio de fecha 22 de diciembre de 2008, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando que se deje sin efecto la Resolución N.º 5, de fecha 10 de octubre de 2007, expedida por la Sala emplazada que, revocando la apelada, desestimó su demanda de impugnación de resolución administrativa; y que, en consecuencia, se ordene a la Sala emplazada que para resolver su demanda aplique los artículos 25º y 26º del Decreto Supremo N.º 070-89-PCM, permitiéndole continuar con el desarrollo de sus actividades de transformación de productos hidrobiológicos.

Refiere que el 13 de octubre de 1988 solicitó a la Dirección Regional de Pesquería el otorgamiento de licencia para operar una planta de procesamiento de harina y aceite de pescado en la zona de Constante (Sechura – Piura), adjuntando para tal efecto todos los requisitos, sin que la entidad efectuara observación alguna a su solicitud. Por ello, habiendo operado el silencio administrativo positivo, solicitó el 23 de marzo de 2003 que la entidad emita pronunciamiento expreso sobre el otorgamiento de la licencia solicitada; empero, con la Resolución Directoral N.º 303-2003-PRODUCE/DNEPP, de fecha 16 de setiembre de 2003, se desestimó su solicitud por no haber acreditado la presentación de los requisitos, decisión contra la que interpuso recurso de reconsideración, que fue desestimado por la Resolución Directoral N.º 242-2005-PRODUCE/DNEPP, de fecha 13 de setiembre de 2005. Contra esta decisión interpuso recurso de apelación alegando que la norma que debía regir el silencio administrativo era la Ley de Simplificación Administrativa y su Reglamento, recurso que fue desestimado por la Resolución Vice-Ministerial N.º 057-2005-PRODUCE/DVM-PE, de fecha 30 de noviembre de 2005, por estimarse que no había acreditado la presentación de los requisitos para el otorgamiento de la licencia y no estar obligada la entidad a exhibir la solicitud inicial por haber transcurrido más de 5 años, agotándose la vía administrativa.

Ante este resultado, señala que interpuso demanda de impugnación de resolución administrativa en contra del Ministerio de la Producción (Exp. N.º 6503-2006), solicitando, entre otras pretensiones, que se le reconozca la autorización para instalar un establecimiento industrial pesquero, así como la licencia para operar la planta, alegando que al 13 de octubre de 1988, fecha en la cual solicitó el otorgamiento de la licencia para operar la planta de procesamiento de harina y aceite de pescado, se encontraba vigente el Decreto Supremo N.º 070-89-PCM que

establecía que la sola presentación de la solicitud constituía prueba suficiente para acreditar el silencio administrativo positivo que operaba con el solo transcurso del tiempo, estimándose su demanda en primera instancia. No obstante, en segunda instancia su demanda fue desestimada por considerarse que a su solicitud no le era aplicable el Decreto Supremo N.º 070-89-PCM, sino el Decreto Supremo N.º 006-67-SC, que recogía el silencio administrativo negativo, decisión contra la cual interpuso recurso de casación, el que también fue desestimado, por lo que considera que estas decisiones vulneran sus derechos a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, toda vez que la Sala emplazada no observó el hecho de que a su solicitud referida no le era aplicable el silencio administrativo negativo, por cuanto fue presentada el 13 de octubre de 1988.

La Octava Sala Civil de Lima, con fecha 9 de enero de 2009, declara improcedente la demanda por considerar que la resolución judicial cuestionada se ha expedido válidamente en la tramitación de un proceso regular.

La Sala revisora confirma la apelada por estimar que la Sociedad recurrente, sin mayor fundamento, pretende cuestionar la interpretación efectuada en la resolución judicial cuestionada.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. La presente demanda de amparo tiene por finalidad que se declare la nulidad de la Resolución N.º 5, de fecha 10 de octubre de 2007, emitida por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima en el Exp. N.º 958-2007, que declaró infundada la demanda contenciosa administrativa interpuesta por la Sociedad demandante contra el Ministerio de la Producción.

En la demanda se alega que la resolución judicial cuestionada vulnera los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva de la Sociedad demandante, por cuanto indebidamente aplicó el Decreto Supremo N.º 006-67-SC y no el Decreto Supremo N.º 070-89-PCM.

2. Cabe destacar que lo discutido en el proceso contencioso administrativo se encuentra relacionado con la solicitud presentada en sede administrativa, con el objeto de que se le autorice a la demandante instalar un establecimiento industrial pesquero para procesar 30 t/h de harina de pescado de alto contenido proteico en la zona de Constante, Distrito de Sechura, Provincia de Piura; y, en tal sentido, se le reconozca la licencia para operar dicha planta, conforme a su capacidad (f. 52).

Por ello, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en principio, debe estar dirigido a revisar si en el proceso contencioso administrativo precitado se han vulnerado los derechos o garantías procesales que la Constitución reconoce y protege; y, de ser el caso, revisar la actuación de la Administración en relación a la solicitud planteada por la demandante y a las respuestas que ha venido dando, atendiendo a la gravedad de los hechos materia de la demanda.

3. En consecuencia, si bien la demanda fue rechazada liminarmente, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, el Tribunal considera pertinente no revocar el auto de rechazo y ordenar que se admita a trámite la demanda, sino emitir un pronunciamiento de fondo, por las razones que se expondrán en el presente caso.

Análisis de la sentencia dictada en el proceso contencioso administrativo, impugnada en autos

4. Cabe precisar que a fojas 160 (primer cuaderno) obra la resolución judicial cuestionada, que en segundo grado desestimó la demanda contenciosa administrativa, por considerar la Sala demandada que

“Sexto.- (...) de conformidad con el artículo 90° del Decreto Supremo N° 006-67-SC, vigente desde el inicio del procedimiento administrativo, señalaba: (...) En caso de que hubiese transcurrido 30 días desde la denuncia [de la demora], no se hubiese dictado resolución, el interesado podrá presumir denegada su petición o reclamación (...) En tal sentido, habiendo transcurrido el plazo de los 30 días, sin que la administración haya expedido resolución, debió considerarse denegada la petición de la demandante (toda vez que la norma se inclinó por el silencio negativo) (...).”

5. De la lectura del fundamento transcrito, puede advertirse que la motivación esgrimida por la Sala demandada se sustenta en la aplicación directa de la normatividad vigente en relación a los trámites y la aplicación del silencio administrativo negativo en sede administrativa; así, en el considerando sétimo de la misma resolución se expone que en aplicación del artículo 26° del D.S. N.° 070-89-PCM –que regulaba el silencio administrativo– y de la Sexta Disposición Transitoria del mismo precepto, las normas sobre silencio administrativo a que se refieren los artículos 26° a 29° regirán en los procedimientos administrativos que se inicien a partir del 2 de octubre de 1989; y, debido a que la solicitud de la actora fue presentada el 13 de octubre de 1988, no le resulta aplicable el silencio administrativo positivo.
6. En consecuencia, en relación a este extremo, la demanda debe ser desestimada, en aplicación del artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

La actuación de la Administración, antes y después del proceso contencioso administrativo

7. Teniendo presente que la demanda contencioso administrativa fue presentada el 6 de marzo de 2006, cabe tener presente algunas actuaciones administrativas, tanto previas como posteriores a la demanda, a fin de determinar si la actuación de la Administración puede haber afectado derechos fundamentales de la empresa demandante.
8. Antes de la presentación de la demanda, cabe destacar que:
 - Por R.D. N.° 192-98-PE/DNPP, del 5 de noviembre de 1998, se otorgó a Conservera y Atunera del Mar S.A.C. autorización para el aumento de la capacidad de sus plantas de enlatado y harina de pescado residual instaladas en su establecimiento industrial pesquero, ubicado a la altura del Km 15 de la carretera Sechura – Parachique, distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura, con las capacidades proyectadas de 3,500 cajas/turno y 10 t/h de procesamiento de residuos y desechos de pescado, respectivamente (segundo considerando de la R.D. N.° 060-2000/PE/DNPP).
 - Por R.D. N.° 060-2000/PE/DNPP, se le otorgó a Conservera y Atunera del Mar S.A.C., licencia de operación de planta de enlatado de productos hidrobiológicos para consumo humano y planta de harina de pescado residual, de carácter accesorio y de uso exclusivo para el procesamiento de residuos de pescado y especies desechadas y/o descartadas, provenientes de su actividad de enlatado, en su establecimiento industrial pesquero ubicado a la altura del Km 15 de la carretera Sechura – Parachique, distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura, con las siguientes capacidades instaladas:

Enlatado	:	3,488 cajas/turno
Harina de pescado 10 t/h		
de procesamiento residual	:	de residuos de pescado y especies desechadas y/o descartadas.
 - Por R.M. N.° 218-2001-PE, del 28 de junio de 2001, se declaró que “El acceso a la actividad de procesamiento para consumo humano indirecto está permitido únicamente, para la instalación de plantas de harina de pescado residual, quedando prohibida la instalación y aumento de capacidad de las plantas de harina de pescado estándar y de alto contenido proteínico” (artículo 1°); asimismo, se precisa que la planta de harina residual es de carácter accesorio al funcionamiento de la actividad principal y debe ser

utilizada exclusivamente para el procesamiento de residuos de pescado, entre otros, cuya capacidad instalada tendrá un máximo de 10 t/h de aprovechamiento de pescado residual, la que por excepción podrá ser mayor, si existe justificación técnica y ambiental (artículo 2°).

9. En consecuencia, queda claro que la empresa demandante, antes de la presentación de la demanda, tenía licencia de operación de planta de enlatado de productos hidrobiológicos para consumo humano y planta de harina de pescado residual, hasta por 10 t/h.
10. Es con posterioridad a la interposición de la demanda que se dictan dos resoluciones administrativas; la primera, como una consecuencia de las resoluciones dictadas en el proceso contencioso administrativo, mientras que la segunda es independiente de aquel; se tiene entonces:

- La R.D. N.° 290-2006-PRODUCE/DGEPP, del 28 de agosto de 2006, en su Considerando Noveno refiere “Que la empresa CONSERVERA Y ATUNERA DEL MAR S.A.C., cuenta con el derecho de licencia para desarrollar sus actividades productivas de enlatado y harina de pescado residual y/o especies desechas, siendo esta última con una capacidad instalada de 10 t/h de procesamiento de materia prima, por otro lado, la recurrente viene solicitando licencia para una capacidad de 30 t/h, sin antes contar con el derecho expreso de autorización de instalación para dicha capacidad, condición previa para requerir una licencia de operación y poder elaborar harina de pescado; por lo que, de ser el caso, se tendría que encausar el petitorio como autorización de instalación y licencia de operación”.

En el considerando siguiente se señala que la demandante, con fecha 2 de abril de 2003, solicitó licencia para operar una planta de harina de pescado con capacidad de 30 t/h de procesamiento de materia prima, por lo que se resuelve suspender los efectos que deriven de la Resolución Vice Ministerial N.° 057-2005-PRODUCE/DVM-PE (Considerando Duodécimo) –que agotó la vía administrativa, respecto del pedido de licencia para operar una planta de harina de pescado con capacidad de 30 t/h–, “permitiéndose continuar a la accionante con el desarrollo de sus actividades de transformación de productos hidrobiológicos, hasta la expedición de la sentencia en el proceso principal” o en caso exista variación en las situaciones fácticas y/o jurídicas en que se sustente la resolución acotada (artículo 1°); por ello, se dispone que para determinar la capacidad instalada de la planta de harina y aceite de pescado materia de la resolución judicial en mérito a la que se expide la R.D. N.° 290-2006-PRODUCE/DGEPP, se debe realizar la inspección técnica correspondiente (artículo 2°).

- La R.D. 067-2007-PRODUCE/DGEPP, del 30 de enero de 2007, por la que se dispone, en cumplimiento de lo dispuesto en la R.D. N.° 290-2006-PRODUCE/DGEPP precedentemente citada, determinar “la capacidad instalada de la planta de harina de pescado de CONSERVERA Y ATUNERA DEL MAR S.A.C., fijándose en 30 t/h de procesamiento de materia prima, en el establecimiento industrial pesquero ubicado en la altura del Km 15 de la carretera Sechura – Bayóvar, Caleta Constante, distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura” (artículo 1°).

En su artículo 2°, dispone la suspensión de “(...) la Resolución Directoral N.° 060-2000-PE/DNEPP, del 17 de julio de 2000, en lo que corresponde al derecho otorgado de la planta de harina de pescado residuos y especies desechadas, con capacidad de 10 t/h de procesamiento de materia prima, en su establecimiento industrial pesquero, indicado en el artículo precedente, hasta que se defina el proceso judicial”.

11. Es pues el contenido de la última resolución citada la que llama la atención del Tribunal Constitucional, en la medida que la Resolución Directoral N.° 060-2000-PE/DNEPP no forma parte del proceso judicial, sin embargo, se deja en suspenso a las results del proceso judicial, situación que debe ser analizada para determinar si tiene sustento jurídico, o no.

La mutación del petitorio

12. El tema de la mutación del petitorio no es nuevo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; así, se ha desarrollado en la STC N.º 1157-2008-PA/TC, fundamento 8, en relación a la modificación de la normatividad vigente en un caso de importación de vehículo usados, con posterioridad a la presentación de la demanda, así como en la RTC N.º 3613-2010-PA/TC, fundamento 11, en relación a los hechos impugnados, dado que la demandante en este último proceso cuestionaba actos administrativos que afectaban su postulación a un concurso programado por el Consejo Nacional de la Magistratura, los mismos que durante el proceso quedaron sin efecto y fueron reemplazados por otras normas administrativas que, en criterio de la demandante, afectaban sus derechos fundamentales.
13. En el caso de autos se presenta una situación similar, dado que antes del proceso contencioso administrativo iniciado por la empresa demandante, aquella contaba con una licencia de operación de planta de enlatado de productos hidrobiológicos para consumo humano y planta de harina de pescado residual; sin embargo, como consecuencia de su solicitud de licencia para operar con una mayor capacidad, no solo la autoridad administrativa no tuvo un pronunciamiento expreso sobre esta última petición –lo que derivó en un proceso contencioso administrativo–, sino que, además, la autoridad administrativa, mediante R.D. 067-2007-PRODUCE/DGEPP, del 30 de enero de 2007 dejó en suspenso su actividad de procesamiento de productos hidrobiológicos, por lo que, al no tener la licencia respectiva, no podía operar la planta instalada; y todo ello sin que la licencia inicialmente otorgada haya sido motivo de cuestionamiento o impugnación.
14. En consecuencia, corresponde que el Tribunal Constitucional se pronuncie en relación a dicho extremo.

La libertad de empresa

15. La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. En ese sentido, el artículo 59º de la Constitución reconoce que “el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”.
16. De otro lado, este Colegiado, en la sentencia del Expediente 0018-2003-AI/TC, ha manifestado que “la expresión ‘empresa’ alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo”.
17. Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho (STC N.º 03330-2004-AA/TC, numeral 13):
 - En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, que significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
 - En segundo término, la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
 - En tercer lugar está la libertad de competencia.
 - En último término está la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, o de disponer el cierre o cesación de las actividades cuando lo considere más oportuno.
18. Además, como bien se señala constitucionalmente, en el artículo 58º, “la iniciativa privada es libre”. Sobre esta base, y relacionándola con la estudiada libertad de empresa, el acceso al mercado empresarial aparece como la capacidad de toda persona de poder formar una

empresa y que esta funcione sin ningún tipo de trabas. En ese sentido, la creación de empresas no significa que al titular del derecho no se le pueda exigir requisito alguno, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere, es imprescindible que se reconozca lo que razonablemente sea necesario.

La interdicción de la de la arbitrariedad

19. En todo caso, corresponde también que en el presente caso se evalúe la actuación de la Administración Pública, en relación a la concesión o ampliación de licencia; y en su caso, a su suspensión o cancelación, a fin de determinar si las decisiones adoptadas por aquella se encuentran arregladas a derecho o han sido dictadas arbitrariamente.
20. El parámetro para ello, es lo que se conoce como el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículos 3º y 43º de la Constitución Política), y tiene un doble significado: **a)** en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, **b)** en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo ((Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44º, de la Norma Fundamental).

Análisis del caso de autos

21. Queda claro que la empresa demandante tenía una licencia de operación de planta de enlatado de productos hidrobiológicos para consumo humano y planta de harina de pescado residual y que, con posterioridad a ello, cuando estaba tramitando la ampliación de la anterior, la administración cancela la licencia, inicialmente otorgada.
22. Tal acto puede considerarse en si mismo inconstitucional, tanto más cuando la cancelación de la primera licencia otorgada no contiene justificación alguna; sin embargo, tomando en cuenta lo expuesto por la propia Administración en la R.D. N.º 290-2006-PRODUCE/DGEPP –que dispone en su artículo 2º que para determinar la capacidad instalada de la planta de harina y aceite de pescado se debe realizar la inspección técnica correspondiente– y en la R.D. 067-2007-PRODUCE/DGEPP –que determina la capacidad instalada de la planta de harina de pescado de CONSERVERA Y ATUNERA DEL MAR S.A.C., fijándose 30 t/h de procesamiento de materia prima–, resulta más que evidente que cuando se deja sin efecto la licencia anterior, es que se pretende otorgar una nueva, en este caso, por 30 t/h de procesamiento de materia prima.
23. Una conclusión en distinto sentido, llevaría a considerar que la Administración ha anulado, arbitrariamente, una licencia, sin motivar las razones para tal efecto; por el contrario, teniendo en cuenta los propios actos del Estado, en el sentido que ha permitido que un ciudadano invierta su dinero para formar y aumentar su empresa dentro del marco legal establecido por el Estado; y que ha fiscalizado las obras realizadas en dicha empresa, hasta determinar expresamente cual es la capacidad con la que puede operar en el mercado, es que corresponde que se disponga el otorgamiento de la licencia correspondiente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, en lo que se refiere a la impugnación de la resolución dictada por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2. Declarar FUNDADA

la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la libre empresa privada; en consecuencia, corresponde que la autoridad competente otorgue la licencia de operación de una planta de pescado residual de hasta 30 t/h de procesamiento de harina de pescado a la empresa demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS**

ETO CRUZ

EXP. N.º 01091-2011-PA/TC
LIMA
CONSERVERA Y ATUNERA
DEL MAR S.A.C.

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI Y CALLE HAYEN

Con el debido respeto a nuestros colegas magistrados emitimos el presente voto singular, por las razones que a continuación exponemos:

1. El amparo presentado por la demandante tiene por objeto que:
 - "1. (...) se reponga las cosas al estado anterior a la violación de la aplicación de la ley de simplificación administrativa y se permita que la accionante continúe con el desarrollo de sus actividades de transformación de productos hidrobiológicos";
 - "2. Asimismo, amparada la acción de garantía, ordene a la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo; a efectos de que aplique en forma expresa y clara los artículos 25 y 26 del Decreto Supremo 070-89-PCM Reglamento de la Ley de Simplificación administrativa y demás normas aplicables por ser de aplicación automática". (folio 179).
2. De acuerdo con el artículo 50 inciso 1 del Código Procesal Constitucional no proceden los procesos constitucionales cuando *"los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado"*.
3. En el caso específico, si bien la demandante alega la supuesta afectación de determinados derechos fundamentales como el derecho de igualdad ante la ley, al trabajo y a la tutela procesal efectiva (folio 179), es evidente que lo que persigue es el reexamen, en vía de amparo, de la cuestión controvertida ya resuelta en la vía ordinaria; lo cual evidentemente no forma parte del contenido constitucional protegido de los derechos invocados en la demanda.
4. Además, **la demandante no argumenta de qué manera se habrían vulnerado los derechos que invoca** (cfr. folios 179-181); y al sostener que se ha violado el derecho al debido proceso **se limita a realizar breves consideraciones de hecho y de derecho genéricas Que no guardan relación con el petitorio de la demanda** (cfr. folios 181-183),
5. Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional en jurisprudencia uniforme ha señalado que el proceso de amparo no es una instancia adicional de los procesos ordinarios, sino un proceso constitucional autónomo. El amparo sólo procede cuando existe una cuestión de relevancia constitucional (protección del contenido constitucional protegido) o el desconocimiento manifiesto de un derecho fundamental específico. Esto no se aprecia en el caso de autos, no sólo porque tal cuestión no existe, sino también porque el demandante ha hecho uso amplio y sin restricciones de los recursos legales (incluido el de casación) que reconoce la ley (folios 49-177).
6. Asimismo, constituye interpretación poco adecuada del principio de celeridad y economía procesal cuando, bajo su invocación, se pone en estado de indefensión a la parte emplazada, pues en el caso concreto la demanda ha sido rechazada liminarmente en primer y segundo grado (folio 202 y folio 78 segundo cuaderno, respectivamente).

7. De otro lado, la Resolución N° 5 de 10 de octubre de 2007 se encuentra debidamente motivada. En efecto, cualquier fundamento de cualquier sentencia que se analice, a efectos de determinar su grado de motivación, de manera aislada puede llevar a un enjuiciamiento inexacto. Y es que leída la sentencia impugnada en su integridad (folios 160-164), se puede apreciar que sí existe una adecuada y coherente motivación en cuanto a los hechos y a las razones jurídicas que llevan, a la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, a desestimar el recurso de apelación de la demandante.
8. Dicha Sala concluye, en efecto, en el fundamento sétimo (folio 164), que a la demandante no le es aplicable el Decreto Supremo N° 070-89-PCM, porque su Sexta Disposición Transitoria estableció que **"Las normas sobre silencio administrativo a que se refieren Los artículos 26 al 29 regirán en los procedimientos administrativos que se inicien a partir del 2 de octubre de 1989"** (énfasis agregado). La solicitud de la demandante se presentó el **13 de octubre de 1988**. Por tanto, es evidente e incuestionable, y releva en verdad de mayor argumentación, que no le era aplicable el Decreto Supremo N° 070-89-PCM que se decantó por el silencio administrativo positivo, sino el Decreto Supremo N° 006-67-SC que optó, más bien, por el silencio administrativo negativo y que es aplicable al caso de la demandante.
9. No existen, por tanto, razones válidas para que el Tribunal Constitucional declare la ineficacia e invalidez de la resolución judicial, como pretende la demandante en su recurso de agravio constitucional (folio 89).

Por estos fundamentos considero que la demanda de amparo de autos debe ser declarada **IMPROCEDENTE**, de acuerdo con el artículo 5° inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

Sres.

URVIOLA HANI
CALLE HAYEN

EXP. N.º 01091-2011-PA/TC
LIMA
CONSERVERA Y ATUNERA
DEL MAR S.A.C.

VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la recurrente es una persona jurídica denominada Conservera y Atunera del Mar S.A.C., que interpone demanda de amparo contra la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, con la finalidad de que se repongan las cosas al estado anterior a la aplicación de la ley de simplificación administrativa y se permita que la accionante continúe con el desarrollo de sus actividades de transformación de productos hidrobiológicos, debiéndose disponer al emplazado que se aplique en forma expresa los artículos 25º y 26º del Decreto Supremo N° 070-89-PCM, Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativas y demás normas aplicables puesto que corresponde su aplicación automática.
2. En el presente caso considero necesario manifestar mi posición conocida respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas (sociedades mercantiles) para demandar en el proceso constitucional de amparo. Es así que en el presente caso se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica, habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la "persona humana", por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma más rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional, urgente y gratuito, puesto que ello significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que el Tribunal Constitucional puede ingresar al fondo de la controversia en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro.

3. En el caso presente encuentro un caso singular en atención a que la empresa recurrente solicita que *“se le permita continúe con el desarrollo de sus actividades de transformación de productos hidrobiológicos”*. Para sustentar su pedido la recurrente argumenta que debe ordenarse a la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo a efectos de que aplique en forma expresa los artículos 25º y 26º del Decreto Supremo 070-89-PCM, Reglamento de Simplificación Administrativa y demás normas aplicables por ser de aplicación automática.
4. En tal sentido encuentro que lo que presuntamente denuncia la empresa recurrente es la afectación a sus actividades, lo que evidencia un peligro en las labores y/o desempeño de la empresa, pudiendo ello afectar directa o indirectamente su propia existencia, razón por la que corresponde, en este caso, singularmente emitir pronunciamiento de fondo.
5. Tenemos entonces una demanda de amparo interpuesta por la empresa recurrente quien solicita que se deje sin efecto la Resolución N° 5, de fecha 10 de octubre de 2007, que revocando la apelada desestimó su demanda de impugnación de resolución administrativa seguida en contra del Ministerio de Producción, debiéndose disponer en consecuencia que la sala emplazada –para resolver su demanda– aplique los artículos 25º y 26º del Decreto Supremo N° 070-89-PCM, de manera que se le permite continuar con sus actividades.
6. Es así que advierto que lo que pretende la empresa recurrente en puridad es que se le aplique el Decreto Supremo N° 070-89-PCM, cuestión que en definitiva solo compete al órgano jurisdiccional, advirtiéndose que la resolución cuestionada se encuentra debidamente motivada. En tal sentido lo pretendido por la empresa recurrente carece de sustento, razón por la que se debe desestimar la demanda de amparo propuesta.

En consecuencia, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 01273-2011-PHC/TC**LIMA NORTE****SMP S.A.C.****REPRESENTADO POR****MELCHOR SALINAS CUEVA****EN DERECHO PROPIO Y****A FAVOR DE SUS TRABAJADORES****Y OTROS****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 8 de junio de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa SMP S.A.C., representada por don Melchor Salinas Cueva en derecho propio y a favor de sus trabajadores y otros, contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 583, su fecha 8 de setiembre de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 21 de febrero de 2008 el recurrente interpone demanda de amparo, en representación de la empresa SMP S.A.C., en contra de doña Sonia Revilla Peschiera y don Jorge Zegarra Reátegui -la que fue tramitada como proceso de hábeas corpus- con la finalidad de que se disponga el retiro de la puerta ubicada en el Km 31.5 de la carretera a Canta lado izquierdo Carabayllo, puesto que se está afectando los derechos al libre tránsito de las personas que concurren a la granja, al trabajo del personal, clientes y proveedores, y se está impidiendo el desarrollo de la actividad empresarial.

Refiere que la empresa a la que representa suscribió una autorización con la Comunidad Campesina de Jicamarca y con los pobladores del “Anexo Quince” de la localidad de Río Seco para que se inicie la construcción de un complejo avícola, y posteriormente un contrato de cesión de uso de 100 hectáreas de terreno, comprendiéndose en ésta las entradas y salidas ubicadas en el Anexo Quince de la referida localidad. Por el convenio se comprometían a construir un complejo avícola para dedicarlo exclusivamente a la crianza de aves y un camino carrozable, que constituiría la vía de acceso vehicular de la carretera a Canta en un inicio por un plazo de 10 años, y que luego fue prorrogado hasta el año 2012; señala que pese a que se construyó la trocha carrozable, única vía de acceso vehicular hacia su granja puesto que está rodeada de cerros, el 16 de octubre del 2007 tomaron conocimiento de que el 14 de octubre la comunidad emplazada había colocado en la trocha carrozable un portón de fierro el que cerró con candado, colocando más de 30 personas para impedir el acceso tanto de personas como de vehículos.

2. Que si bien el presente proceso se inició a través de una demanda de amparo, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte dispuso, mediante Resolución N.º 355 de fecha 6 de octubre de 2009, declarar nulo todo lo actuado en el proceso de amparo y remitir los actuados a la mesa de partes del Módulo Básico del Juzgado de Carabayllo a fin de que sea ingresado al Juzgado Penal respectivo y sea tramitado como un proceso de hábeas corpus (fojas 330). Al respecto, este Tribunal entiende que si bien en la demanda se invocan los derechos a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, lo que en puridad

se cuestiona es la colocación por parte de los emplazados de un portón de fierro en la trocha carrozable que constituye la vía de acceso vehicular de la carretera a Canta-Carabayllo, que impide el libre tránsito. En tal sentido la demanda en realidad versa sobre una supuesta afectación a la libertad de tránsito, la que corresponde ser evaluada a través del hábeas corpus.

3. Que asimismo, tratándose de una demanda de hábeas corpus interpuesta por una persona jurídica, este Tribunal no niega la posibilidad de su interposición, pues fluye de la demanda que se trataría de la vulneración del derecho al libre tránsito que afectaría a los trabajadores, clientes y demás terceros relacionados a la persona jurídica SMP S.A.C., dedicada a la crianza de aves (Exp. N.º 00888-2008-PHC/TC, fundamento 5).
4. Que respecto a la vulneración de la libertad de tránsito este Tribunal ha señalado que la facultad de desplazamiento que supone el derecho a la libertad de tránsito se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público. En el primer supuesto, el *ius movendiet ambulandi* se expresa en el tránsito por parques, calles, avenidas, carreteras, entre otros; en el segundo supuesto, se manifiesta, por ejemplo, en el uso de las servidumbres de paso. Sin embargo, en ambas situaciones el ejercicio de dicha atribución debe efectuarse respetando el derecho de propiedad. (Cfr. Exp. N.º 846-2007-HC/TC, caso Vladimir Condo Salas y otra, fundamento 4; Exp. N.º 2876-2005-HC/TC, caso Nilsen Mallqui Laurence, fundamento 14). De otro lado, si bien el derecho a la libertad de tránsito tutela el desplazamiento por servidumbres de paso, es preciso señalar que resulta vital determinar de manera previa la existencia de una servidumbre de paso, por el carácter instrumental que dicho derecho legal posee en relación con derechos de rango constitucional como la propiedad y el libre tránsito (Cfr. Exp. N.º 202-2000-AA/TC, caso Minera Corihuayco S.A., fundamento 2; Exp. N.º 3247-2004-HC/TC, caso Gregorio Corrilla Apaclla, fundamento 2).
5. Que en el caso de autos obra a fojas 389 el Acta de Inspección Judicial que señala que sobre el camino principal existen dos trochas carrozables distantes la una de la otra unos 300 metros aproximadamente, sobre las cuales se encuentran colocados portales de metal de aproximadamente 8 metros de ancho cada uno por 4 metros de largo que cierran el paso, y a cuyos lados se ha levantado un muro con piedras. Al respecto se tiene que el favorecido suscribió un convenio con los emplazados, a fin de construir un complejo avícola para dedicarlo exclusivamente a la crianza de aves el 17 de diciembre de 1991 (fojas 16), y posteriormente el 14 de enero de 1992 suscribió un contrato de cesión de uso de 100 hectáreas de terreno eriazos, comprendiéndose en éste las entradas y salidas ubicadas en el *Anexo Quince*, convenio donde se indicaba que dicha cesión revertiría a la comunidad en caso de no ser renovado y en cuyo literal b) se mencionaba el compromiso de crear un camino carrozable, que constituiría la vía de acceso vehicular de la carretera a Canta en un inicio por un plazo de 10 años (fojas 19).
6. Que del estudio de autos no se acredita que la trocha carrozable ubicada en el Km 31.5 de la carretera a Canta lado izquierdo Carabayllo sea una vía pública, más aún si como se indica fue construida en razón de un compromiso contraído entre las partes. Siendo entonces una vía de naturaleza privada, se presentaría el supuesto de un derecho de servidumbre de paso. Al respecto se tiene que la servidumbre de paso constituye una institución legal que hace viable el ejercicio de la libertad de tránsito en sus diversas manifestaciones. De ahí que cualquier restricción arbitraria del uso de la servidumbre suponga también una vulneración del derecho a la libertad de tránsito, y por tanto, pueda ser protegido mediante el hábeas corpus. Sin embargo, no debe olvidarse que la competencia de la justicia constitucional de la libertad está referida únicamente a la protección de derechos fundamentales y no a la solución y/o dilucidación de controversias que atañen a asuntos de mera legalidad.
7. Que en efecto, en más de una ocasión en la que se ha cuestionado el impedimento del tránsito por una servidumbre de paso este Tribunal Constitucional ha estimado la pretensión, sustentándose en que la existencia y validez legal de la servidumbre se hallaba suficientemente acreditada conforme a la ley de la materia (Cfr. Exps. N.ºs 0202-2000-AA/TC, 3247-2004-PHC/TC, 7960-2006-PHC/TC). Ello no resulta ajeno a la jurisdicción

constitucional, en la medida que estando suficientemente acreditada la institución legal que posibilita el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, corresponde al juez constitucional analizar en cada caso si la alegada restricción del derecho invocado es o no inconstitucional.

8. Que en el caso de que en la demanda de hábeas corpus se alegue la vulneración del derecho a la libertad de tránsito a través de una servidumbre de paso, se exige previamente la acreditación de la validez legal y existencia de la servidumbre. De lo contrario, en caso de que ello no se encuentre debidamente acreditado y deba ser dilucidado por la justicia constitucional, ello implicaría la determinación de aspectos de mera legalidad, que exceden el objeto del proceso de hábeas corpus. En tales casos la demanda deberá ser declarada improcedente.
9. Que en el presente caso, la existencia y validez legal de una servidumbre de paso no se encuentra acreditada, por lo que no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento al respecto; tanto más si se trata también de una controversia respecto al cumplimiento de un contrato suscrito entre las partes.
10. Que siendo así y no siendo evidente de los actuados obrantes en el presente proceso de hábeas corpus la existencia de una servidumbre de paso sobre el predio de los codemandados, la presente demanda debe ser declarada improcedente, en aplicación del artículo 5.1º del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
ETO CRUZ
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 01772-2011-PA/TC**LIMA****NORMA ACERO FLORES****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 6 de julio de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Norma Acero Flores contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de folios 29, su fecha 10 de marzo de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 1 de junio de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad del Distrito de San Borja con el objeto de que se le expida una licencia de funcionamiento para la apertura de su local comercial en el rubro de servicio de internet y locutorio, a cuyo efecto invoca su derecho al trabajo. Sostiene que con fecha 16 de febrero de 2010 solicitó la respectiva licencia de funcionamiento, la cual fue rechazada hasta en dos oportunidades con la justificación de zonificación incompatible; que posteriormente se le ha impuesto multas y se ha ordenado la clausura temporal de su establecimiento comercial, habiendo impugnado administrativamente dichas decisiones, sin resultado favorable, por lo que a la actualidad viene conduciendo su negocio de forma ilegal. Considera que la negativa a expedírsele la licencia de apertura de establecimiento comercial constituye una afectación de su derecho al trabajo.
2. Que con fecha 10 de junio del 2010, el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara improcedente la demanda de amparo por considerar que la recurrente no ha agotado todos los mecanismos administrativos contemplados a fin de reclamar la negativa de otorgamiento de autorización municipal de funcionamiento, siendo que en caso de cuestionar las actuaciones de los Gobiernos Locales, corresponderá su impugnación en el proceso contencioso-administrativo por ser la vía adecuada establecida. A su turno, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada por similares fundamentos.
3. Que con relación a la presunta afectación del derecho a la libertad de trabajo invocado, la recurrente reconoce expresamente en su escrito de demanda que su local comercial no cuenta con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal para el giro solicitado, por lo que no habría situación anterior que reponer, toda vez que en el proceso de amparo no se declaran derechos sino que se restituyen. Por lo tanto, no se evidencia una actuación arbitraria por parte de la autoridad edil que denote afectación de los derechos constitucionales invocados; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente.
4. Que es pertinente recordar que, en cuanto al otorgamiento de licencias de funcionamiento y a la clausura de locales comerciales, este Colegiado, en los fundamentos 25, 28 y 31 de la STC 3330-2004-AA, ha señalado que: a) la libertad de trabajo se vulnera si no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa, y que, por ello, para determinar la afectación de la libertad de trabajo, previamente debe constatare la vulneración del derecho a la libertad de empresa; b) la demanda será declarada necesariamente improcedente si un derecho fundamental no le asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38º del Código

Procesal Constitucional, (...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...); c) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental, como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido si el demandante no cuenta con la licencia de autorización correspondiente de parte de la autoridad municipal; y, d) por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de la autoridad municipal al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento (o de la clausura de locales), el afectado debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la transgresión de un derecho fundamental.

5. Que consecuentemente, al no contar la recurrente con la autorización municipal correspondiente, la presente demanda carece de asidero legal.
6. Que por consiguiente, no habiéndose acreditado que los hechos alegados incidan en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, resulta de aplicación, además del artículo 38.º, el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN**

EXP. N.º 02111-2011-AA/TC**LIMA****TERMINAL TERRESTRE ICA S.A.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2013, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos concurrentes de los magistrados Urviola Hani y Vergara Gotelli, el voto en discordia del magistrado Eto Cruz y el voto dirimente del magistrado Calle Hayen, que confluye con los votos concurrentes.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Terminal Terrestre Ica S. A. contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Chíncha de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 113, de fecha 12 de abril de 2011, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de enero 2010, el Terminal Terrestre Ica S.A. interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chíncha, solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 01-2008-MPCH, toda vez que vulnera sus derechos a la libertad de empresa, iniciativa privada y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Refiere el demandante que con fecha 20 de mayo de 2005 le fue otorgada licencia de funcionamiento de local comercial, industrial y/o servicios; no obstante lo cual, mediante la ordenanza cuya inaplicación se pretende, la Municipalidad demandada prohíbe el funcionamiento de terminales terrestres ubicados dentro de un área específica, determinada por la misma municipalidad, dentro de la cual se encuentra la empresa demandante.

El procurador público de la Municipalidad Provincial de Chíncha contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente o en su caso infundada. Formula también las excepciones de prescripción y de falta de agotamiento de la vía previa. Además de ello, sostiene que la Ordenanza N.º 01-2008-MPCH ha sido expedida dentro del marco de sus atribuciones de acuerdo con la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y que se debió impugnar conforme lo establece la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Mediante resolución de fecha 17 de febrero de 2011, el Juzgado Especializado en lo Civil de Chíncha declaró infundada la demanda, por considerar que la ordenanza objetada no ha vulnerado la iniciativa privada, por cuanto se trata de una norma que la municipalidad ha expedido de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades y de ninguna forma está vulnerando los derechos del demandante.

Mediante resolución de fecha 12 de abril de 2011, la Sala Mixta Descentralizada de Chíncha confirmó la sentencia de primera instancia por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda de amparo es que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal numerada indistintamente con el N.º 01-2008-MPCH o con el N.º 01-2009-MPCH, de fecha 2 de febrero de 2009, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Chíncha prohíbe el funcionamiento de terminales terrestres ubicados en un área específica, otorgando un plazo de 18 meses a los terminales existentes para su reubicación en una zona compatible con la normativa municipal vigente, razón por la cual la empresa

recurrente considera que la ordenanza cuestionada vulnera su derecho a la libertad de empresa, así como los principios de iniciativa privada e interdicción de la arbitrariedad.

2. Al ser la ordenanza cuestionada una norma autoaplicativa (en tanto su aplicabilidad no requiere de la expedición de norma posterior alguna), y estando a que la *vacatio legis* de dicha ordenanza no enerva su carácter autoaplicativo (Cfr. STC N.º 5731-2006-PA/TC, fundamentos 3 a 7), corresponde ingresar a evaluar el fondo de la controversia.

Interdicción de la arbitrariedad

3. La Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, prescribe en su artículo 81º, que en materia de tránsito, vialidad y transporte público, las municipalidades provinciales ejercen funciones específicas exclusivas como las de: *“promover la construcción de terminales terrestres y regular su funcionamiento”*; *“otorgar certificado de compatibilidad de uso, licencia de construcción, certificado de conformidad de obra, licencia de funcionamiento y certificado de habilitación técnica a los terminales terrestres y estaciones de ruta del servicio de transporte provincial de personas de su competencia, según corresponda”* y *“normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto”* (numerales 1.5., 1.8. y 1.4., respectivamente).
4. Conforme a la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional “la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión” (Cfr. STC 04348-2005-AA/TC).
5. Mediante la ordenanza cuestionada, la Municipalidad emplazada, en ejercicio de su función de regular el funcionamiento de los terminales terrestres, dispuso prohibir el funcionamiento de terminales terrestres ubicados en un área específica, basando su decisión, entre otros, en la Resolución N.º 71-009-AMPCH, del 29 de enero de 2009, y a la luz de la sesión de la Municipalidad emplazada de 30 de enero de 2009, tal como puede apreciarse de su parte considerativa (f. 82).
6. Sobre el particular cabe incidir en que en la citada Resolución N.º 71-009-AMPCH, del 29 de enero de 2009, se justifica la referida prohibición de funcionamiento de terminales terrestres considerando que “el tramo de la Carretera Panamericana Sur, entre la intersección de la calle Lima y la zona donde se ubica el Óvalo de entrada a la ciudad por la Av. Mariscal Benavides de esta ciudad, es una zona netamente urbana y comercial, que al estar en la zona de la Carretera Panamericana Sur no debe estar obstaculizada por terminales terrestres, ya que causan embotellamiento y caos en el tránsito, y que atentan contra la seguridad ciudadana en general, lo que se debe preservar dictando la norma pertinente que prohíba todo tipo de funcionamiento de terminales terrestres de empresas de transportes en dicha zona” (f. 71).
7. Adicionalmente, cabe señalar que en el acta de la sesión de la Municipalidad emplazada de 30 de enero de 2009, en la cual se acordó, por mayoría, expedir la ordenanza cuestionada, se alude a la urgencia en adoptar las medidas contenidas en la referida ordenanza y de elevar a dicho rango los acuerdos que anteriormente estaban contenidos en una resolución municipal. En efecto, en el acta se refiere que “se trata de fijar [con] emergencia límites para los terminales terrestres y prohibirlos”, precisando por otra parte que “para que quede mejor bloqueado en defensa de los pobladores tiene que ser [mediante una] Ordenanza (...)” [el agregado es mío] (f. 80).
8. En ese sentido, la medida de prohibir el funcionamiento de terminales terrestres ubicados en un área específica adoptada por la Municipalidad emplazada respondió a finalidades de interés público, como son la regulación del tránsito y el reforzamiento de la seguridad ciudadana, implementando decisiones respecto de las cuales se puede coincidir o

discrepar, pero que constituyen razón suficiente que respalda la medida adoptada, de modo tal que deviene infundada la alegada vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Derecho a la libertad de empresa

9. El artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución, a través del derecho a la libertad de empresa, garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa (Cfr. STC 01405-2010-PA/TC).
10. En el caso bajo examen tampoco se advierte afectación del derecho a la libertad de empresa, pues la ordenanza cuestionada sólo dispone que una actividad económica no debe tener lugar en una determinada zona de la ciudad, mas no impone una prohibición a que dicha actividad económica despliegue sus efectos. Se regula su ejercicio, no se dispone su salida del mercado. Es más, en la ordenanza cuestionada se concede un plazo de 18 meses para la reubicación de los terminales terrestres en una zona de la ciudad compatible con la normativa municipal vigente.

Libre iniciativa privada

11. Mediante la STC 0008-2003-AI/TC, se recordó que en virtud del principio de libre iniciativa privada, “toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”, precisándose que “la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad”, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares” (subrayado agregado).
12. En el caso de autos este Tribunal considera igualmente infundada la aseveración de la empresa recurrente de que, con la ordenanza cuestionada, se está vulnerando el principio de libre iniciativa privada, pues la municipalidad emplazada, que goza de la función exclusiva de regular el funcionamiento de los terminales terrestres, ha prohibido su funcionamiento en un área específica de la ciudad en atención a los “intereses generales de la comunidad” materializados en la regulación del tránsito y el reforzamiento de la seguridad ciudadana.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN**

**EXP. N.º 02111-2011-AA/TC
LIMA
TERMINAL TERRESTRE ICA S.A.**

VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto a mis colegas magistrados, emito el presente voto por las razones que a continuación expongo:

1. El objeto de la demanda de amparo es que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal numerada indistintamente con el N.º 01-2008-MPCH o con el N.º 01-2009-MPCH, de fecha 2 de febrero de 2009, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Chincha prohíbe el funcionamiento de terminales terrestres ubicados en un área específica, otorgando un plazo de 18 meses a los terminales existentes para su reubicación en una zona compatible con la

normativa municipal vigente, razón por la cual la empresa recurrente considera que la ordenanza cuestionada vulnera su derecho a la libertad de empresa, así como los principios de iniciativa privada e interdicción de la arbitrariedad.

2. Al ser la ordenanza cuestionada una norma autoaplicativa (en tanto su aplicabilidad no requiere de la expedición de norma posterior alguna), y estando a que la *vacatio legis* de dicha ordenanza no enerva su carácter autoaplicativo (Cfr. STC N.º 5731-2006-PA/TC, fundamentos 3 a 7), corresponde ingresar a evaluar el fondo de la controversia.

Interdicción de la arbitrariedad

3. La Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, prescribe en su artículo 81º, que en materia de tránsito, vialidad y transporte público, las municipalidades provinciales ejercen funciones específicas exclusivas como las de: *“promover la construcción de terminales terrestres y regular su funcionamiento”*; *“otorgar certificado de compatibilidad de uso, licencia de construcción, certificado de conformidad de obra, licencia de funcionamiento y certificado de habilitación técnica a los terminales terrestres y estaciones de ruta del servicio de transporte provincial de personas de su competencia, según corresponda”* y *“normar y regular el transporte público y otorgar las correspondientes licencias o concesiones de rutas para el transporte de pasajeros, así como regular el transporte de carga e identificar las vías y rutas establecidas para tal objeto”* (numerales 1.5., 1.8. y 1.4., respectivamente).
4. Conforme a la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional tenemos que “la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión” (Cfr. STC 04348-2005-AA/TC).
5. Mediante la ordenanza cuestionada, la Municipalidad emplazada, en ejercicio de su función de regular el funcionamiento de los terminales terrestres, dispuso prohibir el funcionamiento de terminales terrestres ubicados en un área específica, basando su decisión, entre otros, en la Resolución N.º 71-009-AMPCH, del 29 de enero de 2009, y a la luz de la sesión de la Municipalidad emplazada de 30 de enero de 2009, tal como puede apreciarse de su parte considerativa (f. 82).
6. Sobre el particular debo incidir en que en la citada Resolución N.º 71-009-AMPCH, del 29 de enero de 2009, se justifica la referida prohibición de funcionamiento de terminales terrestres considerando que “el tramo de la Carretera Panamericana Sur, entre la intersección de la calle Lima y la zona donde se ubica el Óvalo de entrada a la ciudad por la Av. Mariscal Benavides de esta ciudad, es una zona netamente urbana y comercial, que al estar en la zona de la Carretera Panamericana Sur no debe estar obstaculizada por terminales terrestres, ya que causan embotellamiento y caos en el tránsito, y que atentan contra la seguridad ciudadana en general, lo que se debe preservar dictando la norma pertinente que prohíba todo tipo de funcionamiento de terminales terrestres de empresas de transportes en dicha zona” (f. 71).
7. Adicionalmente, cabe señalar que en el acta de la sesión de la Municipalidad emplazada de 30 de enero de 2009, en la cual se acordó, por mayoría, expedir la ordenanza cuestionada, se alude a la urgencia en adoptar las medidas contenidas en la referida ordenanza y de elevar a dicho rango los acuerdos que anteriormente estaban contenidos en una resolución municipal. En efecto, en el acta se refiere que “se trata de fijar [con] emergencia límites para los terminales terrestres y prohibirlos”, precisando por otra parte que “para que quede mejor bloqueado en defensa de los pobladores tiene que ser [mediante una] Ordenanza (...)” [el agregado es mío] (f. 80).
8. En ese sentido, la medida de prohibir el funcionamiento de terminales terrestres ubicados en un área específica adoptada por la Municipalidad emplazada respondió a finalidades de interés público, como son la regulación del tránsito y el reforzamiento de la seguridad ciudadana, implementando decisiones respecto de las cuales se puede coincidir o discrepar,

pero que constituyen razón suficiente que respalda la medida adoptada, de modo tal que deviene infundada la alegada vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Derecho a la libertad de empresa

9. El artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución, a través del derecho a la libertad de empresa, garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa (Cfr. STC 01405-2010-PA/TC).
10. En el caso bajo examen tampoco se advierte afectación del derecho a la libertad de empresa, pues la ordenanza cuestionada sólo dispone que una actividad económica no debe tener lugar en una determinada zona de la ciudad, mas no impone una prohibición a que dicha actividad económica despliegue sus efectos. Se regula su ejercicio, no se dispone su salida del mercado. Es más, en la ordenanza cuestionada se concede un plazo de 18 meses para la reubicación de los terminales terrestres en una zona de la ciudad compatible con la normativa municipal vigente.

Libre iniciativa privada

11. Mediante la STC 0008-2003-AI/TC, se recordó que en virtud del principio de libre iniciativa privada, “toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”, precisándose que “la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares” (el subrayado es mío).
12. En el caso de autos considero igualmente infundada la aseveración de la empresa recurrente de que, con la ordenanza cuestionada, se está vulnerando el principio de libre iniciativa privada, pues la municipalidad emplazada, que goza de la función exclusiva de regular el funcionamiento de los terminales terrestres, ha prohibido su funcionamiento en un área específica de la ciudad en atención a los “intereses generales de la comunidad” materializados en la regulación del tránsito y el reforzamiento de la seguridad ciudadana.

