



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de abril de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento del magistrado Ramos Núñez y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marcos Alfredo Pacheco Cárdenas contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 161, de fecha 5 de octubre de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de octubre de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa, solicitando que se le declare inaplicable: i) el Decreto de Alcaldía 012-2011-MPA, publicado el 2 de agosto de 2011; ii) la Ordenanza 702, publicada con fecha 5 de agosto de 2011; y iii) el Decreto de Alcaldía 013-2011-MPA, publicado el 15 de setiembre de 2011; toda vez que limitan arbitrariamente el horario de atención al público a partir de las 12 de la noche. Ello, a su criterio, vulnera sus derechos a la libertad de comercio, de empresa, a la igualdad y al principio de seguridad jurídica.

Al respecto alega que la restricción horaria cuestionada resulta discriminatoria, por cuanto no se aplica para los casinos, a pesar de que también expenden bebidas alcohólicas y funcionan en el centro histórico. Por otro lado, alega que la restricción cuestionada no reducirá la inseguridad ciudadana ni conservará mejor el centro histórico de la ciudad.

La Municipalidad Provincial de Arequipa deduce las excepciones de incompetencia y de falta de legitimidad para obrar del demandante y contesta la demanda aduciendo que la ordenanza cuestionada no vulnera los derechos constitucionales del accionante, ya que no pretende prohibir la comercialización ni el consumo de bebidas alcohólicas, sino simplemente reglamentarlos a fin de salvaguardar la seguridad y la tranquilidad pública de la comunidad. Señala también que las normas impugnadas no afectan al demandante, pues su local, un café restaurante, podrá atender sin límite de horario.

El Noveno Juzgado Especializado Civil de Arequipa, con fecha 26 de diciembre de 2011, declaró infundadas las excepciones propuestas y con fecha 2 de abril de 2012, declaró infundada la demanda por estimar que no existe afectación de derechos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

fundamentales, toda vez que está acreditada la razonabilidad de la medida cuestionada porque ha superado el principio de razonabilidad, y que tampoco está acreditado un trato desigual. A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. En primer lugar, este Colegiado considera que las normas que se impugnan en el presente proceso tienen el carácter de autoaplicativas, debido a que su sola vigencia ya impone una restricción horaria que imperativamente debe cumplirse, y, de otro lado, la reclamación constitucional incide en el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos fundamentales, como será desarrollado *infra*. En consecuencia, es necesario emitir un pronunciamiento de fondo.
2. Ahora bien, en forma constante y regular, este Tribunal Constitucional ha establecido que los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, por lo que pueden ser regulados en forma legítima por el Estado a fin de tutelar otros derechos fundamentales, así como también bienes constitucionales, tales como el orden público o el bienestar general, logrando con ello un equilibrio entre la libertad individual y la convivencia social. En tal sentido, las intervenciones estatales se podrán realizar siempre que se pretenda racionalizar el orden público en favor de la libertad de los individuos.
3. Sin embargo, la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Precisamente por ello, no basta con argumentar que la Municipalidad estaba legitimada para regular dicho ámbito, sino que tal regulación debe ser proporcional y razonable, pues, de lo contrario, se estaría excediendo en sus funciones reguladoras.
4. Ahora bien, aunque el recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la libertad de empresa al no permitírsele comercializar bebidas alcohólicas en determinadas horas, debe precisarse que, concretamente, lo que se estaría vulnerando es la libertad de comercio. Este derecho, recogido en el artículo 59 de la Constitución, debe ser comprendido como aquella libertad “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” [Sentencia 03330-2004-AA/TC, fundamento 13].
5. Al respecto, conviene precisar, en primer lugar, que no todo consumo de bebidas alcohólicas es motivo de preocupación por parte del Estado, sino tan solo aquel que deviene en excesivo. En segundo lugar, tampoco puede partirse de la premisa de que todas las personas que ingieren bebidas alcohólicas lo hacen hasta llegar a un nivel de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

embriaguez tal que pueda afectar derechos fundamentales de terceros, o bienes constitucionales. Por ende, si bien es necesario regular su horario de expendio, como ha sido desarrollado *supra*, tal regulación no puede ser irrazonable ni desproporcional. Sin embargo, la parte demandante no ha demostrado que, efectivamente, dicha intervención estatal en el derecho fundamental a la libertad de comercio resulte inconstitucional, a pesar de que, precisamente, en ella recae la acreditación de que, de hecho, estamos ante un acto arbitrario o carente de razonabilidad.