Por estas razones, debe declararse INFUNDADA la demanda.

Sr.

URVIOLA HANI

EXP. N.º 02111-2011-AA/TC
LIMA
TERMINAL TERRESTRE ICA S.A.

VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto por las siguientes consideraciones:

1. La empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chincha solicitando que se inaplique la Ordenanza Municipal N.º 01-2008-MPCH o con el N.º 01-2009-MPCH, de fecha 2 de febrero de 2009, que dispuso prohibir el funcionamiento de terminales terrestres en una zona específica, por lo que se otorga un plazo de 18 meses para la reubicación en zonas compatibles y no prohibidas.

Manifiesta que si bien la Municipalidad es competente para determinar la zonificación en los diferentes espacios comprendidos dentro de su jurisdicción, respecto a la norma cuestionada esta ha sido emitida sin haberse realizado un estudio técnico para adoptar dicha medida. Por ello considera que al no encontrarse debidamente justificado la ordenanza cuestionada, esta vulnera sus derechos a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada.

2. Debo mencionar que en reiteradas oportunidades he emitido votos referidos a la legitimidad de las personas jurídicas para interponer demandas de amparo, llegando a la conclusión de que *"(...) cuando la Constitución proclama o señala a los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades siendo solo él que puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional"*.

(...)

“Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen pues derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, pretendan traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de exclusivo interés de la persona humana (...)”.

3. Asimismo he señalado que sólo en casos excepcionales en los que se afecten ostensiblemente los derechos constitucionales de una persona jurídica con fines de lucro el Tribunal Constitucional quedaría facultado para ingresar a evaluar el fondo de la controversia. Claro está la referida vulneración tiene que ser evidente, esto es que cause tal agravio que ponga en peligro la propia existencia de la persona jurídica, quedándole como única vía para resarcir el daño, el proceso constitucional de amparo.
4. Al respecto debo señalar que, en el presente caso, se advierte que lo que cuestiona la empresa recurrente es la aplicación de una ordenanza municipal, buscando que no se le aplique dicha norma bajo el argumento de que afecta sus derechos fundamentales. En tal sentido es claro que el cuestionamiento respecto a la validez de una norma puede y debe ser evaluada por el Tribunal Constitucional, más aún cuando dicha aplicación incide directamente en las actividades de la empresa demandante. Por ende considero que se puede ingresar a conocer el fondo de la pretensión planteada, puesto que el tema traído a esta sede atañe a un interés social que como tal puede afectar derechos y facultades que conciernen a una población.
5. Es así que revisando los medios probatorios, encontramos la Resolución N.º 71-2009-AMPCH, de fecha 29 de enero de 2009, la cual señala las razones que justifican la prohibición del funcionamiento de terminales terrestres en la determinada zona, siendo la principal la seguridad ciudadana, puesto que la zona no debía ser obstaculizada por ser la carretera Panamericana Sur una vía principal, evitando así el caos vehicular, entre otros problemas que evidentemente surgirían. En tal sentido considero que la Municipalidad demandada al emitir la cuestionada ordenanza ha actuado dentro de los parámetros legales, regulando en pro de la comunidad, razón por la cual la demanda debe ser desestimada al no resultar amparable en el proceso de amparo.

Por las razones expuestas y concordando con el voto del Juez Constitucional Urviola Hani, mi voto es porque se declare INFUNDADA la demanda de amparo propuesta.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 02111-2011-AA/TC
LIMA
TERMINAL TERRESTRE ICA S.A.

VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Puesto los autos a despacho para dirimir la discordia surgida; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º, parágrafo quinto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como en los artículos 11º y 11º-A de su Reglamento Normativo, procedo a emitir el presente voto:

1. Conforme es de verse de autos, con fecha 18 de enero del 2010 la entidad recurrente interpone demanda de amparo contra la Ordenanza Municipal N° 01-2008-MPCH, emitida por la Municipalidad Provincial de Chincha, por cuanto refiere vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada; pues refiere que resulta un abuso de las potestades municipales para limitar el desarrollo de la actividad empresarial dentro de un entorno poblacional amplio; es decir, impide la existencia de empresas dedicadas al servicio de Terminal Terrestre dentro de toda la ciudad de Chincha Alta, lo cual, refiere, le afecta directamente por cuanto su empresa cuenta con Licencia de Funcionamiento de Local Comercial emitida por la propia Municipalidad Provincial de Chincha, aprobada mediante Resolución N° 666-05-GM/MPC del 20 de mayo de 2005, y a la que han dado estricto cumplimiento con todas y cada una de las disposiciones legales y municipales sobre la materia.
2. Precisa que la pretendida prohibición constituye una norma autoaplicativa, pues se aplica a todos los que como su empresa vienen desarrollando la actividad económica ahora prohibida, sin necesidad de que la autoridad realice algún comportamiento adicional para materializar el agravio.
3. Por su parte, la demandada contesta la demanda y refiere que el demandante debió solicitar la nulidad de la Ordenanza N° 01-2008-MPCH y obtener una Resolución que le permita obtener un resultado a efectos de impugnarlo por la vía judicial; asimismo, aduce que el demandante en ningún de sus fundamentos ha demostrado que se está atentando en contra de algunos de los numerales establecidos en el artículo 37º de la Ley N° 28237.
4. A fojas 4 corre la ordenanza municipal materia de amparo, mediante la cual en atención a la Ordenanza N° 30-2007-MPCH, del 7 de Diciembre de 2007, se aprobó el Plan de

Desarrollo Urbano, teniendo como meta específica formular entre otras propuestas las referidas al desarrollo urbano respecto al ordenamiento territorial sistema vial, acordándose con el voto mayoritario:

Artículo Primero: Prohibir el funcionamiento de Terminales Terrestres en el tramo comprendido entre la Pileta Ornamental de ingreso a la ciudad, ubicado en la Avenida Oscar R. Benavides, incluso hasta 1 (un) kilómetro de la Carretera Panamericana que viene del Norte y entre la intersección de la Calle Lima y la Panamericana Sur, de esta ciudad, hasta 1 (un) kilómetro de la Carretera Panamericana que va hacia el Sur, a partir de la intersección de la Calle Lima y la Panamericana Sur; la prohibición incluye el tramo entre la Pileta Ornamental mencionada y la intersección de la Calle Lima, con la Panamericana Sur, del Distrito de Chincha Alta, Provincia de Chincha.

Artículo Tercero: Queda entendido que está prohibido cualquier Terminal Terrestre dentro de la ciudad de Chincha Alta, Provincia de Chincha, Región Ica.

Artículo Cuarto: Aquellos terminales que existen actualmente tienen un plazo de un año y medio (18 meses) para su reubicación en zonas compatibles y no prohibidas por la presente Ordenanza, plazo que se computará a partir de la vigencia de la presente Ordenanza.

5. En principio, debe tenerse en consideración que el artículo 195, inciso 6, de la Constitución establece como competencia de los gobiernos locales la planificación del desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial. Por su parte, la Ley Orgánica de Municipalidades N.º 27972, establece en su artículo 79º, que son funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales: Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, (...), el esquema de Zonificación de áreas urbanas (...) y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.
6. Si bien es cierto a fojas 5 corre la licencia de funcionamiento autorizada por la Municipalidad Provincial de Chincha, que le permite a la entidad recurrente el embarque y desembarque de pasajeros en la Av. Oscar R. Mariscal Benavides; también es cierto que el artículo cuarto de la misma ordenanza otorgó a aquellos terminales que se encuentren dentro de las zonas establecidas en la Ordenanza Municipal, entre los cuales se encuentra la recurrente, un plazo de 18 meses para su reubicación en zonas compatibles y no prohibidas; por lo que, para el caso concreto, la aplicación de la ordenanza quedó suspendida por el periodo del plazo establecido. Siendo esto así, no se puede alegar que la ordenanza vulnere el derecho a la libre iniciativa privada.

Por los fundamentos expuestos, y aunándome al voto del magistrado Urviola Hani, el cual comparto, mi voto también es porque se declare INFUNDADA la demanda.

Sr.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 02111-2011-AA/TC
LIMA
TERMINAL TERRESTRE ICA S.A.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por Terminal Terrestre Ica S. A. contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Chíncha de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 113, de fecha 12 de abril de 2011, que declaró infundada la demanda de amparo de autos, el magistrado firmante emite el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de enero 2010, el Terminal Terrestre Ica S.A. interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chíncha, solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 01-2008-MPCH, toda vez que vulnera sus derechos a la libertad de empresa, iniciativa privada y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Refiere el demandante que con fecha 20 de mayo de 2005 le fue otorgada licencia de funcionamiento de local comercial, industrial y/o servicios; no obstante lo cual, mediante la ordenanza cuya inaplicación se pretende, la Municipalidad demandada prohíbe el funcionamiento de terminales terrestres ubicados dentro de un área específica, determinada por la misma municipalidad, dentro de la cual se encuentra la empresa demandante.

El procurador público de la Municipalidad Provincial de Chíncha contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente o en su caso infundada. Formula también las excepciones de prescripción y de falta de agotamiento de la vía previa. Además de ello, sostiene que la Ordenanza N.º 01-2008-MPCH ha sido expedida dentro del marco de sus atribuciones de acuerdo con la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y que se debió impugnar conforme lo establece la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Mediante resolución de fecha 17 de febrero de 2011, el Juzgado Especializado en lo Civil de Chíncha declaró infundada la demanda, por considerar que la ordenanza objetada no ha vulnerado la iniciativa privada, por cuanto se trata de una norma que la municipalidad ha

expedido de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades y de ninguna forma está vulnerando los derechos del demandante.

Mediante resolución de fecha 12 de abril de 2011, la Sala Mixta Descentralizada de Chíncha confirmó la sentencia de primera instancia por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Se observa del petitorio de la demanda de amparo interpuesta, corriente a fojas 6 a 24, que el recurrente solicita la inaplicación de la Ordenanza N.º 01-2008-MPCH expedida por la Municipalidad Provincial de Chíncha, para lo cual adjunta copia simple de la norma, que corre a fojas 4. El procurador público de la municipalidad emplazada, en su contestación de demanda, corriente a fojas 28 a 33, realiza la defensa de la referida ordenanza municipal.
2. Mediante resolución N.º 4, corriente a fojas 45, el juez de primera instancia solicita al demandante adjuntar copia fedateada legible de la Ordenanza N.º 01-2008-MPCH; asimismo solicita a la Municipalidad Provincial de Chíncha presentar el ejemplar (o copia certificada) del diario oficial local que se encargó de la publicación de la referida ordenanza. Es así que la municipalidad emplazada, dando cumplimiento a este mandato, adjuntó copia fedateada de la publicación realizada en el diario "Verdad del pueblo" de la ciudad de Chíncha, de fecha 5 de febrero de 2009, corriente a fojas 46.
3. De la publicación adjuntada por la municipalidad se observa que lo que verdaderamente se está cuestionando es la Ordenanza N.º 01-2009-MPCH, mas no la ordenanza N.º 01-2008-MPCH. Conclusión que se arriba luego de contrastar la copia simple, corriente a fojas 4, con la copia fedateada, corriente a fojas 46, en las que se observa que ambas tienen el mismo contenido, como por ejemplo: fueron aprobadas en la misma fecha (2 de febrero de 2009), vistas en la misma sesión de consejo (Sesión Ordinaria de Concejo Municipal de fecha 30 de enero de 2009 sobre prohibición de terminales terrestres en la ciudad de Chíncha Alta, Provincia de Chíncha, Región Ica), etc.
4. En consecuencia, la presente demanda tiene por finalidad cuestionar la Ordenanza N.º 01-2009-MPCH expedida por la Municipalidad Provincial de Chíncha, que prohíbe el funcionamiento de terminales terrestres ubicados dentro de un área específica, determinada por la municipalidad, dentro de la cual se encuentra funcionando la entidad recurrente.

Amparo frente a normas: la característica de una norma autoaplicativa

5. Como cuestión previa, corresponde analizar si la ordenanza en cuestión tiene la característica de norma autoaplicativa, pues, de otro modo, deberá declararse la improcedencia de la demanda. Al respecto, a fojas 46 de autos obra la Ordenanza Municipal N.º 01-2009-MPCH, que prohíbe el funcionamiento de terminales terrestres ubicados dentro de un área específica, estableciendo lo siguiente:

"Artículo Primero.- Prohibir el funcionamiento de Terminales Terrestres en el tramo comprendido entre la Pileta Ornamental de ingreso a la ciudad, ubicado en la Avenida Oscar R. Benavides, incluso hasta 1 (un) kilómetro de la Carretera Panamericana que viene del Norte y entre la intersección de la Calle Lima y la Panamericana Sur, de esta ciudad, hasta 1 (un) kilómetro de la Carretera Panamericana que va hacia el Sur, a partir de la intersección de la Calle Lima y la Panamericana Sur; la prohibición incluye el tramo entre la Pileta Ornamental mencionada y la intersección de la Calle Lima con la Panamericana Sur, del Distrito de Chíncha Alta, Provincia de Chíncha.

(...)

Artículo Tercero.- Queda entendido que está prohibido cualquier Terminal Terrestre dentro de la ciudad de Chíncha Alta. Provincia de Chíncha, Región Ica.

Artículo Cuarto.- Aquellos terminales que existen actualmente tienen un plazo de un año y medio (18 meses) para su reubicación en zonas compatibles y no prohibidas por la presente Ordenanza, plazo que se computará a partir de la vigencia de la presente Ordenanza”.

6. Conforme al texto de la ordenanza, este Tribunal considera que, en efecto, la demanda cuestiona una norma autoaplicativa, toda vez que como resultado de la misma los agentes privados quedan desprovistos de toda licencia que pudieran tener para el ejercicio de la actividad de transporte terrestre de pasajeros y, además, resultan obligados a reubicarse en zonas no prohibidas por la referida ordenanza.
7. El artículo 4 de la Ordenanza N.º 01-2009-MPCH establece el plazo de un año y medio (18 meses) computados a partir de la vigencia de la misma, para la reubicación de los terminales terrestres. ¿Significa ello que la norma carece de carácter autoaplicativo y que, por tanto, no procede el amparo contra la ordenanza cuestionada?
8. Se trata sin duda de un supuesto de *vacatio legis*. Quiere ello decir que la ordenanza ya está vigente, sin embargo su aplicabilidad está suspendida hasta el cumplimiento del plazo establecido. Desde tal perspectiva, los “efectos” prohibitivos de la ordenanza podrían no haberse verificado, dado que ellos están supeditados a que tenga lugar la condición suspensiva. En síntesis, la ordenanza impugnada establece una prohibición cuyos destinatarios son los terminales terrestres, de los cuales el recurrente constituye uno de ellos; sin embargo, tal prohibición se halla suspendida. Se trata de una norma autoaplicable, pero suspendida o en *vacatio* (Cf. STC N.º 5731-2006-PA/TC, fundamentos 3 a 7). Entonces, la *vacatio legis* no enerva el carácter autoaplicativo de la norma cuestionada. El principio del que ha de partirse es la eficacia de las normas como principio general y la *vacatio legis*, en cambio, como una excepción.
9. Dado que se trata de una prohibición que desplegará su efecto en el futuro, representa ella, desde la perspectiva procesal, un supuesto de amenaza de los derechos del recurrente. Siendo así, corresponde interrogar si dicho acontecimiento es cierto y de inminente realización (artículo 2 del Código Procesal Constitucional), a efectos de examinar la procedibilidad de la demanda.
10. El cumplimiento del plazo de un año y medio (18 meses) para la reubicación de los terminales terrestres era un *acto cierto* y de inminente realización. Tratándose de actos del poder público, la premisa de la que debe partirse –al menos desde una perspectiva normativa–, es que el poder público en general debe expedir los actos que el ordenamiento jurídico le impone. Dicho de otro modo, en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, no puede considerarse que los actos que el ordenamiento jurídico le ordena realizar quede librado a su arbitrio. Por el contrario, ellos deben realizarse. Por ello, esta inexorable realización de los actos que el ordenamiento le impone al poder público, no es un asunto fáctico, sino eminentemente normativo. Desde tal perspectiva, a la cuestión de si la Municipalidad Provincial de Chíncha, dentro de un año y medio (18 meses), ha de dar cumplimiento o no a la Ordenanza Municipal 01-2009-MPCH, la respuesta, desde la perspectiva normativa, ha de ser categóricamente afirmativa. Dicho cumplimiento se realizará, por ello, constituye un hecho de suceso cierto.
11. En cuanto a la inminencia del acto, conviene precisar que resultaría contrario al derecho a la tutela jurisdiccional y a la efectividad de ésta el que el recurrente tenga que aguardar el mencionado plazo para solicitar la tutela contra una norma que establece una prohibición del ejercicio de sus actividades. Dicho en otros términos, el contenido de este derecho resulta optimizado de mejor forma si se opta por abrir la protección jurisdiccional de inmediato, con prescindencia de que transcurra el plazo de la *vacatio legis*, pues este plazo vencerá inexorablemente. Por el contrario, incompatible, o cuando menos no optimizante con el contenido de este derecho, sería aguardar el tiempo establecido en la *vacatio legis* para solicitar la tutela jurisdiccional, no obstante que la prohibición ya está planteada y, con ella, la eventual lesión de los derechos invocados por el recurrente.

Por todo ello, considero que deviene en procedente la demanda respecto de la invocada amenaza constituida por los artículos transcritos *supra*.

De la prohibición del funcionamiento de terminales terrestres

12. La Ordenanza N.º 01-2009-MPCH, aprobada por la Municipalidad Provincial de Chincha, prohíbe el funcionamiento de terminales terrestres dentro de un área específica, determinada por los artículos 1º y 3º de la referida ordenanza, es decir, fija como zonas para el funcionamiento de los terminales terrestres aquellas que no se encuentran comprendidas en dicho articulado. Entonces, se puede observar que la municipalidad demandada pretende justificar la prohibición del funcionamiento de terminales terrestres y por ende la cancelación de las licencias de funcionamiento de los terminales ubicados dentro de la zona prohibida en el hecho de haberse producido un cambio en la zonificación.
13. En relación a este punto, el artículo 74º del TUO de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por el Decreto Supremo N.º 156-2004-EF, vigente al momento de la obtención de la licencia de funcionamiento (aprobada por Resolución N.º 666-05-GM/MPCH del 20 de mayo de 2005) y actualmente derogado, establecía lo siguiente:

“Artículo 74º.- La renovación de la licencia de apertura de establecimiento sólo procede cuando se produzca el cambio de giro, uso o zonificación en el área donde se encuentre el establecimiento.

El cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia dentro de los primeros 5 (cinco) años de producido dicho cambio”.

14. Asimismo, recogiendo la referida regla, el artículo 14º de la Ley N.º 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, establece lo siguiente:

“Artículo 14º.- Cambio de Zonificación

El cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco (5) años de producido dicho cambio. Únicamente en aquellos casos en los que exista un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, la municipalidad, con opinión de la autoridad competente, podrá notificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plazo menor”.

En este sentido, en principio, el cambio de zonificación no puede serle impuesto a la demandante sino luego de transcurridos cinco años desde que se produjo el cambio, por lo que la cancelación de la licencia de funcionamiento no podría ser justificada en atención al cambio de zonificación.

15. En consecuencia, teniendo en cuenta que la causa por la cual el administrado puede ser privado de su licencia de funcionamiento concedida de forma previa, no puede suponer una vulneración de derechos constitucionales; de la misma manera, el mecanismo utilizado no debe resultar vulneratorio por desproporcionado o por no respetar algunas garantías o derechos del administrado. Por ello, considero que la demanda debe ser estimada en este punto, toda vez que la norma en cuestión no habría respetado el plazo de 5 años al que se refería el artículo 74 del D.S. N.º 156-2004-EF, actualmente regulado por el artículo 14º de la Ley N.º 28976 y, en consecuencia, corresponde declarar inaplicable este extremo de la Ordenanza N.º 001-2009-MPCH en relación al demandante.

Por estas estas razones, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo que se refiere a la prohibición del funcionamiento de terminales terrestres dentro de un área específica como consecuencia de la Ordenanza Municipal N.º 01-2009-MPCH.
2. Declarar **INAPLICABLES** para el caso concreto los artículos primero, tercero y cuarto de la Ordenanza Municipal N.º 01-2009-MPCH.

Sr.

ETO CRUZ

EXP. N.º 02458-2011-PA/TC**AREQUIPA****EMPRESA TRIARC S.A.****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima (Arequipa), 14 de setiembre de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilfredo Melquiades Calderón Cadillo en representación de la empresa Triarc S.A. contra la resolución expedida por la Sala Mixta de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 387, su fecha 24 de febrero de 2011, que confirmando la apelada, rechazó *in limine* y declaró improcedente la demanda de amparo de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 29 de enero de 2010 la empresa recurrente, invocando la violación de sus derechos al debido proceso, de defensa y a la libertad de empresa, interpone demanda de amparo contra la Gerencia Regional de Salud y contra la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental del Gobierno Regional de Arequipa, a fin de que “se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución Gerencial Regional N.º 001-2010-GRA/GRS-GR, de fecha 11 de enero del 2010 y, la Resolución Directoral Ejecutiva N.º 001-2010-GRA/GRS-DESA, de fecha 22 de enero de 2010”.
2. Que según consta a fojas 264 a 281 de autos, mediante la cuestionada Resolución Gerencial Regional N.º 001-2010-GRA/GRS-GR, de fecha 11 de enero del 2010, se resuelve instaurar procedimiento sancionador en contra de la empresa recurrente por haber incurrido en las conductas y supuestas faltas disciplinarias allí especificadas tendentes a la protección de los bienes jurídicos medio ambiente y salud pública, y dicta como medida cautelar la suspensión temporal de sus actividades de procesamiento y de generación de residuos industriales para evitar que se continúe vertiendo éstos al mar (sic). Y, a través de Resolución Directoral Ejecutiva N.º 001-2010-GRA/GRS-DESA, de fecha 22 de enero de 2010, se resuelve abrir a prueba el correspondiente procedimiento sancionador por el término de quince días, así como admitir los medios probatorios de descargo presentados por la actora.
3. Que el Juzgado Especializado en lo Civil de Camaná, mediante resolución de fecha 2 de febrero de 2010, declaró improcedente *in limine* la demanda, en aplicación del artículo 5.2º del Código Procesal Constitucional, por considerar que existen otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.
4. Que por su parte la Sala Mixta de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la apelada en aplicación de los incisos 1) y 4) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, toda vez que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y cuando no se han agotado las vías previas.
5. Que tal y como ya ha sido establecido por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0206-2005-PA/TC, la vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto,

conforme al artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

6. Que sobre el particular este Colegiado ha precisado que “(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.° 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al amparo alternativo y al amparo residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario” [Exp. N.° 4196-2004-AA/TC, F. 6].
7. Que en efecto en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138°.
8. Que consecuentemente solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate. En consecuencia, si el demandante dispone de un proceso que tiene también la finalidad tuitiva de protección del derecho constitucional presuntamente lesionado y él es igualmente idóneo para tal fin, el demandante debe acudir a dicho proceso.
9. Que a juicio del Tribunal Constitucional la empresa recurrente no ha justificado suficientemente la necesidad de recurrir al proceso de amparo incoado como vía de tutela urgente e idónea y, por el contrario, estima que los actos presuntamente lesivos pueden ser perfectamente cuestionados a través del proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley N.° 27854. Dicho procedimiento constituye una “vía procedimental específica” para la remoción de los presuntos actos lesivos de los derechos constitucionales invocados en la demanda y, a la vez, resulta también una vía “igualmente satisfactoria”, respecto al “mecanismo extraordinario” del amparo, razón por la que la controversia planteada debió ser dilucidada en el referido proceso.
10. Que en consecuencia, la demanda debe ser declarada improcedente en estricta aplicación del artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ETO CRUZ
VERGARA GOTELLI
URVIOLA HANI**

**EXP. N.º 02458-2011-PA/TC
AREQUIPA
EMPRESA TRIARC S.A.**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la recurrente es una persona jurídica denominada Empresa Triarc S.A., que interpone demanda de amparo contra la Gerencia Regional de Salud y contra la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental del Gobierno Regional de

Arequipa, con el objeto de que se declare la inaplicabilidad del acto administrativo contenido en la Resolución Gerencial Regional N.º 001-2010-GRA/GRS-GR, de fecha 11 de enero de 2010 y, la Resolución Directoral Ejecutiva N.º 001-2010-GRA/GRS-DESA, de fecha 22 de enero de 2010.

2. Empero encontramos un proceso de amparo por demanda presentada por una persona jurídica (sociedad mercantil), debiendo reiterar mi posición conocida respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas en el proceso constitucional de amparo. Es así que debo reiterar que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene también igual parecer. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la "**persona humana**", por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles además de cualquier pago que pudiera requerirse para el ejercicio de sus derechos constitucionales. Es natural que toda sociedad mercantil tenga la amplitud de su defensa pero en la sede ordinaria en la que tiene a su alcance todas las vías que corresponden a sus intereses patrimoniales, pero no la sede constitucional que es totalmente ajena a estos intereses exclusivamente lucrativos y además residuales y gratuitos.
3. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que este colegiado puede ingresar al fondo de la controversia en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro.
4. En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo solicitando la nulidad de los actos administrativos contenido en la Resolución Gerencial Regional N.º 001-2010-GRA/GRS-GR y Resolución Directoral Ejecutiva N.º 001-2010-GRA/GRS-DESA, en las cuales se le sanciona a la empresa por haber incurrido en conductas y faltas disciplinarias que afectan el medio ambiente y la salud pública. Se puede evidenciar que no existe urgencia de la pretensión planteada para que el Tribunal ingrese a evaluar el fondo, por lo que cabe señalar que la pretensión es competencia de un proceso de índole ordinario. Es importante señalar que no toda alegación que reclame la vulneración de un derecho puede o debe tener asidero en el proceso constitucional de amparo, razón por la que corresponderá al juez constitucional realizar un análisis minucioso de la pretensión a efectos de no desnaturalizar el citado proceso constitucional.
5. Finalmente considero también que los procesos constitucionales están destinados exclusivamente a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, debiendo este Tribunal destinar todos sus esfuerzos a la solución de conflictos en los que se discuta su vulneración. Debe tenerse presente que el proceso constitucional de amparo es excepcional y residual, e incluso gratuito, lo que demuestra que el Estado tiene como función principal y prioritaria la defensa y protección de dichos derechos fundamentales de la persona humana.
6. Por tanto creo yo que la demanda debe ser desestimada no solo por la citada falta de legitimidad del demandante para traer al proceso constitucional una contienda de exclusivo interés lucrativo, sino también por la naturaleza de la pretensión.

En consecuencia, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 02788-2011-PA/TC**CALLAO****SUDAMERICANA DE FIBRAS S.A.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 26 días del mes de junio de 2012, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia con el voto en mayoría de los magistrados Beaumont Callirgos y Calle Hayen, y el voto dirimente del magistrado Eto Cruz, llamado a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Álvarez Miranda

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Sudamericana de Fibras S.A. contra la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Callao, de fojas 646, su fecha 29 de marzo de 2011, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2009, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra LSA Enterprises Perú S.A.C. y la Municipalidad Provincial del Callao a fin de que se deje sin efecto la Autorización Provisional 002-2009-MPC-GGDU-GO-OLC y la Resolución de Gerencia 435-2009-MPC/GGDU; y que como consecuencia de ello, se disponga la paralización inmediata de las obras que viene realizando la Sociedad emplazada, consistentes en el cercado del terreno ubicado en el Sector Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la Carretera Ventanilla – Callao y la construcción de una losa de concreto en dicho terreno cuya área total asciende a 48,900.62 m². Invoca la afectación de sus derechos fundamentales a libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de industria y al medio ambiente sano y equilibrado.

Manifiesta ser una industria productora de fibra acrílica (DRITEX) destinada al rubro textil, que cuenta con una moderna planta industrial ubicada cerca del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, la cual requería de la instalación de una tubería submarina de 2,645 metros de longitud y 6 pulgadas de diámetro, destinada al transporte de materias primas líquidas químicas utilizadas para su proceso de producción, razón por la cual mediante escritura pública registrada del 22 de enero de 1996, constituyó una servidumbre de paso perpetua con la propietaria del Fundo Oquendo (Victoria Industrial S.A.) y accedió a una concesión para el uso de área acuática otorgada por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas mediante la Resolución Directoral 213-94/DCG, del 6 de junio de 1994, instalación que requiere de mantenimiento constante para asegurar el normal proceso productivo y prevenir eventuales siniestros o accidentes que pudiesen perjudicar el medio ambiente (por ejemplo, debido al transporte de productos químicos, principalmente *acrilonitrilo*), finalidad que se ha visto impedida dado que la Sociedad emplazada ha efectuado construcciones, algunas con licencia municipal y otras sin ella, en la referida tubería, poniendo en riesgo la integridad de las mismas, su mantenimiento y su reparación.

El procurador público de la Municipalidad emplazada contesta la demanda manifestando que la demanda se encuentra destinada a cuestionar actos administrativos y no a restablecer el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que deviene en improcedente. Asimismo agrega que en atención al conflicto presentado entre la Sociedad demandante y LSA Enterprises S.A.C. por el derecho de servidumbre y el derecho de propiedad de cada una de las partes, mediante la Resolución de Gerencia Municipal 590, del 10 de diciembre de 2009, se decidió suspender el trámite del recurso de apelación presentado por la Sociedad recurrente contra las resoluciones

cuestionadas, en tanto se defina en instancia judicial el mejor derecho de propiedad y posesión de los interesados.

La Sociedad emplazada contesta la demanda manifestando que el cercado y la construcción de una losa de concreto en el terreno ubicado en el Sector Playa Oquendo, km 7 y 7.5 de la Carretera Ventanilla, culminó el 18 de noviembre de 2009, por lo que el agravio se ha convertido en irreparable. Asimismo refiere que la demanda persigue la tutela de un derecho de orden legal, por lo que su pretensión carece de contenido constitucionalmente protegido y que en todo caso, al estar destinada esta a cuestionar la legalidad de actos administrativos, la vía judicial pertinente es la del proceso contencioso administrativo. Finalmente sostiene que la Sociedad demandante no ha demostrado tener ningún derecho de servidumbre que afecte la propiedad de la Sociedad emplazada y no ha acreditado que las obras de construcción que ha realizado generen un peligro al medio ambiente.

El Segundo Juzgado Civil del Callao con fecha 30 de junio de 2010, declaró fundada la demanda por estimar que las construcciones efectuadas por la Sociedad emplazada lesionan el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, al impedir la adopción de medidas de carácter técnico-preventivo destinadas al mantenimiento de la tubería submarina de la Sociedad demandante.

La Sala Superior competente revocó la apelada y declaró infundada la demanda por estimar que la Sociedad demandante no ha acreditado que las construcciones efectuadas por la Sociedad emplazada lesionen los derechos fundamentales invocados, más aún cuando no se ha acreditado el tipo de producto o materia química que discurre por la tubería, para medir el presunto peligro en caso de falta de mantenimiento.

FUNDAMENTOS

1. Conforme se aprecia de la demanda, ésta tiene por objeto que se deje sin efecto la Autorización Provisional 002-2009-MPC-GGDU-GO-OLC y la Resolución de Gerencia 435-2009-MPC/GGDU y que, como consecuencia de ello, se disponga la paralización inmediata de las obras que viene realizando la Sociedad emplazada, consistentes en el cercado del terreno ubicado en el sector Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la carretera Ventanilla – Callao y la construcción de una losa de concreto en dicho terreno cuya área total asciende a 48,900.62 m².
2. En primer término, cabe merituar la procedibilidad de la demanda interpuesta en tanto la Municipalidad emplazada a fojas 456, mediante escrito de fecha 1 de junio de 2010 ha puesto en conocimiento de la jurisdicción constitucional que la Sociedad demandante inició un proceso contencioso administrativo (Exp. N.º 402-2010, a cargo del Primer Juzgado Contencioso Administrativo) solicitando la nulidad de la Resolución de Gerencia Municipal 590, del 10 de diciembre de 2009, mediante la que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Gerencial 435-2009-MPC/GGDU, que a su vez declaró infundado el recurso de reconsideración presentado contra la Autorización Provisional 002-2009-MPC-GGDU-GO-OLC, acto administrativo que otorgó a la Sociedad emplazada para levantar un cerco perimétrico.

Al respecto, corresponde señalar que, si bien es cierto que la consecuencia directa de los efectos que pudieran resultar en dicho proceso ordinario incidiría en el resultado del presente proceso constitucional, tras encontrarse vinculadas directamente las pretensiones planteadas en cada caso, también lo es que el citado proceso ordinario fue iniciado el 9 de marzo de 2010, esto es, con posterioridad al 7 de diciembre de 2009, fecha de presentación de la demanda de amparo de autos, por lo que conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal no es de aplicación lo dispuesto por el artículo 5.3 del Código Procesal Constitucional. No obstante lo expuesto, la decisión a adoptarse por el Tribunal Constitucional en el presente caso debe ser puesta en conocimiento en el aludido proceso contencioso-administrativo para los fines a que hubiere lugar.

3. Por otra parte, la Sociedad demandante sostiene que las resoluciones administrativas expedidas por la Municipalidad emplazada, que autorizaron provisionalmente a la Sociedad

demandada la cerca del terreno ubicado en el sector Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la carretera Ventanilla – Callao, no consideraron la existencia de la servidumbre de paso que afecta dicha propiedad y por la cual atraviesa la instalación de la tubería submarina que abastece su planta industrial con la materia prima líquida química (**acrilonitrilo**, entre otros) que es utilizada en su proceso de producción, situación que por lo demás fue puesta en conocimiento de las emplazadas a través del procedimiento administrativo respectivo. Asimismo, la recurrente alega que la Sociedad emplazada ha iniciado la construcción de una losa de concreto en dicho predio, obra que también se ubica sobre la franja donde se encuentra la instalación de la referida tubería subterránea. La legitimidad de la autorización administrativa-municipal para realizar las referidas construcciones, según se aprecia de la demanda, es la cuestión controvertida por la que se da inicio al presente proceso de amparo, pues se sostiene que dichas construcciones ponen en riesgo la integridad y el adecuado mantenimiento de la citada tubería, dado que una rotura de la misma podría generar problemas ambientales de difícil previsión, con graves consecuencias para su proceso de producción, razones por las cuales se solicita la tutela de sus derechos fundamentales a **la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de industria y al medio ambiente sano y equilibrado**.

4. De acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, queda claro que en el presente caso la controversia se centra en la amenaza de violación de los derechos fundamentales invocados, generada en razón de la emisión de las resoluciones administrativas cuestionadas y las construcciones que la Sociedad demandada ha efectuado en el predio en donde se encuentra instalada la tubería subterránea de propiedad de la Sociedad demandante. En tales circunstancias, corresponde evaluar la pretensión planteada a la luz del artículo 2° del Código Procesal Constitucional, que dispone que “Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización”.
5. En cuanto a la amenaza de los derechos a la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de industria de la recurrente, cabe precisar que no existen en autos suficientes elementos de prueba que de modo fehaciente posibiliten una evaluación sobre la referida amenaza, por lo que debe rechazarse este extremo de la demanda en aplicación del artículo 5°, inciso 1), del Código Procesal Constitucional. En efecto, del material probatorio adjunto de fojas 28 a 30, 35 a 41 y 282 a 310, se verifica que sobre el inmueble ubicado en el Sector Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la Carretera Ventanilla – Callao, no existe certeza con relación al mejor derecho de propiedad que pudiera ostentar la Sociedad emplazada, Constrans S.A.C. y la sociedad conyugal de don Iván Oswaldo Márquez Mori y doña Rosario del Pilar Fransi Aspauza, la Promotora Oquendo S.A. y la Superintendencia de Bienes Nacionales, pues aparentemente dicho inmueble habría generado la existencia de dos partidas electrónicas que difieren en cuanto a las cargas que tendrían constituidas legalmente, y además, que conforme se advierte de la Partida 70094245 (f. 28 a 30), para el año 1996, la Promotora Oquendo S.A. habría adquirido la propiedad de dicho inmueble por compraventa a su anterior propietaria Victoria Industrial S.A. Sin embargo, de la Partida 70256525 (f. 35 a 40) se aprecia que en el año 2002, don Juan Ramón Alva Cano habría adquirido la propiedad de dicho inmueble en mérito del procedimiento notarial de formación de título supletorio; mientras que a través del Oficio 12571-2009/SBN-PP, la Superintendencia de Bienes Nacionales refiere que dicho terreno sería de propiedad estatal, lo que evidencia una controversia que no puede ser evaluada en la jurisdicción constitucional. En ese sentido, teniendo en cuenta que en la vía judicial ordinaria se determinará, mediante la respectiva estación probatoria, la validez de las resoluciones administrativo-municipales cuestionadas, así como el respectivo derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles por los que pasa la servidumbre establecida a favor de la empresa accionante –pues es a partir de estas resoluciones y definición de derechos que se verificará la afectación de los derechos de la empresa demandante–, no cabe emitir pronunciamiento en esta sede constitucional respecto de la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de industria.
6. No sucede lo mismo con la alegada amenaza de afectación del derecho al medio ambiente sano y equilibrado. A juicio de este Colegiado, existen suficientes elementos

probatorios que indican una amenaza sobre dicho derecho fundamental. Tales elementos serán mencionados a continuación.

7. Conforme se aprecia de la escritura pública de fecha 22 de enero de 1996 (f. 14), la Sociedad demandante suscribió una servidumbre de paso de carácter convencional a perpetuidad y de uso exclusivo con Victoria Industrial S.A., propietaria del citado inmueble para el año de 1996, para la instalación de una tubería para el transporte de líquidos (conforme consta a fojas 17), acto jurídico que se encuentra registrado en el asiento D de la Partida 70094245.
8. Según se desprende de la Resolución Directoral 0213-94-DCG, del 6 de junio de 1994 (f. 32), emitida por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, la Sociedad recurrente en el año de 1994 accedió a una autorización para efectuar el tendido de una tubería submarina de 2,645 metros de longitud, ubicada en la playa Oquendo de la Provincia Constitucional del Callao para el transporte de productos químicos, así como de la instalación de cuatro boyas de amarre de primera clase, una boya de señalización y un boyarín de fondeo a instalarse al extremo final de la referida tubería submarina. Conforme aparece en autos, la Dirección de Capitanías le impuso a la demandante la obligación de no contaminar la tierra, el aire y el agua para proteger al medio ambiente.
9. Por otro lado, conforme se aprecia de la Autorización Provisional 002-2009-MPC-GGDU-GO-OLC (f. 70), la Municipalidad demandada autorizó a la Sociedad emplazada la construcción de un cerco perimétrico provisional en un terreno no habilitado de 1179.90 ml, como medida de mitigación y prevención de que dicho sector se convirtiera en un relleno sanitario clandestino. Asimismo, el referido acto administrativo refiere que “No se autoriza la construcción del cerco que corresponde a la Playa Oquendo por cuanto dicho terreno forma parte de la franja de los 50 ml paralela a la línea de alta marea; no siendo competencia Municipal su autorización”.
10. De acuerdo con lo que se aprecia de las tomas fotográficas de fojas 3 a 12 y 272 a 275 y 278, y de los informes presentados por la Sociedad emplazada, de fojas 255 a 271 y 276, las construcciones desarrolladas en la Playa Oquendo por PVS Constructores S.A. consistieron en el levantamiento de un cerco perimétrico y una losa de concreto armado, obras que según lo ha señalado la emplazada a fojas 377, culminaron el **18 de noviembre de 2009**. De los referidos informes se observa lo siguiente:
 - a) Durante los trabajos preliminares que se efectuaron, se realizó la movilización y desmovilización de equipo de movilización de tierras: cargadores frontales, excavadoras, volquetes, motoniveladoras, rodillos y cisterna de agua (f. 255).
 - b) Las construcciones efectuadas tenían la finalidad de edificar un almacén de contenedores (f. 257 a 270).
 - c) Las construcciones efectuadas se encuentran sobre las tuberías enterradas en el subsuelo del terreno en el que han sido levantadas (f. 276).
11. Como ya se ha expuesto, administrativamente la Sociedad demandada se encontraba autorizada provisionalmente para construir un cerco perimétrico en parte de un terreno que carecía de habilitación urbana, careciendo de autorización para realizar trabajos sobre la franja de 50 ml. paralela a la línea de alta marea; pese a ello, según se desprende de la Resolución de Capitanía 037-2009-M, del 4 de setiembre de 2009 (f. 42 a 48), la Sociedad emplazada realizó construcciones sin autorización ocupando la línea de alta marea en la Playa Oquendo, infringiendo el artículo B-010118 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, situación por la cual fue sancionada con una multa de 10 UIT.
12. Adicionalmente a ello, cabe mencionar que la Municipalidad emplazada mediante la Resolución Gerencial 572-2009-MPC/GGDU, del 26 de noviembre de 2009 (f. 205), dispuso la paralización inmediata de las obras no autorizadas que la Sociedad demandada venía ejecutando en el Sector de la Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la Carretera Ventanilla – Callao,

debido a que a través de los informes elaborados por la Gerencia de obras de dicha comuna, se dio cuenta de la imposibilidad del ingreso al predio de la Sociedad emplazada a efectos de realizar las acciones de control de las construcciones que fueron autorizadas por el permiso cuestionado, situación por la cual la Gerencia General de Desarrollo Urbano solicitó la intervención de la Fiscalía de Prevención del Delito del Callao, que verificó el día 12 de noviembre de 2009, que la Sociedad emplazada venía ejecutando obras civiles no autorizadas.

13. Posteriormente a ello, mediante la Resolución Ejecutiva Regional 218, del 3 de junio de 2010 (f. 466), el Gobierno Regional del Callao revocó el Certificado de Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil de Detalle 566-GRC-ODNYDC (obstante a fojas 311) que expediera a favor de la Sociedad emplazada, en atención a lo dispuesto por el acápite B.8) del literal B) del numeral 9.4 del Manual de ejecución de ITSDC, aprobado por la Resolución Jefatural 251-2008-INDECI, dado que se llegó a determinar lo siguiente:

[...]que efectuada la revisión de los planos entregados para la obtención del ITSDC [Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil], se tiene que en ningún momento se hizo de conocimiento de la Gerencia Regional de la existencia de las tuberías subterráneas por el subsuelo del predio materia de inspección, habiéndose omitido por parte del administrado suministrar información relevante que hubiera sido gravitante para el otorgamiento del certificado respectivo.

Que, asimismo, debe tenerse presente que por el giro otorgado la empresa LSA ENTERPRISES PERU SAC puede almacenar mercadería y contenedores metálicos, cuyo peso y manipulación sobre las tuberías subterráneas señaladas las pone en **riesgo de colapsar, lo cual podría ocasionar grave daño al medio ambiente, así como a la integridad física de los trabajadores y habitantes de la zona**, hecho que, sumado a lo anteriormente señalado implica una variación negativa de las condiciones de seguridad en defensa civil, situación tipificada por el acápite B.8 del literal B de numeral 9.4 del Manual para la ejecución de ITSDC [énfasis agregado]

Si bien la emplazada alega a fojas 671 la existencia de una resolución judicial que ampara una medida cautelar contra la mencionada Resolución Ejecutiva Regional 218, del 3 de junio de 2010, no ha acreditado de igual modo si dicha resolución judicial es firme y definitiva, por lo que no existe impedimento para tomar en consideración las razones expresadas en la aludida Resolución Ejecutiva Regional 218, a efectos de verificar la amenaza que pueda existir al derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y sano.

14. Asimismo, mediante escrito presentado al Tribunal Constitucional con fecha 15 de setiembre de 2011, la accionante adjunta un reporte que alega fue elaborado por el Laboratorio Envirolab en el mes de marzo de 2010, denominado "Reporte de evaluación de riesgos por la operación de la sección terrestre de la tubería de descarga de productos químicos del terminal multiboyas de Sudamericana de Fibras S.A.fundo Oquendo, Región Callao", en el que más allá de tratarse de un informe de parte, contiene datos que coadyuvan en la verificación de los insumos químicos que se transportan por las citadas tuberías subterráneas y submarinas (**acrilonitrilo y acetato de vinilo monómero**), así como de la cantidad de insumos que se transportan por estas tuberías (promedio anual de 33,492 toneladas métricas). En las conclusiones de dicho reporte se sostiene lo siguiente:

- c. Los riegos identificados y evaluados son calificados como sigue:
 - a. En términos de Seguridad y Salud podrían ocasionar lesiones graves en el personal trabajador y terceros
 - b. En términos de conmoción pública podría afectar a una comunidad grande y a una actividad industrial importante
 - c. En términos de impacto ambiental podría tener consecuencias graves y que requieran respuestas a gran escala (...)

15. De igual modo, en el referido documento obra un informe de Solutia Inc. denominado “Hoja de datos de seguridad para sustancias químicas”, de fecha 12 de marzo de 2004, en el que se sostiene que el producto Acrylonitrilo contiene un componente *cancerígeno* y que el producto Vinyl acetate puede originar el peligro especial de *irritación del pulmón*. Con resultados diferentes, aparece también: “Acrylonitrilo. Guía para la salud y la seguridad”, elaborado por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud (México, 1996), en el que se concluye que:

No fue posible establecer un nivel en el cual no se observarán efectos adversos con base en los datos experimentales y epidemiológicos presentados al Grupo de Trabajo. Por ello, la exposición al acrylonitrilo debe mantenerse tan baja como sea posible en el lugar de trabajo y en el ambiente general, y debe evitarse el contacto de la piel con el líquido.

16. No obstante lo expuesto, la Sociedad emplazada en estos autos no ha acreditado que durante el tiempo en que se realizaron las construcciones en el terreno de la Playa Oquendo, haya adoptado medidas efectivas para posibilitar a la Sociedad demandante el acceso a las tuberías subterráneas que son de su propiedad, no resultando suficiente la expedición de otro informe técnico de parte del mes de noviembre de 2009 (fojas 276), cuando señala que la construcción de la losa de concreto armado de 48,000 m² “garantiza la unidad en la transmisión de cargas al subsuelo de tal forma de no dañar a las tuberías que pudieran estar enterradas, evitando de esta forma el posible perjuicio al medio ambiente”, toda vez que el mencionado documento, así como la fotografía adjunta a fojas 278 demuestran que la losa de concreto armado ha sepultado completamente las tuberías submarinas de la recurrente, sin haberse previsto una franja que habilite la revisión de las condiciones físicas en las que se encuentran actualmente dichas instalaciones, luego de que sobre dicho terreno transitara equipo de movilización de tierras (cargadores frontales, excavadoras, volquetes, motoniveladoras, rodillos y cisterna de agua) conforme se desprende de fojas 255.

Asimismo, teniendo en cuenta que las construcciones cuestionadas en este proceso constitucional no han sido materia de fiscalización por parte del órgano administrativo pertinente, resulta evidente que no garantizan de modo alguno que el citado informe, elaborado por un contratista particular de la emplazada (fojas 276 y 277), refleje el cumplimiento de los requisitos necesarios para que pueda considerarse que, en efecto, dichas construcciones garanticen la debida conservación de las instalaciones subterráneas que se encuentran bajo dicho terreno. Por el contrario, existe principalmente la mencionada Resolución Ejecutiva Regional 218, del 3 de junio de 2010, que sí acredita la posibilidad de que puedan ocurrir daños al medio ambiente.

17. En ese sentido, de los hechos expuestos y el abundante material presentado en estos autos, se puede concluir que tanto la Municipalidad como la Sociedad emplazada conocieron de la existencia de la tubería subterránea de la Sociedad demandante con posterioridad al otorgamiento de la licencia de construcción cuestionada y con anterioridad a la culminación de las obras cuestionadas, pues ello se desprende del contenido de la Resolución Gerencial 435-2009-MPC/GGDU (f. 63) y de los documentos que obran a fojas 50, 56 y 59 (presentados el 31 de julio, 18 de agosto y 7 de setiembre de 2009, respectivamente), que indican que en dicho procedimiento recursivo, los pedidos de paralización de las obras solicitados por la Sociedad recurrente fueron notificados a la Sociedad emplazada. Asimismo, la referida resolución da cuenta de que la Comuna emplazada no adoptó ninguna medida preventiva para impedir que las citadas tuberías quedaran sepultadas bajo las construcciones que venía realizando la Sociedad emplazada en la Playa Oquendo, pues es recién con la emisión de la Resolución Gerencial 572-2009-MPC/GG/GGDU, del 26 de noviembre de 2009 (f. 205), que se dispuso la paralización de dicha obras, siendo incluso que dicho acto administrativo fue ejecutado recién con la Resolución de fecha 10 de diciembre de 2009 (f. 207), emitida por la Ejecutora coactiva de la Comuna demandada, fecha en la cual, conforme a lo informado por la Sociedad emplazada a fojas 377, dichas construcciones ya se encontraban concluidas, pues fueron entregadas el 18 de noviembre de 2009.

18. A mayor abundamiento, conforme se aprecia de la Resolución de Gerencia Municipal 590, del 10 de diciembre de 2009 (f. 172), la Comuna emplazada, ante el recurso de apelación que promoviera la Sociedad demandante en contra de la Resolución 435-2009-MPC/GGDU, no procuró adoptar alguna medida para permitir el acceso a las citadas tuberías submarinas a la Sociedad demandante; todo lo contrario, adoptó una actitud pasiva ante la situación denunciada y optó solo por suspender el trámite de dicho recurso, hasta que se definiera judicialmente la controversia que había surgido con relación al mejor derecho de propiedad de la Sociedad demandada y el derecho de servidumbre de la Sociedad demandante, situación que si bien tiene incidencia en el ejercicio del derecho de propiedad de la Sociedad emplazada y su correspondiente limitación, no impedía en forma alguna a la Administración dictar medidas preventivas destinadas a procurar el acceso de la Sociedad demandante a las citadas tuberías para verificar su estado, más aún cuando tenía conocimiento de que la construcción que se había proyectado estaba destinada a la instalación de un almacén aduanero, conforme lo expresa la citada resolución.
19. Cabe precisar que si bien puede resultar cierto que la Sociedad emplazada, a la fecha de adquisición de los terrenos sobre los que efectuó las cuestionadas construcciones, no conocía de la existencia de la servidumbre de paso ni de la instalación de las tuberías submarinas pertenecientes a la Sociedad demandante –conforme también lo sustentara su abogado defensor en la audiencia pública de fecha 1 de agosto de 2011– dado que en la partida registral 70256525 (f. 35 a 40), no aparece registrada la servidumbre de paso de la Sociedad demandante; de ello tuvo conocimiento con ocasión del procedimiento recursivo que planteara la Sociedad demandante contra la autorización provisional cuestionada, conforme se desprende de la Resolución Gerencial 435-2009-MPC/GGDU, del 30 de setiembre de 2009 (f. 63); razón por la cual la Sociedad emplazada se encontró en la posibilidad de adoptar medidas preventivas para facilitar a la Sociedad demandante el acceso a las referidas tuberías.
20. De este modo, se encuentra acreditado que tanto la Municipalidad Provincial del Callao como LSA Enterprises Perú S.A.C. han generado una situación de incertidumbre respecto a la posible lesión del derecho al medio ambiente, dado que de producirse el colapso de las tuberías submarinas que se encuentran bajo las construcciones cuestionadas –debido al peso que supone el afirmamiento de tierras con equipos de movilización de tierras, la construcción de una losa de concreto de 48,000 m² y el depósito de contenedores aduaneros–, existen fundados y razonables motivos para estimar que ello podría generar daño ambiental y personal a consecuencia de la exposición del ambiente y de las personas que laboran o domicilian cerca de dicha locación a los productos químicos que transporta dicho ducto.
21. Por tales razones, corresponde invocar la aplicación del principio de prevención a efectos de adoptar medidas adecuadas que permitan evitar el deterioro de dichas instalaciones y que, a su vez, garanticen el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. Así, teniendo en cuenta la singularidad que presenta el caso de autos, corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial del Callao, al Gobierno Regional del Callao (junto con el organismo pertinente de Defensa Civil), a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas y al Ministerio Público (Fiscalía de Prevención del Delito), en ejercicio de sus respectivas competencias, que en un plazo perentorio y bajo responsabilidad administrativa, civil y penal, inspeccionen el área en la que se encuentran instaladas las mencionadas tuberías con el fin de verificar y adoptar las medidas que resulten pertinentes a efectos de prevenir cualquier derrame de insumos químicos que afecte al medio ambiente. Asimismo, debe ordenarse a la empresa emplazada facilitar el acceso, así como las labores de inspección y protección que correspondan, bajo apercibimiento de aplicar las medidas establecidas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar IMPROCEDENTE

la demanda de amparo de autos, en el extremo que se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de industria.

2. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda por existir amenaza de vulneración al derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, y en consecuencia, ordenar que en el plazo de 10 días hábiles de notificada la presente sentencia, la Municipalidad Provincial del Callao, el Gobierno Regional del Callao (junto con el organismo pertinente de Defensa Civil), la Dirección General de Capitanías y Guardacostas y el Ministerio Público (Fiscalía de Prevención del Delito), en ejercicio de sus respectivas competencias y bajo responsabilidad administrativa, civil y penal, inspeccionen el área en la que se encuentran instaladas las mencionadas tuberías, con la participación de los técnicos de ambas partes, a efectos de verificar y adoptar las medidas pertinentes relativas a prevenir cualquier derrame de insumos químicos que afecte al medio ambiente. Además, ordenar a la empresa emplazada que facilite el acceso, así como las labores de inspección y protección a pertinentes, bajo apercibimiento de aplicar las medidas establecidas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.
3. Poner en conocimiento de la Corte Superior de Justicia del Callao (Exp. N.° 402-2010 a cargo del Primer Juzgado Contencioso Administrativo u otro órgano jurisdiccional que conozca dicho expediente) lo resuelto en el presente caso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.º 02788-2011-PA/TC
CALLAO
SUDAMERICANA DE FIBRAS S.A.

VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y CALLE HAYEN

Sustentamos el presente voto en las consideraciones siguientes:

FUNDAMENTOS

1. Conforme se aprecia de la demanda, ésta tiene por objeto que se deje sin efecto la Autorización Provisional 002-2009-MPC-GGDU-GO-OLC y la Resolución de Gerencia 435-2009-MPC/GGDU y que, como consecuencia de ello, se disponga la paralización inmediata de las obras que viene realizando la Sociedad emplazada, consistentes en el cercado del terreno ubicado en el sector Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la carretera Ventanilla – Callao y la construcción de una losa de concreto en dicho terreno cuya área total asciende a 48,900.62 m².
2. En primer término, cabe merituar de modo preliminar la procedibilidad de la demanda interpuesta en tanto la Municipalidad emplazada a fojas 456, mediante escrito de fecha 1 de junio de 2010, ha puesto en conocimiento de la jurisdicción constitucional que la Sociedad demandante inició un proceso contencioso administrativo (Exp. N.º 402-2010, a cargo del Primer Juzgado Contencioso Administrativo) solicitando la nulidad de la Resolución de Gerencia Municipal 590, del 10 de diciembre de 2009, mediante la que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Gerencial 435-2009-MPC/GGDU, que a su vez declaró infundado el recurso de reconsideración presentado contra la Autorización Provisional 002-2009-MPC-GGDU-GO-OLC, acto administrativo que otorgó a la Sociedad emplazada para levantar un cerco perimétrico.

Al respecto, corresponde señalar que, si bien es cierto que la consecuencia directa de los efectos que pudieran resultar en dicho proceso ordinario incidiría en el resultado del presente proceso constitucional, tras encontrarse vinculadas directamente las pretensiones planteadas en cada caso, también lo es que el citado proceso ordinario fue iniciado el 9 de marzo de 2010, esto es, con posterioridad al 7 de diciembre de 2009, fecha de presentación de la demanda de amparo de autos, por lo que conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal no es de aplicación lo dispuesto por el artículo 5.3 del Código Procesal Constitucional. No obstante lo expuesto, la decisión a adoptarse por el Tribunal Constitucional en el presente caso debe ser puesta en conocimiento en el aludido proceso contencioso-administrativo para los fines a que hubiere lugar.

3. Por otra parte, la Sociedad demandante sostiene que las resoluciones administrativas expedidas por la Municipalidad emplazada, que autorizaron provisionalmente a la Sociedad demandada la cerca del terreno ubicado en el sector Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la carretera Ventanilla – Callao no consideraron la existencia de la servidumbre de paso que afecta dicha propiedad y por la cual atraviesa la instalación de la tubería submarina que

abastece a su planta industrial de la materia prima líquida química (**acrilonitrilo**, entre otros) que es utilizada en su proceso de producción, situación que por lo demás fue puesta en conocimiento de las emplazadas a través del procedimiento administrativo respectivo. Asimismo, la recurrente alega que la Sociedad emplazada ha iniciado la construcción de una losa de concreto en dicho predio, obra que también se ubica sobre la franja donde se encuentra la instalación de la referida tubería subterránea. La legitimidad de la autorización administrativa-municipal para realizar las referidas construcciones, según se aprecia de la demanda, es la cuestión controvertida por la que se da inicio al presente proceso de amparo, pues se sostiene que dichas construcciones ponen en riesgo la integridad y el adecuado mantenimiento de la citada tubería, dado que una rotura de la misma podría generar problemas ambientales de difícil previsión, con graves consecuencias para su proceso de producción, razones por las cuales se solicita la tutela de sus derechos fundamentales a **la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de industria y al medio ambiente sano y equilibrado**.

4. De acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, queda claro que en el presente caso la controversia se centra en la amenaza de violación de los derechos fundamentales invocados, generada en razón de la emisión de las resoluciones administrativas cuestionadas y las construcciones que la Sociedad demandada ha efectuado en el predio en donde se encuentra instalada la tubería subterránea de propiedad de la Sociedad demandante. En tales circunstancias, corresponde evaluar la pretensión planteada a la luz del artículo 2° del Código Procesal Constitucional, que dispone que “Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización”.
5. En cuanto a la amenaza de los derechos a la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de industria de la recurrente, cabe precisar que no existen en autos suficientes elementos de prueba que de modo fehaciente posibiliten una evaluación sobre la referida amenaza, por lo que debe rechazarse este extremo de la demanda en aplicación del artículo 5°, inciso 1), del Código Procesal Constitucional. En efecto, del material probatorio adjunto de fojas 28 a 30, 35 a 41 y 282 a 310, se verifica que sobre el inmueble ubicado en el Sector Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la Carretera Ventanilla – Callao, no existe certeza con relación al mejor derecho de propiedad que pudiera ostentar la Sociedad emplazada, Constrans S.A.C. y la sociedad conyugal de don Iván Oswaldo Márquez Mori y doña Rosario del Pilar Fransi Aspauza, la Promotora Oquendo S.A. y la Superintendencia de Bienes Nacionales, pues aparentemente dicho inmueble habría generado la existencia de dos partidas electrónicas que difieren en cuanto a las cargas que tendrían constituidas legalmente, y además, que conforme se advierte de la Partida 70094245 (f. 28 a 30), para el año 1996, la Promotora Oquendo S.A. habría adquirido la propiedad de dicho inmueble por compraventa a su anterior propietaria Victoria Industrial S.A. Sin embargo, de la Partida 70256525 (f. 35 a 40) se aprecia que en el año 2002, don Juan Ramón Alva Cano habría adquirido la propiedad de dicho inmueble en mérito del procedimiento notarial de formación de título supletorio; mientras que a través del Oficio 12571-2009/SBN-PP, la Superintendencia de Bienes Nacionales refiere que dicho terreno sería de propiedad estatal, lo que evidencia una controversia que no puede ser evaluada en la jurisdicción constitucional. En ese sentido, teniendo en cuenta que en la vía judicial ordinaria se determinará, mediante la respectiva estación probatoria, la validez de las resoluciones administrativo-municipales cuestionadas, así como el respectivo derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles por los que pasa la servidumbre establecida a favor de la empresa accionante –pues es a partir de estas resoluciones y definición de derechos que se verificará la afectación de los derechos de la empresa demandante–, no cabe emitir pronunciamiento en esta sede constitucional respecto de la alegada vulneración a los derechos fundamentales a la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de industria.
6. No sucede lo mismo con la alegada amenaza de afectación del derecho al medio ambiente sano y equilibrado. A nuestro juicio, existen suficientes elementos probatorios que indican una amenaza sobre dicho derecho fundamental. Tales elementos serán mencionados a continuación.

7. Conforme se aprecia de la escritura pública de fecha 22 de enero de 1996 (f. 14), la Sociedad demandante suscribió una servidumbre de paso de carácter convencional a perpetuidad y de uso exclusivo con Victoria Industrial S.A., propietaria del citado inmueble para el año de 1996, para la instalación de una tubería para el transporte de líquidos (conforme consta a fojas 17), acto jurídico que se encuentra registrado en el asiento D de la Partida 70094245.
8. Según se desprende de la Resolución Directoral 0213-94-DCG, del 6 de junio de 1994 (f. 32), emitida por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, la Sociedad recurrente en el año de 1994 accedió a una autorización para efectuar el tendido de una tubería submarina de 2,645 metros de longitud, ubicada en la playa Oquendo de la Provincia Constitucional del Callao para el transporte de productos químicos, así como de la instalación de 4 boyas de amarre de primera clase, una boya de señalización y un boyarín de fondeo a instalarse al extremo final de la referida tubería submarina. Conforme aparece en autos, la Dirección de Capitanías le impuso a la demandante la obligación de no contaminar la tierra, el aire y el agua para proteger al medio ambiente.
9. Por otro lado, conforme se aprecia de la Autorización Provisional 002-2009-MPC-GGDU-GO-OLC (f. 70), la Municipalidad demandada autorizó a la Sociedad emplazada para que construyera un cerco perimétrico provisional en un terreno no habilitado de 1179.90 ml, como medida de mitigación y prevención que dicho sector se convirtiera en un relleno sanitario clandestino. Asimismo, el referido acto administrativo refiere que “No se autoriza la construcción del cerco que corresponde a la Playa Oquendo por cuanto dicho terreno forma parte de la franja de los 50.ml paralela a la línea de alta marea; no siendo competencia Municipal su autorización”.
10. De acuerdo con lo que se aprecia de las tomas fotográficas de fojas 3 a 12 y 272 a 275 y 278, y de los informes presentados por la Sociedad emplazada, de fojas 255 a 271 y 276, las construcciones desarrolladas en la Playa Oquendo por PVS Constructores S.A. consistieron en el levantamiento de un cerco perimétrico y una losa en concreto armado, obras que según lo ha señalado la emplazada a fojas 377, culminaron el **18 de noviembre de 2009**. De los referidos informes se observa lo siguiente:
 - d) Durante los trabajos preliminares que se efectuaron, se realizó la movilización y desmovilización de equipo de movilización de tierras: cargadores frontales, excavadoras, volquetes, motoniveladoras, rodillos y cisterna de agua (f. 255).
 - e) Las construcciones efectuadas tenían la finalidad de edificar un almacén de contenedores (f. 257 a 270).
 - f) Las construcciones efectuadas se encuentran sobre las tuberías enterradas en el subsuelo del terreno en el que han sido levantadas (f. 276).
11. Como ya se ha expuesto, administrativamente la Sociedad demandada se encontraba autorizada provisionalmente para construir un cerco perimétrico en parte de un terreno que carecía de habilitación urbana, careciendo de autorización para realizar trabajos sobre la franja de 50 ml. paralela a la línea de alta marea; pese a ello, según se desprende de la Resolución de Capitanía 037-2009-M, del 4 de setiembre de 2009 (f. 42 a 48), la Sociedad emplazada realizó construcciones sin autorización ocupando la línea de alta marea en la Playa Oquendo, infringiendo el artículo B-010118 del Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, situación por la cual fue sancionada con una multa de 10 UIT.
12. Adicionalmente a ello, cabe mencionar que la Municipalidad emplazada mediante la Resolución Gerencial 572-2009-MPC/GGDU, del 26 de noviembre de 2009 (f. 205), dispuso la paralización inmediata de las obras no autorizadas que la Sociedad demandada venía ejecutando en el Sector de la Playa Oquendo km 7 y 7.5 de la Carretera Ventanilla – Callao, debido a que a través de los informes elaborados por la Gerencia de obras de dicha comuna, se dio cuenta de la imposibilidad del ingreso al predio de la Sociedad emplazada a efectos

de realizar las acciones de control de las construcciones que fueron autorizadas por el permiso cuestionado, situación por la cual la Gerencia General de Desarrollo Urbano solicitó la intervención de la Fiscalía de Prevención del Delito del Callao, que verificó el día 12 de noviembre de 2009, que la Sociedad emplazada venía ejecutando obras civiles no autorizadas.

13. Posteriormente a ello, mediante la Resolución Ejecutiva Regional 218, del 3 de junio de 2010 (f. 466), el Gobierno Regional del Callao revocó el Certificado de Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil de Detalle 566-GRC-ODNYDC (obstante a fojas 311) que expediera a favor de la Sociedad emplazada, en atención a lo dispuesto por el acápite B.8) del literal B) del numeral 9.4 del Manual de ejecución de ITSDC, aprobado por la Resolución Jefatural 251-2008-INDECI, dado que se llegó a determinar lo siguiente:

[...]que efectuada la revisión de los planos entregados para la obtención del ITSDC [Inspección Técnica de Seguridad en Defensa Civil], se tiene que en ningún momento se hizo de conocimiento de la Gerencia Regional de la existencia de las tuberías subterráneas por el subsuelo del predio materia de inspección, habiéndose omitido por parte del administrado suministrar información relevante que hubiera sido gravitante para el otorgamiento del certificado respectivo.

Que, asimismo, debe tenerse presente que por el giro otorgado la empresa LSA ENTERPRISES PERU SAC puede almacenar mercadería y contenedores metálicos, cuyo peso y manipulación sobre las tuberías subterráneas señaladas las pone en **riesgo de colapsar, lo cual podría ocasionar grave daño al medio ambiente, así como a la integridad física de los trabajadores y habitantes de la zona**, hecho que, sumado a lo anteriormente señalado implica una variación negativa de las condiciones de seguridad en defensa civil, situación tipificada por el acápite B.8 del literal B de numeral 9.4 del Manual para la ejecución de ITSDC [resaltado agregado]

Si bien la emplazada alega a fojas 671 la existencia de una resolución judicial que ampara una medida cautelar contra la mencionada Resolución Ejecutiva Regional 218, del 3 de junio de 2010, no ha acreditado de igual modo si dicha resolución judicial es firme y definitiva, por lo que no existe impedimento para tomar en consideración las razones expresadas en la aludida Resolución Ejecutiva Regional 218, a efectos de verificar la amenaza que pueda existir al derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y sano.

14. Asimismo, mediante escrito presentado al Tribunal Constitucional con fecha 15 de setiembre de 2011, la accionante adjunta un reporte que alega fue elaborado por el Laboratorio Envirolab en el mes de marzo de 2010, denominado "Reporte de evaluación de riesgos por la operación de la sección terrestre de la tubería de descarga de productos químicos el terminal multiboyas de Sudamericana de Fibras S.A.fundo Oquendo, Región Callao", en el que más allá de tratarse de un informe de parte, contiene datos que coadyuvan en la verificación de los insumos químicos que se transportan por las citadas tuberías subterráneas y submarinas (**acrilonitrilo y acetato de vinilo monómero**), así como de la cantidad de insumos que se transportan por estas tuberías (promedio anual de 33,492 toneladas métricas). En las conclusiones de dicho reporte se sostiene lo siguiente:

- c. Los riesgos identificados y evaluados son calificados como sigue:
- a. En términos de Seguridad y Salud podrían ocasionar lesiones graves en el personal trabajador y terceros
 - b. En términos de conmoción pública podría afectar a una comunidad grande y a una actividad industrial importante
 - c. En términos de impacto ambiental podría tener consecuencias graves y que requieran respuestas a gran escala (...)

15. De igual modo, en el referido documento aparece un informe de Solutia Inc. denominado "Hoja de datos de seguridad para sustancias químicas", de fecha 12 de marzo de 2004, en el que se sostiene que el producto Acrilonitrile contiene un componente identificado

como *cancerígeno* y que el producto Vinyl acetate puede originar el peligro especial de *irritación del pulmón*. Con resultados diferentes, aparece también: “Acrilonitrilo. Guía para la salud y la seguridad”, elaborado por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud (México, 1996), en el que se concluye que:

No fue posible establecer un nivel en el cual no se observarán efectos adversos con base en los datos experimentales y epidemiológicos presentados al Grupo de Trabajo. Por ello, la exposición al acrilonitrilo debe mantenerse tan baja como sea posible en el lugar de trabajo y en el ambiente general, y debe evitarse el contacto de la piel con el líquido.

16. No obstante lo expuesto, la Sociedad emplazada en estos autos no ha acreditado que durante el tiempo en el que se realizaron las construcciones en el terreno de la Playa Oquendo, haya adoptado medidas efectivas para posibilitar a la Sociedad demandante el acceso a las tuberías subterráneas que son de su propiedad, no resultando suficiente la expedición de otro informe técnico de parte del mes de noviembre de 2009 (fojas 276), cuando señala que la construcción de la losa de concreto armado de 48,000 m² “garantiza la unidad en la transmisión de cargas al subsuelo de tal forma de no dañar a las tuberías que pudieran estar enterradas, evitando de esta forma el posible perjuicio al medio ambiente”, toda vez que el mencionado documento, así como la fotografía adjunta a fojas 278 demuestran que la losa de concreto armado ha sepultado completamente las tuberías submarinas de la recurrente, sin haberse previsto una franja que habilite la revisión de las condiciones físicas en las que se encuentran actualmente dichas instalaciones, luego de que sobre dicho terreno transitara equipo de movilización de tierras (cargadores frontales, excavadoras, volquetes, motoniveladoras, rodillos y cisterna de agua) conforme se desprende de fojas 255.

Asimismo, teniendo en cuenta que las construcciones cuestionadas en este proceso constitucional no han sido materia de fiscalización por parte del órgano administrativo pertinente, resulta evidente que no garantizan de modo alguno que el citado informe, elaborado por un contratista particular de la emplazada (fojas 276 y 277), refleje el cumplimiento de los requisitos necesarios para que pueda considerarse que, en efecto, dichas construcciones garanticen la debida conservación de las instalaciones subterráneas que se encuentran bajo dicho terreno. Por el contrario, existe principalmente la mencionada Resolución Ejecutiva Regional 218, del 3 de junio de 2010, que sí acredita la posibilidad de que puedan ocurrir daños al medio ambiente.

17. En ese sentido, de los hechos expuestos y el abundante material presentado en estos autos, se puede concluir que tanto la Municipalidad como la Sociedad emplazada conocieron de la existencia de la tubería subterránea de la Sociedad demandante con posterioridad al otorgamiento de la licencia de construcción cuestionada y con anterioridad a la culminación de las obras cuestionadas, pues ello se desprende del contenido de la Resolución Gerencial 435-2009-MPC/GGDU (f. 63) y de los documentos que obran a fojas 50, 56 y 59 (presentados el 31 de julio, 18 de agosto y 7 de setiembre de 2009, respectivamente), que indican que en dicho procedimiento recursivo, los pedidos de paralización de las obras solicitados por la Sociedad recurrente fueron notificados a la Sociedad emplazada. Asimismo, la referida resolución da cuenta de que la Comuna emplazada no adoptó ninguna medida preventiva para impedir que las citadas tuberías quedaran sepultadas bajo las construcciones que venía realizando la Sociedad emplazada en la Playa Oquendo, pues es recién con la emisión de la Resolución Gerencial 572-2009-MPC/GG/GGDU, del 26 de noviembre de 2009 (f. 205), que se dispuso la paralización de dicha obras, siendo incluso que dicho acto administrativo fue ejecutado recién con la Resolución de fecha 10 de diciembre de 2009 (f. 207), emitida por la Ejecutora coactiva de la Comuna demandada, fecha en la cual, conforme a lo informado por la Sociedad emplazada a fojas 377, dichas construcciones ya se encontraban concluidas, pues fueron entregadas el 18 de noviembre de 2009.
18. A mayor abundamiento, conforme se aprecia de la Resolución de Gerencia Municipal 590, del 10 de diciembre de 2009 (f. 172), la Comuna emplazada, ante el recurso de apelación que promoviera la Sociedad demandante en contra de la Resolución 435-2009-MPC/GGDU,

no procuró adoptar alguna medida para permitir el acceso a las citadas tuberías submarinas a la Sociedad demandante; todo lo contrario, adoptó una actitud pasiva ante la situación denunciada y optó solo por suspender el trámite de dicho recurso, hasta que se definiera judicialmente la controversia que había surgido con relación al mejor derecho de propiedad de la Sociedad demandada y el derecho de servidumbre de la Sociedad demandante, situación que si bien tiene incidencia en el ejercicio del derecho de propiedad de la Sociedad emplazada y su correspondiente limitación, no impedía en forma alguna a la Administración dictar medidas preventivas destinadas a procurar el acceso de la Sociedad demandante a las citadas tuberías para verificar su estado, más aún cuando tenía conocimiento de que la construcción que se había proyectado estaba destinada a la instalación de un almacén aduanero, conforme lo expresa la citada resolución.

19. Cabe precisar que si bien puede resultar cierto que la Sociedad emplazada, a la fecha de adquisición de los terrenos sobre los que efectuó las cuestionadas construcciones, no conocía de la existencia de la servidumbre de paso ni de la instalación de las tuberías submarinas pertenecientes a la Sociedad demandante –conforme también lo sustentara su abogado defensor en la audiencia pública de fecha 1° de agosto de 2011– dado que en la partida registral 70256525 (f. 35 a 40), no aparece registrada la servidumbre de paso de la Sociedad demandante; de ello tuvo conocimiento con ocasión del procedimiento recursivo que planteara la Sociedad demandante contra la autorización provisional cuestionada, conforme se desprende de la Resolución Gerencial 435-2009-MPC/GGDU, del 30 de setiembre de 2009 (f. 63); razón por la cual la Sociedad emplazada se encontró en la posibilidad de adoptar medidas preventivas para facilitar a la Sociedad demandante el acceso a las referidas tuberías.
20. De este modo, se encuentra acreditado que tanto la Municipalidad Provincial del Callao y LSA Enterprises Perú S.A.C., han generado una situación de incertidumbre respecto a la posible lesión del derecho al medio ambiente, dado que de producirse el colapso de las tuberías submarinas que se encuentran bajo las construcciones cuestionadas –debido al peso que supone el afirmamiento de tierras con equipos de movilización de tierras, la construcción de una losa de concreto de 48,000 m² y el depósito de contenedores aduaneros–, existen fundados y razonables motivos para estimar que ello podría generar daño ambiental y personal que se podría producir como consecuencia de la exposición del ambiente y de las personas que laboran o domicilian cerca de dicha locación a los productos químicos que transporta dicho ducto.
21. Por tales razones, corresponde invocar la aplicación del principio de prevención a efectos de adoptar medidas adecuadas que permitan evitar el deterioro de dichas instalaciones y que, a su vez, garanticen el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. Así, teniendo en cuenta la singularidad que presenta el caso de autos, corresponde ordenar a la Municipalidad Provincial del Callao, al Gobierno Regional del Callao (junto con el organismo pertinente de Defensa Civil), a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, y al Ministerio Público (Fiscalía de Prevención del Delito), en ejercicio de sus respectivas competencias, en un plazo perentorio y bajo responsabilidad administrativa, civil y penal, que inspeccionen el área en el que se encuentran instaladas las mencionadas tuberías con el fin de verificar y adoptar las medidas que resulten pertinentes a efectos de prevenir cualquier derrame de insumos químicos que afecte al medio ambiente. Asimismo, debe ordenarse a la empresa emplazada facilitar el acceso, así como las labores de inspección y protección que correspondan, bajo apercibimiento de aplicar las medidas establecidas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

Por las consideraciones precedentes, estimamos que se debe declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos, en el extremo que se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de trabajo, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa y a la libertad de industria.

Asimismo, corresponde declarar **FUNDADA** en parte la demanda por existir amenaza de vulneración al derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, y en consecuencia, ordenar que en el plazo de 10 días hábiles de notificada la sentencia, la Municipalidad Provincial del Callao, el Gobierno Regional del Callao (junto con el organismo pertinente de Defensa Civil), la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, y el Ministerio Público (Fiscalía de Prevención del Delito),

en ejercicio de sus respectivas competencias y bajo responsabilidad administrativa, civil y penal, inspeccionen el área en el que se encuentran instaladas las mencionadas tuberías, con la participación de los técnicos de ambas partes, a efectos de verificar y adoptar las medidas pertinentes relativas a prevenir cualquier derrame de insumos químicos que afecte al medio ambiente. Además, ordenar a la empresa emplazada que facilite el acceso, así como las labores de inspección y protección a pertinentes, bajo apercibimiento de aplicar las medidas establecidas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

Poner en conocimiento de la Corte Superior de Justicia del Callao (Exp. N.° 402-2010, a cargo del Primer Juzgado Contencioso Administrativo u otro órgano jurisdiccional que conozca dicho expediente), lo resuelto en el presente caso.

SS.

**BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN**

**EXP. N.° 02788-2011-PA/TC
CALLAO
SUDAMERICANA DE FIBRAS S.A.**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO**ÁLVAREZ MIRANDA**

Con el debido respeto por la opinión vertida por el resto de mis colegas magistrados emito el presente voto singular para dejar constancia de que, si bien coincido con la improcedencia advertida en el Punto N° 1 de la parte resolutive, y con que el extremo relacionado con la afectación del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado resulta estimable por las razones expuestas en dicha sentencia, no comparto lo que, a juicio de mis honorables colegas, debe ordenar el Tribunal para poner término a la amenaza denunciada.

1. Tal como ha sido advertido por el resto de mis colegas magistrados, en el presente caso existen suficientes indicios que nos permiten concluir que en virtud del *principio de prevención* corresponde emitir una sentencia estimativa. Dicho principio, desarrollado en la STC N° 01206-2005-PA/TC, *“garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente. Y es que esta es una de las formas a través de las que se plantea preservar el derecho bajo análisis”*.
2. De ahí que, a fin de salvaguardar el medio ambiente, la demandada deberá brindar a Sudamericana de Fibras S.A. el acceso a la tubería subterránea de la cual es titular en cualquier momento, la cual se encuentra instalada por debajo de su losa de concreto con el fin de prestarle mantenimiento preventivo o correctivo, y adoptar para tal efecto todas las medidas a que hubiere lugar en tanto resulten razonables y proporcionales (por ejemplo, tolerar la construcción de accesos a la misma, trasladar cualquier clase de bien mueble que se encuentre sobre ella o que impida remover construcciones, etc.).

Por tales consideraciones, me decanto por declarar:

1. **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la amenaza de los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa e industria.
2. **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la amenaza de vulneración de un medio ambiente sano y equilibrado de la población en los términos expuestos en considerando N° 2.
3. **EXHORTAR** a la Municipalidad Provincial del Callao a que emita, de manera expeditiva, las licencias y permisos correspondientes para, de ser el caso, evitar o prevenir cualquier eventualidad que ponga en riesgo tanto el medio ambiente como la salud de la población; y que programe inspecciones periódicas a fin de supervisar el correcto funcionamiento de la tubería de acuerdo con sus atribuciones.

S.

ÁLVAREZ MIRANDA

**EXP. N.º 02788-2011-PA/TC
CALLAO
SUDAMERICANA DE FIBRAS S.A.**

VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Concuero con los fundamentos y el fallo contenidos en el voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Calle Hayen, por lo que mi voto es porque se declare **FUNDADA** en parte la demanda por haberse acreditado amenaza de vulneración al derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, y en consecuencia, ordenar que en el plazo de 10 días hábiles de notificada la sentencia, la Municipalidad Provincial del Callao, el Gobierno Regional del Callao (junto con el organismo pertinente de Defensa Civil), la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, y el Ministerio Público (Fiscalía de Prevención del Delito), en ejercicio de sus respectivas competencias y bajo responsabilidad administrativa, civil y penal, inspeccionen el área en el que se encuentran instaladas las mencionadas tuberías, con la participación de los técnicos de ambas partes, a efectos de verificar y adoptar las medidas pertinentes relativas a prevenir cualquier derrame de insumos químicos que afecte el medio ambiente. Además, ordenar a la empresa emplazada que facilite el acceso, así como las labores de inspección y protección pertinentes, bajo apercibimiento de aplicar las medidas establecidas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Poner en conocimiento de la Corte Superior de Justicia del Callao (Exp. N° 402-2010, a cargo del Primer Juzgado Contencioso Administrativo u otro órgano jurisdiccional que conozca dicho expediente), lo resuelto en el presente caso.

SS.

ETO CRUZ

EXP. N.º 03075-2011-PA/TC**AREQUIPA
TRIARC S.A.****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 9 de noviembre de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por TRIARC S.A. contra la resolución expedida por la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 168, su fecha 10 de mayo de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 18 de junio de 2009 la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Quilca invocando la amenaza de afectación de su derecho a la libertad de empresa, comercio e industria a fin de que se le prohíba modificar, suspender o declarar ineficaz la Resolución Jefatural 001-2009-AR-MDQ, del 20 de mayo de 2009, mediante la cual se le ha otorgado la licencia de funcionamiento de su planta procesadora de harina de pescado en Quilca. Manifiesta que las autoridades del Gobierno Regional de Arequipa y de la Municipalidad Provincial de Camaná vienen azuzando a la población para que realicen paros y movilizaciones en contra de su empresa, y así presionar al Alcalde de la comuna emplazada para que revoque su licencia de funcionamiento, hecho que implica una clara intromisión de dichas autoridades en las competencias del emplazado.
2. Que con fecha 25 de junio de 2009, el Juzgado Especializado en lo Civil de Camaná declaró improcedente la demanda por estimar que los hechos denunciados no constituyen una amenaza inminente de afectación del derecho invocado.
3. Que la Sala Superior competente confirmó la apelada por considerar que de los medios probatorios presentados no fluye ninguna amenaza concreta de vulneración de su derecho.
4. Que este Colegiado en reiterados pronunciamientos ha sostenido lo siguiente en materia del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria

cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. (Cfr. STC 03116-2009-PA/TC, 00032-2010-PI/TC y 01405-2010-PA/TC, entre otras).

5. Que en tal sentido, pretender que se limite las atribuciones o competencias de la emplazada respecto de la posibilidad de dictar medidas de suspensión o actos administrativos tendientes a modificar o dejar sin efectos la licencia de funcionamiento que se le ha otorgado a favor de su planta de harina de pescado, no se constituye en una pretensión que forme parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, dado que lo que pretende es que se dicten medidas para restringir el ejercicio de las atribuciones de la Municipalidad emplazada para efectos de que no se le revoque la licencia de funcionamiento que ha obtenido a su favor, más aún cuando de los documentos presentados en autos, no se infiere de manera indubitable la existencia de algún tipo de amenaza cierta y de inminente realización que pueda lesionar su derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, siendo en todo caso que, de existir en trámite algún proceso judicial o administrativo destinado a nulificar los efectos de la Resolución Jefatural 001-2009-AR-MDQ, del 20 de mayo de 2009, la Sociedad demandante tendrá expedito su derecho de defensa para debatir la validez de la referida licencia en la respectiva instancia. En consecuencia y no apreciándose que los hechos y el petitorio de la demanda se encuentren referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, resulta de aplicación el numeral 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, debiendo desestimarse la demanda.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

EXP. N.º 03479-2011-PA/TC**CALLAO****AGENCIA MARÍTIMA****INTERNACIONAL S.A.****- MARINTER****RAZÓN DE RELATORÍA**

En la presente causa, la sentencia sólo es suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, EtoCruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16º, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5º (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la Agencia Marítima Internacional S.A. (MARINTER) contra la sentencia expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, de folios 124, su fecha 9 de junio de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de setiembre de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) y la Autoridad Portuaria Nacional (APN) con el objeto de que cese el proceso de transferencia de los muelles Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Terminal del Callao a un único operador portuario, con el fin de que éste preste toda clase de servicios portuarios en condiciones de exclusividad, excluyendo a la empresa demandante y a todas las demás que brindan sus servicios utilizando la infraestructura portuaria del Callao.

Refiere que dicha transferencia ha sido dispuesta por las bases del proceso de promoción de la inversión privada del proyecto "Modernización del terminal norte multipropósito en el terminal portuario del Callao", y que el proyecto de contrato de concesión aprobado por las demandadas el día 22 de setiembre de 2010 constituye una amenaza inminente a sus derechos constitucionales a la libre competencia, a que el Estado no autorice ni establezca monopolios, a la libertad de empresa, a que el Estado promueva el desarrollo de la infraestructura nacional y a que las autoridades ejerzan sus funciones con las limitaciones que la Constitución y la ley establezcan.

Refiere adicionalmente que se encontraba autorizada para brindar los servicios portuarios de agenciamiento marítimo y de estiba y desestiba en el puerto del Callao, siendo pertinente agregar que estos servicios eran prestados por unas 30 empresas más. Agrega que,

en tal contexto, PROINVERSIÓN publicó en su página web las bases para el citado concurso, que terminaría por otorgarle en concesión dicha infraestructura.

La Autoridad Portuaria Nacional se apersona al proceso indicando que la vía procedimental específica para la protección del derecho alegado es la contencioso administrativa ante el Poder Judicial y no la constitucional del amparo.

El Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao declaró improcedente la demanda, por considerar que se han configurado las causales descritas en los incisos 1) y 2) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. De igual manera, hace hincapié en que los procesos constitucionales carecen de estación probatoria, siendo solamente procedentes los que no requieren actuación, tal y como lo prescribe el artículo 9º del referido Código.

A su turno, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao confirma la apelada, poniendo de relieve la finalidad del proceso constitucional y su naturaleza, al constituirse como un mecanismo de tutela de urgencia y no declarativo de derechos. Indica, además, que del proyecto de modernización del citado terminal se aprecia una manifestación de voluntad de la Administración Pública, de carácter técnico, por lo que la vía propia para cualquier reclamo sería el proceso contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. De la lectura de la demanda, del recurso de apelación y del recurso de agravio constitucional, se advierte que la pretensión de la empresa demandante consiste en que:
 - Cese el proceso de transferencia de los muelles Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Terminal del Callao **a un solo operador portuario**, con el fin de que éste preste toda clase de servicios portuarios en condiciones de exclusividad, excluyendo a la empresa demandante y a todas las demás que brindan sus servicios utilizando la infraestructura portuaria del Callao (resaltado nuestro), ya que dicho proceso constituye una amenaza de sus derechos a la libre competencia y a la libertad de empresa.

Sin embargo, tal como informó la Gerencia General de la Autoridad Portuaria Nacional mediante Oficio Nro. 769-2012-APN/GG, con fecha 11 de mayo, se otorgó en concesión el diseño financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito, conformado por diversos bienes entre los que se encuentran los muelles N° 1,2,3,4,5,7 y 11 del Terminal Portuario del Callao, concretándose la concesión de estos el 1 de julio de 2011. En tal sentido, el asunto litigioso radica en determinar si con la concesión de los muelles Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 se ha vulnerado los derechos reclamados.

Sobre la afectación de los derechos a la libertad de empresa y a la libre competencia consagrados en los artículos 59º y 61º de la Constitución

Argumentos del demandante

2. La empresa Agencia Marítima Internacional S.A. (MARINTER) interpone la presente demanda con el objeto de que cese el proceso de transferencia de los muelles Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Terminal del Callao a un solo operador portuario, con el fin de que éste preste toda clase de servicios portuarios en condiciones de exclusividad, ya que dicho proceso excluye a todas las demás empresas que brindan sus servicios utilizando la infraestructura portuaria del Callao.
3. Refiere también que hasta el 31 de diciembre de 2010 se encontraba autorizada para brindar el servicio de estiba y desestiba en el puerto del Callao, y que, en dicho contexto, PROINVERSIÓN publicó en su página web las bases para el citado concurso que terminaría por otorgarle al concesionario la explotación exclusiva de la infraestructura del puerto, amenazando con ello sus derechos constitucionales a la libre competencia, a que el Estado no autorice ni establezca monopolios, a la libertad de empresa, a que el Estado promueva el desarrollo de la infraestructura nacional.

Argumentos de la demandada

4. La Autoridad Portuaria Nacional no contesta la demanda; sin embargo, se apersona al presente proceso alegando que la vía procedimental específica para la protección del derecho alegado es la contencioso administrativa ante el Poder Judicial y no la constitucional del amparo.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

5. En reiterada y uniforme jurisprudencia este Tribunal ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la actual Constitución (libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras), cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC).
6. Dentro de dicho contexto, **la libertad de empresa** se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas (naturales y/o jurídicas) participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución. El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades: a) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; b) la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros; c) la libertad de competencia y d) la libertad para cesar las actividades (Cfr. STC Nos. 3330-2004-AA, 1405-2010-AA).
7. La libre competencia consagrada en el artículo 61° de la Constitución, cuyo texto prescribe que *“El Estado facilita y vigila la libre competencia(...)”*, se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: a) la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; b) la autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.); y c) la igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).
8. En el caso de autos se aprecia que el Proyecto “Modernización del Terminal Norte Multipropósito” en el Terminal Portuario del Callao tiene como fin lograr que el Terminal Norte Multipropósito, conformado por diversos bienes entre los que se encuentran los muelles N° 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Puerto del Callao, cuente con la infraestructura necesaria para elevar su eficiencia operativa y estándar a niveles internacionales, objetivo que implica una inversión de U\$ 748'713,393 (setecientos cuarenta y ocho millones setecientos trece mil novecientos treinta y nueve y 00/100 dólares de Estados Unidos de América), tal como se advierte a fojas 27 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional.
9. Con la finalidad de promover la inversión privada en las actividades portuarias, la Ley N° 27943 en su artículo 11°, inciso 3) prescribe que: *“La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo establecido por la presente Ley, celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área*

*de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria, con la finalidad que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una **infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá otorgar al sector privado el Uso Exclusivo de dicha infraestructura.** La infraestructura portuaria nueva que se hubiese desarrollado, construido y/o equipado conforme al presente numeral, podrá entregarse al sector privado, bajo las modalidades establecidas en el numeral 10.3 de la presente Ley”.*

10. De lo expuesto se desprende que la exclusividad que se otorga **sobre una infraestructura portuaria nueva** tiene sustento legal y también se encuentra justificada en términos constitucionales, habida cuenta que:
- La exclusividad en la concesión de infraestructura nueva tiene como fin la promoción de la inversión privada en la actividad portuaria, la cual permitirá contar con un puerto con mayor competitividad, lo que su vez generará un crecimiento económico.
 - La exclusividad en la concesión resulta adecuada, toda vez que permite al privado recuperar su inversión en un mediano plazo.
 - La exclusividad en la concesión resulta necesaria, ya que el privado realiza inversiones siempre que vea garantizada la recuperación de estas en un mediano plazo. En el caso específico del Proyecto, la concesión pactada es por 30 años.
 - La exclusividad en la concesión es una medida proporcional, ya que la restricción de acceso a otras empresas está referida sólo al Terminal Multipropósito Norte y es por un periodo determinado (30 años).
11. Si bien la concesión cuestionada restringe la capacidad de la demandante de participar en la vida económica de la Nación, específicamente de continuar brindando el servicio portuario de estiba y desestiba en el Puerto del Callao, esta responde a una decisión política que tiene como objetivo la mejora de las infraestructuras del Puerto del Callao, inversiones que son necesarias para el desarrollo del país. En tal sentido, dicho proceso de privatización no puede entenderse como lesivo a los derechos fundamentales que la actora invoca, máxime cuando la recurrente se ha limitado a denunciar, genéricamente, amenazas a sus derechos fundamentales, sin precisar, puntualmente, en qué medida la concesión le agravaría.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

**MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 03479-2011-PA/TC
CALLAO
AGENCIA MARÍTIMA
INTERNACIONAL S.A.
- MARINTER**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la agencia recurrente interpone demanda de amparo contra la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION) y la Autoridad Portuaria Nacional (APN) con el objeto de que cese el proceso de transferencia de los muebles Ns. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Terminal del Callao a un único operador portuario, con el fin de que éste preste toda la clase de servicios portuarios en condiciones de exclusividad, excluyendo a la empresa demandante y a todas las demás que brindan sus servicios utilizando la infraestructura portuaria del Callao.

Refiere que dicha transferencia ha sido dispuesta por las bases del proceso de promoción de la inversión privada del proyecto “Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao”, y que el proyecto contrato de concesión aprobado por las demandadas el día 22 de setiembre de 2010 constituye una amenaza inminente a sus derechos constitucionales a la libre competencia, a que el Estado no autorice ni establezca monopolios, a la libertad de empresa, a que el Estado promueva el desarrollo de la infraestructura nacional y a que las autoridades ejerzan sus funciones con las limitaciones que la Constitución y la ley establezcan.

2. Este Colegiado a efectos de resolver la causa solicitó información a la Gerencia General de la Autoridad Portuaria Nacional, mediante Oficio N° 415-2012-SR/TC, de fecha 5 de junio de 2012, la que remite la información solicitada mediante Oficio N° 769-2012-APN/GG, de fecha 1 de agosto de 2012, expresando que "(...) la empresa APM Terminals Callao S.A. se adjudicó la buena pro del concurso de proyectos integrales para la concesión del terminal norte multipropósito, habiendo suscrito el 11 de mayo de 2011 el contrato de concesión a través del cual se le otorgó el Terminal por el plazo de 30 años y asumido un compromiso de inversión de US\$ 748 713 939 (setecientos cuarenta y ocho millones setecientos mil novecientos treinta y nueve dólares americanos), otorgándosele en conexión el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del citado terminal portuario." Asimismo de dicha información también se advierte que con fecha 1 de julio de 2011, se procedió a transferir a la referida empresa los bienes de la concesión entre los que se encontraban los muelles Ns. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Terminal Portuario del Callao.
3. En tal sentido se advierte que la demanda de amparo fue presentada con fecha 27 de setiembre de 2010, habiéndose dado la concesión del Terminal con fecha 11 de mayo de 2011, y la transferencia de los muelles Ns. 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 11 del Terminal Portuario del Callao con fecha 1 de julio de 2011, por lo que se advierte que el existe un supuesto de irreparabilidad, descrito en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional.
4. Por lo expuesto considero que corresponde la desestimatoria de la demanda conforme lo expresa en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo propuesta.

S.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 03636-2011-PA/TC**AYACUCHO****SUSANA QUISPE CUBA****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 23 días del mes de enero de 2012, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Susana Quispe Cuba contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas 184, su fecha 8 de julio de 2011, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de marzo de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huamanga, representada por su Alcalde, don Pánfilo Amílcar Huancahuari, y contra el Subgerente de Seguridad Ciudadana, don Ricardo Anselmo Mendoza Arana Tueros, solicitando que se disponga el retiro de personal sereno que se encuentra ubicado en la puerta de acceso al establecimiento comercial que conduce, ubicado en el Pasaje Cáceres N.º 156, 2º Piso. Solicita, además, el cese de los actos de coacción y hostilización con los operativos inopinados, realizados ilegalmente por el Subgerente de Seguridad Ciudadana. La recurrente alega que de manera ilegal y arbitraria se le viene impidiendo el ejercicio de la actividad económica bajo el giro de negocio de “Café Sandwichería”, pese a que cuenta con la correspondiente licencia municipal de funcionamiento. Invoca la violación de sus derechos al trabajo, a la libertad de empresa, a la observancia del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

La Procuradora Pública de la Municipalidad Provincial de Huamanga contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Alega que la acción desplegada por el personal de serenazgo responde al hecho de que la demandante no viene ejerciendo la actividad económica (Café Sandwichería) para la que fue autorizada, sino que viene dedicándose al giro de negocio de Bar.

El Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 9 de mayo de 2011, declaró infundada la demanda por estimar que no se ha verificado la vulneración invocada sino que, por el contrario el proceso ha permitido establecer que la actora viene desarrollando una actividad económica no autorizada por la Municipalidad.

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho confirmó la apelada por considerar que la actuación de la Municipalidad Provincial de Huamanga se enmarca dentro de las atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confiere.

FUNDAMENTOS

1. La recurrente invoca la violación de sus derechos a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa, a la observancia del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, y por ello solicita que se disponga el retiro de personal sereno que se encuentra ubicado en la puerta de acceso al establecimiento comercial que conduce ubicado en el Pasaje Cáceres N.º 156, 2.º Piso. Solicita, además, el cese de los actos de coacción y hostilización con los operativos

inopinados, realizados ilegalmente por el Subgerente de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad Provincial de Huamanga.