6. Muy por el contrario, la restricción decretada no puede ser calificada de arbitraria puesto que tal medida, adoptada por la Municipalidad Provincial de Arequipa, persigue un objetivo totalmente legítimo, consistente en evitar los serios fenómenos sociales que se generan, se profundizan o se agravan por el consumo irresponsable de bebidas alcohólicas y porque, además, no se ha demostrado que tal facultad hubiera sido ejercida de manera desproporcional o irrazonable. Por más tuitiva que sea la justicia constitucional, esta no puede subrogar a la parte demandante en la construcción de sus argumentos, más aún si se tiene en cuenta que la determinación de qué es desproporcional o irrazonable y qué no lo es depende del caso en concreto.
7. Aunque este Tribunal Constitucional coincide con lo argüido en relación a que la regulación estatal no es ilimitada, tal alegato, como resulta obvio, no resulta suficiente para estimar la presente demanda, ya que, en concreto, no ha puntualizado en qué sustenta su posición. Por consiguiente, la presente demanda resulta infundada.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA**

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Comparto lo resuelto por el Tribunal; sin embargo, emito el presente voto con el propósito de efectuar las siguientes precisiones: i) en primer lugar, no comparto el criterio asumido en la sentencia en el sentido de afirmar que la justicia constitucional no puede subrogar al demandante en la construcción de sus argumentos, ya que no habría acreditado, más que con su simple alegato, que la ordenanza impugnada incide en sus derechos a la libertad de empresa e igualdad; ii) en segundo lugar, tampoco considero, tal y como se sostiene en el fundamento 5, que al Estado solo le preocupa el consumo de bebidas alcohólicas que sea “excesivo”; y, finalmente, iii) aunque también estimo que la demanda debe ser declarada como infundada, considero que debió indicarse por qué es que la medida cuestionada superaba el test de proporcionalidad.

*

En relación con el primer punto, no considero que, a fin de resolver este caso, la justicia constitucional deba “subrogar” la construcción de los argumentos de la parte demandante. En efecto, de la revisión del expediente se puede acreditar que el recurrente es propietario de un establecimiento comercial ubicado en la Calle San Francisco, lugar en el que precisamente es de aplicación la ordenanza impugnada. Ello genera que el estipendio de bebidas alcohólicas en su local se vea limitado por la vigencia de la disposición cuestionada, por lo que precisamente le corresponde al Tribunal determinar si es que dicha ordenanza estaba o no constitucionalmente justificada. En ese sentido, no considero que, al resolver esta controversia, estemos subrogando o sustituyendo los argumentos que aquí se han presentado.

Por otro lado, no es necesariamente cierto que la justicia constitucional no pueda intervenir ante el diseño y estructura de argumentos que puedan ser presentados o planteados de forma defectuosa. En efecto, la labor que ejerce este Tribunal, cuando decide cada caso, supone estimar que la argumentación desarrollada por las partes es de suma importancia; sin embargo, ante una construcción poco clara de esta, nosotros no optamos por el silencio, sino que resolvemos de conformidad con la Constitución a fin de advertir alguna posible violación de su contenido protegido.

Así, a partir del principio *iura novit curia*, reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se ha desarrollado el concepto de suplencia de la queja deficiente, que implica la “facultad otorgada a los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar [la] pretensión a fin de otorgar protección constitucional al quejoso, en aquellos casos en los que se advierta un error o una omisión en el petitorio” [STC 569-2003-AC/TC. FJ. 3]. Dicha atribución faculta a los jueces a que se desvinculen de lo planteado en la demanda para otorgar una protección eficaz de los derechos fundamentales lesionados.

Esto no implica, como es evidente, que los jueces constitucionales reemplacemos a la parte reclamante en la elaboración de sus argumentos. Sin embargo, sí tenemos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

competencia para determinar los supuestos en los que los recurrentes incurran en algún error a fin de otorgarles una debida protección, lo cual se analizará en función de cada caso particular.

**

Por otro lado, en la sentencia, particularmente en el fundamento 5, se indica que al Estado solo le preocupa el consumo de bebidas alcohólicas que sea excesivo. Sobre este punto, tengo algunas observaciones.

Es cierto que nuestra competencia radica en determinar si es que alguna conducta, sea que provenga de un funcionario público o incluso de un particular, es o no compatible con el programa normativo que emana de la Constitución. Ahora bien, ello no implica que, en todos los casos, podamos cuestionar la forma en que una persona ha decidido desarrollar su proyecto de vida. La decisión de ingerir bebidas alcohólicas no es, seguramente, la mejor opción que una persona debiera escoger en ese devenir de su existencia. Sin embargo, no creemos que, por ello, el consumo alcohólico en exceso deba ser, en todos los casos, objeto de preocupación por parte del Estado, tal y como se da a entender en el fundamento 5 de la sentencia. Estimo que el parámetro que permite fundamentar esta intervención no tiene que ver con la cantidad de alcohol que una persona ha decidido ingerir, sino que se vincula con el hecho que esta clase de conductas haya tenido alguna clase de incidencia en algún derecho fundamental o bien de relevancia constitucional. Este es, según estimo, el criterio que debe examinar cualquier autoridad a fin de adoptar alguna clase de medida frente al consumo de esta clase de sustancias.

Finalmente, aunque comparta la decisión de declarar como infundada la demanda, consideramos que el Tribunal debió explicar por qué es que la medida cuestionada, contenida en la Ordenanza Municipal 702, es proporcional, ya que en el proyecto solo se explica que la referida disposición tiene una finalidad legítima. Como bien se sabe, esta sola condición no basta para que, sin más, validemos el accionar del poder público.

En ese sentido, como se ha desarrollado en la jurisprudencia de este Tribunal, a fin de justificar la constitucionalidad de alguna medida que incida en alguno de los derechos reconocidos en la Constitución, debe examinarse si es que la misma supera las exigencias propias del test de proporcionalidad. Este análisis se subdivide en tres fases: idoneidad; necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La idoneidad supone que el medio empleado pueda fomentar, en cierto grado, el fin perseguido por la autoridad estatal. En este caso, se advierte que la entidad emplazada ha argumentado que tanto la ordenanza como los decretos cuestionados tienen por propósito resguardar el orden público, ya que, según ha indicado en su escrito de contestación a la demanda, se han llevado a cabo distintos actos que han puesto en peligro a las personas que se encuentran en esa zona. Del mismo modo, también es posible advertir que las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

disposiciones impugnadas se orientan a proteger el Centro Histórico como patrimonio cultural. En ese sentido, la medida adoptada es idónea, ya que evita, en cierto grado, que se promuevan actos vandálicos con ocasión del desenfreno que suele ocasionar el consumo elevado de bebidas alcohólicas. No se trata, seguramente, de la medida más idónea para combatir esta clase de flagelos, pero al no ser manifiestamente antitécnica, por permitir en cierto grado la satisfacción del fin perseguido, corresponde determinar que supera la primera sub-fase del test de proporcionalidad.

Del mismo modo, considero que la medida impugnada resulta necesaria al no existir otras que, pese a ser por lo menos igualmente idóneas, restrinjan en menor medida los derechos fundamentales invocados. Al respecto, el demandante propone que podría implementarse un mejor servicio de policía y serenazgo; sin embargo, en mi opinión, esta medida alternativa no resulta igualmente idónea que la medida que ha sido adoptada por la municipalidad emplazada. De hecho, en la actualidad es evidente que, en sus labores de ordenación, ya existen autoridades asignadas para esta clase de situaciones. No obstante ello, la promulgación de la normatividad que ahora se impugna no hace más que comprobar la insuficiencia de la colocación de personal de seguridad a fin de evitar la comisión de ciertos actos delictivos.

Finalmente, la medida impugnada supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto, ya que el grado de aflicción sufrido por el derecho a la libertad de comercio es mínimo frente al alto grado de satisfacción tanto de la custodia del Centro Histórico como patrimonio cultural y la protección del orden público. En relación con el grado de aflicción del derecho que se alega como vulnerado, se puede apreciar que la empresa del recurrente realiza actividades de “Café y Restaurante Turístico”, como se desprende del Certificado que autoriza su funcionamiento (fojas 8), y, por consiguiente, su horario no se encuentra limitado, salvo en lo que corresponde al estipendio de bebidas alcohólicas, en cuyo caso la atención será solo hasta las doce de la noche, tal y como dispone el artículo 5 de la Ordenanza Municipal N° 702. Por otro lado, resulta evidente que la prohibición de venta de bebidas alcohólicas en la zona tutela, de una manera considerable, el orden público de la zona. Ante la prohibición de ingesta de esta clase de bebidas se puede evitar, como se mencionó *supra*, el desarrollo de conductas inapropiadas que pueden incluso lindar con lo delictivo.