2. De la revisión de autos este Tribunal aprecia que, al momento de ocurridos los hechos narrados por la actora, ésta contaba con licencia de funcionamiento para desarrollar el giro de negocio de “Café Sandwichería”. Sin embargo conforme se desprende del Informe N.º 060-2011-MPH/41.43 emitido por la Municipalidad Provincial de Huamanga, que corre a fojas 34, se ha constatado que el giro que la actora le estaba dando al local comercial que conduce es el de Bar-Taberna, en el que incluso se encontró a una menor de edad libando licor, atentando contra la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos.
3. Complementariamente al informe antes aludido, emitido por el funcionario de seguridad de la comuna emplazada, se aprecia además, a fojas 39, el Acta de Esclarecimiento de Hechos levantada por la Fiscalía Especial de Prevención del Delito de Huamanga, emitida como consecuencia de la denuncia que por los mismos hechos interpuso la recurrente vía el amparo, advirtiéndose de dicha acta que la denunciante no se ratifica en el contenido de su denuncia, precisando que ahora solamente se dedica a vender sándwich y café, y que respecto al otro giro que tenía como “taberna” ya no va a funcionar como tal sino únicamente va a vender sándwich y café, tal como lo dice su licencia de funcionamiento, y que si trabajaba como taberna anteriormente era porque la Municipalidad no le daba el permiso correspondiente para ese giro de negocio.
4. A mayor abundamiento, se observa en autos la existencia de otros documentos que acreditan que la demandante no viene ejerciendo la actividad económica (Café Sandwichería) para la que fue autorizada sino que viene dedicándose al giro de negocio de Bar, conforme es de verse del Acta de Inspección Judicial de fojas 81 y del Acta de Visualización que corre a fojas 91, ambas dispuestas por el Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga; las Actas de Operativos levantadas por el representante del Ministerio Público de fojas 112 y 116, así como el Oficio N.º 01-014-000001483 al que se adjuntan diversas actas de constatación de distintas fechas y, la Resolución de Sanción N.º 13-046-000000108, que corren a fojas 11 y 24 del cuadernillo de este Tribunal.
5. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional estima que la emplazada Municipalidad Provincial de Huamanga ha actuado en el ejercicio de las competencias y atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de Municipalidades N.º 27972, en particular, la prevista en el artículo 79º, inciso 3.6.4, que dispone que las municipalidades se encuentran facultadas legalmente para normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.
6. En consecuencia, no estando acreditada la vulneración de ninguno de los derechos constitucionales invocados en la demanda, ésta debe ser desestimada, *máxime* cuando, como antes se ha dicho, se ha actuado en el marco de lo dispuesto por la Constitución y la ley.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS**

CALLE HAYEN

EXP. N.º 03828-2011-PA/TC**JUNÍN****CABLE BOX PERÚ E.I.R.L.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de septiembre de 2012, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia con el voto en mayoría de los magistrados Beaumont Callirgos y Calle Hayen, y el voto dirimente del magistrado Eto Cruz, llamado a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Jesús Segura Artica, en su calidad de gerente de la empresa Cable Box Perú E.I.R.L., contra la resolución expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 70, su fecha 25 de abril de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de marzo de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Dirección Regional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare la inaplicabilidad del artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2010-MTC, en la parte que incorpora el numeral 8 al artículo 113º e incorpora el numeral 10 al artículo 137º, ambos del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC. Invoca la afectación de sus derechos a la libertad de contratar, a la igualdad ante la ley, a la prevalencia sobre la jerarquía de las normas y a la economía social de mercado, contemplados en el artículo 62º, el artículo 2º, inciso 2, artículo 51º y el artículo 58º de la Constitución Política. Sostiene que en la norma cuestionada se han incorporado nuevas causales de resolución del contrato de concesión que colisionan con la Constitución, aspecto que en forma directa también vulnera, lesiona y modifica el contrato de concesión que suscribió con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el cual fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 841-2008-MTC/3. Asimismo manifiesta que estas nuevas causales y sanciones para la resolución de los contratos de concesión sobre prestación de servicios de telecomunicaciones por cable están vulnerando los derechos constitucionales a la libertad de contratar y la economía social de mercado. Por otro lado, afirma que la mencionada norma crea el marco legal para que los pequeños y medianos operadores de televisión por cable sean víctimas de denuncias indiscriminadas de las grandes operadoras con el fin de sacarlos del mercado, toda vez que la norma impone la prohibición de redistribución de la señal o de la programación de otro operador, contratada por cualquier abonado, imponiendo la sanción de la resolución del contrato de concesión, lo que vulneraría el derecho constitucional a la igualdad. Finalmente, expresa que en el tema de la sanción dicha norma vulnera la garantía constitucional de la jerarquía de las normas, puesto que se estaría modificando lo dispuesto por el artículo 78º del Código Civil.

El Tercer Juzgado Civil de Huancayo, con fecha 20 de abril de 2010, declaró improcedente la demanda por estimar que las normas cuestionadas son de carácter heteroaplicativo.

La Sala Superior competente confirmó la apelada por argumentos similares.

FUNDAMENTOS

1. El actor solicita que se declare la inaplicabilidad del artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2010-MTC, en la parte que incorpora el numeral 8 al artículo 113º e incorpora el numeral

- 10 al artículo 137º, ambos del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC. Invoca la afectación de sus derechos a la libertad de contratar, a la igualdad ante la ley, a la prevalencia sobre la jerarquía de las normas y a la economía social de mercado, contemplados en el artículo 62º, artículo 2º inciso 2, artículo 51º, artículo 58º de la Constitución. Sostiene que en la norma cuestionada se han incorporado nuevas causales de resolución del contrato de concesión que colisionan con la Constitución, aspecto que en forma directa también vulnera, lesiona y modifica el contrato de concesión que suscribió con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el cual fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 841-2008-MTC/3.
2. De acuerdo con lo dispuesto por la Resolución Ministerial 841-2008-MTC/03 (f. 5) y el contrato de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, de fecha 5 de diciembre de 2008 (f. 6, en adelante el contrato), el Estado le ha otorgado al actor un derecho de concesión para prestar los servicios públicos de telecomunicaciones, contemplándose la prestación inicial del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, en la modalidad de cable inalámbrico u óptico en todo el territorio de la República. En tal sentido, el recurrente cuenta con un derecho legal que le permite legítimamente hacer ejercicio de sus derechos a la libertad de contratar, a la libertad de empresa, al pluralismo económico y a la igualdad en dicho sector, razón por la cual el proceso de amparo resulta idóneo para conocer la pretensión demandada, por lo que corresponde emitir pronunciamiento.
 3. El recurrente manifiesta que la incorporación del artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2010-MTC, en la parte que incorpora el numeral 8 al artículo 113 y el numeral 10 al artículo 137º, ambos del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, lesionarían los derechos fundamentales invocados, pues sostiene que la norma cuestionada pretende forzar a los pequeños y medianos operadores a ser víctimas de manera indiscriminada de las grandes operadoras para sacarlos del mercado, toda vez que no se han establecido los mecanismos para su correcta aplicación (f. 35), lo que implicaría que cualquier empresa grande de este rubro podría denunciarlos y que se podría solicitar la resolución de su contrato (f. 36). Asimismo aduce que al incorporarse nuevas causales y sanciones para la resolución de los contratos de concesión relativos a la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable, se están vulnerando los derechos constitucionales a la libertad de contratar y la economía social de mercado (f. 35 y 38), a la vez que expresa que en el tema de la sanción dicha norma vulneraría la garantía constitucional de la jerarquía de las normas, puesto que se estaría modificando lo dispuesto por el artículo 78º del Código Civil (f. 37).
 4. En primer lugar, de los argumentos esgrimidos por el actor en sus diversos escritos, se advierte que el sustento del presente proceso es cuestionar la vigencia del artículo 2º del Decreto Supremo 001-2010-MTC, mediante el cual se incorporó el numeral 8 al artículo 113º y el numeral 10 al artículo 137º del Decreto Supremo 020-2007-MTC (Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones) como nuevas causales de resolución de los contratos de concesión en materia de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, hecho que evidencia que respecto de los demás articulados del citado reglamento, no existiría sustento alguno para su cuestionamiento por parte del demandante, más aún cuando durante el trámite del presente proceso no se ha individualizado otra disposición normativa como lesiva de sus derechos fundamentales, razón por la cual solo cabe emitir pronunciamiento respecto del contenido del numeral 8 del artículo 113º y el numeral 10 del artículo 137º del Decreto Supremo 020-2007-MTC, incorporado por el Decreto Supremo 001-2010-MTC.
 5. La cuestionada norma legal dispone lo siguiente:

[...] Artículo 2º del Decreto Supremo 001-2010-MTC

Incorpórense el numeral 8 al artículo 113, el numeral 10 al artículo 137, el artículo 245-A y los numerales 7 y 8 al artículo 260 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, de conformidad con el texto siguiente: (...)

Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización

El Ministerio no otorgará la concesión o autorización cuando: (...)

8. Al solicitante, se le hubiera resuelto su contrato de concesión por incurrir en la causal de resolución prevista en el numeral 10 del artículo 137 y no haya transcurrido dos (2) años desde la notificación de la resolución correspondiente. Esta causal, también es aplicable a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal, de la persona jurídica que incurrió en la referida causal, sean éstos solicitantes o formen parte de una persona jurídica solicitante.

Artículo 137.- Causales de resolución del contrato

El contrato de concesión se resuelve por: (...)

10. La redistribución parcial o total, a través del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, de la señal o programación proveniente de otro concesionario del mismo servicio, siempre que dicha redistribución no haya sido materia de acuerdo escrito entre ambos concesionarios.

Esta causal también será aplicable, si el concesionario redistribuye la señal o programación de otro operador del mismo servicio, contratada por cualquier abonado.

6. En el presente caso, según se desprende del contrato de concesión del 5 de diciembre de 2008 (f. 06 a 24), el actor se encuentra autorizado para brindar el servicio público de radiodifusión de cable de acuerdo con los términos de dicho contrato. La cláusula 6.13, sobre las normas del derecho de autor, establece lo siguiente

EL CONCESIONARIO para la prestación del Servicio Público de Distribución de Radiodifusión por Cable reconoce su obligación de respetar la normativa sobre Derechos de Autor, en lo concerniente a obtener conforme a ley los derechos de explotación que correspondan a los canales a ser distribuidos en la red, mediante los acuerdos con los proveedores de señales a difundir, en los casos que corresponda.

Asimismo, la cláusula 28.07 del citado contrato estipuló que

Las PARTES declaran que el presente contrato se adecuará de manera automática a las normas de carácter general emitidas por los organismos competentes del sector.

7. Al respecto, cabe señalar que el Estado cuenta con la potestad legislativa en materia de política de telecomunicaciones (artículos 58 y 119 de la Constitución Política), para regular las condiciones mínimas para la prestación adecuada del servicio de radiodifusión por cable, en la medida en que se trata de un servicio público y, como tal, exige una participación activa del Estado para su adecuada y eficaz realización, sin que ello pueda suponer la emisión de normas contrarias al ordenamiento constitucional y legal. Tan cierto resulta ello que los contratos de concesión incluyen una cláusula que expresamente recoge dicha situación, y que en el caso de autos se encuentra estipulada en la cláusula 28.07.
8. En dicho sentido, teniendo en cuenta los hechos citados y los argumentos expuestos por el recurrente, se aprecia que la nueva condición resolutoria de los contratos de concesión incorporada por el decreto supremo cuestionado no lesionan los derechos fundamentales invocados por el actor, dado que resulta razonable que se exija a las empresas concesionarias del servicio de radiodifusión de cable adquirir las autorizaciones necesarias de las cadenas televisivas o de sus representantes, para difundir su programación a través del servicio que brindan, a efectos de respetar los derechos de autor de dichas empresas televisoras, así como el principio de libre competencia, reglas que rigen las relaciones comerciales para la prestación de este tipo de servicio.
9. Asimismo, cabe acotar que de acuerdo con lo que se ha expuesto en el fundamento 7 *supra*, la citada condición se encontraba incluida como una obligación expresa en el contrato que suscribiera voluntariamente el recurrente el 5 de diciembre de 2008, y que en su calidad de concesionario debe cumplir, pues aun cuando la referida obligación no se

encontraba expresamente estipulada como una causal para la resolución de dicho contrato, los efectos de la norma legal cuestionada resultan aplicables de manera general a todas las relaciones contractuales que autorizan la prestación de dicho servicio conforme se ha expuesto en el fundamento 8 *supra*.

10. Sin perjuicio de lo expuesto, se debe mencionar que los argumentos del actor, en el sentido de que la imposición de la regla incorporada por el Decreto Supremo 001-2010-MTC en el artículo 113°, numeral 8, y en el artículo 137°, numeral 10, del Decreto Supremo 020-2007-MTC, generaría una situación discriminatoria entre los grandes operadores de telecomunicaciones y los medianos y pequeños operadores, carecen de sustento, dado que la pretendida inaplicación de la norma cuestionada únicamente permitiría mantener la irregularidad de la retransmisión de la programación de empresas radiodifusoras nacionales o internacionales sin autorización, situación que afecta el derecho de autor de terceros y que además genera una situación de competencia desleal entre los operadores internos del servicio de radiodifusión de cable (operadores que en cumplimiento de sus obligaciones sí cuentan con las autorizaciones y operadores que retransmiten señales sin autorización previa), en detrimento de la inversión que supone observar las reglas del sistema de telecomunicaciones, situación que evidentemente, de permitirse, resultaría inconstitucional.
11. Finalmente, cabe precisar que el argumento relacionado a que en el tema de la sanción dispuesta en el numeral 8 al artículo 113° del Decreto Supremo N° 001-2010-MTC se vulneraría la garantía constitucional de la jerarquía de las normas, en razón de que se estaría modificando lo dispuesto por el artículo 78° del Código Civil también carece de sustento pues resulta razonable que el Estado tenga la potestad de desincentivar ciertas conductas que se pretende erradicar, por lo que no se observa que dicha medida disuasiva colisione con las normas constitucionales y legales vigentes.
12. En tal sentido, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales invocados, corresponde desestimar la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

**EXP. N.º 03828-2011-PA/TC
JUNÍN
CABLE BOX PERÚ E.I.R.L.**

VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Concuero con los fundamentos y el fallo contenidos en el voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Calle Hayen, por lo que mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

SS.

ETO CRUZ

**EXP. N.º 03828-2011-PA/TC
JUNÍN
CABLE BOX PERÚ E.I.R.L.**

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS
Y CALLE HAYEN**

Con el debido respeto por la opinión de nuestro colega, emitimos el presente voto por las consideraciones siguientes:

FUNDAMENTOS

1. El actor solicita que se declare la inaplicabilidad del artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2010-MTC, en la parte que incorpora el numeral 8 al artículo 113º e incorpora el numeral 10 al artículo 137º, ambos del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC. Invoca la afectación de sus derechos a la libertad de contratar, a la igualdad ante la ley, a la prevalencia sobre la jerarquía de las normas y a la economía social de mercado, contemplados en el artículo 62º, artículo 2º inciso 2, artículo 51º, artículo 58º de la Constitución. Sostiene que en la norma cuestionada se han incorporado nuevas causales de resolución del contrato de concesión que colisionan con la Constitución, aspecto que en forma directa también vulnera, lesiona y modifica el contrato de concesión que suscribió con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el cual fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 841-2008-MTC/3.
2. De acuerdo con lo dispuesto por la Resolución Ministerial 841-2008-MTC/03 (f. 5) y el contrato de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, de fecha 5 de diciembre de 2008 (f. 6, en adelante el contrato), el Estado le ha otorgado al actor un derecho de concesión para prestar los servicios públicos de telecomunicaciones, contemplándose la prestación inicial del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, en la modalidad de cable inalámbrico u óptico en todo el territorio de la República. En tal sentido, el recurrente cuenta con un derecho legal que le permite legítimamente hacer ejercicio de sus derechos a la libertad de contratar, a la libertad de empresa, al pluralismo económico y a la igualdad en dicho sector, razón por la cual el proceso de amparo resulta idóneo para conocer la pretensión demandada, por lo que corresponde emitir pronunciamiento.
3. El recurrente manifiesta que la incorporación del artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2010-MTC, en la parte que incorpora el numeral 8 al artículo 113 y el numeral 10 al artículo 137º, ambos del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, lesionarían los derechos

fundamentales invocados, pues sostiene que la norma cuestionada pretende forzar a los pequeños y medianos operadores a ser víctimas de manera indiscriminada de las grandes operadoras para sacarlos del mercado, toda vez que no se han establecido los mecanismos para su correcta aplicación (f. 35), lo que implicaría que cualquier empresa grande de este rubro podría denunciarlos y que se podría solicitar la resolución de su contrato (f. 36). Asimismo aduce que al incorporarse nuevas causales y sanciones para la resolución de los contratos de concesión relativos a la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable, se están vulnerando los derechos constitucionales a la libertad de contratar y la economía social de mercado (f. 35 y 38), a la vez que expresa que en el tema de la sanción dicha norma vulneraría la garantía constitucional de la jerarquía de las normas, puesto que se estaría modificando lo dispuesto por el artículo 78º del Código Civil (f. 37).

4. En primer lugar, de los argumentos esgrimidos por el actor en sus diversos escritos, se advierte que el sustento del presente proceso es cuestionar la vigencia del artículo 2º del Decreto Supremo 001-2010-MTC, mediante el cual se incorporó el numeral 8 al artículo 113º y el numeral 10 al artículo 137º del Decreto Supremo 020-2007-MTC (Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones) como nuevas causales de resolución de los contratos de concesión en materia de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, hecho que evidencia que respecto de los demás articulados del citado reglamento, no existiría sustento alguno para su cuestionamiento por parte del demandante, más aún cuando durante el trámite del presente proceso no se ha individualizado otra disposición normativa como lesiva de sus derechos fundamentales, razón por la cual solo cabe emitir pronunciamiento respecto del contenido del numeral 8 del artículo 113º y el numeral 10 del artículo 137º del Decreto Supremo 020-2007-MTC, incorporado por el Decreto Supremo 001-2010-MTC.

5. La cuestionada norma legal dispone lo siguiente:

[...] Artículo 2º del Decreto Supremo 001-2010-MTC

Incorpórense el numeral 8 al artículo 113, el numeral 10 al artículo 137, el artículo 245-A y los numerales 7 y 8 al artículo 260 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC, de conformidad con el texto siguiente: (...)

Artículo 113.- Causas para denegar la concesión o autorización

El Ministerio no otorgará la concesión o autorización cuando: (...)

8. Al solicitante, se le hubiera resuelto su contrato de concesión por incurrir en la causal de resolución prevista en el numeral 10 del artículo 137 y no haya transcurrido dos (2) años desde la notificación de la resolución correspondiente. Esta causal, también es aplicable a los accionistas, socios, asociados, director o representante legal, de la persona jurídica que incurrió en la referida causal, sean éstos solicitantes o formen parte de una persona jurídica solicitante.

Artículo 137.- Causales de resolución del contrato

El contrato de concesión se resuelve por: (...)

10. La redistribución parcial o total, a través del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, de la señal o programación proveniente de otro concesionario del mismo servicio, siempre que dicha redistribución no haya sido materia de acuerdo escrito entre ambos concesionarios.

Esta causal también será aplicable, si el concesionario redistribuye la señal o programación de otro operador del mismo servicio, contratada por cualquier abonado.

6. En el presente caso, según se desprende del contrato de concesión del 5 de diciembre de 2008 (f. 06 a 24), el actor se encuentra autorizado para brindar el servicio público de radiodifusión de cable de acuerdo con los términos de dicho contrato. La cláusula 6.13, sobre las normas del derecho de autor, establece lo siguiente

EL CONCESIONARIO para la prestación del Servicio Público de Distribución de Radiodifusión por Cable reconoce su obligación de respetar la normativa sobre Derechos de Autor, en lo concerniente a obtener conforme a ley los derechos de explotación que correspondan a los canales a ser distribuidos en la red, mediante los acuerdos con los proveedores de señales a difundir, en los casos que corresponda.

Asimismo, la cláusula 28.07 del citado contrato estipuló que

Las PARTES declaran que el presente contrato se adecuará de manera automática a las normas de carácter general emitidas por los organismos competentes del sector.

7. Al respecto, cabe señalar que el Estado cuenta con la potestad legislativa en materia de política de telecomunicaciones (artículos 58 y 119 de la Constitución Política), para regular las condiciones mínimas para la prestación adecuada del servicio de radiodifusión por cable, en la medida en que se trata de un servicio público y, como tal, exige una participación activa del Estado para su adecuada y eficaz realización, sin que ello pueda suponer la emisión de normas contrarias al ordenamiento constitucional y legal. Tan cierto resulta ello que los contratos de concesión incluyen una cláusula que expresamente recoge dicha situación, y que en el caso de autos se encuentra estipulada en la cláusula 28.07.
8. En dicho sentido, teniendo en cuenta los hechos citados y los argumentos expuestos por el recurrente, se aprecia que la nueva condición resolutoria de los contratos de concesión incorporada por el decreto supremo cuestionado no lesionan los derechos fundamentales invocados por el actor, dado que resulta razonable que se exija a las empresas concesionarias del servicio de radiodifusión de cable adquirir las autorizaciones necesarias de las cadenas televisivas o de sus representantes, para difundir su programación a través del servicio que brindan, a efectos de respetar los derechos de autor de dichas empresas televisoras, así como el principio de libre competencia, reglas que rigen las relaciones comerciales para la prestación de este tipo de servicio.
9. Asimismo, cabe acotar que de acuerdo con lo que se ha expuesto en el fundamento 7 *supra*, la citada condición se encontraba incluida como una obligación expresa en el contrato que suscribiera voluntariamente el recurrente el 5 de diciembre de 2008, y que en su calidad de concesionario debe cumplir, pues aun cuando la referida obligación no se encontraba expresamente estipulada como una causal para la resolución de dicho contrato, los efectos de la norma legal cuestionada resultan aplicables de manera general a todas las relaciones contractuales que autorizan la prestación de dicho servicio conforme se ha expuesto en el fundamento 8 *supra*.
10. Sin perjuicio de lo expuesto, se debe mencionar que los argumentos del actor, en el sentido de que la imposición de la regla incorporada por el Decreto Supremo 001-2010-MTC en el artículo 113°, numeral 8, y en el artículo 137°, numeral 10, del Decreto Supremo 020-2007-MTC, generaría una situación discriminatoria entre los grandes operadores de telecomunicaciones y los medianos y pequeños operadores, carecen de sustento, dado que la pretendida inaplicación de la norma cuestionada únicamente permitiría mantener la irregularidad de la retransmisión de la programación de empresas radiodifusoras nacionales o internacionales sin autorización, situación que afecta el derecho de autor de terceros y que además genera una situación de competencia desleal entre los operadores internos del servicio de radiodifusión de cable (operadores que en cumplimiento de sus obligaciones sí cuentan con las autorizaciones y operadores que retransmiten señales sin autorización previa), en detrimento de la inversión que supone observar las reglas del sistema de telecomunicaciones, situación que evidentemente, de permitirse, resultaría inconstitucional.
11. Finalmente, cabe precisar que el argumento relacionado a que en el tema de la sanción dispuesta en el numeral 8 al artículo 113° del Decreto Supremo N° 001-2010-MTC, se vulneraría la garantía constitucional de la jerarquía de las normas, en razón de que se estaría modificando lo dispuesto por el artículo 78° del Código Civil también carece de sustento pues resulta razonable que el Estado tenga la potestad de desincentivar ciertas

conductas que se pretende erradicar, por lo que no se observa que dicha medida disuasiva colisione con las normas constitucionales y legales vigentes.

12. En tal sentido, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales invocados, corresponde desestimar la demanda y declararla infundada.

SS.

**BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN**

**EXP. N.º 03828-2011-PA/TC
JUNÍN
CABLE BOX PERÚ E.I.R.L.**

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la recurrente es una persona jurídica denominada Cable Box Perú E.I.R.L., que interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y

Comunicaciones y la Dirección Regional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando que se declare inaplicable el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 001-2010-MTC, en la parte que incorpora el numeral 8 del artículo 113 y el numeral 10 del artículo 137, ambos del decreto supremo N.º 020-2007-MTC. Señala que se está afectando sus derechos a la libertad de contratar, a la igualdad ante la ley, a la prevalencia ante la ley, a la prevalencia de la constitución sobre la jerarquía de las normas y a la economía social de mercado; esto se debe a que en la norma cuestionada se han incorporado nuevas causales de resolución del contrato de concesión que colisiona con lo señalado en la Constitución Política, siendo para este caso en particular que la recurrente suscribió un contrato de concesión con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por lo cual considera que se afecta de forma directa dicho contrato. Asimismo señala que dicha norma cuestionada afecta a los pequeños y medianos operadores de televisión por cable, por ser pasible de denuncias de las grandes operadoras, con la finalidad de sacarlos del mercado.

2. Tenemos entonces una demanda de amparo presentada por una persona jurídica, habiendo en diversas oportunidades emitido pronunciamientos expresando mi posición respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas (sociedad mercantil). En tal sentido he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la "persona humana", por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma más rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional, urgente y gratuito, puesto que ello significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que este colegiado puede ingresar al fondo de la controversia en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte de este Colegiado.
3. En el presente caso no se evidencia urgencia por el que este Colegiado deba ingresar al fondo de la controversia, puesto que lo que pretende la empresa recurrente esta necesariamente relacionado a intereses patrimoniales, acusando al Ministerio de Transportes y Comunicaciones de emitir una norma que contraviene la Constitución Política, argumentando para ello que la incorporación de la normativa cuya inaplicación se demanda, impone causales para la resolución del contrato de concesión a la empresa demandante, afectándose así sus derechos constitucionales. Siendo así se advierte de los actuados que lo que pretende la empresa actora es no se le imponga determinados supuestos para que brinde su servicio de manera mas cómoda, sin tener en cuenta que la labor del Estado es velar por la sociedad, habiéndose por ello incorporado tal normatividad, no siendo por ende legítima la objeción de la empresa demandante.
4. Finalmente considero también que los procesos constitucionales están destinados exclusivamente a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, debiendo este Tribunal destinar todos sus esfuerzos a la solución de conflictos en los que se discuta su vulneración. Debe tenerse presente que el proceso constitucional de amparo es excepcional y residual, e incluso gratuito, lo que demuestra que el Estado tiene como función principal y prioritaria la defensa y protección de dichos derechos fundamentales de la persona humana

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare la **IMPROCEDENCIA** de la demanda.

S.

VERGARA GOTELLI

03925

EXP. N.º 03970-2011-PA/TC**LIMA****ISAAC CHALCO QUISPE****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 18 de octubre de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Isaac Chalco Quispe contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 91, su fecha 30 de junio de 2011, que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 21 de julio de 2010 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de San Luis solicitando que se declare inaplicable: a) la Resolución de Sanción N.º 0045-2008/MDSL/GSC, de fecha 11 de febrero de 2008, y sus derivadas la Resolución Gerencial N.º 061-2008-MDSL-GSC, y la Resolución de Alcaldía N.º 123-2010-MDSL; b) la Resolución de Sanción N.º 003544, de fecha 12 de febrero de 2010, y sus derivadas la Resolución Sub-Gerencial N.º 081-2010-MDSL-GR/SGFT, la Resolución Gerencial N.º 379-2010-MDSL-GR, y la Resolución Gerencial N.º 420-2010-MDSL-GR.

Refiere que mediante la Resolución de Sanción N.º 0045-2008/MDSL/GSC, se le impuso una multa equivalente a S/. 1.750.00 nuevos soles y se dispuso la clausura temporal de su establecimiento; y que a través de la Resolución de Sanción N.º 003544 se le sancionó con una multa de S/. 3.600.00 nuevos soles y se ordenó la clausura temporal del citado local. Aduce que ésta última no le fue notificada; en ese sentido, afirma que se ha desnaturalizado el procedimiento administrativo sancionador y que al no conocer dicha resolución no ha podido impugnarla válidamente. Asimismo, aduce que las resoluciones cuestionadas han sido impuestas abusivamente por la emplazada, y que no se encuentran motivadas. Considera que se ha vulnerado sus derechos al debido proceso, a la motivación de resoluciones, a la defensa, al trabajo y el principio *ne bis in idem*.

2. Que mediante resolución de fecha 31 de agosto de 2010, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara improcedente la demanda por considerar que en el caso de autos la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados es la contenciosa administrativa; que le es aplicable el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional.
3. Que por su parte, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada por considerar que la situación planteada por el actor requiere de una etapa probatoria, de la cual carece el proceso de amparo; que las resoluciones impugnadas deben ser cuestionadas a través del proceso contencioso administrativo establecido en la Ley N.º 27584.
4. Que el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02802-2005-AA/TC, y con calidad de precedente vinculante, que la libre voluntad de

crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en el artículo 195º, inciso 8), para “desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”; es decir, en el ámbito municipal la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga un previo permiso municipal.

5. Que en ese sentido teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, este Tribunal también estimó que en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...).”. La sentencia precisaba además que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal, caso contrario no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.
6. Que según se advierte de la cuestionada Resolución de Sanción N.º 0045-2008/MDSL/GSC, de fecha 11 de febrero de 2008, que corre a fojas 3, la comuna emplazada impuso al accionante una sanción de multa y dispuso la clausura temporal de su establecimiento por “(...) ampliación de giro sin Autorización Municipal (...) en el momento de la imposición de la multa se encontró a 30 sujetos libando licor”. En el caso de la Resolución de Sanción N.º 003544 (fojas 31) se hace referencia a la apertura del establecimiento estando clausurado.
7. Que este Tribunal observa que obra en autos (fojas 56) una autorización municipal de funcionamiento transitoria del establecimiento del recurrente, cuyo giro principal es “restaurante-pollos a la brasa-licores como complemento de comida” y cuya fecha de vencimiento es 17 de marzo de 2001. En consecuencia, este Colegiado considera que no se ha cumplido con los requisitos de procedibilidad exigidos por este Tribunal en el precedente vinculante antes referido, para efectos de pretender la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, por lo que la demanda debe ser desestimada en virtud de lo dispuesto por el artículo 38º del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ETO CRUZ
VERGARA GOTELLI
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 04058-2011-PA/TC**LIMA****GRUPO URBA S.A.C.****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 26 de octubre de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el GRUPO URBA S.A.C. contra la resolución expedida por la Séptima Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 70, su fecha 14 de abril de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 26 de junio de 2009, la Sociedad recurrente interpone demanda de amparo contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) a fin de que se abstenga de ejecutar por intermedio de otra empresa obras de instalación de agua y desagüe en los predios ubicados en las urbanizaciones Manzanillo I, Manzanillo II y Manzanares, constituidas por las parcelas 12, 13 y 16 del distrito de San Martín de Porres, e inscritas en las Partidas N.ºs 43980297, 43980289 y 43980270, del Registro de la Propiedad Inmueble, respectivamente. Invoca la afectación de los derechos a la libertad de trabajo y a la libre contratación. Alega mantener suscritos diversos contratos con los propietarios de los inmuebles ubicados en las mencionadas urbanizaciones para ejecutar las obras de agua y desagüe; que sin embargo, SEDAPAL pretende ejecutar las mencionadas obras a través del Programa Agua para Todos desconociendo sus gestiones y los referidos contratos, situación que viene generándole perjuicio dado que muchos de los pobladores con quienes han suscrito los mencionados contratos se vienen negando a realizar el pago por la ejecución de las referidas obras.
2. Que el Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 20 de julio de 2009, declaró improcedente la demanda por estimar que los hechos y el petitorio no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados y que existen vías igualmente satisfactorias para que pueda hacer valer sus derechos.
3. Que la Sala Superior competente confirmó la apelada por considerar que los hechos y el petitorio de la demanda no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados y que no se aprecia que la entidad demandada con su accionar haya hecho impracticables los derechos al trabajo y a la libre contratación.
4. Que con relación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de trabajo, este Colegiado ha señalado que

[E]s una manifestación del derecho al trabajo, y que se define como el derecho a elegir libremente una profesión u oficio. Por ello, el Estado no sólo debe garantizar el derecho de las personas a acceder a un puesto de trabajo o proteger al trabajador frente al despido arbitrario (artículo 27.º de la Constitución), sino que, además, debe garantizar la libertad de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para la subsistencia; es decir, debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce (Cfr. STC 2802-2005-PA/TC, 3330-2004-PA/TC, entre otras).

Asimismo ha recalcado que

[...]el derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador de seguir su vocación y dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad de aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad de cambiar de empleo (Cfr. STC 661-2004-PA/TC, FJ 5, STC 855-2005-PA/TC, FJ 3, STC 4058-2004-PA/TC, FJ 5, entre otras).

Por otro lado, con relación al derecho a la libertad de contratación, este Tribunal ha manifestado que

(...) se concibe 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, la materia objeto de regulación contractual. (STC 2736-2004-PA/TC, FJ 9, STC 4788-2005-PA/TC, FJ 7, STC 8943-2006-PA/TC, FJ 2, entre otras).

5. Que teniendo en cuenta lo antes expuesto, en el presente caso se advierte que la controversia planteada por la Sociedad demandante carece de contenido constitucional, dado que si bien resulta cierto que ella suscribió un contrato privado de cesión de derechos con la Inmobiliaria Constructora Los Edificadores S.A. (f. 27), mediante el cual se cedió el derecho para la realización de las obras de saneamiento físico-legal de los inmuebles ubicados en ex Fundo El Naranjal (específicamente las urbanizaciones Manzanillo I, Manzanillo II y Manzanares), que incluía la elaboración, gestión y obtención de la aprobación de los proyectos definitivos de agua y alcantarillado de acuerdo a las factibilidades otorgadas por SEDAPAL, así como la ejecución de las obras de saneamiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para los terrenos que habían sido adquiridos por terceros a través de contratos de compraventa (f. 11 a 16); también resulta cierto que no se puede recurrir al proceso de amparo para que en virtud de contratos privados, se pretenda limitar la capacidad del Estado respecto del desarrollo de sus programas sociales —como lo es el programa Agua para Todos—; razón por la cual, si la Sociedad demandante considera que en su caso se viene presentando alguna forma de incumplimiento de contrato, se deja a salvo su derecho para recurrir a la vía procesal pertinente y hacer valer su derecho como corresponda. En consecuencia, en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, corresponde desestimar la demanda.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN**

EXP. N.º 04217-2011-PA/TC**CALLAO****EMPRESA DE TRANSPORTES****Y MULTISERVICIOS****E INVERSIONES****CHIMPUM CALLAO S.A.****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 20 de septiembre de 2012

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Multiservicios e Inversiones Chim Pum Callao S.A. contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Callao, de fojas 76, su fecha 19 de mayo de 2011, que, confirmando la apelada, rechazó *in limine* y declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 18 de noviembre de 2010, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial del Callao, a fin de que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 000051, del 18 de octubre de 2010, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 31 del mismo mes y año. Alega que la cuestionada ordenanza, en particular, sus artículos 5º y 8º, vulneran sus derechos a la igualdad ante la ley y a la libertad de trabajo.
2. Que con fecha 9 de diciembre de 2010, el Cuarto Juzgado Civil del Callao declaró improcedente *in limine* la demanda, por considerar que existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos constitucionales cuya violación se invoca, resultando de aplicación el artículo 5.2º del Código Procesal Constitucional.
3. Que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao confirmó dicha decisión, pero por estimar que la cuestionada ordenanza "(...) no es una norma de inmediata aplicación al demandante, así como tampoco es una norma que afecte o incida directa e inmediatamente en la esfera subjetiva de la empresa apelante, sino que requiere de un conjunto de actos posteriores para dar cumplimiento a dicha norma, según se puede advertir de su contenido".
4. Que este Tribunal discrepa del pronunciamiento del juez de primera instancia, toda vez que el artículo 3º del Código Procesal Constitucional habilita la posibilidad de interponer una demanda de amparo frente a actos basados en normas, y cuya procedencia está supeditada a que se trate de una norma autoaplicativa.
5. Que así lo ha dispuesto este Colegiado en reiterada jurisprudencia, al establecer que el artículo 200.2º de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo normas que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación, que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley. Y que la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental sea una norma de eficacia inmediata, esto es, cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación

legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia.

6. Que tampoco comparte la decisión de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Callao, pues la determinación de si la impugnada ordenanza es, o no, de naturaleza autoaplicativa, debe realizarse en el estadio procesal correspondiente, mas no a través del rechazo liminar, salvo que se trate de una norma de la cual se evidencie, indubitadamente, que no reúne tal característica, lo cual no se aprecia del caso de autos.
7. Que, en efecto, la impugnada Ordenanza Municipal N.º 00051 modifica la Ordenanza N.º 000040 y dicta disposiciones complementarias referidas a la regulación del servicio de transporte público regular de pasajeros, cuyo artículo 5º establece que “Las empresas de transporte que a la entrada en vigencia de la presente Ordenanza Municipal no cuenten con autorización por el plazo de diez (10) años y contrato suscrito con la Municipalidad Provincial del Callao al amparo de la Ordenanza Municipal N.º 000020, del 31 de marzo de 2007, y de la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009, no podrán incluir y/o sustituir en la ruta autorizada vehículos que no se ajusten a las características técnicas señaladas en el inciso a) del artículo 9º de la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009”. Mientras que el artículo 8º precisa que “(...) la evaluación integral de los proyectos de inversión que se pretenden de conformidad con lo señalado en los artículos 4º y 5º de la Ordenanza Municipal N.º 000020, del 31 de marzo de 2007, y su modificatoria, la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009, estará sujeta a que la empresa de transporte acredite la adquisición del 5% de la flota vehicular cuya ruta pretende seguir operando”.
8. Que, a juicio de este Tribunal, tales disposiciones podrían tener incidencia en el contenido constitucional del invocado derecho a la libertad de trabajo, e incluso del derecho a la libertad de empresa, si bien no formalmente invocado en la demanda, pero respecto del cual nada impediría emitir pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.
9. Que en tal sentido, este Tribunal estima pertinente recordar que el rechazo liminar únicamente será adecuado cuando no haya márgenes de duda sobre la improcedencia de la demanda, lo que, como ha quedado explicado *supra*, no ocurre en el caso de autos.
10. Que en consecuencia, se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda por parte de los juzgadores de las instancias precedentes, toda vez que no se presentan los supuestos habilitantes para ello previstos en el artículo 5º del Código Procesal Constitucional, conforme lo establece además el artículo 47º del adjetivo acotado. Consecuentemente, debe reponerse la causa al estado en que el Juzgado de origen admita a trámite la demanda de autos y corra traslado de la misma a la comuna emplazada.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE,

con el voto en mayoría de los magistrados Urviola Hani y Eto Cruz, el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli y el voto dirimente del magistrado Calle Hayen, que se agregan,

REVOCAR

la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, corriente de fojas 76 a 80, así como la resolución de primera instancia que obra a fojas 48 y 49 de autos, debiendo remitirse los autos al Cuarto Juzgado Civil del Callao a fin de que admita la demanda de amparo de autos, la tramite con arreglo a ley corriendo traslado de ella a la comuna emplazada y la resuelva dentro de los plazos establecidos en el Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

**EXP. N.º 04217-2011-PA/TC
CALLAO
EMPRESA DE TRANSPORTES
Y MULTISERVICIOS
E INVERSIONES
CHIMPUM CALLAO S.A.**

VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI Y ETO CRUZ

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Multiservicios e Inversiones Chim Pum Callao S.A. contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Callao, de fojas 76, su fecha 19 de mayo de 2011, que, confirmando la apelada, rechazó *in limine* y declaró improcedente la demanda de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

ATENDIENDO A

1. Con fecha 18 de noviembre de 2010, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial del Callao, a fin de que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 000051, del 18 de octubre de 2010, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 31 del mismo mes y año. Alega que la cuestionada ordenanza, en particular, sus artículos 5º y 8º, vulneran sus derechos a la igualdad ante la ley y a la libertad de trabajo.
2. Con fecha 9 de diciembre de 2010, el Cuarto Juzgado Civil del Callao declaró improcedente *in limine* la demanda, por considerar que existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos constitucionales cuya violación se invoca, resultando de aplicación el artículo 5.2º del Código Procesal Constitucional.
3. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao confirmó dicha decisión, pero por estimar que la cuestionada ordenanza “(...) no es una norma de inmediata aplicación al demandante, así como tampoco es una norma que afecte o incida directa e inmediatamente en la esfera subjetiva de la empresa apelante, sino que requiere de un conjunto de actos posteriores para dar cumplimiento a dicha norma, según se puede advertir de su contenido”.
4. Al efecto discrepamos del pronunciamiento del juez de primera instancia, toda vez que el artículo 3º del Código Procesal Constitucional habilita la posibilidad de interponer una demanda de amparo frente a actos basados en normas, y cuya procedencia está supeditada a que se trate de una norma autoaplicativa.
5. Así lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, al establecer que el artículo 200.2º de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo normas que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación, que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley. Y que la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental sea una norma de eficacia inmediata, esto es, cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia.
6. Tampoco compartimos la decisión de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Callao, pues la determinación de si la impugnada ordenanza es, o no, de naturaleza autoaplicativa, debe realizarse en el estadio procesal correspondiente, mas no a través del rechazo liminar, salvo que se trate de una norma de la cual se evidencie, indubitadamente, que no reúne tal característica, lo cual no se aprecia del caso de autos.
7. En efecto, la impugnada Ordenanza Municipal N.º 00051 modifica la Ordenanza N.º 000040 y dicta disposiciones complementarias referidas a la regulación del servicio de transporte público regular de pasajeros, cuyo artículo 5º establece que “Las empresas de transporte que a la entrada en vigencia de la presente Ordenanza Municipal no cuenten con autorización por el plazo de diez (10) años y contrato suscrito con la Municipalidad Provincial del Callao al amparo de la Ordenanza Municipal N.º 000020, del 31 de marzo de 2007, y de la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009, no podrán incluir y/o sustituir en la ruta autorizada vehículos que no se ajusten a las características técnicas señaladas en el inciso a) del artículo 9º de la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009”. Mientras que el artículo 8º precisa que “(...) la evaluación integral de los proyectos de inversión que se pretenden de conformidad con lo señalado en los artículos 4º y 5º de la Ordenanza Municipal N.º 000020, del 31 de marzo de 2007, y su modificatoria, la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009, estará sujeta a que la empresa de transporte acredite la adquisición del 5% de la flota vehicular cuya ruta pretende seguir operando”.

8. A nuestro juicio, tales disposiciones podrían tener incidencia en el contenido constitucional del invocado derecho a la libertad de trabajo, e incluso del derecho a la libertad de empresa, si bien no formalmente invocado en la demanda, pero respecto del cual nada impediría emitir pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.
9. En tal sentido, estimamos pertinente recordar que el rechazo liminar únicamente será adecuado cuando no haya márgenes de duda sobre la improcedencia de la demanda, lo que, como ha quedado explicado *supra*, no ocurre en el caso de autos.
10. En consecuencia, consideramos que se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda por parte de los juzgadores de las instancias precedentes, toda vez que no se presentan los supuestos habilitantes para ello previstos en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, conforme lo establece además el artículo 47° del adjetivo acotado. Consecuentemente, estimamos que debe reponerse la causa al estado en que el Juzgado de origen admita a trámite la demanda de autos y corra traslado de la misma a la comuna emplazada.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por **REVOCAR** la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, corriente de fojas 76 a 80, así como la resolución de primera instancia que obra a fojas 48 y 49 de autos, debiendo remitirse los autos al Cuarto Juzgado Civil del Callao a fin de que admita la demanda de amparo de autos, la tramite con arreglo a ley corriendo traslado de ella a la comuna emplazada y la resuelva dentro de los plazos establecidos en el CPConst.

Sres.

URVIOLA HANI
ETO CRUZ

EXP. N.º 04217-2011-PA/TC
CALLAO
EMPRESA DE TRANSPORTES
Y MULTISERVICIOS
E INVERSIONES
CHIMPUM CALLAO S.A.

VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Puestos los autos a despacho para dirimir la discordia surgida en razón del voto emitido por el magistrado Vergara Gotelli; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º, párrafo quinto, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como en los artículos 11º y 11º-A de su Reglamento Normativo, procedo a emitir el presente voto:

1. Con fecha 18 de noviembre de 2010 el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial del Callao, con la finalidad de que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 000051 del 18 de octubre de 2010, la cual fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el 31 de octubre de 2010; alegando que sus artículos 5º y 8º lesionan su derecho constitucional al trabajo.
2. Al respecto nos remitimos a la norma cuestionada, en cuyo artículo 5º se establece que: "[l]as empresas de transportes que a la entrada en vigencia de la presente ordenanza municipal no cuenten con autorización por el plazo de 10 años ni con contrato suscrito con la Municipalidad Provincial del Callao; al amparo de la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009, no podrán incluir y/o sustituir en la ruta autorizada vehículos que no se ajusten a las características técnicas señaladas en el inciso a) del artículo 9º de la Ordenanza Municipal N.º 000040, del 14 de agosto de 2009." Por otro lado, el artículo 8º precisa que: "(...) la evaluación integral de los proyectos de inversión que se pretenden de conformidad con lo señalado en los artículos 4º y 5º de la Ordenanza Municipal N.º 000020, del 31 de marzo de 2007, y su modificatoria, la Ordenanza N.º 000040, del 14 de agosto de 2009, estará sujeta a que la empresa de transporte acredite la adquisición del 5% de la flota vehicular cuya ruta pretende seguir operando"; de ello puede advertirse que no solo estaríamos frente a una norma autoaplicativa, sino además frente a una norma que podría estar atentando contra la libertad de trabajo y contra la libertad de empresa, por cuanto los afectados se verían obligados a no incluir y/o sustituir a la entrada en vigencia de la norma vehículos que no cuenten con determinadas características a que se refiere la norma.
3. El Tribunal Constitucional ha señalado en la RTC 01893-2009-AA/TC, que: "(...) las normas autoaplicativas pueden ser definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos".
4. Por lo tanto, determinar la naturaleza autoaplicativa de la norma en cuestión corresponde ser analizada por las etapas precedentes, salvo que esta evidencie de manera indubitable que no reúne las características necesarias para su análisis, lo cual no se aprecia en el caso de autos. En consecuencia, considero que se ha realizado un

indebido rechazo liminar toda vez que no se han presentado los supuestos habilitantes para declarar su improcedencia, las cuales se encuentran contemplados en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, conforme lo establece el artículo 47° del mismo código señalado.

Por estas consideraciones, mi voto también es porque se **REVOQUE** la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, corriente de fojas 76 a 80, así como la resolución de primera instancia que obra a fojas 48 y 49 de autos, debiendo remitirse los autos al Cuarto Juzgado Civil del Callao a fin de que **admita** la demanda de amparo de autos, la tramite con arreglo a ley, corriendo traslado de ella a la comuna emplazada y la resuelva dentro de los plazos establecidos en el Código Procesal Constitucional.

Sr.

CALLE HAYEN

**EXP. N.º 04217-2011-PA/TC
CALLAO
EMPRESA DE TRANSPORTES
Y MULTISERVICIOS
E INVERSIONES
CHIMPUM CALLAO S.A.**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la municipalidad Provincial del Callao, con la finalidad de que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 000051, del 18 de octubre de 2010, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 del mismo mes y año. Señala que los artículos 5º y 8º de la referida ordenanza, vulneran sus derechos a la igualdad ante la ley y a la libertad de trabajo.
2. En el presente caso no tenemos una situación urgente que amerite pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal, sino más bien se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica, habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “persona humana”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma más rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional, urgente y gratuito, puesto que ello significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que se puede ingresar al fondo de la controversia –cuando la demanda se haya admitido a trámite– en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte del Tribunal Constitucional. Siendo así en este caso solo cabe evaluar de los argumentos esgrimidos en la demanda y de lo actuado en el presente proceso constitucional de amparo si existe alguna razón de urgencia para revocar el auto de rechazo liminar y admitir a trámite la demanda, puesto que lo contrario implicaría confirmar el mencionado auto de rechazo liminar.

En el presente caso

3. En el presente caso la recurrente es una persona jurídica la cual cuestiona la Ordenanza Municipal N.º 000051, en particular, sus artículos 5 y 8, señalando que afecta su derecho a la igualdad y a la libertad de trabajo. Revisados los autos tenemos que la municipalidad demandada al regular el servicio de transporte público de pasajeros ha impuesto algunas exigencias a las empresas de transportes a efectos de otorgar la autorización de ruta, entre otros. En tal sentido se evidencia que lo que pretende la empresa recurrente es que la Administración no le aplique normatividad que impone requisitos para el rubro en el que se desempeña, cuestionamientos administrativos que no pueden ser discutidos en el presente proceso constitucional de amparo. Por ende advertimos que en puridad pretende continuar sus labores sin ningún tipo de restricciones legales, situación que no puede ser admitida. Por lo tanto se puede observar que en el presente caso no se evidencia urgencia por la cual amerite ser dilucidado en la vía constitucional, debiendo recordar que los procesos constitucionales deben ser utilizado de manera excepcional y residual, en las cuales se involucren derechos fundamentales de la persona humana,

con la finalidad de que no se desnaturalicen los procesos constitucionales al revisar casos que podrían ser resuelto en la vía ordinaria.