Por lo expuesto, estimo que la medida resulta proporcional, y que, en consecuencia, debe declararse infundada la demanda en todos sus extremos.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la decisión de la mayoría de mis colegas magistrados, en el presente caso mi posición queda establecida en los siguientes términos:

1. El recurrente, en su calidad de propietario de un Café-Restaurant Turístico, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa con el objeto de que se declaren inaplicables a su caso el Decreto de Alcaldía N° 012-2011-MPA, la Ordenanza Municipal N° 702 y el Decreto de Alcaldía N° 013 ya que, según alega, mediante estos la autoridad edil ha limitado el horario de atención de los "Centros de Entretenimiento" ubicados en el perímetro del Centro Histórico de la Ciudad de Arequipa, lo cual considera lesivo a sus derechos a la libertad de comercio, libertad de empresa y a la igualdad. Asimismo, en el recurso de agravio constitucional reitera su disconformidad ante el supuesto hecho de que tales normas en realidad limitan el funcionamiento de establecimientos en general, confundiendo con ello las precisiones hechas en las normas bajo cuestionamiento.
2. Al respecto, si bien el Decreto de Alcaldía N° 012-2011-MPA, la Ordenanza Municipal N° 702 y el Decreto de Alcaldía N° 013 son normas que crean situaciones jurídicas inmediatas sobre un determinado grupo de personas propietarias de "Centros de Entretenimiento", las mismas no afectan el horario de funcionamiento del Café Restaurant Turístico de propiedad del recurrente, como lo sostiene en su demanda y recurso de agravio constitucional y que es lo que básicamente cuestiona, lo cual, insisto, es distinto a la limitación del horario de venta de bebidas alcohólicas. En efecto, tal como lo indica la Municipalidad Provincial de Arequipa en su escrito de contestación de la demanda (fojas 49), un Café Restaurant Turístico no se encuentra inmerso dentro de la definición de "Centro de Entretenimiento" sino en la de "Restaurant" y, por lo tanto, no es destinatario del mandato dispuesto en el art. 5 "c" de la Ordenanza Municipal N° 702 y en el art. 3 del Decreto de Alcaldía N° 012-2011-MPA, que es lo que en realidad, a su criterio, le causa agravio. Cabe precisar que pese a la inclusión de la definición "café" en esta última norma, donde se hace mención de la prohibición de bebidas alcohólicas, en la medida que el recurrente es propietario de un "Café-Restaurant Turístico" dicha prohibición no le alcanza, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal b del artículo 5 de la citada ordenanza, cuyo agravio el recurrente no ha mencionado ni sustentado.
3. Asimismo, de los medios probatorios adjuntados en el expediente, tampoco se verifica que la Municipalidad Provincial de Arequipa, tomando como base las normativas impugnadas, haya limitado el horario de funcionamiento del establecimiento del recurrente, que es lo que básicamente cuestiona de las normas precitadas. Entonces, quedan excluidas en el presente caso la lesión de derechos, como también la amenaza cierta e inminente en la medida que el recurrente no es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO CARDENAS

un destinatario de las normas cuestionadas. En ese sentido, al no acreditarse la existencia de algún acto lesivo o amenaza cierta e inminente de los derechos del demandante, el juez constitucional se encuentra impedido de evaluar, en el marco del presente proceso constitucional de la libertad, los presuntos efectos inconstitucionales denunciados en la demanda en el entendido de que tales normas no inciden de manera negativa y concreta en los alegados derechos fundamentales a la libertad de comercio, empresa e igualdad del demandante en concreto.

4. Por otro lado, cabe precisar que no corresponde en la vía del amparo dilucidar la eventual falta de precisión de los supuestos contemplados en la Ordenanza Municipal N° 702 o la eventual afectación del principio-derecho de igualdad en relación a los casinos al no ser, en principio estos, destinatarios de las normas cuestionadas, según alega el recurrente, por cuanto dicho control de la referida ordenanza, dadas las particularidades del presente caso, donde, como ya ha quedado explicado, no hay incidencia de las normas cuestionadas en la esfera jurídica del demandante ni como presunta lesión ni eventual amenaza de lesión, deviene en realidad en abstracto y, por lo tanto, este control, sin perjuicio de que se pueda considerar en el momento pertinente, según la práctica jurisprudencial de este Tribunal, la conexidad de la ordenanza cuestionada con los decretos denunciados en tanto estos no sean invocados en una eventual demanda, puede ser realizado, de corresponder, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, siempre que se verifique la observancia de lo dispuesto en el artículo 100° del Código Procesal Constitucional, entre otras normas aplicables.

Por tanto, debe declararse **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO

CARDENAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas en mérito a las razones que a continuación expongo:

1. En el presente caso, el recurrente solicita que se le declare inaplicable: i) el Decreto de Alcaldía 012-2011-MPA, publicado el 2 de agosto de 2011; ii) la Ordenanza Municipal 702, publicada con fecha 5 de agosto de 2011; y iii) el Decreto de Alcaldía 013-2011-MPA, publicado el 15 de setiembre de 2011; toda vez que limitarían arbitrariamente el horario de atención al público a partir de las 12 de la noche. Ello, a su criterio, vulnera sus derechos a la libertad de comercio, de empresa, a la igualdad y al principio de seguridad jurídica.
2. Al respecto, alega que la restricción horaria cuestionada resulta discriminatoria, por cuanto no se aplica para los casinos, a pesar de que también expenden bebidas alcohólicas y funcionan en el centro histórico. Por otro lado, alega que la restricción cuestionada no reducirá la inseguridad ciudadana ni conservará mejor el centro histórico de la ciudad.
3. La municipalidad demandada, por su parte, señala que la ordenanza cuestionada no vulnera los derechos constitucionales del actor, pues no pretende prohibir la comercialización ni el consumo de bebidas alcohólicas, sino simplemente reglamentarlos a fin de salvaguardar la seguridad y la tranquilidad pública de la comunidad. Agrega también que las normas impugnadas no afectan al demandante, pues su local, un café restaurante, podrá atender sin límite de horario.

La aplicación del examen de proporcionalidad en este caso concreto

4. Ahora bien, en función de las implicancias de la presente controversia, considero que aquí estamos ante un típico caso de conflicto entre derechos fundamentales. Por ello, corresponde analizar si la medida cuestionada resulta constitucional a partir del examen o test de proporcionalidad, evaluación que nos será de especial utilidad para resolver dicho conflicto de derechos en el caso concreto, y que, por cierto, ya ha venido siendo usado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
5. Para realizar el mencionado análisis, corresponde primero identificar la disposición cuestionada en el presente caso. Así, el artículo 5 de la Ordenanza Municipal 702 señala lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO

CARDENAS

“Se dispone el siguiente horario de atención a los usuarios dentro del perímetro del Centro Histórico: (...) 3. Las discotecas, videos pub y centros de entretenimiento, hasta las 12 de la noche. Se les otorgará una hora de tolerancia para cerrar sus locales. Se ampliará el horario de atención hasta las 2 de la madrugada, siempre y cuando los interesados presenten su plan de seguridad externo e interno a la Sub Gerencia de Seguridad Ciudadana, Policía Municipal y Vigilancia interna para su aprobación (...).”

A continuación examinaremos la medida restrictiva a fin de encontrar si la misma supera los pasos del examen o test de proporcionalidad.

Análisis de idoneidad:

6. En lo referido al primer paso del test, el análisis de idoneidad, aquí se debe analizar si la medida restrictiva constituye, por lo menos en alguna medida, un medio a través del cual sea factible la persecución de un fin constitucionalmente legítimo.
7. La demandada arguye que la medida restrictiva tiene como objetivo resguardar el orden público en función de la aprobación de los lineamientos del Plan de Emergencia del Centro Histórico de Arequipa y la materialización del Plan de Seguridad Ciudadana para el Centro Histórico. Afirma que se han registrado actos que han puesto en peligro a las personas que viven y circulan por la zona, además de actos realizados contra el patrimonio histórico de la ciudad.
8. Lo expuesto, además de acreditar que la medida busca perseguir un fin constitucionalmente legítimo, permite muy especialmente advertir que la medida restrictiva, efectivamente, constituye un medio a través del cual es factible garantizar los bienes que se quieren tutelar, el orden público y cuidar el patrimonio histórico del centro de la ciudad. Y es que, aunque en algunos casos lo que se proponga no sea lo más óptimo para lograr estos objetivos, la idoneidad de la medida se satisface con que permita cierto nivel de satisfacción del fin constitucionalmente legítimo.