4. Finalmente considero también que los procesos constitucionales están destinados exclusivamente a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, debiendo el Tribunal destinar todos sus esfuerzos a la solución de conflictos en los que se discuta su vulneración. Debe tenerse presente que el proceso constitucional de amparo es excepcional y residual, e incluso gratuito, lo que demuestra que el Estado tiene como función principal y prioritaria la defensa y protección de dichos derechos fundamentales de la persona humana.

Por las razones expuestas mi voto es porque se **CONFIRME** el auto de rechazo liminar.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 04243-2011-PA/TC**LAMBAYEQUE****EMPRESA DE TRANSPORTES****AVE FÉNIX S.A.C – EMTRAFESAC****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 3 días del mes de mayo de 2012, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Álvarez Miranda

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Ave Fénix S.A.C.- Emtrafesac contra la resolución de fecha 12 de agosto de 2011, a fojas 110, expedida por la Sala Especializada Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de diciembre de 2009, la actora interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo solicitando la inaplicación de la Ordenanza Municipal N.º 016-2009-MPCH/A. Sostiene que mediante la norma referida la Municipalidad estableció provisionalmente los recorridos de ingreso y salida a la ciudad de Chiclayo que obligatoriamente debían cumplir los vehículos de las empresas de transportes interprovincial. La empresa, que brinda el servicio de transporte interprovincial de pasajeros, refiere que con ello se le impone rutas que son mucho más extensas, así como más inseguras, afectándose por consiguiente, sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, de trabajo, de tránsito y a la integridad psíquica y física.

También sostienen que los pasajeros han manifestado su molestia e indignación, presentando quejas en contra de la empresa. Asimismo, la empresa alega que la nueva ruta los obliga a transitar por zonas escolares poniendo en peligro a los menores de edad que asisten a los centros escolares. Por último, afirma que dicha ordenanza indica que sancionará con una multa, más el internamiento de vehículo, a las empresas que no cumplan con las nuevas rutas establecidas desde el día siguiente de su publicación, con lo que se encuentra bajo una amenaza constante.

La Municipalidad Provincial de Chiclayo contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente ya que dicha ordenanza fue emitida en virtud de las competencias y atribuciones que tiene el gobierno local. De igual manera argumenta que es una medida adoptada en vista del problema de congestión vehicular, el aumento de gases tóxicos y ruidos molestos no permitidos que afectan a la salud de la población.

El Tercer Juzgado Especializado Civil de Chiclayo, con fecha 28 de marzo de 2011, declara infundada la demanda considerando que la Ordenanza Municipal N.º 016-2009-MPCH/A no afecta los derechos del demandante, ya que no ha demostrado lo afirmado en la demanda con prueba alguna y refiere, además, que la emisión de la ordenanza es un acto para el cual la Municipalidad está facultada constitucionalmente.

La Sala Especializada en Derecho Constitucional de Lambayeque revoca la sentencia apelada y reformándola, la declara improcedente. Considera que el artículo 81º de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades (LOM), faculta a los gobiernos locales para que norme el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano en su jurisdicción. En tal sentido, la

ordenanza cuestionada se enmarca dentro de las competencias de las municipalidades provinciales. En consecuencia, puesto que los hechos y el petitorio de la demanda no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados por la actora, en virtud del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, la demanda debe ser declarada improcedente.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se inaplique la Ordenanza Municipal N.º 016-2009/MPCH/A, de fecha 23 de noviembre de 2009, que estableció provisionalmente los recorridos de ingreso y salida que obligatoriamente deberán cumplir los vehículos de transporte interprovincial. Aduce la demandante que tal decisión vulnera sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, al libre tránsito y a la integridad psíquica y física de sus trabajadores y usuarios.

Amparo contra normas autoaplicativas

2. El artículo 3 del Código Procesal Constitucional señala que es válido el amparo contra las normas autoaplicativas, esto es, aquellas normas cuya aplicabilidad resulta inmediata e incondicionada desde su vigencia. En efecto, este Tribunal ha establecido en constante jurisprudencia que son normas autoaplicativas aquellas “cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia” (STC 01535-2006-PA/TC, fund. 33).
3. Sobre el particular debe señalarse que la Ordenanza Municipal N.º 016-2009/MPCH/A, cuya inaplicación se pretende, es una norma autoaplicativa, pues establece un nuevo recorrido al que los vehículos de las empresas de transporte interprovincial de pasajeros deben adecuarse. Ello implica una modificación en la situación jurídica de aquellas empresas que no podrán decidir por qué avenidas o calles transitarán sus vehículos, no requiriéndose para ello la realización de un reglamento o acto para ello. De igual forma, el incumplimiento de la norma significaría una sanción, materializada en una multa y en el depósito del vehículo, manifestándose un probable caso de una amenaza cierta e inminente. Por consiguiente, puesto que la norma surta efectos inmediatos entre los sujetos pasivos de la ordenanza en cuestión es procedente analizar a continuación si tales efectos son o no constitucionales.

Análisis del caso sometido a controversia

4. La entidad accionante ha alegado que se han violentado los derechos fundamentales referidos puesto que la ordenanza: i) limita su capacidad de servicio, exponiéndolos a ser sancionados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi); ii) incrementa en veinte minutos el tiempo de viaje; iii) dispone de una ruta que implica mayor peligro de accidentes en perjuicio de los escolares que a diario concurren a los cuatro centros educativos ubicados a lo largo de la avenida Grau, y; iv) dispone de una ruta en la que la seguridad de sus usuarios es expuesta al tener que transitar por zonas peligrosas.
5. Respecto el peligro que se generaría en desmedro de sus usuarios debido al tránsito por determinadas áreas, tal argumento debe rechazarse porque no se han adjuntado medios probatorios pertinentes que sustenten aquellas afirmaciones. De otro lado, sobre el riesgo señalado en el punto i, debe expresarse que no se ha demostrado fehacientemente que tal riesgo sea cierto e inminente.
6. De otro lado, este Tribunal debe exponer, como ya lo hizo en la STC 01105-2010-PA, que el artículo 81º de la LOM establece las competencias respecto de las materias de tránsito, vialidad y transporte público. En tal sentido, el artículo 81.1.2 establece como competencia específica de las municipalidades: “Normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia”. De igual manera, la Ley N.º 27181, General de

Transporte y Tránsito de Terrestre, indica en su artículo 17.1, inciso c, que las Municipalidades Provinciales son, en su respectiva jurisdicción y de conformidad con las leyes y los reglamentos nacionales, competentes para “Declarar, en el ámbito de su jurisdicción, las áreas o vías saturadas por concepto de congestión vehicular o contaminación, en el marco de los criterios que determine el reglamento nacional correspondiente”. Por consiguiente, como bien lo indicó el *ad quem*, los gobiernos locales están facultados para normar el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano en su jurisdicción.

Aplicación del test de proporcionalidad

7. Este Tribunal ha afirmado, no obstante, que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. En efecto, no basta con argumentar que la municipalidad estaba legitimada para regular determinado ámbito, sino que tal regulación debe ser proporcionada y razonable (STC 0850-2008-PA, fund. 21). A través de la autonomía municipal no puede legitimarse cualquier tipo de regulación. La limitación de la esfera de acción de los particulares tiene que ser legítima (STC 1739-2008-PA, fund 10).
8. En el presente caso, la demandante alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, al libre tránsito y a la integridad psíquica y física de sus trabajadores y usuarios. Respecto de la integridad física y psíquica de sus usuarios, ello debe en principio desestimarse puesto que como ya se apuntó no se ha acreditado la peligrosidad alegada. Por su parte, si bien se está encauzando el tránsito de los vehículos de las empresas de transporte interprovincial de pasajeros, es de deducirse que en estricto la intervención está en directa relación con el ejercicio de su actividad empresarial. En tal sentido, el análisis se realizará tomando en cuenta la posible afectación de la libertad de empresa. Ello se deduce, además, de lo expuesto por la demandante en su recurso de agravio constitucional, donde solo hace mención de la libertad de empresa. En consecuencia, a continuación se desarrollará el test de proporcionalidad a fin de analizar si la ordenanza cuestionada vulnera la libertad de empresa de la demandante. Como ya lo ha establecido constante jurisprudencia de este Tribunal, este test está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *en sentido estricto*.
9. El primero de tales subcriterios, la *idoneidad*, determina que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. Para satisfacer este subcriterio debe apreciarse claramente la relación entre los efectos fácticos logrados con dicha medida y si estos conducen efectivamente hacia la optimización de los bienes constitucionales supuestamente tutelados. Solo así se podrá determinar la relación de causalidad entre la medida de intervención y los bienes constitucionales que se pretende proteger (STC 0850-2009-PA/TC, fund. 23).
10. En el presente caso, la Ordenanza Municipal N.º 016-2009-MPCH/A advierte en su quinto considerando el problema del “alto índice de nudos conflictivos de tránsito, presentados por el uso indiscriminado de las vías públicas de la ciudad de Chiclayo” (sic), incrementado “por la presencia de vehículos de tipo Ómnibus de Categoría M3, Clase III o M2” que son utilizados por empresas dedicadas al transporte público interprovincial de pasajeros. En virtud de tal problema, la Municipalidad estimó que era necesario adoptar medidas para “recuperar los espacios públicos en beneficio de la tranquilidad, bienestar y seguridad de los vecinos de Chiclayo”. Puntualmente, en el penúltimo considerando se advierte que la orientación de esta Ordenanza es la de “recuperar los espacios públicos de la ciudad, optimizar un mejor uso de las vías públicas, racionalizar el acceso y salida de vehículos de mayores dimensiones y peso, las cuales adicionalmente a las características desfavorables de la vía pública producen mayores conflictos, así como mantener en buen estado y operativas las calzadas recientemente habilitadas (sic)”.
11. En tal sentido, mediante la ordenanza cuestionada en la presente causa se pretende, en esencia, procurar un menor desgaste de determinadas calzadas por donde los vehículos

pesados, utilizados por las empresas de transporte interprovincial, transitaban, así como aliviar el congestionamiento vehicular de determinadas áreas de la ciudad de Chiclayo. Ello, que es un objetivo constitucionalmente relevante en virtud de las competencias de las municipalidades, ha requerido que la Municipalidad estipule qué vehículos pesados, como los buses interprovinciales, no transiten por tales zonas. Por consiguiente, a criterio de este Colegiado, la causalidad entre el fin deseado y la medida establecida resulta manifiesta.

12. El subcriterio de necesidad, por su parte, exige preguntar si existen otras medidas alternativas menos gravosas para el derecho que se limita a fin de alcanzar el objetivo perseguido. Ello presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. Una medida será innecesaria o no satisfará este segundo subcriterio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario del derecho limitado (STC 0850-2009-PA/TC, funds. 22 y 25).
13. En este caso la situación es bastante clara; lo que se pretende es proteger las calzadas de determinadas calles del paso de vehículos de mayores dimensiones y peso como son los buses interprovinciales, así como coadyuvar a evitar la generación de congestiones vehiculares en tales zonas. La demandante ha cuestionado la norma sin plantear otra alternativa más que el retorno a las rutas previas a la determinación realizadas por la ordenanza cuestionada. Si bien podría pensarse en la restricción horaria, a fin de evitar el tránsito de los vehículos mayores en las llamadas “horas pico”, ello debilitaría la protección que se pretende a la calzada del excesivo desgaste. Desde luego, podría discutirse si es que la ruta alternativa dispuesta por la ordenanza cuestionada resulta ser excesivamente gravosa. La intensidad de la intervención en el derecho a la libertad de empresa será analizada en el siguiente fundamento. Basta, por ahora, determinar que la medida impuesta por la Municipalidad no solo es idónea, sino también necesaria.
14. Por último, en lo que se refiere al subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto, es de aplicación la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (STC 2235-2004-AA, fundamento 6). Debe apreciarse así la intensidad de la intervención en la libertad de empresa, y de otro, el grado de importancia de la satisfacción de los bienes constitucionales que se pretende tutelar.
15. La demandante alega que la nueva ruta le perjudica porque implica veinte minutos más de viaje. Al respecto, este Tribunal considera que la intervención a la libertad de la demandante es leve ya que si bien se elevaría en veinte minutos los viajes que realiza -lo que en realidad no ha sido acreditado-, ello no implica que no pueda desarrollar su actividad empresarial o se le haga sumamente costosa tal actividad. De otro lado, cabe considerar la protección de la calzada así como la procura de aliviar el congestionamiento vehicular en determinadas zonas. El beneficio alcanzado con estas medidas sería, de otro lado, al menos de mediana intensidad. Si bien no se tiene datos exactos sobre la cantidad de buses interprovinciales que dejarían de circular por tales zonas y cómo ello revertiría en un menor desgaste de la calzada o de tránsito vehicular en determinadas áreas, el solo hecho de su desvío implica en definitiva exponer las calzadas a menos tráfico pesado y, de igual modo, a una menor cantidad de vehículos pesados por esas zonas. Por lo tanto, la ordenanza Municipal N.º 016-2009-MPCH/A, no solo supera el test de proporcionalidad en conjunto, sino también el subcriterio desarrollado en los fundamentos 12 al 15 *supra*, razones por las que se debe rechazar la presente demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN**

**EXP. N.º 04243-2011-PA/TC
LAMBAYEQUE
EMPRESA DE TRANSPORTES
AVE FÉNIX S.A.C – EMTRAFESAC**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones

1. Tal como se advierte de autos, el objeto de la presente demanda es que se inaplique la Ordenanza Municipal N.º 016-2009-MPCH/A que modificó provisionalmente su ruta,

obligándola no sólo a recorrer una mayor distancia sino a atravesar zonas inseguras. Si bien sustenta su pretensión en que el proceder de la municipalidad emplazada conculca sus derechos fundamentales a trabajar libremente, desarrollar su empresa libremente, transitar libremente por el país, así como la integridad personal de sus trabajadores y pasajeros.

Por su parte, el gobierno local demandado sostiene que simple y llanamente se ha limitado a regular el transporte interprovincial de pasajeros de acuerdo a sus competencias.

2. Si bien estamos frente a una norma autoaplicativa por cuanto su vigencia ha ocasionado una variación en las rutas de transportes, pues en caso los transportistas las desacaten se exponen a ser sancionados administrativamente, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA** debido a que si bien el proceder de la emplazada puede causar cierta incomodidad tanto al público usuario como a los transportistas, ello *per se* no resulta arbitrario por cuanto dicha regulación corresponde a la Municipalidad demandada a fin de compatibilizar el ejercicio de la libertad de empresa con el interés público.
3. Lamentablemente, sin regulación o sin una adecuada fiscalización de dicha regulación, el tráfico sería un caos. Para evitar tal escenario, el Ordenamiento Jurídico dota a sus actuaciones tanto normativas como administrativas de una presunción de constitucionalidad, por lo que corresponde al recurrente la probanza de que el proceder que cuestiona resulta arbitrario o carente de razonabilidad.
4. Por ello, en la medida que el recurrente no ha acreditado, aunque sea mínimamente, la existencia de al menos algún indicio que demuestre que detrás de esta regulación existan intereses subalternos o que la misma resulte excesiva en función de los fines que se pretende tutelar, soy de la opinión que la presente demanda no puede ser estimada.

S.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. 04336-2005-PA/TC
SAN MARTÍN
FIESTA GAMING S.A.C.
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de mayo de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Fiesta Gaming S.A.C., Inversiones Choy e Hijos S.R.L. y Corporación de Suministros Industriales S.A.C. contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Mariscal Cáceres-Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 347, su fecha 23 de febrero de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de setiembre de 2004, las empresas recurrentes interponen demanda de amparo contra la Dirección Nacional de Turismo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, solicitando la inaplicabilidad del artículo 2 de la Ley 27796, que modifica el artículo 6 de la Ley 27153, así como de los artículos 45, 72, 74 y 77 de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 009-2002-MINCETUR, que regulan la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas. Manifiestan que existe la inminente amenaza de que la entidad demandada les aplique sanciones, lo que configuraría una agresión contra sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica, al trabajo, a la libertad de empresa, a la libre competencia, al respeto del principio de legalidad, al principio de razonabilidad de las leyes y a la protección de la propiedad. Refieren, además, que su objeto social es la conducción de juegos recreativos y de esparcimiento, y que el incumplimiento de los requisitos exigidos por las normas cuestionadas representa una inminente sanción.

La Procuradora Pública ad hoc para los procesos judiciales relacionados con los casinos de juego y máquinas tragamonedas propone las excepciones de incompetencia por razón del territorio y de litispendencia, y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, arguyendo que se está cuestionando, *in abstracto*, tanto el artículo 6 de la Ley 27153, modificado por la Ley 27796, como diversos artículos de su reglamento, lo cual no es discutible en un proceso de amparo sino en un proceso de inconstitucionalidad o mediante la acción popular, según sea el caso. Agrega que los dispositivos cuestionados han sido expedidos en el marco de la Constitución y en estricto cumplimiento del mandato contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. 009-2001-AI/TC.

El Juzgado Mixto de Bellavista, con fecha 10 de noviembre de 2004, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, estimando que las normas cuestionadas por las empresas recurrentes establecen requisitos que exigen grandes inversiones, discriminando a las empresas pequeñas, lo cual viola el principio constitucional de igualdad ante la ley, así como los derechos a la libertad de trabajo, de propiedad, a la libre iniciativa, a la libertad de empresa y de comercio y a la libre competencia.

La recurrida, revocando en parte la apelada, declara improcedente la demanda argumentando que las empresas recurrentes pretenden la inaplicación de normas que han sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional, no habiendo acreditado contar con la

licencia y autorización de funcionamiento expedida por la Dirección Nacional de Turismo, ni que ella se encuentre en trámite.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se declaren inaplicables las normas contenidas en la Ley 27153, que regula la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas, y de sus normas modificatorias, entre ellas, la Ley 27796 y otras, en virtud de las cuales presuntamente se lesionarían los derechos de la parte recurrente relativos a la seguridad jurídica, al trabajo, a la libertad de empresa, a la libre competencia, al respeto de los principios de legalidad y razonabilidad de las leyes, así como a la protección de la propiedad.

Amparo contra normas legales

2. El artículo 200, inciso 2, de la Constitución, expresamente, señala que no procede la acción de amparo contra normas legales ni resoluciones judiciales; en ese sentido, una conclusión preliminar nos llevaría a rechazar de plano la demanda de autos; sin embargo, el Tribunal Constitucional ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular en la sentencia recaída en el Expediente 007-96-I/TC, exponiendo que si bien ello es así, por mandato constitucional, ello no impide que se interpongan acciones de amparo en contra de los efectos derivados de la aplicación de una determinada norma legal (Fund. 7.), en el presente caso, la Ley 27153 y sus normas modificatorias.

Objeto de la acción de amparo

3. Conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el objeto del proceso de amparo es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; en dicho sentido, no queda claro en cuál de los casos nos encontramos, puesto que del estudio de autos se desprende que los recurrentes no cuentan –ni contaban– con autorización expresa correspondiente.
4. En consecuencia, dado que no han presentado documento alguno que acredite que han iniciado los trámites necesarios para que se les otorgue la licencia correspondiente, este Colegiado considera que en el caso existe amenaza de violación, entendiendo por tal la aplicación de las disposiciones contenidas en las normas a que se ha hecho referencia.
5. Sin embargo, como se ha expuesto en el fundamento 2 de la presente, en un proceso de amparo cabe el cuestionamiento de los efectos derivados de la aplicación de una norma legal, mas no el cuestionamiento en abstracto de cuáles pueden ser tales consecuencias, puesto que ello únicamente procede cuando se realiza el examen de constitucionalidad de una norma, donde el Tribunal Constitucional –una instancia competente para tal efecto– puede examinar los sentidos interpretativos de una norma determinada y excluir aquellos que son contrarios a la Constitución.

Cosa Juzgada Constitucional

6. No obstante lo expuesto, este Colegiado estima que habiendo realizado con anterioridad un examen respecto de la constitucionalidad de la Ley 27153, en la sentencia recaída en el Expediente 009-2001-AI/TC, es dable reproducir algunos criterios contenidos en ella.
7. Sobre la presunta afectación del derecho a la iniciativa privada y a la igualdad ante la ley, se expuso, en el fundamento 2, que las disposiciones contenidas en dicha norma no obligan ni impiden que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar; lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada desean intervenir en esta actividad; asimismo, que “(...) la opción del legislador por configurar la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado. También con la preservación y defensa de otros bienes y

principios constitucionales, y, en particular, la protección de los consumidores, la moralidad y seguridad públicas”.

Además sostuvo que “El tratamiento que ella realiza es uniforme para todos aquellos que se dediquen a la explotación de estas actividades económicas. Por otro lado, no considera el Tribunal que sea un término de comparación válido, a fin de alegar un eventual tratamiento arbitrario de la Ley 27153, que se sostenga que en otros sectores de la economía no se imponen condiciones y restricciones como las previstas en el artículo 6. Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, iguales que aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas”.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 04592-2011-PA/TC**LIMA****EMPRESA EHNI****VALLEJO S.A.C.****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 29 de marzo de 2012

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa Ehni Vallejo S.A.C. contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante a folios 190, su fecha 2 de agosto de 2011, que declara improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 29 de marzo de 2010 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Barranco solicitando que se deje sin efecto la Resolución de Gerencia N.º 105-2009-GM/MDB, de fecha 28 de diciembre de 2009, que declara la nulidad de oficio del certificado de finalización de obra y de zonificación N.º 011-2009/GDCMA-MDB derivado del expediente administrativo N.º 2568-C-2008. Aduce que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, al trabajo y al debido proceso.
2. Que la Procuradora Pública Municipal de la entidad demandada contesta la demanda y deduce las excepciones de incompetencia por razón de la materia y de litispendencia, manifestando que la vía idónea para resolver la pretensión de la accionante es la del proceso contencioso administrativo. Asimismo alega que su representada no ha vulnerado derecho constitucional alguno pues simplemente se ha cumplido con una función fiscalizadora de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades.
3. Que el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 2 de noviembre de 2010, declaró infundada la demanda por considerar que no existe infracción alguna a los derechos fundamentales invocados por la empresa recurrente. A su turno, la Sala Superior revisora revoca la resolución apelada declarando improcedente la demanda por considerar que la pretensión de la accionante puede ser cuestionada en la vía ordinaria y a través del proceso contencioso administrativo, el cual constituye una vía procedimental específica para la remoción del presunto acto lesivo de los derechos constitucionales invocados en la demanda, y a la vez resulta también una vía igualmente satisfactoria respecto al mecanismo extraordinario del amparo.
4. Que de conformidad con el artículo 5º inciso 2, del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales son improcedentes cuando “Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)”. Este Colegiado ha interpretado esta disposición en el sentido de que el proceso de amparo “ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario”. (Exp. N.º 4196-2004-AA/TC). Entonces, si el recurrente dispone de un proceso que tiene también

la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente lesionado y es igualmente idóneo para tal fin, debe acudir a él.

5. Que en el presente caso el acto presuntamente lesivo está contenido en la Resolución de Gerencia N.º 105-2009-GM/MDB, de fecha 28 de diciembre de 2009, expedida por la Municipalidad de Barranco En virtud del acto reclamado (acto administrativo), la empresa recurrente se encuentra facultada para presentar su petición en el proceso contencioso-administrativo, por cuanto: a) resulta ser una vía procedimental *específica*, en tanto proceso que tiene por objeto la revisión de la regularidad de los actos emitidos por la Administración, tal como lo prevé la Ley del Proceso Contencioso Administrativo; y b) resulta ser una vía igualmente *satisfactoria*, pues tras valorarse los medios probatorios pertinentes el Juez podría declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución de Gerencia N.º 105-2009-GM/MDB, de fecha 28 de diciembre de 2009, expedida por la Municipalidad de Barranco e incluso dictar las medidas adecuadas para el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada (artículo 38.º, incisos 1 y 2, de la Ley N.º 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo). Por tanto si el recurrente dispone de un proceso cuya finalidad también es la protección de los derechos constitucionales presuntamente lesionados, debe acudir a éste. En tal sentido al haberse determinado que el proceso contencioso-administrativo constituye una vía específica e igualmente satisfactoria según lo previsto en el artículo 10º, inciso 1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 38º, incisos 1 y 2 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, es de aplicación el artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE,

con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
ETO CRUZ

EXP. N.º 04592-2011-PA/TC
LIMA
EMPRESA EHNI
VALLEJO S.A.C.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la recurrente es una persona jurídica denominada Empresa Ehni Vallejo S.A.C., que interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Barranco, con el objeto de que se declare inaplicable la Resolución de Gerencia N.º 105-2009-GM/MDB, de fecha 28 de diciembre de 2009, que declara la nulidad de oficio del certificado de finalización de obra y de zonificación N.º 011-2009/GDMA-MDB, derivado del expediente administrativo N.º 2568-C-2008, puesto que considera que se le está afectando sus derechos constitucionales a la libertad de empresa, al trabajo y al debido proceso.
2. Tenemos entonces una demanda de amparo presentada por una persona jurídica, habiendo en diversas oportunidades emitido pronunciamientos expresando mi posición respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas (sociedad mercantil). En tal sentido he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “persona humana”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse. En tal sentido no puede permitirse que una persona jurídica, que ve en el proceso constitucional de amparo la forma más rápida y económica de conseguir sus objetivos, haga uso de este proceso excepcional, urgente y gratuito, puesto que ello significaría la desnaturalización total de dicho proceso. No obstante ello considero que existen casos excepcionales en los que el Tribunal Constitucional puede ingresar al fondo de la controversia en atención i) a la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además

debe evaluarse el caso concreto y verificar si existe alguna singularidad que haga necesario el pronunciamiento de emergencia por parte del Tribunal.

3. En el presente caso tenemos una pretensión que no trae consigo urgencia alguna que amerite pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, razón por la que no cabe pronunciarse por la materia propuesta, no solo porque se pretende que el Tribunal se convierta en un órgano administrativo capaz de analizar resoluciones administrativas, sino porque existe un proceso idóneo al que la recurrente puede acudir en busca de tutela. Es importante señalar que no toda alegación que reclame la vulneración de un derecho puede o debe tener asidero en el proceso constitucional de amparo, puesto que con ello cualquier pretensión que exprese un interés puramente económico y que no esté relacionada a la persona humana podría ser analizada desnaturalizando así el objeto de los procesos constitucionales de la libertad.
4. Finalmente considero también que los procesos constitucionales están destinados exclusivamente a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, debiendo el Tribunal Constitucional destinar todos sus esfuerzos a la solución de conflictos en los que se discuta su vulneración. Debe tenerse presente que el proceso constitucional de amparo es excepcional y residual, e incluso gratuito, lo que demuestra que el Estado tiene como función principal y prioritaria la defensa y protección de dichos derechos fundamentales de la persona humana.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare la **IMPROCEDENCIA** de la demanda.
Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00210-2012-PA/TC**CUSCO****JIM GUIBERTH****RAMÍREZ TORRES****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 27 de marzo de 2012

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jim Guiberth Ramírez Torres contra la resolución expedida por la Sala Constitucional del Cusco, de fojas 85, su fecha 18 de noviembre de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que don Jim Guiberth Ramírez Torres, con fecha 14 de septiembre de 2011, interpone demanda de amparo contra don Fredy Larry Salas Zavala en su condición de jefe del Aeropuerto Internacional de la ciudad del Cusco, Alejandro Velasco Astete, solicitando el cese de la vulneración de sus derechos constitucionales a la igualdad, a la libertad de trabajo, a la libertad de contratación y a la libertad de empresa, y que, en consecuencia, se declare la inaplicación del documento Spzo. 3.646.2011.c, de fecha 31 de agosto de 2011, en el extremo que señala que el *“contrato de arrendamiento celebrado con el emplazado no ha sido renovado ni ampliado, por tanto se proceda a desocupar y entregar el bien”*.

Sostiene el demandante que con fecha 9 de noviembre de 2009 suscribió con el emplazado un contrato de arrendamiento sobre un espacio (51 m²) ubicado en la *mezzanine* del segundo nivel del aeropuerto Alejandro Velasco Astete. Dicho contrato regía hasta el 14 de septiembre de 2011, y no contemplaba la renovación tácita, *a contrario sensu* preveía la renovación solicitada de manera expresa, motivo por el cual con fecha 5 de agosto de 2011 presentó el requerimiento de renovación de contrato, obteniendo como respuesta el documento cuya inaplicación reclama, toda vez que el inmueble objeto de arrendamiento ha sido materia de licitación pública desarrollada de manera irregular (al no haber sido publicada en la página web de CORPAC S.A. y no haber sido comunicado de dicha convocatoria).

2. Que el Juzgado Constitucional y Contencioso del Cusco, con fecha 15 de septiembre de 2011, declaró improcedente la demanda de amparo en aplicación del artículo 5), inciso 1, del Código Procesal Constitucional. A su turno, la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia del Cusco, con fecha 18 de noviembre de 2011, confirma la apelada por similares argumentos.
3. Que la presente controversia constitucional gira en torno a 1) la decisión del emplazado de no renovar el contrato de arrendamiento que suscribió con el demandante, pese a la solicitud que cursara éste con fecha 5 de agosto de 2011; y 2) el trato supuestamente diferenciado de parte del emplazado de comunicar sólo a algunos de los arrendatarios del aeropuerto si estaban interesados en renovar sus contratos o participar en los procesos de selección, situaciones que vulnerarían los derechos constitucionales a la igualdad, la libertad de trabajo, a la libertad de contratación y a la libertad de empresa.

4. Que respecto al derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución, debe recordarse que dicho atributo no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en el derecho de tratar de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

El derecho a la igualdad, por otra parte, tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, supone que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

5. Que el derecho a la libertad de trabajo puede ser entendido como la facultad de ejercer *toda* actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona, siempre que ésta realice una labor racionalmente aceptada por la moral y la salud pública y con el permiso del ente llamado por la ley a ejercer el control correspondiente (STC Nº 2450-2007-AA Fundamento 4).

6. Que en lo que importa al derecho a la libertad de empresa, este Colegiado ha referido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa está determinado, a su vez, por cuatro tipo de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno (STC 0001-2005-PI/TC f. 46)

7. Que por último en cuanto al derecho a la libre contratación consagrado en el artículo 2º inciso 14) de la Constitución, este Tribunal ha señalado que es entendido 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, garantizando, por tanto: a) la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al coplebrante, y b) la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (STC 0001-2005-PI/TC f. 47).
8. Que a criterio de este Colegiado, la decisión de no renovación de un contrato de arrendamiento y, en consecuencia, solicitar que se desocupe el bien objeto de dicho contrato no lesiona el contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales reclamados, toda vez que la renovación de los actos jurídicos contractuales se rige por la libre manifestación de voluntad de las partes.
9. Que en lo concerniente al trato supuestamente discriminatorio, consistente en no permitir participar al demandante en la licitación del inmueble que venía arrendando, este Tribunal reitera que corresponde al demandante acreditar los hechos relativos a la supuesta lesión. Si bien en el recurso de agravio constitucional el recurrente asevera que en el expediente

"obran cartas enviadas por el emplazado a otros arrendatarios en las cuales invita a éstos a participar como postores en el proceso de selección correspondiente", dicha situación no está corroborada con la documentación existente en el presente expediente.

10. Que el artículo 5, inciso 1), del C.P.Const., establece que no proceden los procesos constitucionales cuando: "(...) *Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*". En el presente caso de la revisión del expediente se desprende que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados; en consecuencia, la demanda debe ser desestimada por improcedente.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

EXP. N.º 01106-2012-PA/TC

**CALLAO
FEDERACIÓN NACIONAL
DE TRABAJADORES
DE LA EMPRESA NACIONAL
DE PUERTOS - FENTENAPU
Y OTROS**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 16 de abril de 2014

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos (Fentenapu) contra la resolución de fojas 480, su fecha 15 de julio de 2011, corregida por resolución de fojas 672, su fecha 24 de agosto de 2011, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 13 de enero de 2011 la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos (Fentenapu) y el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos interponen demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Autoridad Portuaria Nacional (APN), la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) y la Empresa Nacional de Puertos (Enapu), solicitando que: i) se declaren inaplicables y sin efecto todos los actos materiales realizados y las normas expedidas por los funcionarios públicos emplazados en el denominado Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de Inversión Privada del Proyecto de Modernización del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, concernientes al Contrato de Concesión de fecha 23 de noviembre de 2010; y, ii) se ordene que los demandados se abstengan de realizar cualquier acto y/o disposición relacionados con el precitado Terminal Norte Multipropósito. Alegan la amenaza de violación de los derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de trabajo, de empresa, comercio e industria, a la libertad sindical, a la dignidad del trabajador, al pluralismo económico y a la igualdad.

Manifiestan que tanto los derechos laborales como los de sindicalización y defensa son irrenunciables; que no obstante ello se pretende disolver y desactivar a la Federación demandante con el objeto de que nadie reclame por los derechos de los trabajadores que la integran. Aducen que los puertos son áreas estratégicas y que constituyen expresión de soberanía del país, por lo que no pueden ser relegados a usos eminentemente comerciales o privados, como en el caso del Contrato de Concesión suscrito con fecha 23 de noviembre de 2010, pacto por el cual se privatiza el Terminal Norte del Terminal Portuario del Callao otorgándose al concesionario extranjero la potestad de decidir la cantidad o número de trabajadores que laborarán en el puerto, desconociendo asimismo, los derechos de estos y el régimen de participación empresarial del Estado, arbitrariedad que violenta la Constitución y que, aunada a acciones sistemáticas y deliberadas de la Administración, busca disolver a la Federación demandante, disgregando sus activos y liquidando a los trabajadores que la conforman, lo que evidencia la afectación constitucional invocada.

2. Que el Segundo Juzgado Especializado Civil del Callao, con fecha 18 de enero de 2011, rechaza liminarmente la demanda argumentando que los medios probatorios aportados en la demanda no acreditan que las afectaciones constitucionales alegadas sean ciertas y de inminente realización.

3. Que a su turno la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao confirma la apelada por similares fundamentos.
4. Que la libertad sindical es un derecho fundamental de los trabajadores, consagrado en el artículo 28° de la Constitución, cuyo objeto es, en su dimensión plural, el de proteger su autonomía como grupo para el desarrollo de las actividades destinadas a la consecución de sus intereses sociales y económicos. Así lo ha entendido este Tribunal cuando ha establecido que “protege la autonomía sindical, a fin de que **el sindicato funcione libremente sin injerencias o actos externos que pudieren afectarlo**. Protege, asimismo, las actividades que este desarrolla y la de sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos” (Cfr. STC 03311-2005-PA/TC, fundamento 6, énfasis agregado). En consecuencia, en el supuesto de que cualquier acto proveniente del Estado o de un particular presuntamente interfiera en el goce o, peor aún, implique la supresión del ejercicio de dicho derecho, estará habilitada la jurisdicción constitucional para su respectiva evaluación.
5. Que el Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia (STC 2593-2003-AA/TC, STC 03125-2004-AA/TC, STC 05259-2008-AA/TC) que si bien el proceso constitucional de amparo procede frente a la amenaza de vulneración de derechos constitucionales, tal como lo establece expresamente el artículo 200°, inciso 2, de la Constitución y el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, es importante resaltar que la “amenaza” debe poseer dos rasgos esenciales: certeza e inminencia, de modo que dicho riesgo pueda ser atendible a través del proceso constitucional de amparo. Es por ello que, pese a que las instancias precedentes hayan rechazado la presente demanda de manera liminar, existen en autos suficientes elementos de juicio para que la jurisdicción constitucional se pronuncie sobre el fondo de la cuestión controvertida.
6. Que en este contexto los hechos alegados por los demandantes tendrían incidencia constitucional directa en la protección de los derechos invocados, razón por la cual este Colegiado estima que, en el presente caso, no cabe rechazar *in limine* la demanda, sino admitirla a trámite con el objeto de examinar si, como se sustenta en la demanda, las autoridades emplazadas lesionaron los derechos fundamentales invocados, o si, por el contrario, la decisión administrativa cuestionada se expidió en irrestricta observancia de los atributos fundamentales que la norma fundamental ha otorgado.
7. Que finalmente conviene recordar que el rechazo liminar únicamente será adecuado cuando no haya márgenes de duda sobre la improcedencia de la demanda, lo que no ocurre en el caso de autos. Por consiguiente corresponde revocar el rechazo liminar a fin de que la demanda sea admitida y tramitada con arreglo a ley, corriendo traslado de ella a los emplazados.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú

RESUELVE, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan,

1. **REVOCAR** la resolución recurrida de fecha 15 de julio de 2011 y la resolución del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil del Callao de fecha 18 de enero de 2011.
2. **DISPONER** que se admita a trámite la demanda de amparo, integrando a quienes tuviesen interés jurídicamente relevante en el resultado del presente proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

**MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

**EXP. N.º 01106-2012-PA/TC
CALLAO
FEDERACIÓN NACIONAL
DE TRABAJADORES
DE LA EMPRESA NACIONAL
DE PUERTOS - FENTENAPU
Y OTROS**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la Federación recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), la Autoridad Portuaria Nacional (APN) y la Empresa Nacional de Puertos (Enapu), con el objeto de que se declare sin efecto e inaplicable todo acto material y las normas expedidas por las entidades públicas emplazadas en el denominado Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto: Modernización del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, concernientes al Contrato de Concesión de fecha 23 de noviembre de 2010 y se ordene que los demandados se abstengan de realizar cualquier acto y/o disposición relacionados con el precitado Terminal Norte Multipropósito. Señala que se está afectando sus derechos constitucionales al trabajo, a la libertad sindical, a la dignidad del trabajador, a la libertad de empresa, al pluralismo económico y a la igualdad.

2. El Segundo Juzgado Especializado del Callao declara la improcedencia liminarmente puesto que no se acreditan que las afectaciones constitucionales alegadas sean ciertas y de inminente realización. La Sala Superior confirma la apelada por similares fundamentos.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (*ab initio*), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional al intervenir como tribunal de alzada debe limitarse al auto de rechazo liminar.
4. Debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.
5. Debo señalar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que “si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”. Este mandato tiene un sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
7. No está demás recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47° del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427° del Código Procesal Civil en su último párrafo al decir: “La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”. Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
8. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto.
9. Considero pertinente la ocasión para manifestar mi opinión respecto a expresiones emitidas por mis colegas en otros casos, puesto que he observado que el sustento para justificar el ingreso al fondo de la controversia –pese al rechazo liminar de la demanda– es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ¿Qué nos dice el citado artículo? Este artículo nos refiere que:

“Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales" (subrayado agregado).

10. Respecto a ello es pertinente señalar que la expresión del articulado que refiere que *se deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales* no justifica de ninguna manera el ingreso al fondo, puesto que la defensa del demandado no puede asumirse de modo alguno como una formalidad. Digo esto por qué? El proceso ha sido concebido como aquella vía a la cual pueden recurrir las partes a efectos de que se resuelva una controversia suscitada en la sociedad. Tal participación de ambas partes requiere de la admisión de la pretensión por parte del juzgador a efectos de que admitida la demanda se notifique al presunto agresor a efectos de vincularlo no solo al proceso sino a la decisión. Ya con la participación de ambas partes, éstas se someten al proceso, pero no solo se someten a las reglas del proceso sino que se someten a la determinación final del juzgador. Es decir la presencia de ambas partes no solo implica que el juez tenga la obligación de resolver conforme a la Constitución y las leyes la controversia sino que las partes respeten su decisión. He ahí donde encuentra legitimidad la decisión del juzgador, puesto que no puede concebirse una decisión emitida en un proceso judicial, cuando no será respetada ni cumplida por alguna de las partes. Por ello considero que la exigencia de la participación de ambas partes en un proceso se encuentra vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no puede exigirse el cumplimiento de una decisión arribada en un proceso judicial a una persona que no ha tenido participación en el citado proceso, lo que implica que tal decisión es ineficaz, ya que no generara consecuencias respecto de quien no participó.
11. Los procesos constitucionales tienen una especial importancia, puesto que su finalidad es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y el respeto por la Constitución del Estado, teniendo por ello que determinarse al presunto agresor de un derecho fundamental. Por ende, por tal relevancia, es que afirmo que con mayor razón no puede soslayarse la intervención de la persona a la que se le acusa de la violación de un derecho fundamental, puesto que la determinación a la que arribe este Colegiado necesariamente va exigir determinada acción de dicho emplazado. Pero ¿Cómo puede exigirse la realización de un acto o el cese del mismo si no ha participado en el proceso?, es decir ¿cómo puede exigirse el cumplimiento de una decisión que no es legítima para ambas partes?. La respuesta es obvia, no puede exigirse el cumplimiento de una decisión en la que una de las partes desconoce totalmente la pretensión, no teniendo legitimidad ni vinculación alguna para la persona que no participó. Claro está existen casos en los que es evidente que el presunto demandado –si bien no ha sido emplazado con la demanda– conoce del conflicto, como por ejemplo casos en los que la discusión se ha visto administrativamente, en los que, considero, que el Tribunal puede ingresar al fondo, pero solo si se verifica una situación especial en la que se advierta que la dilación del proceso convierta la afectación en irreparable.
12. Es precisamente por ello que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha permitido la omisión de algunas “formalidades” para lograr el objeto del proceso constitucional, pero no puede considerarse que la defensa del presunto emplazado es una formalidad sino una exigencia que legitima el propio proceso. Por ello considero que tal afirmación no solo es impropia sino también quebranta el proceso en el cual se pretende la defensa de los derechos constitucionales, lo que puede interpretarse que por la defensa de un derecho fundamental puede afectarse otro, lo que es incorrecto.
13. Asimismo si se observa con atención el artículo III del Título Preliminar del referido código, se puede apreciar que cuando expresa a que “(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, parte de la premisa de que existe un proceso abierto, en el que se puede ser flexibles con algunos actos procesales, denominados así precisamente porque ha existido admisión a trámite de la pretensión y por ende emplazamiento, razón por la que dicho argumento no puede ser utilizado erróneamente para justificar la emisión de una sentencia cuando el objeto del recurso es el cuestionamiento de un auto de rechazo liminar. De asumir dicha posición implicaría aceptar que a este

Colegiado le es indiferente si la pretensión ha sido admitida a trámite o no, puesto que con proceso o sin él, siempre se encontrará en la facultad de emitir un pronunciamiento de fondo, rompiendo toda racionalidad del proceso, convirtiendo al proceso constitucional en aquel proceso sin garantías, en el que se afectan los derechos del que debiera ser emplazado. Con esto advierto que bajo esa lógica el Tribunal podría incluso resolver una demanda de amparo en instancia única, puesto que al ser indiferente para este Colegiado la existencia del proceso, no sería exigible la admisión a trámite la demanda y por ende la participación del demandado, por lo que podría resolver directamente la pretensión planteada.

14. En el presente caso tenemos que la Federación recurrente interpone demanda de amparo con la finalidad de que se deje sin efecto e inaplicable todo acto material y las normas expedidas por los funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), la Autoridad Portuaria Nacional (APN) y la Empresa Nacional de Puertos (Enapu) en el Concurso de Proyectos Integrales del proceso de promoción de la Inversión Privada del Proyecto: Modernización del Terminal Norte Multidisciplinario del Terminal Portuario del Callao, puesto que considera que en dicho procedimiento administrativo se ha excluido indebidamente al Ministerio de Defensa, lo que considera atentatorio de sus derechos.
15. Tenemos así que la Federación recurrente interpone demanda de amparo con el objeto de defender los derechos de los trabajadores de dicha federación, sin embargo a pesar de alegar afectaciones de derechos de índole laboral no hay sustento en el escrito de su demanda que relate tales afectaciones. Asimismo se aprecia que lo que busca en puridad es que se deje sin efecto e inaplique los actos materiales y las normas expedidas en el Concurso de Proyectos Integrales del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del proyecto: Modernización del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao, es decir la federación demandante no tiene legitimidad para interponer la demanda de amparo propuesta por lo que la demanda debe ser desestimada en atención a que la recurrente carece de la legitimidad exigida por la ley. Cabe agregar que hace mención de afectación de derechos al pluralismo económico y a la libertad de empresa, derechos que no pueden ser invocados por la Federación por el mismo hecho de no tener legitimidad para interponer demanda relacionado a tales derechos. En tal sentido la demanda también devendría en improcedente en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por las razones expuestas, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo propuesta.

S.

VERGARA GOTELLI

**EXP. N.º 01106-2012-PA/TC
CALLAO
FEDERACIÓN NACIONAL
DE TRABAJADORES
DE LA EMPRESA NACIONAL
DE PUERTOS - FENTENAPU
Y OTROS**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión del resto de mis colegas magistrados emito el presente voto singular por las razones que expongo a continuación

1. Tal como fluye del *petitum* de la presente demanda, ésta tiene por objeto revertir la privatización del Termina Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.
2. No obstante lo señalado por mis colegas, tal pretensión, en sí misma, resulta manifiestamente improcedente pues, tal como se advierte del tenor de la demanda, los argumentos vertidos por la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos para sustentar lo solicitado, no se advierte, aunque sea mínimamente, de qué forma tal privatización podría reputarse como una amenaza a los derechos laborales de sus agremiados.
3. El principio *pro actione*, según el cual, en caso de duda sobre la continuidad del proceso se debe optar por su continuación y que sirve de sustento para aplicar restrictivamente el rechazo *in limine*, presupone que la afectación o amenaza denunciada tenga alguna relevancia constitucional y que ello sea susceptible de ser enmendado toda vez que la tutela que brindan los procesos constitucionales no es de naturaleza indemnizatoria sino restitutiva.
4. Por ello, considero que el rechazo liminar decretado por las instancias judiciales previas debe ser confirmado pues la amenaza denunciada como lesiva, no afecta ni amenaza ningún derecho fundamental de titularidad de la accionante, máxime cuando lo que se solicita no es otra cosa que dejar sin efecto una privatización y no se ha argumentado en qué medida ello amenazaría los derechos laborales colectivos de sus agremiados.

5. En lo personal, bajo ningún concepto la justicia constitucional se encuentra habilitada para paralizar o revertir una privatización, máxime cuando ello se pretende sobre la base de prejuicios contrarios a la inversión privada.
6. En consecuencia, no apreciándose que los hechos y el petitorio de la demanda incidan en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos que invoca la federación recurrente, resulta aplicable lo previsto en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Por tanto, mi **VOTO** es porque la demanda sea declarada **IMPROCEDENTE**.

S.

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 02289-2012-PA/TC**LA LIBERTAD****EMPRESA DE TRANSPORTES****SAN BARTOLO S.A.C.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 7 días del mes de enero de 2013, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa de Transportes San Bartolo S.A.C. contra la sentencia expedida por la Sala Civil Descentralizada del Valle de Chicama - Paiján de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de folios 171, su fecha 23 de junio de 2011, que revocando la apelada, declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de julio de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Ascope, solicitando que se inaplique los artículos 1º y 3º de la Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, de fecha 8 de junio de 2010 que deja sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA, de fecha 27 de noviembre de 2009, por haberse autorizado a la demandante a operar la ruta del servicio de transporte público de pasajeros entre las localidades de Casa Grande - Roma, Casa Grande - Ascope, y Chocope - Magdalena de Cao, toda vez que la cuestionada resolución ha sido emitida lesionando sus derechos constitucionales al debido proceso (derecho de defensa), a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

Manifiesta también, que luego de haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos de ley, la entidad emplazada con fecha 27 de noviembre de 2009 mediante Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA le autorizó por un período de 10 (diez) años la operación de la ruta del servicio de transporte público de pasajeros en automóviles colectivos o camionetas *Station Wagon* Casa Grande - Roma y viceversa, Casa Grande - Ascope y viceversa, y Chocope - Magdalena de Cao y viceversa y que desde dicha fecha viene realizando todas las gestiones tendentes a cumplir con los compromisos asumidos en la solicitud de autorización de rutas.

Agrega adicionalmente que con motivo de la solicitud presentada por la empresa de Transportes María de los Ángeles S.A.C., la cual no le fue notificada, el Director de Transporte y Tránsito de la Municipalidad Provincial de Ascope emitió el Informe N° 106-2010-MPA/DTT, en donde se indicaba que supuestamente, no cumplió con regularizar su paradero en la localidad de Casa Grande y que sobre dicho informe se emite la resolución materia de discusión.

La Municipalidad Provincial de Ascope con fecha 7 de abril de 2011, deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contesta la demanda, solicitando que esta sea declarada improcedente sosteniendo que *“(...) el único responsable para que se haya dejado sin efecto la autorización para prestar el servicio de transporte público de pasajeros en las rutas indicadas es la demandante al no haber cumplido con la implementación del servicio de las mismas, situación regulada en el artículo 49º numeral 49.3.8 concordante con el artículo 97º numeral 97.1 del DS N° 017-2009-MTC Reglamento Nacional de Administración de Transportes”,* y que en consecuencia, no ha lesionado derecho constitucional alguno.

El Juzgado Especializado Civil Permanente de Ascope, con fecha 3 de marzo de 2011, resolvió declarar infundada la excepción deducida por la comuna demandada. El precitado juzgado, con fecha 29 de marzo de 2011, mediante Resolución N° 9, declaró fundada la demanda por considerar que se ha probado la afectación y vulneración del debido proceso, que por ende, afecta y vulnera sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad de empresa. A su turno, la Sala Civil Descentralizada del Valle de Chicama- Paiján de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha 23 de junio de 2011, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, considerando que la pretensión traída a sede constitucional resulta improcedente en aplicación de lo prescrito en los incisos 1) y 2) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Fluye del tenor de la demanda, el recurso de la apelación y del recurso de agravio constitucional que la pretensión de la empresa demandante es que se declaren inaplicables los artículos 1º y 3º de la Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, emitida por la Municipalidad Provincial de Ascope, de fecha 8 de junio de 2010, y que en consecuencia, se restituya a su empresa la plenitud del goce de sus derechos al debido proceso, al trabajo y a la libertad de empresa.

Consideraciones previas

2. En relación con los derechos constitucionales reclamados por la recurrente, este Colegiado considera, que de los hechos se desprende que la posible vulneración sería del derecho al debido proceso, toda vez que el cuestionamiento al cual se debe circunscribir el análisis constitucional es si dentro del procedimiento iniciado por la entidad emplazada para verificar si la demandante cumplió con implementar las rutas que le fueron autorizadas, se respetó la garantía del debido proceso administrativo.

3. Este Tribunal considera oportuno expresar que en el caso de autos la entidad emplazada ha ejercido plenamente su derecho a la defensa, corroborándose ello a fojas 60 del expediente, donde corre la contestación de la demanda.

Sobre la afectación del derecho al debido proceso

Argumentos del demandante

4. La demandante manifiesta que a través de la Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA, le otorgaron el permiso correspondiente para operar el servicio de transporte de pasajeros de las rutas entre las localidades de Casa Grande - Ascope; Casa Grande - Roma y Chocope - Magdalena de Cao (las tres, ida y vuelta), por un plazo de 10 años renovables, motivo por el que inició las gestiones necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la autorización, obteniendo así las siguientes documentos:

a) La Resolución de Alcaldía N° 256-2009-MDCG, emitida por la Municipalidad Distrital de Casa Grande (véase fojas 17 del expediente), por la cual dicha entidad autoriza provisionalmente a la demandante el uso del Carril N° 15, del terrapuerto del distrito de Casa Grande por un período de 6 meses.

b) Autorización Provisional de la Municipalidad de Ascope, de fecha 23 de diciembre de 2009 (cfr. fojas 13 de autos), para que de forma compartida utilice la Cuadra N° 10 de la avenida Grau - Ascope, como paradero provisional de embarque y desembarque de pasajeros.

c) Constancias de 15 de marzo de 2010 y 14 de mayo de 2010, expedidas por la Municipalidad Distrital de Casa Grande, a través de la Subgerencia de Transportes y Ordenamiento Vial, las cuales autorizaron el uso del Carril N° 15 del terminal terrestre de Casa Grande, por un periodo de 60 días y ampliaron dicho permiso por 30 días, respectivamente

Finalmente, refiere que el director de Transporte y Tránsito de la Municipalidad Provincial de Ascope emite el Informe N° 106-2010-MPA/DDT, en donde manifiesta que no ha cumplido con regularizar su paradero en Casa Grande, situación que no condice con la realidad, no habiendo tenido la ocasión de presentar sus descargos.

Argumentos del demandado

La Municipalidad Provincial de Ascope alega que la demandante no ha cumplido con agotar la vía previa administrativa, ya que debió apelar la decisión tomada. Asimismo refiere que no ha vulnerado derecho constitucional alguno, ya que la única responsable de que se haya dejado sin efecto la autorización de prestar el servicio de transporte público de pasajeros en las rutas indicadas es la propia demandante, por no haber cumplido con la implementación de las mismas, situación regulada en el artículo 49º, numeral 49.3.8, concordante con el artículo 97º, numeral 97.1, del D.S. N° 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transportes.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

5. A luz de los actuados, este Tribunal considera que se encuentra acreditado:

- Que la Empresa de Transportes San Bartolo S.A.C. ha sido autorizada para brindar el servicio de transporte público de pasajeros en automóviles colectivos o camionetas *station wagon* en las rutas Casa Grande – Roma y viceversa, Casa Grande - Ascope y viceversa, y Chocope - Magdalena de Cao y viceversa mediante Resolución N° 369-2009-MPA, por un período de diez años renovables.
- Que la empresa demandante inició las gestiones necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la autorización en relación con la ruta Casa grande - Roma y viceversa, así como en la ruta Casa grande - Ascope y viceversa, tal como se puede advertir desde fojas 10 hasta 17 del expediente, especificados algunos de estos en el considerando 3 de la presente.
- Que la Municipalidad Provincial de Ascope ha resuelto mediante la resolución cuestionada: a) dejar sin efecto la resolución de autorización para brindar el servicio de transporte terrestre de pasajeros en lo vinculado a las rutas Casa Grande - Ascope y

viceversa y, Chocope - Magdalena de Cao y viceversa, y b) declarar improcedente la solicitud de prórroga para el inicio de actividades en la ruta Chocope - Magdalena de Cao.

- Que la empresa demandante obtuvo la autorización para un paradero provisional en el distrito de Casa Grande; que la empresa de Transportes María de los Ángeles S.A.C. presentó solicitud de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA (véase fojas 7 del expediente) y que la recurrente ha sido sancionada en aplicación del artículo 49° numeral 49.3.8, y el artículo 97.1 del DS N° 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transportes.

6. A criterio de este Tribunal, la entidad demandada se encuentra facultada para sancionar en materia de transporte público por hechos calificados como faltas en el DS N° 017-2009-MTC. Sin embargo este Colegiado recuerda que la potestad sancionadora que ostenta debe ser ejercida garantizando un debido proceso, concebido dicho atributo como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, en cuyo seno se albergan los actos administrativos, a fin de que las personas estén en la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado o de los particulares que pueda afectarlos. Queda claro, entonces, que la cláusula fundamental contenida en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú no es “patrimonio” exclusivo de los procesos jurisdiccionales, sino que el respeto del contenido del debido proceso se hace extensivo a los procesos administrativos públicos (como es el caso de autos) o privados.

7. Este Tribunal Constitucional ha precisado que *“el fundamento principal por el que se habla de debido proceso administrativo encuentra su sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculadas a la Constitución Política del Estado, de modo que si ésta resuelve asuntos de interés para los administrados, y lo hace a través de procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional”* (STC 8495-2006-PA/TC).

8. Del análisis de la resolución impugnada se desprende que la decisión de cancelar la autorización que le fue concedida a la demandante se sustenta en el Informe N° 106-2010-MPA, de fecha 4 de junio de 2010, en el cual se afirma que la demandante, en relación con la ruta Casa Grande - Ascope y viceversa, no ha cumplido con regularizar su paradero en Casa Grande, y que, en lo vinculado a la ruta Chocope - Magdalena de Cao y viceversa, a junio de 2010 no prestan aún el servicio. El precitado informe fue realizado en virtud de la fiscalización de campo llevada a cabo por el órgano competente de la comuna demandada; sin embargo, dicho informe no ha sido notificado a la demandante, así como tampoco el acta de control correspondiente, ni la resolución de inicio del procedimiento sancionador, tal como prescriben los artículos 91° y 92° del DS N° 017-2009-MTC, evidenciando que la demandada no ha seguido el procedimiento establecido, vulnerando con ello los derechos al debido proceso y de defensa.

Efectos de la Sentencia

9. Al haberse evidenciado la vulneración del derecho constitucional de la empresa de Transportes San Bartolo S.A.C., por parte de la Municipalidad Provincial de Ascope, al emitir la Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, sin seguir las garantías de un debido proceso, debe declararse la nulidad de dicha resolución y disponerse que la municipalidad emplazada expida una nueva resolución a fin de autorizar a la demandante a operar en las rutas señaladas en la Resolución de Alcaldía N.° 179-2010-MDCG.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al debido procedimiento administrativo, en consecuencia declara la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, de fecha 8 de junio de 2010.
2. Reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos invocados, ordenar que la Municipalidad Provincial de Ascope expida nueva resolución a fin de autorizar a la demandante a operar en las rutas señaladas en la Resolución de Alcaldía N.º 179-2010-MDCG, sin perjuicio de un posterior ejercicio de su potestad sancionadora mediante el procedimiento establecido en los artículos 91º y 92º del D.S. N.º 017-2009-MTC.
3. **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial de Ascope, que al momento de ejercer su potestad sancionadora sea respetuosa del derecho al debido proceso (derecho de defensa), tal como lo prescribe nuestra Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN

EXP. N.º 02289-2012-PA/TC
LA LIBERTAD
EMPRESA DE TRANSPORTES
SAN BARTOLO S.A.C.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la recurrente es una persona jurídica denominada Empresa de Transportes San Bartolo S.A.C., que interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Ascope, con la finalidad de que se inaplique los artículos 1º y 3º de la Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, de fecha 8 de junio de 2010 que deja sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA, de fecha 27 de noviembre de 2009, puesto que considera que la resolución cuestionada ha sido emitida vulnerando sus derechos al debido proceso, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

Refiere la empresa recurrente que luego de haber cumplido con todos los requisitos exigidos, la entidad emplazada mediante la Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA le autorizó por un periodo de 10 años la operación de la ruta del servicio de transporte público de pasajeros en automóviles colectivos o camionetas *station wagon* Casa Grande – Roma y viceversa, Casa Grande – Ascope y viceversa, y Chocope – Magdalena de Cao y viceversa y que desde dicha fecha viene realizando todas las gestiones tendientes a cumplir con los compromisos asumidos en la solicitud de autorización de rutas. Expresa que no obstante ello, con motivo de una solicitud de la empresa Transportes María de los Ángeles S.A.C., el Director de Transporte y Transito de la Municipalidad Provincial de Ascope emitió un informe en donde se indica que la empresa recurrente no cumplió con regularizar su paradero en la localidad de Casa Grande, emitiéndose la resolución cuestionada que dejó sin efecto la autorización otorgada a la empresa demandante.

2. En el presente caso considero necesario manifestar mi posición conocida respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas (sociedades mercantiles) para demandar en el proceso constitucional de amparo. Es así que en el presente caso se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica, habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida a incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos

fundamentales es para la “**persona humana**”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse.

3. Este Colegiado en cambio ha venido aceptando demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles, habiendo tenido que expresar en todos esos casos mi posición singular la que finalmente quedó descartada. Es por ello que ante tal posición mayoritaria de este Colegiado he considerado ampliar los ámbitos de competencia en este rubro, no obstante dicho proceder, amen que mi posición cerrada debe estar centrada en la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, por esto considero que a partir de este caso, he de pronunciarme respecto al fondo en casos de personas jurídicas, pues no resulta valedero una renuncia tacita a participar en casos que aun así han sido admitidos a trámite por este Tribunal, y también porque como juez constitucional es necesario que asuma competencia en cuanto a un tema que a mi consideración este Tribunal está abordando indebidamente, pero que finalmente es la determinación mayoritaria.

Pronunciamiento de fondo partir del presente caso

4. Por lo expuesto considero necesario –pese a mi rechazo a la admisión de demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles–, considero necesario pronunciarme sobre tales pretensiones a fin de asumir competencia de un tema que ya es aceptado por este Colegiado. Por ende no puedo renunciar a mi labor de juez constitucional, razón por la que me veo obligado a emitir pronunciamiento a demandas de amparo presentadas por personas jurídicas.

En el caso de autos

5. En el presente caso la empresa recurrente persigue la inaplicación de determinados artículos de una Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, puesto que dejó sin efecto la autorización otorgada a la empresa demandante para que circule por diez años por determinadas rutas. Revisados los autos encontramos que efectivamente la referida resolución ha sido emitida vulnerándose el derecho al debido proceso de la empresa demandante, puesto que no se le puso en conocimiento del Informe N° 106-2010-MPA, de fecha 4 de junio de 2010, emitido en virtud de la fiscalización de campo llevada a cabo por el órgano competente de la comuna demandada, en el que se expresa que la empresa recurrente no ha cumplido con regularizar su paradero en Casa Grande y que, en lo referido a la ruta Chocope-Magdalena de Cao y viceversa, a junio de 2010 no prestan aún el servicio, así como tampoco se le ha informado respecto del acta de control correspondiente ni de la resolución de inicio del procedimiento sancionador, situación que ha afectado su derecho de defensa, ya que no ha podido realizar el descargo respectivo y objetivo en atención a que no se le ha informado de la documentación que origina la emisión de la resolución administrativa cuestionada.

6. Por lo expuesto corresponde estimar la demanda debiéndose declarar la Nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, y en consecuencia, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos de la demandante, se mantenga la vigencia de la Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA, que autorizó a la recurrente para operar en las rutas referidas en dicha resolución, sin que ello implique, claro está, que el ente edil pueda ejercer su potestad sancionadora en lo posterior, siempre y cuando se haga con respeto del derecho al debido proceso.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo propuesta y en consecuencia declarar la **NULIDAD** de la Resolución de Alcaldía N° 179-2010-MDCG, debiéndose por ende mantener la vigencia de la Resolución de Alcaldía N° 369-2009-MPA, pudiendo la municipalidad emplazada iniciar en lo posterior, de considerarlo necesario, un procedimiento administrativo sancionador, claro está respetando el derecho al debido proceso de la empresa recurrente (derecho de defensa).

S.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 02417-2012-PA/TC

LIMA

PAULINO HERMINIO

RIVERA QUISPE

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 28 de agosto de 2012

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Paulino Herminio Rivera Quispe contra la resolución de de fojas 53, su fecha 20 de enero de 2011, expedida por la Sala Mixta Transitoria de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 8 de julio de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Ate-Vitarte solicitando que se deje sin efecto la clausura de su local comercial decretada mediante Resolución de Sanción N.º 012905 (fojas 7). Sustenta su pretensión en que, a pesar de no habersele iniciado ningún procedimiento administrativo, su local ha sido clausurado. En tal sentido, alega que sus derechos al debido proceso y de defensa han sido conculcados. De otro lado, manifiesta que no es cierto que en su local se ejerza el meretricio clandestino.
2. Que mediante resolución de fecha 15 de julio de 2010, el Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Este de la Corte Superior de Justicia de Lima declara la improcedencia de la demanda en virtud del numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional dado que el proceso contencioso-administrativo constituye una vía específica para la dilucidación de la controversia. Por su parte, la Sala Mixta Transitoria de Ate confirma la recurrida por la misma razón.
3. Que en cuanto al otorgamiento de licencias de funcionamiento y a la clausura de locales comerciales, este Colegiado, en los fundamentos 25, 28 y 31 de la STC 3330-2004-AA, ha señalado que: "a) la libertad de trabajo se vulnera si no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa, y que, por ello, para determinar la afectación de la libertad de trabajo, previamente debe constatarse la vulneración del derecho a la libertad de empresa; b) la demanda será declarada necesariamente improcedente si un derecho fundamental no le asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, (...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...); c) **no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental, como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido si el demandante no cuenta con la licencia de autorización correspondiente de parte de la autoridad municipal;** y, d) por tanto, si

existen dudas acerca de la actuación de la autoridad municipal al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento (o de la clausura de locales), el afectado debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la transgresión de un derecho fundamental”.

4. Que no obstante lo alegado por el demandante, cabe precisar que conforme se advierte del tenor de la Resolución de Sanción N.º 012905, su local comercial fue clausurado debido a que carecía de autorización municipal de funcionamiento. Al respecto, resulta pertinente señalar que, en relación con este punto, el recurrente no ha contradicho tal afirmación, por lo que resulta válido asumir que carecía de la misma. Por tanto, al no contar el recurrente con la autorización municipal correspondiente, la actuación municipal, consistente en clausurar su local comercial, se encuentra enmarcada en las facultades previstas en la Ley Orgánica de las Municipalidades.
5. Que por consiguiente, no habiéndose acreditado que los hechos alegados incidan en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, la demanda resulta improcedente de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.1 de Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN**

EXP. N.º 02698-2012-AA/TC**LIMA****REPSOL YPF COMERCIAL
DEL PERÚ S.A.****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 12 días del mes de octubre de 2012, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Ríos Urio, en representación de la empresa Repsol YPF Comercial del Perú S.A., contra la resolución Nro. 5, de fecha 11 de enero de 2012, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

ANTECEDENTES

La empresa Repsol YPF Comercial del Perú S.A. – RYCOPESA, con fecha 26 de febrero de 2010, interpone demanda de amparo, contra la Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo – (MTPE) con el objeto de que: **a)** se declare la nulidad del Acta de Infracción, del 19 de mayo de 2008, que concluye que se ha cometido una grave infracción a las normas laborales por no incluir en su registro de planillas de pago a 73 trabajadores destacados de la empresa SERVOSA GAS S.A.C. y propone le impongan una multa por la suma de S/. 38 150.00 nuevos soles; **b)** se declare la nulidad de la Resolución Divisional 217-2009-MTPE/2/12.720, del 11 de noviembre de 2009, que le requiere la subsanación de los supuestos incumplimientos a las normas laborales y le impone una multa de S/. 35 000.00 nuevos soles; **c)** se declare: la nulidad de la Resolución Directoral 085-2009-MTPE/2/12.7, del 11 de diciembre de 2009 que confirma las sanciones apeladas y; **d)** se ordene a la entidad demandada (MTPE) que realice los procedimientos de inspección respetando sus derechos constitucionales.

Manifiesta que en dichos actos administrativos se han violado sus derechos fundamentales relativos al debido procedimiento administrativo (a la prueba, a la presunción de inocencia, a la prohibición de aplicar de manera extensiva o analógica normas que restringen derechos, a la debida motivación, a la defensa y al cumplimiento de sentencias que tienen calidad de cosa juzgada), a la libertad de empresa y a la propiedad.

La recurrente refiere haber apelado la multa y que sí habían cumplido con los

requisitos que establecían la normas laborales sobre tercerización; y que, respecto a que SERVOSA GAS S.A.C. debía contar con sus propios recursos financieros y técnicos. El artículo 4º del Decreto Supremo Nro. 020- 2007-TR establece que debe contar con recursos financieros técnicos o materiales, lo que no exige de manera copulativa contar

con ambos, por ello SERVOSA proporcionaba el personal técnico especializado y la demandante algunos vehículos para la labor de distribución.

Con fecha 17 de marzo de 2010, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia, nulidad y contesta la demanda indicando que se pretende dejar sin efecto un acto administrativo (multa) para lo cual existe una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria como es el procedimiento contencioso administrativo.

Con fecha 24 de junio de 2011, el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundada la demanda, argumentando que no se ha producido la afectación al procedimiento administrativo sancionador al haber sido llevado a cabo conforme a ley, además que se han valorado adecuadamente las pruebas aportadas por las partes al proceso.

Con fecha 11 de enero de 2012 la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la apelada y, reformándola, la declara improcedente, por considerar que existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional vulnerado, esto es, el contencioso administrativo ante el Poder Judicial, resultando aplicable el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad del Acta de Infracción, del 19 de mayo de 2008; de la Resolución Divisional 217-2009-MTPE/2/12.720, del 11 de noviembre de 2009; de la Resolución Directoral 085-2009-MTPE/2/12.7, del 11 de diciembre de 2009; y que se ordene al MTPE que al realizar los procedimientos administrativos de inspección se respeten los derechos constitucionales relativos al debido procedimiento administrativo (a la prueba, a la presunción de inocencia, a la prohibición de aplicar de manera extensiva o analógica normas que restringen derechos, a la debida motivación, a la defensa y al cumplimiento de sentencias constitucionales, con autoridad de cosa juzgada), a la libertad de empresa y a la propiedad.

Consideraciones previas

2. Antes de analizar cada uno de los hechos controvertidos, resulta pertinente hacer hincapié en que en el presente caso la demanda ha sido admitida a trámite, existe contestación de la demanda y obra en el expediente toda la documentación y notificaciones pertinentes para considerar garantizado el derecho de defensa del demandado; así como para emitir pronunciamiento de fondo.

3. En relación a lo argumentado por el *ad quem*, sobre la ausencia de estación probatoria en los procesos constitucionales, debe tenerse en cuenta que la limitación probatoria del amparo contenida en el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, no priva al juzgador de actuar los medios probatorios documentales que se acompañen al expediente que se consideren indispensables, siempre y cuando no se afecte la duración del proceso, como en el presente caso.

4. Respecto a los derechos invocados por la demandante como presuntamente vulnerados, de los hechos descritos en la demanda se aprecia que en realidad el debate

no se centra en todos y cada uno de ellos, sino en general en el derecho al debido procedimiento administrativo en algunas de sus manifestaciones. En tales circunstancias y en aplicación del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Colegiado considera que los derechos objeto de esta invocación serían el derecho al debido proceso, a la prueba, a la debida motivación y a la libertad de empresa. Cabe precisar que este Colegiado realizará un examen del procedimiento administrativo sancionador llevado contra la empresa recurrente, a fin de determinar si se ha producido la vulneración de los derechos en cuestión.

5. Este Colegiado se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia respecto al contenido del debido procedimiento administrativo; así en la STC N° 4944-2011-PA, en sus fundamentos 13 y 14 ha enfatizado que, *“El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.). El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional”*.

6. De igual manera, en la STC 03741-2004-AA/TC, en cuanto al procedimiento administrativo, se ha precisado que; *“El derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a ...cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”*. De igual manera se puntualiza que: *“...comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso- administrativo o el propio proceso de amparo”*.

Argumentos de la demandante

7. La demandante alega ser una empresa dedicada a la industrialización, producción y comercialización de hidrocarburos. Asimismo, que SERVOSA GAS S.A.C, es una empresa que presta servicios de transporte de hidrocarburos con la cual ha suscrito un contrato de tercerización, en virtud del cual se convino que SERVOSA transportaría lo producido por RYCOPESA a sus grifos. Como era natural, un grupo de trabajadores de SERVOSA fue destacado a RYCOPESA, pues era necesario que el recojo del combustible se realice en sus instalaciones.

8. Es así que con fecha 17 de marzo de 2008, el MTPE realiza una inspección en la planta de RYCOPESA, encontrando a 73 trabajadores de SERVOSA entre ayudantes y choferes de vehículos y, además, 32 cisternas de RYCOPESA que eran usadas por SERVOSA. No obstante, RYCOPESA presentó al MTPE documentación que acreditaba que SERVOSA era una empresa independiente; sin embargo ésta no fue valorada. Como consecuencia de ello, el MTPE levantó un acta de infracción estableciendo que SERVOSA no contaba con recursos propios para cumplir con los servicios contratados, y que los trabajadores mantenían una relación directa con RYCOPESA por haberse desnaturalizado la tercerización. Dicha acta fue el sustento de la Resolución Divisional 217-2009-MTPE212.270, la que luego fue confirmada por la Resolución Directoral 085-2009-MTPE212.7.

Argumentos del demandado

9. Sostiene que con fecha 19 de mayo de 2008 se emitió el acta de infracción, ya que consideró que se ha desnaturalizado el contrato civil de tercerización de servicios al constatar que dado que SERVOSA utiliza camiones cisternas de propiedad de RYCOPESA y que el personal de SERVOSA se encontraba en la planta de RYCOPESA, consideró que los setenta y tres (73) trabajadores desplazados a la planta de la recurrente tenían una relación de trabajo directa con la misma; es decir, que no estaban incluidos en su registro de planillas, cometiendo así una grave infracción laboral.

Análisis de la controversia

10. El artículo 139, inciso 3) de la Constitución, establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia al debido proceso. Dicho atributo por lo demás y de cara a lo que establece la jurisprudencia, admite dos dimensiones, una formal o procedimental y otra de carácter sustantivo o material. Mientras que en la primera, el debido proceso está concebido como un derecho que abarca diversas garantías y reglas que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento (sea judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole), en la segunda exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone fin al proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad.

11. Determinar el nivel de justicia o razonabilidad de una decisión no es sin embargo y cualquiera que sea el ámbito de donde provenga, algo que pueda medirse conforme a un juego o interpretación sustentada en la libre discrecionalidad. En realidad depende de varios factores que aunque en ocasiones pueden darse por separado, también pueden presentarse de modo concurrente, siendo pertinente mencionar, como supuestos en los que procedería el control en salvaguarda del debido proceso sustantivo: a) el respeto o sujeción a los derechos y valores constitucionales, b) la interdicción a la arbitrariedad, c) la exigencia de sentido común o racionalidad en la toma de decisión.

12. Verificar la compatibilidad entre la decisión adoptada y los derechos y valores constitucionales, depende en no poca medida de dos criterios: uno primero en el que se evalúa la concepción e interpretación que sobre los atributos o bienes en discusión se maneja en el pronunciamiento sujeto a control, y uno segundo que toma en cuenta el ámbito al que pertenece el órgano o entidad sobre el que recae el control. En cuanto al

primero de dichos criterios, basta con señalar que todo análisis sobre lo que representa un derecho fundamental, no puede suponer un desconocimiento de su estatus constitucional y su contenido esencial, por lo que cualquier controversia en donde los mismos se encuentren involucrados deberá tomar en cuenta la Constitución como norma primera y directa de referencia. En cuanto al segundo criterio, conviene precisar que la incidencia de control deberá distinguir los tipos de ámbito de donde deriva la decisión objeto de cuestionamiento. Cuando dicho ámbito se encuentra vinculado con órganos de naturaleza jurisdiccional, la intensidad de la fiscalización es mucho más limitada, en tanto se presume que el órgano o entidad respectiva no solamente administra justicia, sino que asume competencias especiales, cuya reserva solo puede verse restringida en los supuestos en que las mismas puedan de algún modo ser superpuestas a las del juez constitucional. No ocurre lo mismo y es necesario precisarlo, cuando el ámbito de la fiscalización se refiere a escenarios distintos a los estrictamente jurisdiccionales. En estos últimos supuestos el nivel de evaluación es sumamente intenso y abarca todo tipo de raciocinio en el que por una u otra razón puedan verse afectados los derechos y bienes constitucionales.

13. Fiscalizar el carácter arbitrario que pueda asumir una determinada decisión, implica por otra parte cotejar las prescripciones normativas invocadas en la resolución o pronunciamiento objeto de cuestionamiento con las finalidades perseguidas por la Constitución. En este sentido, no basta con que una situación o controversia jurídica sea encarada con sujeción a lo que dispone una determinada norma o conjunto de normas; es necesario, en términos del debido proceso sustantivo, verificar si los objetos perseguidos por las mismas están siendo correctamente utilizados. Se trata, en otros términos, de constatar la correcta utilización del derecho, proscribiendo de plano todo tipo de abuso o distorsión de sus propósitos.

14. Exigir racionalidad o sentido común supone, por último, el evitar que la decisión o pronunciamiento objeto de examen se sustente en fórmulas absurdas, incoherentes o simplemente extravagantes. En tales circunstancias la resolución con la que se concluye un proceso deberá evaluarse caso por caso a fin de verificar si la aplicación de la norma ha sido adecuadamente ponderada de modo que las respuestas dispensadas se adecuen a estándares como los aquí graficados.

15. Este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha interpretado que el debido procedimiento administrativo es de observancia y aplicación obligatoria para todas las entidades y estamentos de la administración pública, debiendo regir su actuación no solamente a las normas infra y legales, sino mas allá de ello, a las de orden constitucional.

16. Así bien, en cuanto a las Actas de Infracción de la Inspección de Trabajo, la Ley N.º 28806, ha previsto que deben contener una serie de requisitos, como son: **a)** los hechos constatados por el inspector de trabajo que motivaron el acta, **b)** la calificación de la infracción que se impute, con expresión de la norma vulnerada, **c)** la gradualidad de la sanción y su cuantificación, **d)** en los supuestos de existencia de responsable solidario, se hará constar tal circunstancia, la fundamentación jurídica de dicha responsabilidad y los mismos datos exigidos para el responsable principal. Esto es, no se trata meramente de un documento que contenga una narración o descripción de los hechos constatados *in situ* por parte de los inspectores laborales, sino que a raíz de tales hechos y de la

aplicación concreta de la norma supuestamente afectada se configure la infracción y se proponga la sanción.

17. Ahora bien, dichas actas no están exentas del deber de motivación de los actos administrativos, así como de la ponderación de todas las pruebas aportadas, pues precisamente dan inicio al procedimiento administrativo sancionador en ciernes, siendo que la decisión tomada por la autoridad laboral traerá como consecuencia la imposición de sanciones administrativas y pecuniarias. Dicha inspección debe estar dotada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en términos constitucionales.

18. En tal línea de análisis, de todo lo actuado, lo que llama particularmente la atención es el completo desinterés de la demandada sobre todas y cada una de las pruebas aportadas por la demandante y que no han sido valoradas, como son: a) las testimoniales de constitución de SERVOSA GAS S.A.C. y SERVOSA CARGO S.A.C., (fojas 420); b) la copia del acta de entrega del reglamento interno de trabajo al personal de SERVOSA, y la copia de las constancias de la entrega (fojas 613 a 635); c) las facturas emitidas las mencionadas empresas a otras empresas distintas a RYCOPESA, como Volcán Cía Minera S.A.A., Plus Petrol Corporation S.A., Petróleos del Perú S.A., a quienes les presta el servicio (fojas 501 al 527); d) las copias del SOAT y pólizas de seguro de los automóviles (fojas 643 al 655); e) la constancia de prestación de servicios de diferentes clientes de SERVOSA; f) las copias de las tarjetas de propiedad de las unidades vehiculares donde se acreditaría que algunas unidades eran de SERVOSA y otras de RYCOPESA (fojas 636 a 642); g) el contrato de arrendamiento financiero celebrado entre SERVOSA y el Banco Interamericano de Finanzas con American Leasing S.A., entre otros medios probatorios.

19. Debe tenerse presente, además, lo prescrito por el artículo 44 de la ya citada Ley N.º 28806, “(...) las partes gozan de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento sancionador, de manera que les permita exponer sus argumentos de defensa, ofrecer pruebas y obtener una decisión por parte de la autoridad administrativa de trabajo debidamente fundada en hechos y derecho (...)”.

20. En tal sentido, la autoridad administrativa no ha cumplido con respetar mínimamente el contenido constitucionalmente protegido del debido procedimiento administrativo en relación a no haber evaluado las pruebas aportadas.

21. Ahora bien, en cuanto a la debida motivación de las resoluciones sancionatorias, el acta de infracción (fojas 27), para imponer la infracción, únicamente se respalda en la entrevista de la mayoría de trabajadores de SERVOSA, consignándose que un reducido número de los entrevistados manifestaron *“no tener control de ingreso y salida y que incluso pueden dejar de asistir sin amonestación alguna”*. Se aprecia, también, que la calificación de la infracción se ampara en el hecho de que las personas identificadas no se encontraban incluidas en la documentación laboral puesta a la vista de los inspectores por parte de la empresa demandante, lo cual llevó a la Administración a entender que existía tal desnaturalización, por cuanto esta última había comprendido a dichas personas bajo el supuesto de tercerización, siendo en tal contexto también evidente la falta de una adecuada motivación y justificación al asumir un pronunciamiento tan desprovisto de los ya mentados principios de proporcionalidad y razonabilidad como el realizado por los inspectores en la resolución bajo análisis, ya que si se tiene en cuenta

que los citados trabajadores eran de SERVOSA, era evidente que no se encontrarían en la documentación laboral presentada por RYCOPESA.

22. Cabe precisar que en cuanto a la motivación de resoluciones, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que deriven del caso” (STC N.º 03943-2006-PA/TC). Es así que la resolución divisional expresa lo siguiente “(...) si bien la empresa Servosa Gas en las copias de los documentos presentados ha acreditado contar con unidades propias y que haya asumido algunos gastos por mantenimiento y reparación de las entregadas en uso por parte de la inspeccionada, esto no enerva el hecho que para el caso en concreto, carezca de autonomía empresarial al no prestar el servicio con dichas unidades”. Este Tribunal observa que en ningún extremo del acta de infracción se detalla, por parte del inspector, cuáles son estas unidades que no son empleadas en el servicio brindado por SERVOSA. En tal sentido, no es posible llegar a la conclusión de que SERVOSA no realiza el servicio con estas unidades, ya que esto no fue objeto de revisión en el acta de infracción.

23. Otro asunto de interés es el abordado en el considerando décimosexto de la resolución divisional, esto es, “(...) que al haberse verificado el incumplimiento de uno de los requisitos del artículo 4º del Decreto Supremo Nro. 003-2002-TR constituyéndose la desnaturalización del contrato de tercerización (...)” Aquí el MTPE realiza una interpretación antojadiza del referido dispositivo, asumiendo que son elementos copulativos los que deben cumplirse, de tal modo que si no se cumple uno de ellos, inmediatamente el contrato estaría desnaturalizado.

24. Sin embargo, este Colegiado observa que no todos estos elementos son copulativos, pues según el artículo 3º del Reglamento de la Ley Nro. 29245, sólo hay cuatro requisitos para una empresa tercerizadora: (i) asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo, (ii) contar con sus propios recursos financieros, técnicos “o” materiales; (iii) ser responsable por los resultados de sus actividades y (iv) que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación, por lo que se colige que en cuanto al requisito referido a los recursos se trataría de alguna de las alternativas. Cabe precisar que de lo actuado se tiene que la demandante ha incidido en torno a este argumento; sin embargo, en la resolución directoral tampoco se expresó nada sobre tales hechos.

25. En tal sentido, habiéndose acreditado la vulneración de la garantía a un debido procedimiento administrativo en sus manifestaciones del derecho a la valoración de la pruebas y a la debida motivación de las resoluciones administrativas, se estima la demanda de amparo, debiéndose obligar a la administración laboral demandada a cumplir con la observancia de tales derechos en los términos ya detallados.

26. Todo ello, permite concluir que la decisión de la autoridad administrativa en el sentido de considerar a los trabajadores de SERVOSA como trabajadores de RYCOPESA no solo se encuentra viciada, y por tanto resulta nula, sino que, además, de los medios probatorios aportados en el presente proceso de amparo se acredita que RYCOPESA y SERVOSA son empresas independientes, que tienen una actividad empresarial distinta y, por tanto, los trabajadores de SERVOSA mantuvieron un vínculo laboral con dicha empresa, no habiéndose desnaturalizado la tercerización laboral materia de investigación por la autoridad administrativa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, al haberse vulnerado el derecho a un debido procedimiento administrativo.
2. Declarar **NULAS** el Acta de Infracción del 19 de mayo de 2008, la Resolución Divisional 217-2009-MTPE/2/12.720, del 11 de noviembre de 2009, y la Resolución Directoral 085-2009-MTPE/2/12.7, del 11 de diciembre de 2009.
3. Ordenar a la demandada en lo sucesivo admitir, valorar y emitir pronunciamiento sobre los medios probatorios aportados al procedimiento sancionatorio, así como motivar las resoluciones y actos administrativos expedidos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BEAUMONT CALLIRGOS
MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ

EXP. N.º 02698-2012-AA/TC
LIMA
REPSOL YPF COMERCIAL
DEL PERÚ S.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia y con los fundamentos que lo respaldan; sin embargo, no comparto lo expresado en su fundamento 26, en el que se declara que *"de los medios probatorios aportados en el presente proceso de amparo se acredita que RYCOPESA y SERVOSA son empresas independientes, que tienen una actividad empresarial distinta y, por tanto, los trabajadores de SERVOSA mantuvieron un vínculo laboral con dicha empresa, no habiéndose desnaturalizado la tercerización laboral materia de investigación por la autoridad administrativa"*, pues considero que tal pronunciamiento corresponde en todo caso a la propia Autoridad de Trabajo emplazada, quien cuenta con el caudal probatorio que se requiere para llegar a dicha conclusión, y no al juez constitucional, siendo además que dicha declaración no se condice con la pretensión incoada en el amparo, que sólo busca ordenar a la entidad demandada (MTPE) a que realice los procedimientos de inspección respetando los derechos constitucionales de la empresa demandante.

Sr.
ETO CRUZ
EXP. N.º 02871-2012-PA/TC
LIMA
CLARION HOLDING
LIMITED CORPORATION

RAZÓN DE RELATORÍA

El caso de autos se ha resuelto de acuerdo con la Resolución Administrativa N.º 028-2011-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece que el Presidente del Tribunal Constitucional tiene el voto decisorio en los casos que se produzca empate en la votación de causas vistas por el pleno.

En efecto, en el caso se ha producido un empate entre la posición que declara **FUNDADA** la demanda en un extremo, e **IMPROCEDENTE** en el otro (tres votos confluyentes), y la que declara **INFUNDADA** la demanda (tres votos concurrentes).

Estando entonces a que la segunda posición, esto es, la que declara **INFUNDADA** la demanda, cuenta con el voto del Presidente del Tribunal Constitucional, es ésta la que se constituye en sentencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de setiembre de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular en el que confluyen los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, y los votos concurrentes de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan a los autos.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gino César Solari Arias, en representación de la empresa Clarion Holding Limited Corporation contra la Sentencia expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 558, su fecha 1 de junio de 2011, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de julio de 2011, don Gino César Solari Arias en representación de la empresa Clarion Holding Limited Corporation interpone demanda de amparo contra la empresa Talingo Corporation, solicitando que cese la amenaza directa y/o a través de cualesquiera de sus accionistas, apoderados, funcionarios y/o empleados en general, a sus derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad; asimismo, la demandante solicita que la emplazada se abstenga de cualquier acción o conducta mediante la cual pretenda impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, administración y funciones de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. – SIMSA (de la cual tanto demandante y demandado son accionistas); de su Directorio recompuesto mediante Junta General de Accionistas del 21 de enero de 2011; y, de los funcionarios y apoderados de SIMSA designados por dicho Directorio.

La demandante aduce que, Talingo Corporation ha remitido cartas altisonantes dirigidas a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras con el propósito de infundir temor y neutralizar las actividades financieras y negocios de SIMSA. Además, afirma que, debido a que las cláusulas 25° y 37° del Estatuto de SIMSA, prevén unas súper mayorías para la instalación y adopción de acuerdos de la Junta General de Accionistas (80% de acciones) y en relación al Directorio, la presencia de 7 de 8 directores; Talingo Corporation ha venido abusando de tal circunstancia para obstruir y perturbar el normal desenvolvimiento y actividad de SIMSA.

Admitida a trámite la demanda, el juez ordena poner en conocimiento de la misma a SIMSA, la cual se apersona al proceso y precisa a su vez, que la presente demanda de amparo constituye una pretensión de protección frente al abuso del derecho de parte de Talingo Corporation, debido a que la sociedad se ha visto seriamente afectada durante más de tres años por el ejercicio abusivo y arbitrario de parte de la emplazada, de las súper mayorías establecidas en las cláusulas 25° y 37° del Estatuto. Asimismo, SIMSA afirma que la Junta General de Accionistas del 21 de enero de 2011 ha resultado fundamental para la continuidad de la sociedad, pues con las decisiones adoptadas por la misma se ha reordenado su marcha.

La empresa emplazada, Talingo Corporation, con fecha 12 de agosto de 2011, contesta la demanda solicitando que la misma se declare improcedente o infundada, pues considera que la remisión de las cartas a los apoderados de SIMSA y a las entidades financieras se sustenta en una medida cautelar de anotación de demanda expedida a su favor por el Décimo Sexto Juzgado Civil-Comercial de Lima, en virtud a una demanda de nulidad de acuerdos societarios planteada contra SIMSA y donde ha impugnado la nulidad de todos los acuerdos adoptados en Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011 (Exp. N° 04901-2011). Refiere a su vez, que su actuación como accionista se sustenta en las cláusulas del Estatuto de SIMSA y que, las mayorías establecidas en las mismas no afectan derecho alguno, pues considera que han sido adoptadas conforme a la Ley General de Sociedades.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda y ordenó que Talingo Corporation cese la amenaza a los derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad, directa y/o a través de cualquiera de sus accionistas, apoderados, funcionarios y/o empleados en general, disponiendo también que se abstenga de cualquier acción o conducta mediante la cual pretenda impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades,

administración y funciones de SIMSA y de su Directorio recompuesto mediante Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011, así como de los funcionarios y apoderados de SIMSA designados por dicho Directorio. Para tales efectos: i) declaró inaplicables las cláusulas 25° y 37° del Estatuto de SIMSA y ii) ordenó que Talingo Corporation deberá abstenerse de continuar con actos destinados a cuestionar ante terceros la validez de los acuerdos adoptados mediante Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011.

La Quinta Sala Civil de Lima revocó la decisión del Juzgado y declaró infundada la demanda, por estimar que de la lectura de las cartas remitidas, tanto a las entidades financieras como a los apoderados de SIMSA no se verifica una amenaza a los derechos fundamentales invocados, dado que las mismas no tienen la fuerza para impedir u obstruir el funcionamiento de la empresa. Asimismo, declaró improcedente el pedido de actuación inmediata de la sentencia de primer grado, por considerar que su otorgamiento en primera instancia no tomó en cuenta que el mandato no era uno de “hacer, no hacer o dar”, por considerar que no se aplicó el principio de proporcionalidad y además porque, no hay nada que actuar debido a que la sentencia de segunda instancia es desestimatoria.

FUNDAMENTOS

Por los fundamentos que a continuación se exponen en los votos que se acompañan, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN**

EXP. N.º 02871-2012-PA/TC
LIMA
CLARION HOLDING
LIMITED CORPORATION

VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. El objeto del petitorio de la demanda es que “garantizando los derechos fundamentales de CLARION a la libertad de empresa y a la propiedad, [se] ordene a TALINGO para que cese la amenaza, directa y/o a través de cualesquiera de sus accionistas, apoderados, funcionarios y/o empleados en general, y se abstenga de cualquier acción o conducta mediante la cual se pretenda impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, administración y funciones de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A – SIMSA, de su Directorio recompuesto mediante Junta General de Accionistas del 21 de enero de 2011, y de los funcionarios y apoderados de SIMSA designados por dicho Directorio; en tanto [sostiene la demandante], no hay infracción constitucional ni legal en la convocatoria a la citada Junta ni en los acuerdos tomados”, razón por la cual considero que el pronunciamiento debe circunscribirse al referido petitorio, tal como procedí, a título de ejemplo, al resolver el Exp. N.º 02566-2012-PA/TC.
2. La demandante (en adelante, Clarion) refiere que la demandada (en adelante, Talingo) ha remitido cartas altisonantes de fechas 2 y 3 de junio de 2011 (fojas 45 y 40, respectivamente) dirigidas a una entidad financiera y a los apoderados de SIMSA (de la cual ambas partes son accionistas) con el propósito de infundir temor y neutralizar las actividades financieras y los negocios de esta última.
3. La cuestión central es determinar si la remisión de las referidas cartas por parte de Talingo, en el marco de la Ley General de Sociedades, configura una amenaza de vulneración de derechos fundamentales o implica el ejercicio regular de un derecho.
4. Sobre el particular, cabe advertir que el contenido de las referidas cartas está orientado a denunciar aparentes irregularidades de carácter societario, ocurridas a partir de la convocatoria a la Junta General de Accionistas de SIMSA del 21 de enero de 2011 y de los acuerdos tomados por ésta, apreciación respecto de la cual existe controversia, pues la demandante recalca en el petitorio de la demanda que “no hay infracción constitucional ni legal en la convocatoria a la citada junta ni en los acuerdos tomados”.
5. Conforme es de verse de autos, obran la Resolución N° SESENTA del 17 de septiembre de 2012, dictada por el Decimosexto Juzgado Especializado en lo Comercial de Lima (fojas 594 del cuadernillo del Tribunal Constitucional) y la Resolución N° 12 del 23 de julio de 2013, expedida por la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial (acompañada mediante escrito recibido por el Tribunal Constitucional el 19 de agosto de 2013), en el marco del Expediente N° 4901-2011, sendos pronunciamientos judiciales que en primera y segunda instancia declaran la nulidad de la referida junta y de los acuerdos adoptados por el directorio de SIMSA; y que, es más, fueron precedidos por una medida cautelar de anotación de demanda de nulidad de acuerdos societarios dispuesta por el referido juzgado a favor de Talingo, la cual ha sido inscrita en la Partida de SIMSA N° 11369709 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, el 3 de agosto de 2011 (fojas 197).

6. Por lo expuesto está acreditado en autos que Talingo, al remitir las referidas cartas de fechas 2 y 3 de junio de 2011, obró en el ejercicio regular de su derecho, alertando a los destinatarios correspondientes respecto de aparentes irregularidades de carácter societario, conducta que ha sido respaldada en sede judicial como se ha explicitado *supra*; de modo tal que resulta infundada la pretensión de Clarión consistente en que el contenido de dichas cartas implica una amenaza de los derechos fundamentales invocados por ella.
7. Atendiendo a lo expuesto, resulta innecesario pronunciarse sobre si la resolución N° 10 expedida por la Quinta Sala Civil de Lima adolece de nulidad, y si corresponde disponer la formación de un cuaderno de ejecución anticipada, extremos peticionados por la emplazada en su escrito de fecha 9 de agosto de 2012 (fojas 2 a 7 del cuadernillo del Tribunal Constitucional).

Por los fundamentos expuestos mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

Sr.

URVIOLA HANI

LIMA
CLARION HOLDING
LIMITED CORPORATION

VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Haciendo uso de la facultad prevista en el tercer párrafo del artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y artículo 44° de su reglamento, manifiesto, a través de este voto, mi parecer discrepante con la ponencia, por las consideraciones siguientes:

1. Conforme es de verse de autos (fojas 68-80), con fecha 19 de julio de 2012, don Gino César Solari Arias en representación de Clarion Holding Limited Corporation (Clarion) - compañía gobernada bajo las leyes de la República de Panamá- accionista de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., recurre a este órgano constitucional interponiendo demanda constitucional de amparo, contra Talingo Corporation –también accionista de la demandante-, para que deje de obstruir al nuevo directorio de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A., recompuesto mediante Junta General de Accionistas del 21 de enero de 2011, de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. SIMSA- y de los funcionarios y apoderados designados por dicho Directorio; pues refiere que no existe infracción constitucional ni legal en la convocatoria de la citada Junta.
2. De 205 a 229 corre el escrito de contestación de la demanda, mediante la cual inter alia sostiene que la demandante ha omitido mencionar que la actuación de Talingo se sustenta en un proceso judicial previo de Nulidad de Acuerdos Societarios (Exp. N° 04901-2011), mediante el cual cuestionan la legalidad de la Junta que ratificó la recomposición del Directorio de la Compañía Minera Morococha S.A. (SIMSA), así como todos los acuerdos adoptados por este. Refiere además que cuentan con una medida cautelar de anotación de demanda a su favor, la cual ha sido inscrita en la Partida de SIMSA N° 11369709 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, que se efectuó el 3 de agosto de 2011.
3. El Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada la demanda por considerar que la libre autodeterminación de la empresa accionante se está viendo amenazado con la actuación de la demandada desconociendo la existencia de los acuerdos de la Junta de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011 que se encuentran válidamente inscritos en los Registros Públicos y que no han sido anulados judicialmente, resolución que ha sido materia de recurso impugnatorio; por otro lado, considera que la conducta adoptada por la demandada representa una perturbación a los derechos de la demandante y al desarrollo de las actividades empresariales de SIMSA en tanto que ha realizado un grupo de actos destinados a publicitar una nulidad de acuerdos societarios que aún se encuentran en trámite en sede judicial, a pesar de que dichos acuerdos se encuentran inscritos y son oponibles a cualquier persona, sin que se pueda ofrecer prueba en contrario.
4. La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la sentencia y, reformándola, la declara infundada, por considerar que de las pruebas aportadas en autos ha surgido de modo indirecto un tema que indudablemente es ajeno al presente proceso constitucional, como es aquél relacionado con aspectos de carácter societario cuyo tratamiento jurídico y dilucidación no es propio del amparo, ya que en la vía constitucional solo se debaten cuestiones constitucionales vinculadas con la lesión o amenaza de lesión de los derechos fundamentales y no asuntos de competencia de la jurisdicción ordinaria, de modo que tales aspectos no incumben a esta jurisdicción constitucional. En cuanto a la supuesta amenaza de lesión de la libertad de empresa y del derecho de propiedad, sostiene que las dos cartas enviadas a los gerentes y apoderados de la Compañía Minera Morococha S.A. (SIMSA) y a Citibank del Perú, no demuestran la presencia de una amenaza cierta y sobre todo de inminente realización, además de no haberse demostrado peligro probable y de inminente realización que conlleve la producción en un futuro inmediato de un perjuicio real, efectivo, tangible e ineludible para sus derechos constitucionales.

5. La libertad de empresa, conforme lo ha considerado el Tribunal Constitucional en la STC N° 3330-2004-AA/TC, es el derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiere desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; precisando que “(e)llo es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59° reconoce que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria”.
6. La libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa; este mandato de optimización contenido en la libertad de empresa puede formularse afirmando que obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, es decir, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en conflicto con ella.
7. El derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc,1997) comenta que “incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción”.

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y auto consentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha precisado que: “La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...)”.

8. En el caso de autos, conforme lo expone la demandante en el punto 4.1 de su demanda, la supuesta vulneración del derecho de libertad de empresa y a la propiedad de parte de Talingo, consiste en el hecho de que la emplazada viene remitiendo cartas altisonantes no solamente a los apoderados legítimamente designados por SIMSA, sino también a distintas entidades financieras, todo ello con el claro propósito de infundir temor y neutralizar las actividades y negocios de la empresa, el cual considera una amenaza directa contra los derechos fundamentales.
9. A fojas 40 corre una carta de fecha 3 de junio de 2011 remitida por la demandada a la Compañía Minera San Ignacio de Morococha, mediante la cual los alerta sobre la inscripción registral de dos directores y los advierte que en tanto SIMSA no cuente con un Directorio válido y legalmente conformado, no se podrán adoptar ni celebrar actos de ningún tipo; asimismo a fojas 45 corre la carta dirigida a Citibank de fecha 2 de junio de 2011 en el mismo sentido; cartas que conforme se lee de su tenor tienen como propósito que la accionista Clarion Holding, Orange Bay y White Peak nombre a los Directores titulares y

Directores alternos que le corresponden a Talingo en ejercicio de su derecho que como accionista minoritario le confiere el estatuto de la Sociedad.

10. Como podemos advertir se trae a este órgano constitucional una discusión de carácter societario que debe ser dilucidada en la vía ordinaria, pues si bien Talingo Corporación a través de su representación ha enviado cartas a las empresas referidas en el fundamento supra, se puede advertir que ello tiene como propósito alertar supuestas irregularidades que podrían afectar su derecho de libertad de empresa y propiedad, que como parte del accionariado le corresponde exigir y ello se acredita aún más con la copia de la demanda que corre a fojas 145-189, de donde aparece que con fecha 28 de junio de 2011 la demandada Talingo Corporation interpuso demanda de Nulidad de Acuerdos Societarios contra la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. (SIMSA), expediente que gira por ante el Decimosexto Juzgado Especializado en lo Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, infiriéndose de sus fundamentos que cuestiona a la nueva Junta General de Accionistas de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A.-SIMSA realizada el 21 de enero de 2011; es decir, cuestiona al mismo directorio que la demandante vía el presente proceso constitucional alega encontrarse amenazado de vulneración constitucional; pretensión que ha sido declarada fundada en todos sus extremos, conforme es de verse de la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2012 cuya copia corre a fojas 594 del cuaderno del Tribunal, y consecuentemente nulos los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. – SIMSA de fecha 21 de enero de 2011; advirtiéndose de la página web del Poder Judicial que esta ha sido confirmada por la Segunda Sala Civil Sub-Especialidad Comercial mediante resolución N° 12 de fecha 23 de julio de 2013, cuya copia bajada de la página web del Poder Judicial se anexa al cuaderno del Tribunal.
11. Siendo que la supuesta amenaza a la libertad de empresa y a la propiedad alegada por la demandante Clarion Holding Limited Corporation no ha sido acreditada, pues no basta con alegarla, sino que lo afirmado signifique un peligro probable de lesión de derechos constitucionales o de una amenaza cierta y de inminente realización; criterio uniforme de parte del Tribunal Constitucional (STC N° 4004-2001-AA/TC, 0091-2004-PA/TC, 5936-2009-HC/TC, 2223-2008-AA/TC), quien ha sostenido “[q]ue para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta “debe ser cierta y de inminente realización”; es decir el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible concreto e ineludible. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; hecho que no advierte de la emisión de las cartas notariales materia de supuesta amenaza, pues su emisión no puede ser considerada como un acto lesivo o una amenaza cierta e inminente; así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en la STC 2973-2008-AA/TC, precisando además que “el anuncio, la comunicación verbal o escrita por parte de cualquier persona o sujeto de derecho respecto de la utilización de las vías legales, la formulación de demandas o en general la actuación de los derechos constitucionales o legales que el sistema jurídico autoriza, no pueden significar, prima facie, la vulneración de un derecho fundamental”.

Por los fundamentos expuestos mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad de empresa ni de la propiedad.

Sr.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 02871-2012-PA/TC
LIMA
CLARION HOLDING
LIMITED CORPORATION

VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 19 de julio de 2001 el señor Gino César Solari Arias, en representación de la empresa Clarion Holding Limited Corporation, interpone demanda de amparo contra la empresa Talingo Corporation, con el objeto de que se disponga el cese de la amenaza a los derechos fundamentales de la empresa y a la propiedad; asimismo solicita que la emplazada se abstenga de realizar cualquier acción o conducta mediante la cual se pretenda impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, la administración y las funciones de la Compañía Minera Morococha S.A. – SIMSA (de la cual ambas partes son accionistas), de su Directorio, de los funcionarios y apoderados de SIMSA designados por dicho Directorio.

Refiere que la empresa demandada (en adelante Talingo) ha remitido cartas altisonantes dirigidas a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras con el propósito de infundir temor y neutralizar las actividades financieras y los negocios de SIMSA. Señala también que Talingo ha venido abusando de las facultades otorgadas por los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA, que prevén súper mayorías para la celebración y adopción de acuerdos en la Junta General de Accionistas (80% de las acciones con derecho a voto de

SIMSA), así como para la instalación y adopción de acuerdos del Directorio, en tanto que el quórum necesario para sesionar requiere de la presencia de 7 directores de un total de 8 miembros titulares, situación que ha traído como consecuencia la obstrucción del normal desenvolvimiento y actividad de SIMSA.

Antecedentes del caso

2. Para evaluar la pretensión sustentada en la demanda es necesario conocer los antecedentes del caso:
 - a) La Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. – SIMSA, se constituyó en el Perú el 6 de agosto de 1942, quedando inscrita en la Ficha N° 2415 del Registro Público de Minería, correlacionada con la Partida Electrónica N° 11369709 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao.
 - b) Las acciones con derecho a voto de la compañía se encuentran listadas en la Bolsa de Valores de Lima, teniendo Clarion Holding y Talingo Corporation el 48.85% y 22.36% de acciones, respectivamente.
 - c) Los artículos 25° y 37° del Estatuto que rige a la Compañía SIMSA establece una mayoría calificada de 80% de acciones para la instalación y adopción de acuerdos a nivel de Junta General de Accionistas y Directorio. Asimismo establece la presencia de 7 de los 8 directores para la instalación de sesiones del Directorio.
 - d) La demandante Clarion señala que la imposición del Estatuto trajo como consecuencia que las sesiones no pudieran ser instaladas válidamente por falta de quórum para tratar temas en particular, ya que los directores de la empresa demandada no asistían. Es decir la empresa demandante expresa que Talingo abusó del derecho que le dio tal normativa.
 - e) Con fecha 21 de enero de 2011 se llevó a cabo una Junta General de Accionistas de SIMSA, al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 29560, en la que se designó a los reemplazantes de los Directores que habían renunciado, dándose la recomposición del Directorio. Tal decisión fue debidamente inscrita en la Partida N° 11369709 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao.
 - f) Por dicha decisión asumida en la Junta General referida Talingo ha cursado cartas a los funcionarios de SIMSA y de entidades financieras, desconociendo la recomposición del Directorio, buscando amedrentar a los funcionarios de la Compañía Minera SIMSA y a las entidades financieras a fin de bloquear las transacciones bancarias de la empresa.
 - g) Por dicha razón es que la empresa demandante –Clarion– interpone demanda de amparo expresando que se le está amenazando su derecho a la libertad de empresa y a la propiedad, puesto que con las cartas cursadas por Talingo (demandada) puede obstruirse el normal funcionamiento de la empresa.

Titularidad de los derechos fundamentales

3. En el presente caso considero necesario manifestar mi posición conocida respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas (sociedades mercantiles) para demandar en el proceso constitucional de amparo. Es así que en el presente caso se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica, habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “persona humana”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda

reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse.

4. El Tribunal Constitucional en cambio ha venido aceptando demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles, habiendo tenido que expresar en todos esos casos mi posición singular la que finalmente quedó descartada. Es por ello que ante tal posición mayoritaria he considerado ampliar los ámbitos de competencia en este rubro, no obstante dicho proceder, amen que mi posición cerrada debe estar centrada en la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, por esto considero que a partir de este caso, he de pronunciarme respecto al fondo en casos de personas jurídicas, pues no resulta valedero una renuncia tácita a participar en casos que aun así han sido admitidos a trámite por el Tribunal, y también porque como juez constitucional es necesario que asuma competencia en cuanto a un tema que a mi consideración el Tribunal Constitucional está abordando indebidamente, pero que finalmente es la determinación mayoritaria.

Pronunciamiento de fondo

5. Por lo expuesto considero necesario –pese a mi rechazo a la admisión de demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles–, considero necesario pronunciarme sobre tales pretensiones a fin de asumir competencia de un tema que ya es aceptado por el Tribunal Constitucional. Por ende no puedo renunciar a mi labor de juez constitucional, razón por la que me veo obligado a emitir pronunciamiento a demandas de amparo presentadas por personas jurídicas.

En el caso de autos

6. Revisados los autos encontramos que la pretensión está dirigida a que cese la amenaza de vulneración a los derechos de empresa y de propiedad de la empresa demandante, puesto que considera que con el proceder de la empresa demandada (Talingo), se amenaza el normal funcionamiento de la compañía. Asimismo solicita se disponga que la demandada se abstenga de realizar cualquier acto destinado a obstruir y/o perjudicar las actividades de la empresa.
7. Se ha establecido que el proceso constitucional de amparo procede ante la vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales. En el supuesto de amenaza de vulneración de derechos constitucionales, tal como lo menciona expresamente el artículo 200º, inciso 2, de la Constitución, es importante resaltar que tal amenaza debe poseer dos rasgos esenciales: **certeza e inminencia**, tal como lo prevé el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.
8. El Tribunal Constitucional, por otra parte y mediante reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado también indicando que la procedencia del amparo en el caso de amenaza de vulneración de derechos constitucionales está supeditada a que la misma sea cierta y, a su vez, inminente. Así, en la STC N.º 0091-2004-PA/TC, específicamente en el fundamento 8, afirmó que para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta *“debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediamente una vulneración concreta”* (énfasis agregado).
9. La demandante expresa que existe amenaza de vulneración de sus derechos de empresa y de propiedad con la conducta desplegada por el demandado. Para analizar si existe tal amenaza es necesario analizar el contenido constitucional de los derechos a la libertad de empresa y de propiedad a fin de verificar si efectivamente los actos denunciados por la

demandante constituyen una amenaza cierta e inminente al contenido de dichos derechos. Respecto al derecho a la libertad de empresa el Tribunal Constitucional ha expresado que

“Cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. (Cfr. STC 03116-2009-PA/TC, 00032-2010-PI/TC y 01405-2010-PA/TC, entre otras)”.

10. Respecto al derecho de propiedad el Tribunal ha expresado que

“el derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70.° de la Constitución se reconozca que el “derecho de propiedad es inviolable” y que el “Estado lo garantiza”.

Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función social que le es propia. De ahí que el artículo 70.° de la Constitución precise que el derecho de propiedad se “ejerce en armonía con el bien común”. Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos.

En este orden de ideas, como ya este Tribunal lo ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N.° 05614-2007-PA/TC, el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.

En consecuencia, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.”

11. Por tal tanto de lo expuesto se aprecia que las cartas cursadas por la demandada (Talingo) tanto a los funcionarios de la Compañía Minera SIMSA como a las entidades financieras, de modo alguno vulneran y menos amenazan de manera cierta e inminente el contenido constitucional de los derechos de empresa y propiedad de la demandante, puesto que la remisión de cartas no comporta un accionar arbitrario del demandado sino que es un derecho legítimo del emplazado a solicitar y expresar lo que crea conveniente. Por tal razón

la demanda de amparo debe ser desestimada, puesto que no se acredita de forma alguna la amenaza a los derechos invocados por la demandante.

12. No obstante lo expuesto, cabe mencionar que existe un proceso judicial ordinario interpuesto por la empresa Talingo sobre Nulidad de Acuerdos Societarios (Exp. N° 04901-2011) en el que se cuestiona la recomposición del Directorio de la Compañía Minera Morococha S.A., teniendo una medida cautelar de anotación de demanda a su favor que ha sido inscrita en la Partida de SIMSA N° 11369709 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima. En dicho proceso ordinario ya se emitió decisión estimatoria a favor de Talingo, siendo legítimo su accionar de informar de tal situación tanto a los funcionarios de SIMSA como a las entidades financieras. Es decir se aprecia que existe un conflicto de carácter societario entre ambas empresas, que finalmente está siendo discutido en la vía ordinaria, careciendo de competencia la justicia constitucional que tiene competencia para analizar otro tipo de pretensiones.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de amparo propuesta.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 02871-2012-PA/TC**LIMA****CLARION HOLDING****LIMITED CORPORATION****VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ, ETO CRUZ Y ÁLVAREZ MIRANDA**

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gino César Solari Arias, en representación de Clarion Holding Limited Corporation contra la sentencia expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 558, su fecha 1 de junio de 2011, que declaró infundada la demanda de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de julio de 2011, don Gino César Solari Arias en representación de Clarion Holding Limited Corporation interpone demanda de amparo contra Talingo Corporation, solicitando que cese la amenaza directa y/o a través de cualesquiera de sus accionistas, apoderados, funcionarios y/o empleados en general, a sus derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad; asimismo, solicita que la emplazada se abstenga de cualquier acción o conducta mediante la cual pretenda impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, la administración y las funciones de la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. – SIMSA (de la cual ambas partes son accionistas); de su Directorio recompuesto mediante Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011; y, de los funcionarios y apoderados de SIMSA designados por dicho Directorio.

La demandante aduce que, Talingo Corporation ha remitido cartas altisonantes dirigidas a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras con el propósito de infundir temor y neutralizar las actividades financieras y los negocios de SIMSA. Además, afirma que Talingo Corporation ha venido abusando de los artículos 25º y 37º del Estatuto de SIMSA, que prevén súper mayorías para la celebración y adopción de acuerdos en la Junta General de Accionistas (80% de las acciones con derecho a voto de SIMSA), así como también para la instalación y adopción de acuerdos del Directorio, en tanto que el quórum necesario para sesionar requiere la presencia de 7 directores de un total de 8 miembros titulares; y que tal circunstancia le ha permitido obstruir y perturbar el normal desenvolvimiento y actividad de SIMSA.

Admitida a trámite la demanda, el juez ordena poner en conocimiento de la misma a SIMSA, la cual se apersona al proceso y precisa a su vez, que la presente demanda de amparo constituye una pretensión de protección frente al abuso del derecho de parte de Talingo Corporation, debido a que se ha visto seriamente afectada durante más de tres años por el ejercicio abusivo y arbitrario de parte de la emplazada, de las súper mayorías establecidas en los artículos 25º y 37º del Estatuto. Asimismo, SIMSA afirma que la Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011 ha resultado fundamental para la continuidad de la sociedad, pues con las decisiones adoptadas por la misma se ha reordenado su marcha.

Talingo Corporation con fecha 12 de agosto de 2011 contesta la demanda solicitando que la misma se declare improcedente o infundada, pues considera que la remisión de las cartas a los apoderados de SIMSA y a las entidades financieras se sustenta en una medida cautelar de anotación de demanda expedida a su favor por el Décimo Sexto Juzgado Civil-Comercial de Lima, en virtud a una demanda de nulidad de acuerdos societarios planteada contra SIMSA y donde se ha impugnado la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011 (Exp. N° 04901-2011). Refiere a su vez, que su actuación como accionista se sustenta en el Estatuto de SIMSA y que, las mayorías superiores establecidas en sus artículos 25º y 37º no afectan derecho alguno, pues considera que han sido adoptadas conforme a la Ley General de Sociedades.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 30 de setiembre de 2011, declaró fundada la demanda y ordenó que Talingo Corporation cese la amenaza a los derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la propiedad, directa y/o a través de cualquiera de sus accionistas, apoderados, funcionarios y/o empleados en general, disponiendo también que se abstenga de cualquier acción o conducta mediante la cual pretenda impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, la administración y las funciones de SIMSA y de su Directorio recompuesto mediante Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011, así como de los funcionarios y apoderados de SIMSA designados por dicho Directorio. Para tales efectos: i) declaró inaplicables los artículos 25º y 37º del Estatuto de SIMSA y ii) ordenó que Talingo Corporation se abstenga de continuar con actos destinados a cuestionar ante terceros la validez de los acuerdos adoptados mediante Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011.

La Quinta Sala Civil de Lima revocó la apelada y declaró infundada la demanda, por estimar que de la lectura de las cartas remitidas, tanto a las entidades financieras como a los apoderados de SIMSA no se verifica una amenaza a los derechos fundamentales invocados, dado que las mismas no tienen la fuerza para impedir u obstruir el funcionamiento de la empresa. Asimismo, declaró improcedente el pedido de actuación inmediata de la sentencia de primer grado, por considerar que su otorgamiento en primera instancia no tomó en cuenta que el mandato no era uno de “hacer, no hacer o dar”, porque no se aplicó el principio de proporcionalidad y no hay nada que actuar debido a que la sentencia de segunda instancia es desestimatoria.

FUNDAMENTOS

§. Delimitación del petitorio

1. De los antecedentes reseñados –y aplicando el principio *iura novit curia*, se deduce que en la demanda existen dos pretensiones a resolver. La primera, es que se le ordene a Talingo Corporation que cese el ejercicio abusivo de sus derechos como accionista de SIMSA, específicamente, los previstos en los artículos 25º y 37º de Estatuto de SIMSA que prevén mayorías altas para la instalación y adopción de acuerdos del Directorio y en la Junta General de Accionistas.

La pretensión referida se deduce del fundamento de hecho 7.3 de la demanda, en el que se indica que “los Estatutos de SIMSA contemplan en sus artículos vigésimo quinto y trigésimo séptimo, “*súper mayorías*” para la instalación y adopción de acuerdos a nivel de Junta General de Accionistas y Directorio, TALINGO ha venido abusando de tal circunstancia para obstruir y perturbar el normal desenvolvimiento y actividad de SIMSA” (sic); así como, del fundamento de hecho 7.4 en el que se alega que “TALINGO viene distorsionando y abusando del singular y por demás anacrónico “derecho de veto” [...] pues oponiendo su 22.36% frente a todos los demás accionistas, pretende erigirse como el “dictador” de SIMSA, obstruyendo e impidiendo la adopción de cualquier acuerdo que suponga una posibilidad de mejora para la empresa” (sic).

Es pertinente precisar que la resolución de esta primera pretensión no afecta el principio de congruencia ni el derecho de defensa de Talingo Corporation, pues ésta en su escrito de contestación la ha contradicho. En efecto, aduce que “el Estatuto de SIMSA establece mayorías superiores a las mínimas establecidas en la LGS para la toma de acuerdos” (sic), lo que en la práctica origina que “todos los accionistas mayoritarios, incluyendo a CLARION, TALINGO y Orange Bay, ten[gan] un derecho de veto para determinadas decisiones” (sic), fojas 208. Complementando dicho alegato afirma que “no es cierto que TALINGO haya obstruido en ningún momento el desarrollo de SIMSA”.

2. La segunda pretensión, es que se le ordene a Talingo Corporation abstenerse de remitir cartas altisonantes dirigidas a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras con el propósito de neutralizar las actividades y los negocios de SIMSA.

Por su parte, Talingo Corporation ha solicitado la nulidad de la Resolución N° 10 expedida por la Quinta Sala Civil de Lima que concedió el recurso de agravio constitucional respecto

al extremo de la sentencia que revocó el otorgamiento de la actuación inmediata de la sentencia. Igualmente, Talingo Corporation solicita que el Tribunal Constitucional disponga la formación de un cuaderno de actuación anticipada, a efectos de que éste sea remitido al Quinto Juzgado Constitucional de Lima, para que éste –cumpliendo lo dispuesto en la sentencia de segunda instancia– deje sin efecto la inscripción en los Registros Públicos de la Resolución N° 10, que ordenó la actuación anticipada de la sentencia de primer grado.

Mediante escrito de fecha 3 de setiembre de 2012, la defensa de SIMSA se ratifica en las precisiones expuestas en su informe oral ante el Tribunal Constitucional, señalando que la presente demanda de amparo constituye una pretensión de protección frente al abuso del derecho, así como de defensa de la continuidad de SIMSA.

Entonces, lo que corresponde es determinar: i) si Talingo Corporation ha venido realizando un ejercicio abusivo de su porcentaje accionarial, específicamente, si ha venido impidiendo, obstruyendo, perjudicando y/o paralizando las actividades, la administración y las funciones de SIMSA, de su Junta General de Accionistas y de su Directorio, teniendo como respaldo, las altas mayorías previstas en los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA; ii) si la remisión de cartas por parte de Talingo Corporation a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras, tenían por finalidad obstaculizar las operaciones de SIMSA, incidiendo de manera negativa en su continuidad y normal desarrollo, o si éstas solamente cumplían una finalidad informativa como aduce Talingo Corporation; y, iii) si la Resolución N° 10 expedida por la Quinta Sala Civil de Lima adolece de nulidad; y si corresponde disponer la formación de un cuaderno de ejecución anticipada.

§. Consideraciones previas

3. Por razones pedagógicas, estimamos necesario realizar, previamente, algunas reflexiones y/o acotaciones que constituirán la razón subsidiaria o accidental, que se justifican por la particularidad del caso en concreto.

Legitimidad de las personas jurídicas para interponer demandas de amparo

En el presente caso se advierte que efectivamente la Compañía Minera San Ignacio de Morococha S.A. – SIMSA, tiene como accionistas a la demandante (**Clarión Holding Ltd.**) y el demandado (**Talingo Corporation**). Actualmente, la participación accionaria en SIMSA es como sigue:

☐ Clarión Holding Ltd.	48.85%;	
☐ Orange Bay Comercial Inc.	24.51%;	
☐ Talingo Corporation	22.36%;	
☐ White Peak Resources Inc.	03.03%;	
☐ Ross J. Beaty	01.22%; y	
☐ Accionistas	minoritarios	<u>00.03%</u>
Total:	100.00%	

Conviene realizar esta precisión porque la demandante y el demandado, al ser ambas accionistas de otra persona jurídica (SIMSA), influyen de manera directa en su marcha y conducción; por lo que, en definitiva podrían lesionar recíprocamente también sus derechos fundamentales, si es que ejercen de manera abusiva y arbitraria los derechos que aquéllas ostentan.

Al respecto, reiterada jurisprudencia ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas y a su vez, ha señalado enfáticamente que pueden acudir a los procesos constitucionales para exigir la tutela de sus derechos [Cfr. *Expedientes N° 0905-2001-AA/TC*, *N° 0835-2002-AA/TC*, *N° 4972-2006-PA/TC*, *N° 4446-2007-PA/TC*, *N° 01881-2008-PA/TC*, entre otros].

El amparo contra particulares y la eficacia directa (e indirecta) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en nuestro ordenamiento

4. En la sentencia recaída en el Exp. N° 0976-2001-PA/TC, se señaló que *“En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la Norma Suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico N.º 6º de esta sentencia, y, además, del inciso 2) del artículo 200º, donde se preceptúa que “la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier (...) persona”.*

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privados y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos” (fundamento 8, subrayado agregado).

Entonces, al tener los derechos fundamentales eficacia *directa* en las relaciones *inter privados*, los derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos o más particulares se pueda presentar; por lo que, ante la posibilidad de que tales derechos subjetivos, resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.

El proceso de amparo y la tutela frente al ejercicio abusivo de un derecho

5. La Constitución en su artículo 103º, último párrafo prescribe que *“La Constitución no ampara el abuso del derecho”*. Esta cláusula constitucional condena no sólo a las normas que instrumentan o permiten un abuso del derecho, sino también condena las conductas, activas u omisivas, que incurran en este abuso; así, la figura del abuso del derecho se encuentra *constitucionalizada* en nuestro ordenamiento.

Ahora bien, si nuestra Constitución no ampara el abuso del derecho –artículo 103º, último párrafo–, está al mismo tiempo confiriendo a toda persona el derecho de rango constitucional, a no ser vulnerado por tal abuso; por tanto, una pretensión dirigida a solicitar protección frente al ejercicio abusivo de un derecho, se encontraría pasible de ser tutelada por el proceso de amparo, calzando perfectamente en el inciso 25) del artículo 37º del Código Procesal Constitucional que señala que *“El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: “[...] 25) Los demás que la Constitución reconoce”*.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a la figura del abuso del derecho, señalando que *“la noción de abuso del derecho hace alusión a ciertas situaciones en las cuales las normas jurídicas son aplicadas de tal manera que se desvirtúa el objetivo jurídico que persigue la norma”* [Cfr. Sentencia C-556/92]. Asimismo, en su Sentencia T-172/99, afirmó que: *“Esta Corporación se ha pronunciado en múltiples ocasiones en relación con el ejercicio y alcance de los derechos fundamentales, y ha llegado a la conclusión, de conformidad con el artículo 95º de la Constitución, que todo derecho lleva consigo un deber intrínseco que impide una expresión absoluta del mismo, de manera tal que nadie puede desconocer su obligación jurídica de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”* (El artículo 95º de la Constitución Colombiana, sería el equivalente al artículo 103º último párrafo, en nuestra Constitución).

La figura del abuso del derecho

6. Inicialmente, el fundamento de la teoría del abuso del derecho, radicaba en la “intencionalidad” del sujeto (enfoque restrictivo), en el sentido de que únicamente se abusaba del derecho subjetivo en tanto y en cuanto existiera en su titular la intención de dañar, y ésta se infería cuando el derecho se ejercitaba sin utilidad o sin un interés serio y legítimo, así no podía existir abuso fuera de intención de perjudicar. Posteriormente, gracias al aporte de JOSSERAND, padre de la teoría funcional, quién partía de la premisa de que cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; debe existir simetría entre el motivo del titular y la finalidad del derecho ejercido; la asimetría o disconformidad entre ambos implicaría un

ejercicio abusivo del derecho, al tratarse de un motivo ilegítimo. Asimismo, el citado autor previó que el dominio de aplicación del abuso del derecho es inmenso, sus perspectivas futuras e ilimitadas; y en efecto, existen formas tradicionales de abuso reconocidas por la jurisprudencia y formas más desarrolladas y sofisticadas de la figura. Así, modernamente se han expuesto las siguientes formas de abuso del derecho: abuso en la concesión del crédito; ruptura inopinada y brusca del crédito; en el derecho de la competencia, el abuso de posición dominante; en el derecho societario, el abuso del derecho al voto y el abuso del derecho de retiro [Cfr. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “*Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*”. Universidad Externado de Colombia, 2da. Edición, 2004].

La teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida en la jurisprudencia, incorporada al plano constitucional, no solo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero, sino que, además, consagra una fórmula de equilibrio en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía.

En palabras de DWORKIN, quien acude al concepto de abuso busca los límites al ejercicio concreto de los derechos o poderes lícitos. En efecto, la idea de abuso induce a encontrar un límite del cual depende el abuso, un límite que contenga y frene las modalidades del ejercicio concreto de un derecho o del uso de un poder capaces de perjudicar intereses de un tercero, específicamente en aquellos espacios que se presentan como a) *prima facie* lícitos, b) no atrincherados por otras reglas. [Cfr. PALOMBELLA, Gianluigi. “*El abuso del derecho, del poder y del rule of law*”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) pp. 33-57].

Siguiendo la definición de la figura del abuso del derecho, que esbozan los profesores Atienza y Ruiz Manero [Cfr. ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruíz. “*Ilícitos Atípicos*”. Ed. Trotta, 2000, pp. 56 y ss.] –para quiénes los sistemas jurídicos están compuestos, sobre todo, por reglas (de conducta y de fin –las reglas de fin apuntan a realizar un estado de cosas) y principios (en sentido estricto y directrices o normas programáticas). Los principios sirven como justificación de las reglas (son las razones que otorgan “sentido” a las reglas), pero pueden también regular conductas, específicamente las acciones que consisten en establecer normas o aplicar normas.

7. Así, podremos afirmar que una *acción*, realizada por un *sujeto* en determinadas circunstancias, es abusiva si y solo si:

- (i) Existe una regla regulativa (norma) que le permite al *sujeto* realizar la referida *acción* en determinadas circunstancias. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra el *sujeto*, como titular de un derecho subjetivo; es decir, que la *acción* realizada por el *sujeto* debe poder ser descrita *prima facie* como un ejercicio de un derecho subjetivo.
- (ii) Como consecuencia de esa *acción*, otro u otros sujetos sufren un *daño*, y no existe una regla regulativa (norma) que prohíba causar el referido *daño*.
- (iii) El referido *daño*, sin embargo, aparece como un *daño injustificado* porque se da alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Que, al realizar la *acción*, el sujeto actúa con la intención de perjudicar o sencillamente –independientemente de la intención de su autor, actúa sin un fin serio y legítimo, esto es, realiza acciones orientadas a dañar los intereses de otros; o,
 - b. Que, el *daño* es un daño excesivo o anormal, independientemente de que el sujeto realice la acción persiguiendo sus propios intereses.

Conviene precisar que el *interés dañado*, no se debe encontrar protegido por una específica prerrogativa jurídica; puesto que el abuso no entra en juego cuando el interés dañado se encuentra protegido por una regla (norma) y, en particular, cuando la regla (norma) protege un derecho subjetivo ajeno, pues en tal caso nos encontramos ante un supuesto de colisión de derechos y no de abuso.
- (iv) El carácter *injustificado* del *daño* determina que la acción quede fuera del alcance de los principios o directrices que justifican la regla permisiva (norma) a que se alude en el punto (i), esto es, el descubrimiento, *a posteriori*, de la ilicitud de una conducta

que en abstracto y *a priori* era lícita. A partir de ello, surge una nueva regla que establece que en determinadas circunstancias –las descritas en los puntos a. y b., la acción está prohibida.

La figura del abuso del derecho viene a ser, así, una suerte de mecanismo de salvaguardia de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas, frente a la divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas (normas) y los principios relevantes de un ordenamiento jurídico; puesto que nuestro desconocimiento de los hechos futuros hace que no podamos anticipar todas aquellas circunstancias en las que las reglas, a la luz de los principios relevantes, deben exceptuarse. En ese sentido, entre más sean las modalidades de ejercicio de los derechos que no están determinadas por las reglas, tanto más será posible que el intérprete pueda configurar un ejercicio abusivo del derecho.

Finalmente, coincidimos con la posición de los profesores Atienza y Ruiz Manero [Cfr. ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. *Ob. Cit.*, pp. 94 y ss.], en relación a la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser ejercidos en forma abusiva. Si como se ha expuesto, el abuso se produce en aquellos casos en que el alcance de reglas jurídicas permisivas –que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el carácter justificado de las propias reglas; es perfectamente posible que pueda producirse una situación en que una regla permisiva que constituya una concreción de un derecho fundamental incluya dentro de su alcance casos que, a la luz de los principios que determinan el alcance justificado del derecho, no debería incluir. Como ejemplo, tenemos el ejercicio del derecho de huelga –en tanto derecho fundamental, por un pequeño grupo de trabajadores que por su posición estratégica tienen la capacidad de bloquear la producción de sectores económicos enteros, quienes usan la huelga en aras de obtener salarios que exceden ampliamente a los que generalmente reciben trabajadores de similar cualificación; igualmente, podemos citar los casos de abuso del proceso, esto es, de abuso de facultades que las partes tienen en el proceso, facultades que pueden verse como concreciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, conviene preguntarnos ¿cuál es el criterio valorativo que permitiría al juez decidir que el ejercicio de un derecho es abusivo? Al respecto, autorizada doctrina italiana [Cfr. PINO, Giorgio. “*L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*”, En: “*El abuso del derecho y la interpretación jurídica*”, Paolo Comanducci. Revista de Derecho Privado, N° 21, julio-diciembre de 2011, Colombia, pp. 107 a 118] señala que los criterios efectivamente empleados, al menos en Italia, son múltiples: criterio subjetivo (*animus nocendi*, propósito de dañar o perjudicar); y criterios económicos (eficiencia); criterios morales (en el sentido de la moral crítica, de la social, o de la así llamada moralidad interna al derecho); criterios teleológicos (*ratio legis*; función social; principios balanceados entre sí).

Expuestas así las cosas, analizaremos cada una de las pretensiones reseñadas *supra*, desde la perspectiva de la figura del abuso del derecho.

§. Sobre el ejercicio abusivo de los derechos de Talingo Corporation en relación a su porcentaje accionario respaldado en las altas mayorías previstas en los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA

Argumentos de la demandante

8. Clarion Holding Limited Corporation afirma que Talingo Corporation ha venido abusando del singular derecho de veto que ostentaría, oponiendo su 22.36% frente a todos los demás accionistas, erigiéndose como tirano o dictador de la sociedad, obstruyendo cualquier acuerdo que suponga una mejora para SIMSA y pareciendo estar empecinada en su debacle total, desconociendo los propósitos de tal actitud.

Señalan que, desde el año 2007 y en particular desde que White Peak decidió no venderle a Talingo Corporation sus acciones, ésta inició una política de obstrucción. Como consecuencia de ello –y solo a título de ejemplo– sostienen que SIMSA estuvo tres años sin

gerente general, perdiendo la oportunidad de acceder a créditos en el sistema financiero, circunstancia que le impidió ejecutar importantísimas obras de infraestructura, frustrando la posibilidad, además, de incorporar a un socio estratégico que iba a aportar un flujo de inversiones. En noviembre del 2010 renunció un director titular y un alterno elegidos con el voto de Talingo Corporation; el 21 de diciembre del 2010 se produjo también la renuncia de otra directora, igual, elegida por Talingo Corporation, con la evidente intención de crear una situación de vacío de poder que paralizó aún más a SIMSA, por lo que el 22 del mismo mes se reunió de emergencia el directorio para completar su número por cooptación y convocar válidamente a Junta General de Accionistas, por conducto o vía notarial, para el 21 de enero de 2011, en el cual se designaron a los reemplazantes de los directores renunciantes.

SIMSA, por su parte, en la misma línea de Clarion Holding Limited Corporation, afirma que la conducta obstruccionista de Talingo Corporation ha afectado a la sociedad durante más de tres años, ya que ésta última, ha venido realizando un ejercicio abusivo de su porcentaje accionarial, respaldado en las súper mayorías establecidas en los artículos 25º y 37º del Estatuto, situación que ha causado la paralización de la empresa y ha puesto en riesgo la fuente de trabajo de muchas familias.

Argumentos del demandado

9. Talingo Corporation en la contestación de la demanda sostiene que el amparo de Clarión está dirigido o tiene como finalidad que el Juzgado ordene que Talingo Corporation se abstenga de cuestionar los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero del 2011 que ratificó la recomposición del Directorio de SIMSA y también los acuerdos adoptados por éste, omitiendo indicar que la actuación de Talingo Corporation se sustenta en un proceso judicial previo de nulidad de acuerdos societarios (Exp. N° 04901-2011) en el cual cuestionan la legalidad de la Junta y en el cual –incluso, cuentan con una medida cautelar de anotación de demanda, la misma que se encuentra inscrita en la Partida de SIMSA N° 11369709 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, desde el 3 de agosto de 2011.

En relación a los artículos 25º y 37º del Estatuto, sostiene que este tipo de quórum (80% del capital social para la Junta General de Accionistas y siete de ocho directores para el quórum del directorio), es absolutamente legítimo por cuanto la Ley General de Sociedades, solo establece mínimos y por supuesto autoriza quórums y mayorías superiores.

Sostiene que el proceso de amparo no es la vía para decidir sobre la dirección de una empresa privada, sino que esta decisión le pertenece a los accionistas de acuerdo a lo establecido en el Estatuto. Asimismo, niega categóricamente que en algún momento haya obstruido el desarrollo de SIMSA; y señala que Clarion montó dos operativos para tomar el control de SIMSA por la fuerza: i) donó parte de sus acciones en SIMSA a más de 800 trabajadores de la propia sociedad para así forzar su adaptación a una sociedad anónima abierta, y de ese modo romper las mayorías establecidas en el estatuto de la sociedad; y, ii) adquirió concertadamente con el ahora accionista Ross J. Beaty, acciones de SIMSA para que conjuntamente logren más del 50% de participación en la sociedad. Ante estos hechos, inició un proceso de nulidad de los contratos de donación, respecto del cual también –afirman, han obtenido una medida cautelar que suspendió dicha adaptación de SIMSA a sociedad anónima abierta.

Consideraciones

10. El artículo 74º de la Ley General de Sociedades establece que “*En la sociedad anónima sólo pueden ser objeto de aporte los bienes o derechos susceptibles de valoración económica*”. En ese sentido, los aportes en las sociedades anónimas, son los que rigen las relaciones de los socios entre sí y ante la sociedad; por tanto, la participación de los miembros de una sociedad de capitales, se mide en función de la mayor o menor contribución a la formación del capital social. Así, en función del aporte que cada socio realice y no en función de las personas que la integran, se adoptarán las decisiones que regirán la vida de toda sociedad anónima; por ello, las relaciones de poder en una sociedad de capitales como la sociedad anónima, se fundamentan en el *quantum* del aporte: i) el socio que más aporta a la sociedad,

asume un mayor riesgo, y por lo tanto, tiene mayor capacidad de decisión en la gestión social de la sociedad, así como mayores derechos dentro de ésta; y, ii) el accionista minoritario que realiza una inversión en una sociedad que cuenta con un bloque de control claramente definido —lo hace con vocación de inversionista, no de controlador, para obtener una rentabilidad adecuada de su inversión, delegando la administración de su inversión y la gestión de la sociedad en la mayoría, quiénes obviamente, deberán actuar dentro de los límites impuestos por la ley, y el estatuto.

Como en la sociedad anónima, el poder radica en el aporte que haya hecho el socio, cuando existan intereses contrapuestos entre mayoría y minoría, es lógico que deba primar el interés de la mayoría, claro está que el interés social y el interés de la mayoría está restringido a que éste sea lícito (no podría ir en ningún caso contra la ley, el pacto social o el estatuto) y no busque perjudicar a la sociedad en beneficio propio. En ese sentido, así como no se puede legitimar el abuso de las mayorías; teniendo en cuenta las particulares características de la sociedad anónima y su vital importancia en nuestra economía, tampoco se puede avalar que se equipare, el interés social con el interés de la minoría.

11. Ahora bien, en relación al abuso del derecho dentro de sociedades de capitales, en el contexto específico de abuso de mayoría, de minoría o de posición paritaria, “[...] se trata del escrutinio de determinaciones que se adoptan en el seno del máximo órgano social, en las que, a pesar de observarse las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.), se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación” [Cfr. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *“La sociedad por acciones simplificada”*. 1º Edición, Bogotá: Legis, 2009, pp. 65].

En ese sentido, dentro de una sociedad “[S]i la mayoría toma decisiones que están fuera del ámbito que se les ha fijado, están actuando sin un derecho que pueda ampararlas o, en otros términos, y de acuerdo con la terminología jurídica pertinente, estaríamos frente a un caso de abuso del derecho [...] Se ha aceptado por los tratadistas que así como puede existir un abuso del derecho por parte de la mayoría, también puede existir ese mismo abuso por parte de una minoría [...] De acuerdo con lo anterior se desprende que las causas del abuso del derecho en las decisiones que se toman o se dejan de tomar a nombre de la sociedad, pueden agruparse, *grosso modo*, en las siguientes clases: A. Decisiones en contra del interés social; B. Decisiones en contra de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad; y C. Decisiones a favor de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad. Necesariamente deberá estudiarse los hechos en cada caso, para poder determinar la existencia de ese abuso del derecho” [Cfr. FINKIELSZTEIN, Samuel. *“El abuso del derecho en las decisiones tomadas por junta de socios y asambleas generales”*. En: Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, Tomo XX, N° 36, Bogotá, Imprenta Nacional, 1965, p. 317].

Así, el abuso del derecho por la minoría, se presenta cuando éstas se ocupan de obstaculizar todas las decisiones sociales y de perjudicar la dinámica empresarial simplemente como reacción a conflictos emocionales; asimismo, cuando los accionistas minoritarios se oponen injustificadamente a la aprobación de determinaciones cruciales para la marcha de la sociedad, con el único propósito de favorecer sus propios intereses o con la finalidad de entorpecer las decisiones de la mayoría. [Cfr. RUIZ LÓPEZ, Hernando. *“Empresas colombianas: actualidad y perspectivas”*. Superintendencia de Sociedades, 1º Edición, Bogotá, 2009, pp. 29].

12. En el presente caso, conforme a lo establecido en los artículos 25º y 37º del Estatuto de SIMSA y considerando las participaciones de cada uno de los accionistas en el capital social: Clarión Holding Limited Corporation, Orange Bay Commercial Inc. y Talingo Corporation, gozan de un “derecho de veto” sobre cualquier acuerdo que quiera adoptar SIMSA porque si dos de los directores elegidos por alguno de aquellos tres accionistas, no concurre a las sesiones del directorio, éste no puede ser instalado válidamente por falta de quórum, ni tampoco convocar a la Junta General de Accionistas, ya que la convocatoria a la junta debe realizarse por acuerdo del directorio y si éste no tiene quórum no puede adoptar acuerdos.

Resulta indiscutible que los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA son estipulaciones válidas, en tanto y en cuanto los artículos 127° y 168° de la Ley General de Sociedades establecen expresamente la posibilidad de fijar en el Estatuto, quórum y mayorías superiores a las previstas en la ley. Por tanto, no es materia del presente proceso de amparo cuestionar la validez de dichas cláusulas estatutarias, sino más bien determinar si la conducta de Talingo Corporation, respaldada en dichos artículos, constituye o no un ejercicio abusivo de su derecho como accionista minoritario de SIMSA.

13. Ahora bien, para que proceda la declaratoria de abuso del derecho por parte de la minoría, se debe establecer en qué medida el socio minoritario –en este caso Talingo Corporation– ha desplegado una conducta contraria al interés de la sociedad, y que como consecuencia de su proceder –malintencionado o no, la sociedad haya tenido que abstenerse de realizar una operación fundamental en su destino. Para ello, es necesario determinar si en el contexto descrito, se cumplen los cuatro (4) presupuestos –en relación a la figura del abuso del derecho, detallados en el *obiter dicta* de la presente sentencia.

- (i) Existe una regla regulativa –los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA, que le permiten a Talingo Corporation, ejercer un “derecho de veto” sobre cualquier acuerdo que quiera adoptar SIMSA. Específicamente, *las acciones* que se le atribuyen a Talingo Corporation son: impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, administración y funciones de SIMSA y de su Directorio, originadas por la renuncia de los Directores nombrados por Talingo Corporation.
- (ii) Como consecuencia de *las acciones* descritas, realizadas por Talingo Corporation, la demandante Clarion Holding Limited Corporation y SIMSA, sufren un *daño*, materializado en el impedimento de la instalación del Directorio de SIMSA y por ende, en la imposibilidad de convocar, celebrar y tomar acuerdos en Junta General de Accionistas, que a su vez, obstaculiza de manera frontal la toma de decisiones en relación a la continuidad de SIMSA, como ente económico.

Al respecto, no debe perderse de vista que, SIMSA ha logrado acreditar a fojas 341 y ss., del Cuadernillo del Tribunal Constitucional –en el que obra la Carta N° 193-2012-BFE, en la que se detallan una serie de proyectos de acuerdos que beneficiarían al interés social de SIMSA y por ende, a los accionistas, pero que no pudieron ser adoptados por la oposición de Talingo Corporation, al no permitir formar un quórum válido para que los mismos pudieran ser adoptados, valiéndose de su participación minoritaria del 22.36% y de las cláusulas estatutarias antes mencionadas. Igualmente, a fojas 44 y ss., del mismo Cuadernillo– en el que obra el escrito presentado por SIMSA el 3 de setiembre del 2012, se acredita que a marzo del 2012, la actitud obstruccionista de Talingo Corporation –que impidió el financiamiento que iba a conceder Scotiabank y la entrada del Grupo Glencore como inversionista, ha causado daños, en relación a cada uno de los financiamientos a los que pretendía acceder. Asimismo, se ha acreditado que la empresa tuvo problemas de solvencia financiera (con el Citibank), deudas atrasadas (con los trabajadores, con las AFPs y con la SUNAT), disminución notable de la producción, de los niveles de inversión y del valor de las acciones, así como el encarecimiento de los costos a los cuales accedía a financiación; situaciones que han ido superándose con la actual conformación del Directorio, luego de los acuerdos adoptados en Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011.

Conviene precisar a su vez, que no existe una regla regulativa (en la ley o en el Estatuto de SIMSA) que prohíba a Talingo Corporation causar el referido *daño*, en el ejercicio de sus derechos en relación a su participación accionarial en la sociedad.

- (iii) El referido *daño*, sin embargo, aparece como un *daño* injustificado, debido a que Talingo Corporation, actúa sin un fin serio y legítimo, orientado a perjudicar el interés social. Talingo Corporation no puede aducir en su defensa, que su actuar estaba orientado a otro fin o que no pretendía ocasionar el referido daño, puesto que, conocía perfectamente que su actuar generaba la paralización de SIMSA y además impedía la toma de decisiones y su continuidad.

- (iv) El carácter injustificado del daño determina que *las acciones* de Talingo Corporation, de impedir, obstruir, perjudicar y/o paralizar las actividades, la administración y las funciones de SIMSA y de su Directorio, en las circunstancias expuestas, queden prohibidas. Así, si bien *a priori*, la conducta de Talingo Corporation, obedece al ejercicio de sus derechos, contemplados en los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA, en el contexto descrito, debido a la existencia de un ejercicio abusivo de su porcentaje accionarial –en tanto accionista minoritario, dichas acciones devienen –*a posteriori*, en prohibidas.

En este escenario, Talingo Corporation, en tanto socio minoritario, que ostenta el 22.36% de los derechos en que se divide el capital social, ha llegado a ocasionar graves perjuicios al normal desarrollo de la actividad empresarial de SIMSA, al no ejercer sus derechos de manera suficientemente racional en beneficio del interés social.

14. Por tanto, habiéndose cumplido con los cuatro (4) presupuestos que determinan la existencia de abuso del derecho, debe estimarse este extremo de la pretensión planteada, al haberse acreditado que Talingo Corporation ha realizado un ejercicio abusivo de sus derechos en relación a su porcentaje accionarial respaldado en las altas mayorías previstas en los artículos 25° y 37° del Estatuto de SIMSA, en tanto ha venido impidiendo, obstruyendo, perjudicando y/o paralizando las actividades, administración y funciones de SIMSA y de su Directorio.

Asimismo, conviene precisar que en el presente caso, *excepcionalmente*, interviene la justicia constitucional, debido a las particularidades del caso; ya que, a quién nuestro ordenamiento protege es al accionista minoritario responsable, que ejerce sus derechos de acuerdo a la real voluntad de la ley y del pacto social, evitando obstruir la gestión social. En ese sentido, como se ha evidenciado, Talingo Corporation no ha ejercido sus derechos de acuerdo a la real voluntad de la ley y del pacto social –que contiene al Estatuto; y por tanto, su actitud obstruccionista y contraria al interés social debe ser proscrita.

Ahora bien, conviene precisar que, en tanto obran en autos las partidas registrales –de fechas 10 de abril y 9 de mayo de 2012, respectivamente, mediante las que: i) SIMSA adapta su estatuto a la regulación de una Sociedad Anónima Abierta, modificando expresamente el artículo 25° de su estatuto (fojas 327 y ss., del Cuadernillo del Tribunal Constitucional); y ii) se modifica entre otros, el artículo 37° del estatuto de SIMSA (fojas 71 a 72 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional); a la fecha ya no se encontrarían vigentes las altas mayorías para quórum y directorio, previstas en el anterior tenor de los artículos 25° y 37° y que fueron utilizados de manera abusiva por la demandada.

15. Finalmente, dejamos constancia que la estimación de este extremo de la pretensión planteada, constituye protección frente al ejercicio abusivo de los derechos por Talingo Corporation –en relación a su porcentaje accionarial, en tanto accionista minoritario, valiéndose de las cláusulas del Estatuto de SIMSA; mas no significa determinación de responsabilidad social de sus directores, ya que ello, deberá ser dilucidado –de ser el caso, en la vía ordinaria.

§. Sobre la remisión de cartas por parte de Talingo Corporation a los apoderados de SIMSA y a distintas entidades financieras y su incidencia en la continuidad y normal desenvolvimiento de SIMSA

Argumentos del demandante

16. La demandante sostiene que Talingo Corporation, al encontrarse en desacuerdo con la conformación del Directorio reconstituido por decisión adoptada en Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011, ha remitido dos cartas: i) la primera al Citibank, de fecha 2 de junio de 2011 (fojas 45-47); y ii) la segunda dirigida a distintos funcionarios de SIMSA, de fecha 3 de junio de 2011 (fojas 40-42), las cuales contienen –según la demandante, no solo información imprecisa e incorrecta respecto a la situación de SIMSA, sino además frases amenazantes e intimidantes, dirigidas a obstruir e impedir el normal funcionamiento del Directorio de SIMSA y por ende, de la propia sociedad.

17. La Carta de fecha 2 de junio de 2012 remitida por Talingo Corporation al señor Carlos Drago, funcionario del Citibank del Perú, expone en primer lugar –desde su punto de vista, la “irregular” convocatoria a Junta General de Accionistas efectuada por Clarion Holding Limited Corporation y la “irregular” designación de dos directores, nombrados con el fin de recomponer el Directorio de SIMSA, dado que según Talingo Corporation, correspondía solo la convocatoria por iniciativa del Directorio y con el único fin de nombrar un “nuevo” Directorio (y no uno recompuesto), pues se había producido una situación de “vacancia múltiple” al renunciar algunos de sus miembros.

Adicionalmente, en la Carta se señala que:

“[...] en tanto SIMSA no cuente con un Directorio válida y legalmente conformado, no se podrán adoptar ni celebrar ninguno de los temas señalados en el siguiente párrafo, por lo que en caso la Sociedad (“su Directorio”) quisiera celebrar un contrato o acuerdo como consecuencia de la relación comercial tenida con ustedes, sírvanse tener presente todo lo expuesto anteriormente, además de la posible nulidad de todos los actos que realice el “Directorio”, nulidad que podría incluir los celebrados o acordados con ustedes, que no podrán ser considerados como terceros de buena fe, siendo solidariamente responsables de los daños que pudieran irrogarse a la Sociedad” (subrayado agregado).

18. El tenor de la Carta de fecha 3 de junio de 2011 dirigida a los altos funcionarios de SIMSA, don Javier Márquez Zapata (Gerente de Administración), César Ólea (Sub Gerente de Finanzas), Pedro Vargas Nizama Victoria (Gerente de Operaciones), Alfonso Izquierdo (Gerente de Comercialización) y Mario Portocarrero (Asesor), es similar al remitido al Citibank, afirmando que:

“[...] la Sociedad incurrirá en causal de disolución, en tanto SIMSA no cuente con un Directorio válida y legalmente conformado, no se podrán adoptar ni celebrar ninguno de los temas señalados en el siguiente párrafo, por lo que les invocamos que se abstengan de realizar cualquier tipo de conducta que contribuya con la realización de actos ilegales dirigidos, adoptados o acordados por el supuesto “Directorio” ya inscrito, ya que podrían ser considerados solidariamente responsables de los daños que pudieran irrogarse a la Sociedad” (Subrayado agregado).

19. Según la demandante, las cartas enviadas forman parte de una estrategia de intimidación, no solo orientada a impedir que los directivos de SIMSA acaten las decisiones del Directorio, sino peor aún, orientado a impedir que la empresa mantenga vínculos económicos vitales con los demás agentes económicos del mercado, necesarios para su continuidad como empresa.

Por su parte, SIMSA, señala que la conducta de Talingo Corporation constituye un ejercicio abusivo de sus derechos, proscrito por el artículo 103° de la Constitución, ya que la forma en que viene ejerciendo sus derechos Talingo Corporation, resulta abusiva, al no limitarse a ejercer todo cuanto le corresponde en su beneficio; sino que, los ejerce perjudicando derechos de terceros y en el presente caso afectando el interés social. Todo ello, afirma, revela pérdida de *affectio societatis*, que es la causa de celebración de un contrato de sociedad con efectos que no se agotan entre las partes, sino que se extiende en el tiempo y vincula a terceros.

Argumentos del demandado

20. Talingo Corporation aduce que las cartas enviadas, tenían por finalidad exponer su posición respecto a la ilegalidad de la Junta y el Directorio de SIMSA; que dichas cartas describían los hechos acontecidos, y explicaban su posición, respecto a su ilegalidad, así como las posibles consecuencias establecidas en la Ley General de Sociedades. Asimismo, afirma que tales cartas no tenían la capacidad de obstaculizar las operaciones de SIMSA, sino que tan solo cumplían una finalidad informativa, protegiendo sus derechos.

21. De acuerdo con el demandado, con posterioridad al envío de tales cartas, interpuso una demanda de nulidad de acuerdos societarios, con la finalidad de que se declare la nulidad de la Junta y de todos los acuerdos adoptados por el ilegal Directorio de SIMSA, por considerarlos ilegales (Exp. N° 4901-2011). En dicho proceso, obtuvieron una medida cautelar de anotación de demanda expedida por el Décimo Sexto Juzgado Civil-Comercial de Lima, en virtud de la cual, la información vertida en las cartas actualmente es pública, encontrándose inscrita la demanda en la Partida Registral de SIMSA.
22. Refiere también que Clarión Holding Limited Corporation pretende ordenar la censura previa de Talingo Corporation, figura que se encuentra vedada por la Constitución y distintos tratados internacionales; ya que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún tipo de censura previa, afirmando que su límite no se configura de manera previa, sino únicamente de manera posterior a su ejercicio.

Consideraciones

23. Si como lo reconoce Talingo Corporation, la remisión de las citadas cartas obedece al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, cumpliendo una finalidad meramente informativa; teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, en relación a la figura del abuso del derecho, el análisis se centrará en determinar si es que efectivamente –como alega el demandante y SIMSA–, el demandado viene ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, de manera abusiva, perjudicando así la continuidad y normal desenvolvimiento de SIMSA.
24. En principio, conviene resaltar que, según las cartas cursadas, las acciones que según Talingo Corporation, estarían prohibidas de realizar los directores de SIMSA, incluyen una serie de decisiones y/o medidas económicas, esenciales en la actividad productiva de SIMSA, como la compraventa de títulos, bienes, obtención de líneas de crédito, constitución de hipotecas, realización de transacciones con el Grupo Familiar, modificación de sueldos, inversiones de capital, modificación de contratos de comercialización, nombramiento y remoción del Gerente General, distribución de dividendos, entre otros.
25. Asimismo, en torno al apercibimiento que realiza Talingo Corporation en su carta al Citibank, en relación a que no podrá ser considerado como tercero de buena fe, cabe resaltar que el referido apercibimiento cobra vital importancia a la luz de lo dispuesto por la Ley General de Sociedades, en sus diversos artículos que se ocupan de la impugnación y nulidad de acuerdos societarios (artículos 38°, 139°, 150°, 151°, entre otros), en virtud a que estos prevén expresamente, la salvaguarda y protección de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, pese a que posteriormente, se declare fundada la demanda de impugnación y/o nulidad de acuerdos societarios.
26. Ahora bien, a efectos de determinar si es que existe un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión por parte de Talingo Corporation, es necesario determinar si en el contexto descrito, la *acción de informar* –materializada en las cartas cursadas, detalladas previamente, es abusiva; siempre que, se cumplan los cuatro (4) presupuestos –en relación a la figura del abuso del derecho, detallados en el *obiter dicta* de este voto.
- (i) Efectivamente, existe una regla regulativa, el derecho a la libertad de expresión, que le permite a Talingo Corporation, realizar la *acción* de informar los acontecimientos que desde su punto de vista, se vienen suscitando.
 - (ii) Como consecuencia de ejercer su derecho a informar, Clarión Holding Limited Corporation y SIMSA vienen siendo perjudicadas y no existe una regla regulativa (norma) que prohíba causar el referido perjuicio.
 - (iii) El referido perjuicio, sin embargo, aparece como un *daño* injustificado porque en el presente caso, es un daño excesivo o anormal, independientemente de que Talingo Corporation, haya realizado la acción de informar persiguiendo sus propios intereses. Al respecto, una cosa significa protestar legítimamente si se entiende que el

nombramiento del Directorio no ha sido el adecuado de acuerdo a la normativa pertinente, para lo cual se pueden utilizar –como lo ha hecho Talingo Corporation, todos los mecanismos societarios internos y judiciales respectivos; pero otra cosa significa pretender atribuir responsabilidad a quienes celebran actos jurídicos con el Directorio, el que –hasta que no exista resolución definitiva sobre el fondo en el proceso de impugnación de acuerdos societarios llevado ante el Poder Judicial, tiene legitimidad para conducir los destinos de la empresa. De este modo, el perjuicio causado se evidenciaría en la imposibilidad de que SIMSA, pueda celebrar actos jurídicos con terceros y en especial con empresas del sistema financiero –específicamente, en relación al acceso a la financiación, lo que a todas luces incide en la continuidad y normal desenvolvimiento de sus relaciones comerciales.

Conviene precisar que, si bien la continuidad y normal desenvolvimiento de una empresa en el mercado, no se encuentra protegido por una específica prerrogativa jurídica, constituye no sólo un bien jurídico o finalidad constitucionalmente relevante, sino, además, una materia constitucional de especial valor y trascendencia en el régimen económico de nuestra Constitución [Cfr. Exp. N° 0228-2009-PA/TC, fundamento 53].

- (iv) Así, el carácter injustificado del daño determina que en el contexto descrito, la acción de informar por parte de Talingo Corporation, quede fuere del alcance de los principios o directrices que justifican el derecho a la libertad de expresión; por tanto, bajo las circunstancias descritas, la acción de informar, resulta prohibida.

27. En conclusión, consideramos que la demanda debe ser estimada en este extremo, pues se ha acreditado que efectivamente, las cartas requirentes de Talingo Corporation, en las particulares circunstancias descritas, constituyen un ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de expresión, excediendo ampliamente el campo de lo que se alega como meramente informativo; puesto que, trascienden el simple derecho a informar e incursionan en requerimientos de conductas y advierten consecuencias a situaciones que, en la realidad –pese a que se encuentren sujetas a cuestionamiento en un proceso judicial, son válidas y se encuentran inscritas en Registros Públicos. En ese sentido, en tanto se defina la validez de los acuerdos adoptados en Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011, que recompusieron el Directorio de SIMSA, somos de la opinión que la emplazada debe abstenerse de requerir la no celebración de actos jurídicos con el Directorio vigente de SIMSA.

§. Sobre la actuación inmediata de la sentencia de primer grado

28. Sobre el último extremo, se debe establecer que en sede del Tribunal Constitucional no procede el examen de la resolución que ordena la actuación inmediata de la sentencia de primer grado.

En efecto, el Tribunal Constitucional no tiene competencia para evaluar, vía recurso de agravio constitucional, la procedencia o no de la actuación inmediata de la sentencia de primer grado. Y es que entre los distintos supuestos de procedencia de este recurso, tanto legales como jurisprudenciales, no se encuentra ninguno relacionado con la impugnación de una resolución que otorga o deniega la actuación inmediata. En consecuencia, aunque la Quinta Sala Civil de Lima ha obviado pronunciarse respecto a si la concesión del recurso de agravio constitucional incluía el extremo que revocó la actuación inmediata, debe entenderse que no lo incluía, y que dicho extremo, por tanto, no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

Por estos fundamentos, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, al haberse acreditado que Talingo Corporation, como accionista minoritario de SIMSA, ha venido ejerciendo en forma abusiva sus derechos, conforme a lo expuesto en los fundamentos 13, 14 y 27 del presente voto.

2. **ORDENAR** a Talingo Corporation que, en tanto se defina la validez de los acuerdos adoptados en Junta General de Accionistas de fecha 21 de enero de 2011, que recompusieron el Directorio de SIMSA, se abstenga de requerir, mediante cartas o comunicaciones de distinta índole, la no celebración de actos jurídicos con el Directorio vigente de SIMSA; al haberse acreditado que la remisión de cartas por parte de Talingo Corporation, configura un ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de expresión, manifestado en su *acción* de informar.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de Talingo Corporation de formación de cuaderno de actuación anticipada.

Sres.

**MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 02879-2012-PA/TC

**JUNIN
NEGOCIACIONES
SANTAYANA E.I.R.L.**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 5 de noviembre de 2012

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa Negociaciones Santayana EIRL contra la resolución expedida por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 159, su fecha 8 de marzo de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 8 de agosto del 2011 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) - Intendencia Regional de Junín, solicitando que cese la lesión de sus derechos fundamentales al debido procedimiento administrativo, a la defensa, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo y del principio de no confiscatoriedad, y que en consecuencia se declare el cese de la cobranza coactiva iniciada en su contra así como de los actos de hostilidad realizados.

Sostiene la empresa recurrente que la deuda tributaria que mantenía con la emplazada se ha extinguido en virtud de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp N° 0952-2007-Huancayo). Refiere también que ha cancelado la suma adeudada ascendente a cinco mil setecientos noventa y dos nuevos soles (S/. 5792), que sin embargo pese a ello se le viene exigiendo el pago de una suma aproximada a cuatro millones y medio de nuevos soles.

Afirma adicionalmente que don Emiliano Santayana Gavilán en su condición de gerente de la empresa Negociaciones Santayana E.I.R.L. mediante sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 7 de marzo de 2008, fue condenado como autor del delito de defraudación tributaria a cuatro años de pena privativa de libertad y que en dicha sentencia también se señaló que el sentenciado debía pagar el impuesto a la renta ascendente a la suma de S/. 5792.00 (cinco mil setecientos noventa y dos nuevos soles), montó que abonó mediante certificado de depósito judicial. Finalmente manifiesta la demandante que en consideración a lo actuado en el proceso penal mencionado, a través de su gerente don Emiliano Santayana Gavilán solicitó en reiteradas ocasiones a la SUNAT la conclusión del procedimiento de cobranza coactiva, siendo negado dicho requerimiento por la emplazada, y que incluso el Tribunal Fiscal se inhibió de conocer los numerosos recursos de queja que interpusiera a fin de obtener respuesta positiva en la administración, motivo por el cual recurrió nuevamente al Poder Judicial (Primer Juzgado Penal) solicitando que se dé por cancelada la deuda tributaria, siendo desestimado dicho requerimiento por el Primer Juzgado Penal.

2. Que el Juzgado Civil de Huancayo mediante Resolución N° 1, fecha 25 de agosto del 2011, resolvió declarar improcedente la demanda de amparo por considerar que ésta se encuentra incurso en la causal de improcedencia contemplada en el inciso 2) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. A su turno la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior

- de Justicia de Junín, mediante Resolución de fecha 8 de marzo del 2012, resolvió confirmar la apelada por similares argumentos.
3. Que de la lectura de la demanda, del escrito de apelación y del recurso de agravio constitucional (RAC), se desprende que la empresa recurrente pretende: *“Ordenar el cese del Procedimiento de Ejecución Coactiva comprendido en el Expediente Acumulado N° 01310608154 así como los actos de hostilidad”*, alegando que tales actos vulneran su derecho constitucional al debido procedimiento administrativo.
 4. Que de la valoración de los medios probatorios obrantes en el expediente, de fojas 2 a 43, puede advertirse que:
 - a) Don Emiliano Santayana Gavilán es gerente de Negociaciones Santayana, empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) y que, mediante Resolución de fecha 7 de marzo de 2008, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, fue sentenciado como autor del delito tributario de defraudación y condenado a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, y que le fijaron por concepto de reparación civil dos mil nuevos soles, sin perjuicio de pagar el impuesto a la renta dejado de cancelar, ascendente al monto de cinco mil nuevos soles.
 - b) Don Emiliano Santayana Gavilán cumplió efectivamente con cancelar los conceptos que le indicaron en la sentencia penal a través de los depósitos judiciales que corren a fojas 12 a 14 de autos.
 - c) La empresa demandante, a través de su gerente, solicitó que en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Suprema (Resolución de fecha 7 de marzo de 2008), se dé por cancelada su deuda tributaria al haber sido pagada completamente. Dichas solicitudes fueron desestimadas por la emplazada, incluso el Tribunal Fiscal mediante Resoluciones de fechas 11 de noviembre de 2009, 28 de enero de 2011 y 20 de julio de 2011 resolvió inhibirse de los recursos de queja presentados por la demandante.
 5. Que en el contexto descrito se evidencia que la empresa demandante cuestiona dos procedimientos diversos: a) el procedimiento de determinación en el cual se estableció el acto que generó la obligación tributaria y se fijó el monto adeudado; y, b) el procedimiento de ejecución coactiva, el cual se utiliza para ejecutar lo resuelto en el procedimiento de determinación de una deuda ya liquidada.
 6. Que en lo relacionado al procedimiento de determinación es evidente que en su momento la demandante cuestionó el hecho que generó la obligación tributaria, esto es el impuesto a la renta, siendo incluso discutido en sede judicial en la vía contencioso administrativa (Exp. N° 2371-03), lo cual se evidencia de la Resolución de fecha 18 de octubre de 2007, emitida por la Quinta Sala Contencioso Administrativa de Lima, que corre a fojas 40 del cuadernillo del Tribunal Constitucional, no pudiendo en consecuencia pretender su reevaluación en sede constitucional.
 7. Que continuando con lo expresado se observa que en realidad lo que impugna la demandante es el inicio del procedimiento de ejecución coactiva, toda vez que considera que con el pago realizado por don Emiliano Santayana Gavilán en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución de fecha 7 de marzo de 2011 emitida por la Corte Suprema, la deuda de la empresa Negociaciones Santayana EIRL fue cancelada.
 8. Que este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia que el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional al establecer que *“no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, (...)”*, ha optado por el proceso de amparo, de carácter subsidiario, lo que significa que dicho proceso ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos fundamentales. En consecuencia, si la demandante dispone de un proceso cuya

finalidad también es la protección del derecho fundamental presuntamente lesionado, debe acudir a él. (Resolución recaída en el Exp. N° 01431-2007-AA/TC, fundamento 2).

9. Que en casos similares al presente (Exp. N° 02612-2008-PA y N° 0868-2008-PA/TC), el Tribunal considera que la vía procedimental igualmente satisfactoria para resolver las controversias es el proceso contencioso administrativo de revisión judicial previsto en la redacción vigente del artículo 23° de la Ley N.° 26979, que señala:

Artículo 23.- Revisión judicial del procedimiento

El procedimiento de ejecución coactiva puede ser sometido a un proceso que tenga por objeto exclusivamente la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite para efectos de lo cual resultan de aplicación las disposiciones que se detallan a continuación:

(...)

23.2 El proceso de revisión judicial será tramitado mediante el proceso contencioso administrativo de acuerdo al proceso sumarísimo previsto en el artículo 24 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el presente artículo.

23.3 La sola presentación de la demanda de revisión judicial suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva hasta la emisión del correspondiente pronunciamiento de la Corte Superior, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16, numeral 16.5 de la presente Ley.

De acuerdo a lo expresado este Colegiado considera que la empresa demandante se encuentra facultada para solicitar la revisión judicial de los actos del procedimiento de ejecución coactiva recaído en el Exp. N° 1310608154, a través del proceso contencioso administrativo.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS**

EXP. N.º 02879-2012-PA/TC
JUNIN
NEGOCIACIONES
SANTAYANA E.I.R.L.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la recurrente es una persona jurídica denominada Negociaciones Santayana E.I.R.L., que interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) – Intendencia Regional de Junín, solicitando que cese la lesión de sus derechos fundamentales al debido procedimiento administrativo, a la defensa, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo y del principio de noconfiscatoriedad, debiéndose en consecuencia declarar el cese de la cobranza coactiva iniciada en su contra así como de los actos de hostilidad realizados.
2. En el presente caso considero necesario manifestar mi posición conocida respecto a la falta de legitimidad para obrar activa de las personas jurídicas (sociedades mercantiles) para demandar en el proceso constitucional de amparo. Es así que en el presente caso se advierte que existe una demanda de amparo propuesta por una persona jurídica, habiendo en reiteradas oportunidades expresado mi posición respecto a la falta de legitimidad de éstas para interponer demanda de amparo en atención a que su finalidad está dirigida incrementar sus ganancias. Es por ello que uniformemente he señalado que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano físico y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “persona humana”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía proceso constitucional de amparo, exonerándoseles de cualquier pago que pudiera requerirse.
3. Este Colegiado en cambio ha venido aceptando demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles, habiendo tenido que expresar en todos esos casos mi posición singular la que finalmente quedó descartada. Es por ello que ante tal posición mayoritaria de este Colegiado he considerado ampliar los ámbitos de competencia en este rubro, no obstante dicho proceder, amen que mi posición cerrada debe estar centrada en la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, por esto considero que a partir de este caso, he de pronunciarme respecto al fondo en casos de personas jurídicas, pues no resulta valedero una renuncia tácita a participar en casos que aun así han sido admitidos a trámite

por este Tribunal, y también porque como juez constitucional es necesario que asuma competencia en cuanto a un tema que a mi consideración este Tribunal está abordando indebidamente, pero que finalmente es la determinación mayoritaria.

Pronunciamiento de fondo partir del presente caso

4. Por lo expuesto considero necesario –pese a mi rechazo a la admisión de demandas de amparo presentadas por sociedades mercantiles–, considero necesario pronunciarme sobre tales pretensiones a fin de asumir competencia de un tema que ya es aceptado por este Colegiado. Por ende no puedo renunciar a mi labor de juez constitucional, razón por la que me veo obligado a emitir pronunciamiento a demandas de amparo presentadas por personas jurídicas.
5. En el presente caso la empresa recurrente persigue tanto el cese de la cobranza coactiva como el cese de los actos de hostilidad realizados en su contra, advirtiéndose que existe una vía igualmente satisfactoria –conforme lo expresa el proyecto puesto a mi vista– a la que puede recurrir la demandante, razón por la que en aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, la demanda deviene en improcedente.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare la **IMPROCEDENCIA** de la demanda.

S.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 03276-2012-PA/TC

CAMANA
MANUEL AGUSTIN
OCHOA MACHADO

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 4 de marzo de 2013

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Agustín Ochoa Machado, contra la resolución expedida por la Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de folios 50, su fecha 20 de junio de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 27 de febrero de 2012, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Camaná y el Gerente de Servicios a la Ciudad de la Municipalidad Provincial de Camaná, señor Carlos Peñafiel Díaz, con el objeto de que se inaplique la Resolución 006-GSC-MPC de fecha 23 de enero de 2012, mediante la cual se le sanciona, por no contar con la licencia de funcionamiento, con la multa de S/. 10,800.00 nuevos soles y una medida complementaria de clausura definitiva del local ubicado en calle La Merced N° 322, del Cercado de Camaná.

Sostiene que la resolución cuestionada se ha expedido sin considerar que no ha vencido el plazo para interponer los recursos impugnatorios administrativos pertinentes, y que la Gerencia de Servicios a la Ciudad no es la competente para iniciar los procesos sancionadores. Agrega que con todo ello se está vulnerando sus derechos de defensa y al debido procedimiento administrativo.

2. Que con fecha 5 de marzo del 2012, el Juzgado Especializado en lo Civil de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa declaró improcedente la demanda, por considerar que existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, como es el proceso contencioso administrativo, a fin de salvaguardar los derechos invocados. A su turno, Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la apelada por similares fundamentos.
3. Que se aprecia que la resolución administrativa cuestionada establece con claridad que la sanción pecuniaria y de clausura indicadas se imponen en razón de haberse verificado que el establecimiento comercial de giro video pub *Salomé* de propiedad del recurrente no contaba con licencia de funcionamiento municipal, notificándose debidamente la Infracción N° 002117, de fecha 13 de enero de 2012, que fue ratificada mediante el Informe N° 011-2012-SGF-GSC-MPPC, de fecha 20 de enero de 2012, al no haberse realizado descargo alguno, por lo que se expidió la resolución administrativa cuestionada. No se advierte entonces en la actuación de la autoridad edil arbitrariedad alguna que denote afectación de los derechos constitucionales invocados; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, la demanda deviene improcedente.
4. Que, asimismo, es pertinente recordar que, en cuanto al otorgamiento de licencias de funcionamiento y clausura de locales comerciales, este Colegiado, en los fundamentos 25, 28 y 31 de la STC 3330-2004-AA/TC, ha precisado que: a) la libertad de trabajo se vulnera si no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa, y que, por ello, para determinar la afectación de la libertad de trabajo, previamente debe constatarse la

vulneración del derecho a la libertad de empresa; b) la demanda será declarada necesariamente improcedente si un derecho fundamental no le asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, "(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...)"; c) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental, como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido si el demandante no cuenta con la licencia de autorización correspondiente de parte de la autoridad municipal; y, d) por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de la autoridad municipal al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento (o de la clausura de locales), el afectado debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la transgresión de un derecho fundamental.

5. Que, consecuentemente, al no contar el recurrente con la autorización municipal correspondiente, la presente demanda carece de asidero legal. Por tanto, no habiéndose acreditado que los hechos alegados inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, resulta de aplicación, además del artículo 38.º, el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 04161-2012-PA/TC

UCAYALI
SERVICIOS TURÍSTICOS
ARAGUANA E.I.R.L.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 4 de abril de 2013

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Edwar Reynaldo Pinto Elías contra la resolución de fojas 321, su fecha 22 de agosto de 2012, expedida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró infundada la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 18 de abril del 2011, Edwar Reynaldo Pinto Elías, representante de la Empresa Servicios Turísticos Araguana E.I.R.L., interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, representada por su alcalde, David Yamashiro Shimabukuro, solicitando que se declare nula el acta de cierre temporal de su local comercial y nula la boleta de pago de la multa impuesta por considerar que se ha vulnerado su derecho al debido proceso administrativo.
2. Que el recurrente manifiesta que es conductor de un establecimiento que cuenta con licencia municipal para la realización de espectáculos con artistas, fiestas, karaoke, venta de bebidas alcohólicas, tragos exóticos, etc. Agrega que con fecha 26 de marzo del 2011, a la 1:26 de la madrugada, personal de la Municipalidad ingresó en su local y encontró a una persona de 16 años de edad acompañada de otra de 26 años, ambas sentados alrededor de una mesa en la que había botellas de cervezas y vasos servidos, y que por estos hechos la Municipalidad ordenó el cierre temporal más la imposición de una multa. El demandante sostiene que no se ha probado que la menor de edad estuviera consumiendo licor o que se le haya vendido licor, que son las causales imputadas para el acto de cierre temporal, por lo que en su caso se habría actuado arbitrariamente.
3. Que el procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la Municipalidad contesta la demanda y deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía previa argumentando que se encuentra en trámite la reconsideración y la nulidad interpuestas por el propio recurrente ante la Municipalidad, las que están pendientes de resolución. Asimismo, solicita que se declare improcedente la demanda por no ser el proceso de amparo la vía idónea sino el proceso contencioso-administrativo.
4. Que con fecha 1 de marzo del 2012, el Segundo Juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa pues ante hechos como los descritos se puede exceptuar el agotamiento de las vías previas, ya que al haberse ejecutado el acto administrativo el daño generado podría convertirse en irreparable (cierre temporal del local). Asimismo, el Juzgado declaró fundada la demanda argumentando que de acuerdo a la Ordenanza N.º 020-2010-MPCP, en las inspecciones realizadas por la Defensoría Municipal del Niño y el Adolescente (Demuna), que tengan como fin proteger a los menores de edad de la explotación sexual, debe estar siempre presente un fiscal, lo que no sucedió en el caso de autos. Agrega el Juzgado que en las actas elaboradas por los servidores municipales que realizaron la verificación se anotan dos infracciones distintas: i) haber encontrado a una menor en horas de la madrugada en un establecimiento apto para la realización de espectáculos con artistas, fiestas, karaoke, venta de bebidas alcohólicas, tragos exóticos, etc.; y, ii) vender bebidas alcohólicas a una menor de edad; circunstancias que no han sido probadas, por lo que el cierre temporal del local es arbitrario.
5. Que con fecha 22 de marzo del 2012, la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ucayali revocó la apelada y declaró infundada la demanda considerando que el artículo 46 de la Ley Orgánica de Municipalidades faculta la potestad sancionadora de estas, agrega que en ese sentido y dentro de sus funciones, la demandada impuso una medida de cierre que es temporal además de una multa. Por otra parte, la Sala advierte que en autos obra el acta fiscal que acredita los hechos cuestionados por el propio demandante y que son sustento de la acción municipal. Finalmente, la Sala añade que se ha sancionado al demandante porque permitió la entrada en su local de una menor de edad sin establecer si ella se encontraba en compañía de sus padres o sus tutores (según lo previsto por el artículo 502 del Código Civil); en consecuencia, el demandante expuso al peligro la seguridad física y psicológica de dicha menor.
6. Que mediante precedente vinculante recaído en el expediente número 2802-2005-PA/TC, se estableció que cuando se trate de casos en los que se estaría afectando la libertad de trabajo como derecho accesorio a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional sería competente para conocer la materia, siempre y cuando el afectado cuente con licencia municipal, sin embargo, en el presente caso no se cuestiona ni la afectación a la libertad de

trabajo ni la violación a la libertad de empresa; todo lo contrario, se cuestiona la violación al debido procedimiento administrativo que tiene una vía propia en el proceso contencioso-administrativo. Tampoco puede pensarse en una supuesta violación a los derechos fundamentales antes mencionados puesto que la sanción impuesta por la infracción cometida es temporal y no deviene en irreparable.

7. Que por propia versión del demandante y de la contestación de la demanda se acredita que existía en trámite varios recursos impugnatorios que estaban pendientes de resolución. En otras palabras, la respuesta a la impugnación del recurrente contra la multa y el cierre temporal estaban por responderse en sede administrativa. Lejos de esperar la resolución que agote la vía administrativa, el demandante se apresuró y erróneamente acudió al amparo que, como es ampliamente conocido, tiene carácter residual.
8. Que en las circunstancias descritas, resulta de aplicación el artículo 5.4 del Código Procesal Constitucional, debiendo desestimarse la presente demanda constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN**

EXP. N.º 04559-2012-PA/TC

**AREQUIPA
EDWIN ROGER
ALIAGA ESCARZA**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 9 de abril de 2013

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Edwin Roger Aliaga Escarza contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 68, su fecha 21 de setiembre de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que la parte recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores- Arequipa con el objeto de que sean declaradas inaplicables: a) La Ordenanza Municipal Nro. 126-MDM (*relativa a la regulación del procedimiento para sancionar con clausura inmediata a los establecimientos que constituyan peligro, riesgo o generen efectos perjudiciales inminentes a la seguridad, salud o la tranquilidad del vecindario*); y b) el acta de Clausura- Tapiado, de fecha 9 de marzo de 2012, ordenándose el cese a la violación de su derecho constitucional a un debido proceso y que, en consecuencia, se ordene la reapertura de su local comercial ubicado en la Av. Mariscal Castilla N.º 615-A, distrito de Miraflores, provincia de Arequipa.
2. Que el Primer Juzgado Mixto del Modulo Básico de Justicia de Mariano Melgar de la Corte Superior de Justicia de Arequipa declara improcedente la demanda, por considerar que existe otra vía jurisdiccional idónea para salvaguardar el derecho presuntamente afectado, resultando aplicable el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirma la apelada por similares fundamentos. Adicionalmente, argumenta que a la fecha en que se realizó la inspección municipal en la que se procedió a la clausura y tapiado del citado local comercial, el demandante no contaba con la licencia de funcionamiento municipal correspondiente.
3. Que con relación a la presunta afectación del derecho al debido proceso, cabe precisar que el local comercial del recurrente no contaba con la debida licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal; es más, del Acta de Clausura que obra a fojas 4 de autos, se puede apreciar que “... *dicho local carecía de licencia de funcionamiento, encontrándose 39 personas libando licor y un grupo musical, procediéndose al tapiado (sic)*...”, por lo que no habría situación anterior que reponer, toda vez que en el proceso de amparo no se declaran derechos sino que se restituyen, no evidenciándose en el actuar de la autoridad municipal arbitrariedad alguna que denote afectación de los derechos constitucionales invocados; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene improcedente.
4. Que, asimismo, es pertinente recordar que, en cuanto al otorgamiento de licencias de funcionamiento y clausura de locales comerciales, este Colegiado, en los fundamentos 25, 28 y 31 de la STC 3330-2004-AA, ha precisado que: a) la libertad de trabajo se vulnera si no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa, y que, por ello, para determinar la afectación de la libertad de trabajo, previamente debe constatarse la vulneración del derecho

a la libertad de empresa; b) la demanda será declarada necesariamente improcedente si un derecho fundamental no le asiste al recurrente, en virtud de que, según el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, "(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (...)"; c) no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental, como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido si el demandante no cuenta con la licencia de autorización correspondiente de parte de la autoridad municipal; y, d) por tanto, si existen dudas acerca de la actuación de la autoridad municipal al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento (o de la clausura de locales), el afectado debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la transgresión de un derecho fundamental.

5. Que, consecuentemente, al no contar el recurrente con la autorización municipal, la sanción impuesta, referida a la clausura del local comercial, se encuentra enmarcada dentro de las facultades sancionadoras previstas por la Ley Orgánica de las Municipalidades establecidas en los artículos 46º a 49º y demás leyes de la materia.
6. Que por consiguiente, no habiéndose acreditado que los hechos alegados inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, resulta de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 01177-2013-PA/TC**LIMA****JOSÉ CONCEPCIÓN****CRUZADO HERNÁNDEZ****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 17 de junio de 2013

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Concepción Cruzado Hernández contra la resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 145, su fecha 22 de enero de 2013, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 3 de octubre de 2011, don José Concepción Cruzado Hernández, en representación de la Empresa de Transportes Mobal S.R.L., interpone demanda de amparo contra los jueces de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Ventura Cueva, De Vinatea Vara Cadillo y Chamorro García, a fin de que se declare la *nulidad* de la resolución de fecha 15 de julio de 2011, que confirmando la resolución apelada, de fecha 2 de noviembre de 2010, declaró improcedente el pedido de desafectación del vehículo-camión marca Volvo FL-7, con placa de rodaje N° WB-6904, expedida en el proceso penal que se le sigue a don Omar Ulises Alegre Botetano, por el delito de contrabando en agravio del Estado peruano. Alega la violación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y como consecuencia, de los derechos a la libertad de empresa, la libertad de trabajo y de propiedad.

Sostiene que no es parte en el referido proceso penal por el supuesto ilícito aduanero ocurrido en el 2001 y que el mencionado vehículo fue adquirido por su representada de buena fe el 28 de agosto de 2003, desconociendo algún problema de importación, siendo incautado por la autoridad judicial el 4 de junio de 2003, por lo que solicitó la desafectación ante la autoridad judicial; no obstante ello, refiere que los jueces emplazados han declarando improcedente dicho pedido a través de la resolución ahora cuestionada, la misma que carece de una debida motivación, toda vez que no emite pronunciamiento sobre el principio de buena pública registral invocado en el recurso de apelación, y más bien aplica de manera retroactiva la Ley 28000, que no estaba vigente en la fecha en que supuestamente ocurrieron los hechos. Asimismo, afirma el actor que los jueces emplazados han argumentado que el derecho a la libertad de trabajo no es un derecho absoluto, pues puede ser restringido en este caso por el bien jurídico protegido de relevancia constitucional de recaudación tributaria; sin embargo, no se ha motivado debidamente el procedimiento ponderativo ni se ha especificado cuáles son las razones o los motivos por los que en este caso el bien jurídico de recaudación tributaria debe prevalecer sobre los derechos a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y de propiedad, lo cual vulnera los derechos invocados.

2. Que el Séptimo Juzgado Constitucional, con fecha 5 de octubre de 2011, declaró improcedente *in limine* la demanda, por considerar que el proceso de amparo contra resoluciones judiciales no se extiende a la evaluación del criterio de los jueces ordinarios al momento de resolver una causa determinada, como es el caso. La Quinta Sala Civil de la

Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 22 de enero de 2013, confirmando la apelada declaró improcedente la demanda, por similares argumentos.

3. Que este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que a través del proceso de amparo contra resoluciones judiciales se puede cuestionar las decisiones judiciales que vulneren de forma directa derechos fundamentales. Y de manera más concreta, en cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales, ha enfatizado que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– comporta que el órgano decisor, y en su caso, *“los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión; implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, que por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún cuando ésta sea breve o concisa. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino y sobre todo de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso del que se deriva la resolución cuestionada”* (STC 1230-2002-AA/TC, fundamento 11; STC 3722-2006-AA/TC, fundamento 2, entre otros). Siguiendo esta línea argumentativa este Tribunal Constitucional también tiene dicho que el juez constitucional puede examinar la presunta inconstitucionalidad de las decisiones judiciales no sólo cuando estas sean expedidas con violación de derechos fundamentales de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, sino también cuando sean expedidas con violación de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva como la libertad de empresa, la libertad de trabajo y el derecho de propiedad.
4. Que en el caso *constitucional de autos*, el actor aduce que a través de la resolución cuestionada, de fecha 15 de julio de 2011, que confirmando la resolución apelada de fecha 2 de noviembre de 2010, declaró improcedente el pedido de desafectación del vehículo-camión marca Volvo FL-7, con placa de rodaje N° WB-6904, se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de los resoluciones judiciales, y como consecuencia, también se ha vulnerado los derechos a la libertad de empresa, libertad de trabajo y de propiedad, pues según refiere dicha resolución carece de una debida motivación al no haber emitido pronunciamiento sobre el principio de la buena fe pública registral, así como no ha especificado cuáles son las razones o los motivos por los que en el caso el bien jurídico protegido de recaudación tributaria debe prevalecer sobre los derechos a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa y de propiedad, lo que sí es susceptible de ser revisado a través del proceso de amparo constitucional. Sobre esta base, este Tribunal considera que las instancias judiciales inferiores han incurrido en un vicio procesal que afecta el sentido de la decisión, por lo que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 20° del Código Procesal Constitucional, y a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa del Poder Judicial representado por el procurador público, de los propios jueces emplazados y de los que tengan interés directo en el resultado del presente proceso, y además para poder actualizar y confrontar los medios de prueba que presenten las partes, corresponde anularse y ordenarse la reposición del trámite al estado anterior de la ocurrencia del vicio.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar NULO

todo lo actuado, a partir de la resolución N° 1, de fecha 5 de octubre de 2011, de fojas 37.

2. Ordenar al Séptimo Juzgado Constitucional de Lima admitir a trámite la demanda, con notificación del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial y de los jueces emplazados, así como a cualquier persona natural o jurídica que tenga interés directo en el resultado del presente proceso, a fin de evitar posteriores nulidades.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

EXP. N.º 01779-2013-PA/TC

CALLAO
ESTACIÓN DE SERVICIOS
AEROPUERTO SRL.
Representado(a) por
WILMINGTON SILVIO
MAMANI TEJADA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 11 de julio de 2013

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilmington Silvio Mamani Tejada contra la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas 179, su fecha 6 de noviembre de 2012, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos; y,

ATENDIENDO A

Que con fecha 16 de noviembre del 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial del Callao, representada por su Alcalde señor Juan Sotomayor García, solicitando que se deje sin efecto la resolución de Gerencia Municipal N° 242-2011-MPC/GM, que ordenó la clausura definitiva de su local, y el acta de clausura N° 016-2011-MPC/GCDELC-GLA, que dispuso la clausura de su local donde se venden combustibles.

Que el recurrente narra que con resolución N° 222-2011-MPC-GGDELC se dispuso, como medida cautelar, el cierre temporal del local que conduce y que en mérito a esta resolución se levantó el acta de clausura N° 016-2011-MPC/GCDELC-GLA. Indica que la referida medida cautelar es arbitraria porque ordena el cierre de la empresa Gas Center Jorge Chávez E.I.R.L., por no contar con licencia de funcionamiento ni certificado de conformidad ambiental, pese a que dicha empresa es otra persona jurídica y no la recurrente. Señala que apelada la referida resolución de medida cautelar de cierre temporal, se emitió la resolución de Gerencia Municipal N° 242-2011-MPC/GM, mediante la cual se rectifica el error material (respecto del administrado) pero, igualmente, ordenó la clausura definitiva de su local por no contar con licencia de funcionamiento. Agrega que la resolución que ordenó el cierre definitivo de la venta de combustible también se ha extendido al funcionamiento de las oficinas administrativas, con lo que se afecta seriamente el cumplimiento de sus obligaciones con terceros (Pago de proveedores, pago a SUNAT, etc.). Sostiene que estos hechos vulneran sus derechos al debido proceso, a la libertad de empresa, de propiedad, a la libertad de trabajo, de petición y a la debida motivación de las resoluciones.

Que la Municipalidad demandada contesta la demanda aduciendo que el amparo no es la vía idónea para debatir el tema controvertido sino la vía del proceso contencioso administrativo, toda vez que se trata de actos contenidos en resoluciones administrativas.

Que el Sexto Juzgado Civil del Callao, mediante resolución N° 07, de fecha 16 de mayo de 2012, declaró improcedente la demanda, por considerar que existe una vía igualmente satisfactoria para cuestionar las resoluciones administrativas, que además cuenta con amplia estación probatoria.

Que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante resolución de fecha 6 de noviembre de 2012, confirmó la apelada y declaró improcedente la demanda en aplicación del artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional, por estimar que para resolver la controversia suscitada existen vías ordinarias igualmente satisfactorias, más aún cuando el amparo carece de estación probatoria. Por tanto, no resulta adecuado para la protección de los derechos reclamados.

Que tal y como ya ha sido establecido por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, la vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

7. Que sobre el particular, este Colegiado ha precisado que “(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al amparo alternativo y al amparo residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario” [Exp. N.º 4196-2004-AA/TC, fundamento 6].

Que en efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138°.

Que, consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate. En consecuencia, si el demandante dispone de

un proceso que tiene también la finalidad tuitiva de protección del derecho constitucional presuntamente lesionado y es igualmente idóneo para tal fin, debe acudir a dicho proceso.

Que en el presente caso, el acto presuntamente lesivo se encuentra constituido por la resolución de Gerencia Municipal N° 242-2011-MPC/GM, que ordenó la clausura definitiva de su local, y por el acta de clausura N° 016-2011-MPC/GCDELC-GLA, las cuales pueden ser cuestionadas a través del proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley N.º 27854. Dicho procedimiento constituye una “vía procedimental específica” para la remoción del presunto acto lesivo de los derechos constitucionales invocados en la demanda y, a la vez, resulta también una vía “igualmente satisfactoria”, respecto al “mecanismo extraordinario” del amparo, razón por la cual la controversia planteada debió ser dilucidada en el referido proceso.

Que, asimismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 2802-2005-AA/TC, cuyos fundamentos del 4 al 17 constituyen precedentes vinculantes, se señala que *“...para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa... que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”*. De autos se advierte que el recurrente no ha ofrecido como medio probatorio la respectiva autorización municipal para el funcionamiento de su establecimiento.

Que, en consecuencia, la demanda debe ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5.2º del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.º 02655-2013-PA/TC
CUSCO
ALEJANDRO CLAITON
QUISPE ALTAMIRANO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 13 días del mes de agosto de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Alejandro Claiton Quispe Altamirano contra la resolución de fojas 683, su fecha 10 de abril de 2013, expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de enero de 2012, el recurrente interpuso demanda de amparo contra la Sociedad de la Beneficencia Pública del Cusco, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Municipalidad Provincial del Cusco. Alega el demandante que es integrante del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machu Picchu-Imperio de los Incas y solicita la inaplicación de la Circular N.º 22, de fecha 10 de enero de 2012, que modifica los plazos de la Circular N.º 20, de fecha 16 de noviembre de 2011; de la Circular N.º 19, del 3 de noviembre de 2011; de la Circular N.º 18, de fecha 15 de setiembre de 2011, y de la Circular N.º 18, de fecha 15 de setiembre de 2011. De igual forma solicita que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.º 418-2010-MIMDES.

Manifiesta que su representada obtuvo la buena pro del Concurso Internacional de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Hotel de Turistas del Cusco; que el contrato fue suscrito el 31 de octubre de 2000. Señala también que a pesar de que algunos actos administrativos habrían declarado la caducidad de la concesión, dicho contrato no puede dejarse sin efecto en virtud del artículo 62 de la Constitución. Alega que existe un proceso de promoción de la inversión privada en el Hotel de Turistas del Cusco, lo que afectaría sus derechos fundamentales a la libertad de contratación, al debido procedimiento administrativo, del principio de legalidad y del derecho a la libertad de empresa. Refiere que con las referidas circulares se pone en conocimiento el concurso de proyectos integrales, las modificaciones al plan de promoción y las bases para llevar a cabo el proceso de promoción de la inversión privada en el mencionado Hotel. Por consiguiente, solicita que se repongan las cosas al estado anterior de la vulneración del derecho de su representada.

La Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia y prescripción. De otro lado, alega que no se han vulnerado los derechos fundamentales del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machu Picchu-Imperio de los Incas dado que los contratos administrativos se atienen a sus propios términos.

La Municipalidad Provincial del Cusco deduce las excepciones de litispendencia y de falta de legitimidad para obrar del demandante. Contestando la demanda alega que mediante la Resolución Directoral N.º 048-2002, de fecha 22 de febrero de 2002, se declaró la caducidad del contrato de concesión del Hotel de Turistas del Cusco, por lo que los actos cuestionados no afectan sus derechos fundamentales.

La procuradora pública del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables deduce las excepciones de pleito pendiente, de incompetencia, de falta de legitimidad para obrar del demandante y de prescripción.

El Primer Juzgado Mixto de Wanchaq, con fecha 1 de agosto de 2012, declara fundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante y las excepciones de prescripción y, por consiguiente, declara la nulidad de todo lo actuado e improcedente la demanda de amparo. La Sala confirma la resolución apelada en el extremo que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, y, por lo tanto, determina la improcedencia de la demanda.

FUNDAMENTOS

§ Delimitación del petitorio

En el presente caso la pretensión es que se inapliquen diversas circulares y la Resolución Ministerial N.º 418-2010-MIMDES, referidas a la declaración de caducidad de su contrato de concesión, alegando la afectación de sus derechos fundamentales a la libertad de contratación, al debido procedimiento administrativo, del principio de legalidad y del derecho a la libertad de empresa.

§ Consideraciones procesales

1. Este Tribunal concuerda con lo resuelto en las instancias precedentes respecto de la falta de legitimidad para obrar del actor. Como aparece en los actuados, en un primer momento el actor se presenta, en el encabezado de la demanda, como integrante del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machu Picchu-Imperio de los Incas. Luego, en el punto 6 de su demanda alega ser representante del Consorcio que obtuvo la buena pro del Concurso Internacional de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Hotel de Turistas del Cusco cuyo contrato fue suscrito el 31 de octubre de 2000. Posteriormente, al absolver las excepciones deducidas, el actor alega que interpuso la demanda en su condición de persona natural y que es accionista de la empresa Wayna Picchu, integrante del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machu Pichu-Imperio de los Incas (fojas 437-38). Por otra parte, en su recurso de agravio constitucional alega que no hay impedimento alguno por el cual un socio de una de las empresas del consorcio no pueda interponer una demanda de amparo, porque de acuerdo con el artículo 40 del Código Procesal Constitucional la legitimación del agredido es flexible e incluso permite que terceros puedan reclamar derechos que directamente afectan al ciudadano.

2. El artículo 39 del Código Procesal Constitucional establece que “El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo”. Asimismo, el artículo 40 hace referencia a la representación procesal, estableciendo que “El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada”. Asimismo, tal artículo especifica que “puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los derechos referidos”.

3. No obstante lo alegado por el demandante, este Tribunal considera que el actor no cuenta con legitimidad para interponer la demanda de amparo de autos, toda vez que, de lo expresado en la demanda y escritos posteriores, queda claro que el sujeto supuestamente afectado –sin analizar la corrección de esta afirmación realizada por el demandante– sería el consorcio que suscribió el contrato, y no el recurrente en su calidad de persona natural. Asimismo, a pesar de alegar ser representante del consorcio, en autos no obra documentación alguna que lo acredite como tal. Finalmente, si bien el artículo 40 del Código hace referencia a la posibilidad de que cualquier persona pueda interponer

demandas de amparo, ello solo procede cuando se está frente a la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otro derecho difuso, derechos a los cuales el actor no se ha referido a lo largo del proceso. En consecuencia, habiendo quedado demostrado que el demandante carece de legitimidad para interponer la presente demanda de amparo, esta debe ser rechazada.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