Análisis de necesidad:

9. De otro lado, y en lo relacionado con el segundo paso del test, el análisis de necesidad, aquí se mide si la medida utilizada para lograr la finalidad propuesta realmente permitiera obtener, en comparación con otros medios alternativos que sean menos gravosos para el afectado en sus derechos, el mismo resultado. Se trata, pues, de comparar el medio optado en la ordenanza municipal con algún otro que se hubiera podido adoptar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO

CARDENAS

10. En el presente caso, la restricción resulta un medio necesario, pues no se encuentra una medida alternativa que, con la misma eficacia y una menor restricción de derechos, posibilite garantizar el orden público y el patrimonio histórico de la ciudad. Al respecto, resulta preciso indicar que, como parte de sus labores y en coordinación con la Policía Nacional del Perú, la municipalidad emplazada ya cuenta con personal de serenazgo y policial que, como en otras zonas de la ciudad, se encuentran allí para precisamente garantizar el orden público, sin que haya obtenido, al parecer, resultados exitosos.

Análisis de proporcionalidad en sentido estricto:

11. Finalmente, y en lo relacionado con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, para desarrollar este acápite debemos empezar por identificar explícitamente los derechos o bienes constitucionales que se hallan en conflicto y a los que ya hemos mencionado en los acápites anteriores. Así tenemos, por un lado, el derecho a la libertad de comercio del demandante y, por otro, el bien constitucionalmente protegido del orden público.

12. Siendo así, corresponde examinar la intensidad en la intervención y el grado de realización del derecho fundamental a la libertad de comercio y el bien constitucionalmente protegido del orden público a la luz de los hechos del caso concreto. Aquello nos permitirá ver si estamos ante una alternativa constitucionalmente admisible, o ante una vulneración del contenido constitucionalmente protegido de los derechos involucrados (y por ende, una opción que es contraria a los parámetros constitucionales). Veamos entonces lo sucedido en cada situación en particular.

13. En ese sentido, y ya hablando sobre el derecho a la libertad de comercio, el grado de incidencia a este derecho por parte de la medida cuestionada, que está dirigida a garantizar el orden público, es grave. Ello en mérito a que si se evita que el actor pueda atender al público a través del cierre de su establecimiento, esto generará que no pueda realizarse el intercambio de bienes y servicios que son propios de la actividad económica que realiza. Y es que no debe perderse de vista que el "Café Restaurante Turístico" del demandante es un establecimiento comercial que, además de diversas comidas y bebidas, también se dedica a la venta de bebidas alcohólicas. Este tipo de bebidas suelen venderse con mayor frecuencia en horarios nocturnos, por lo que una restricción que empiece a las doce de la noche, ineludiblemente se traducirá en una drástica reducción en la venta de estos productos.

14. Cabe añadir, de otra parte, que el hecho de que estos establecimientos puedan tener dos horas de tolerancia siempre que presenten su plan de seguridad externo e interno no enerva que la limitación es grave. Ello en la medida en que todo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO

CARDENAS

local cuenta con disposiciones internas para mantener la seguridad en sus establecimientos y, por otro lado, porque la existencia de un plan de seguridad externo, esto es, respecto de lo que acontece en los exteriores del local, no puede ser responsabilidad del actor, sino de las autoridades. Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse también que ya en anterior ocasión este Tribunal declaró inconstitucional una restricción en el horario de atención de un local hasta las dos de la madrugada (Cfr. STC 007-2006-PI/TC)

15. Ahora bien, y yendo ya sobre el bien constitucionalmente protegido del orden público, considero que el grado de optimización de este bien protegido puede considerarse como medio o intermedio, pues si bien el orden público merece protección constitucional, el límite en la venta de bebidas alcohólicas no atiende a todas las formas de incidir en este bien constitucional. En efecto, actividades delictivas de diverso tipo como el hurto o el robo en el centro histórico de la ciudad no guardan una necesaria conexión con la venta de alcohol.
16. Y, además, no debe olvidarse que, de por sí, ya se cuenta con personal de serenazgo y efectivos policiales que ejercen funciones destinadas a garantizar el orden público en sus diversas manifestaciones. Creo también que las eventuales deficiencias en el desarrollo de dichas funciones no deben llevar a una arbitraria restricción de la libertad de comercio del actor. Ello, con mucha más razón, si no todo consumo de bebidas alcohólicas genera *per se* alteraciones al orden público. De hecho, las personas que, al ingerir bebidas alcohólicas, llegan a un nivel de embriaguez tal, que pueden vulnerar el orden público o el derecho de terceros, no representan un gran sector de quienes ejercen esas actividades. Y es, precisamente por eso, que debería ser una labor factible de control por parte de la fuerza pública.
17. A partir de este análisis, podremos concluir que la medida restrictiva resulta inconstitucional, pues el grado de optimización del orden público como bien constitucionalmente protegido no justifica el grado de intervención en el derecho a la libertad de comercio. Ya solamente lo aquí expuesto justifica declarar fundada la demanda.

Sobre lo señalado en el fundamento jurídico 6

18. De otro lado, me aparto de lo afirmado en el proyecto de sentencia cuando se señala que “por más tuitiva que sea la justicia constitucional, esta no puede subrogar a la parte demandante en la construcción de sus argumentos, más aún si se tiene en cuenta que la determinación de qué es desproporcional o irrazonable y qué no lo es depende del caso en concreto.”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00256-2013-PA/TC

AREQUIPA

MARCOS ALFREDO PACHECO
CARDENAS

19. Y es que, más allá de que el demandante no haya identificado correctamente el derecho fundamental comprometido o no haya desarrollado de manera óptima sus argumentos, este Tribunal Constitucional se encuentra facultado, en virtud del principio procesal de suplencia de la queja deficiente, expresión en el ámbito procesal constitucional del principio del *iura novit curia*, para enmendar esa deficiencia. Ello máxime si, luego del análisis del tenor de los escritos de Pacheco Cárdenas (demanda, apelación, recurso de agravio constitucional y alegatos presentados ante este Colegiado), sí es posible, a partir de la arbitrariedad que denuncia, determinar con claridad técnica suficiente el contenido de lo que, en líneas generales, reclama.
20. En ese orden de ideas, es evidente que la ponencia presentada incurre, con todo respeto, en un manifiesto error de apreciación al no aplicar la suplencia de la queja deficiente, a pesar de encontrarse en la ineludible obligación de hacerlo, pues, en realidad, la arbitrariedad denunciada como lesiva tiene bases sólidas.
21. Por las razones expuestas, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la libertad de comercio del demandante. En consecuencia, debiera declararse inaplicable: i) la Ordenanza 702, de fecha 5 de agosto de 2011; ii) el Decreto de Alcaldía 012-2011-MPA, de fecha 2 de agosto de 2011; y iii) el Decreto de Alcaldía 013-2011-MPA, de fecha 15 de septiembre de 2011.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



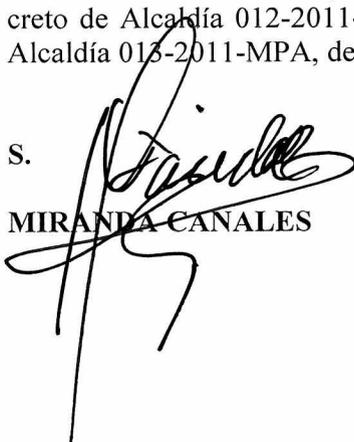
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00256-2013-PA/TC
AREQUIPA
MARCOS ALFREDO PACHECO
CÁDENAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso me adhiero al voto singular emitido por el magistrado Espinosa-Saldaña. En consecuencia, la demanda debe ser declarada **FUNDADA** por lo que se deben inaplicar los siguientes documentos normativos: i) la Ordenanza 702, de fecha 5 de agosto de 2011; ii) el Decreto de Alcaldía 012-2011-MPA, de fecha 2 de agosto de 2011; y iii) el Decreto de Alcaldía 013-2011-MPA, de fecha 15 de septiembre de 2011.

S.


MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL