



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 300/2020



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL

CENTRAL

ANDINO

SOCIEDAD ANÓNIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de agosto de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima contra la resolución de fojas 678, de fecha 15 de octubre de 2014, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda en el extremo relativo a la solicitud de inaplicación de la Ley 29518 y su Reglamento, e infundada en lo demás que contiene.

ANTECEDENTES

~~Demanda~~

Con fecha 31 de marzo de 2011, Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima presentó demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), a fin de que se disponga lo siguiente:

- se declare la inaplicación del artículo 1 de la Ley 29518, “Ley que establece medidas para promover la formalización del transporte público interprovincial de pasajeros y de carga, así como de los artículos 1, literal “f” y 3, inciso 1, literal “a” de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 145-2010-EF;
- como consecuencia de lo anterior, se le aplique el beneficio tributario consistente en la devolución del 30 % de los pagos efectuados por concepto de impuesto selectivo al consumo (ISC), que forma parte del precio de venta del petróleo diésel, establecido en la mencionada ley.

Denuncia que las normas cuya inaplicación pretende tienen carácter autoaplicativo, amenazan su derecho a la igualdad en materia tributaria, pues establecen un trato discriminatorio entre las empresas que brindan servicio de transporte terrestre interprovincial de pasajeros y carga, y el servicio ferroviario, pese a las similitudes existentes entre ambos, produciéndose una indebida exclusión del beneficio tributario regulado en las normas citadas.

MAI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

Contestaciones de la demanda

La Sunat contestó la demanda señalando que la misma resulta improcedente, puesto que la devolución del 30 % del ISC es materia de discusión en un proceso contencioso administrativo promovido por la actora. Siendo así, este proceso constituye una vía igualmente satisfactoria para la protección de su derecho constitucional, incurriéndose en la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. Acerca del fondo del asunto, afirma que no existe vulneración al derecho a la igualdad por cuanto el transporte interprovincial por carretera de pasajeros y de carga no constituye un término de comparación válido respecto al transporte ferroviario.

El MTC dedujo las excepciones de prescripción y falta de legitimidad para obrar por sí mismo.

El MEF dedujo las excepciones de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de legitimidad para obrar del demandante y prescripción. Añade que la demanda es improcedente por los siguientes motivos: i) la actora pretende que se le otorgue un beneficio tributario que, legalmente, no le corresponde, lo que significaría desnaturalizar el propósito del proceso de amparo que es restitutivo y no declarativo de derechos; y ii) la Ley 29518 y su reglamento no son normas autoaplicativas.

Acerca del fondo del asunto, afirma que acceder a las pretensiones de la actora implicaría una transgresión al principio de legalidad y a la reserva de ley, puesto que judicialmente se estaría legislando incluyendo al servicio ferroviario en los alcances de una norma que no lo comprende. Por último, sostiene que la diferenciación entre el transporte terrestre interprovincial de pasajeros y de carga, y el transporte ferroviario tiene una base objetiva y razonable, dado que este último no presenta los problemas de informalidad que se busca combatir con las normas cuestionadas.

Resoluciones de primera instancia o grado

El Décimo Primer Juzgado Constitucional Subespecializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 19, de fecha 30 de mayo de 2014 (fojas 503), declaró infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante, oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda y de prescripción. Asimismo, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del MTC, por lo que declaró su extromisión del proceso. La decisión sobre la referida extromisión fue declarada consentida mediante Resolución 22, de fecha 16 de abril de 2014 (fojas 541), mientras que los demás extremos de la Resolución 19 fueron apelados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL

CENTRAL

ANDINO

SOCIEDAD ANÓNIMA

Mediante sentencia de fecha 8 de julio de 2014 (fojas 574), el citado Juzgado declaró improcedente la demanda respecto a la solicitud de inaplicación de la Ley 29518 y su reglamento, dado que la actora no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dichas normas. Asimismo, declaró infundada la demanda respecto a la pretendida devolución del 30 % de los pagos efectuados por concepto de ISC, puesto que el alto nivel de informalidad existente en el servicio de transporte terrestre interprovincial de pasajeros y carga marca una diferencia con el servicio de transporte ferroviario y valida la no inclusión de este último dentro de los alcances de la aludida devolución del 30 %.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución 33, de fecha 15 de octubre de 2014 (fojas 678), confirmó la Resolución 19, que declaró infundadas las excepciones deducidas así como la sentencia apelada, por cuanto, a su juicio, existen sustanciales diferencias entre el servicio ferroviario y el de transporte terrestre interprovincial de pasajeros y carga, por lo que este último no resulta válido como término de comparación, máxime si el objetivo de las normas bajo análisis es incentivar la formalización en el servicio de transporte terrestre público interprovincial de pasajeros y de carga frente a una situación de alto nivel de informalidad, problema que no se presenta en el servicio ferroviario.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme se aprecia de autos, la parte recurrente solicita que se disponga lo siguiente:
 - se declare la inaplicación del artículo 1 de la Ley 29518, "Ley que establece medidas para promover la formalización del transporte público interprovincial de pasajeros y de carga", así como de los artículos 1, literal "f", y 3, inciso 1, literal "a", de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 145-2010-EF;
 - como consecuencia de lo anterior, se le aplique el beneficio tributario consistente en la devolución del 30 % de los pagos efectuados por concepto de impuesto selectivo al consumo (ISC), que forma parte del precio de venta del petróleo diésel, establecido en la mencionada ley.

Aduce que las citadas normas amenazan su derecho constitucional a la igualdad al excluir al servicio ferroviario de su ámbito de aplicación, lo cual, aduce, constituye discriminación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL

CENTRAL

ANDINO

SOCIEDAD ANÓNIMA

Cuestiones procesales previas

2. La Sunat, advierte acerca de un proceso contencioso administrativo en el cual la actora demanda la devolución del 30 % del pago efectuado por concepto de ISC al adquirir petróleo diesel, correspondiente al periodo abril a junio de 2012 (cfr. fjs. 306 y 697), información que se confirma según se aprecia de las copias de las piezas procesales que obran en autos, así como de la información publicada en el sistema de consulta de expedientes del portal electrónico del Poder Judicial (<<http://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>>).

3. No obstante lo advertido, debe dejarse constancia que lo que se pretende mediante el presente proceso de amparo es que se evalúe una posible vulneración al derecho a la igualdad por la aplicación de la Ley 29518 y su reglamento, y durante la vigencia de estos; mientras que lo que se solicitó en la demanda del citado proceso contencioso administrativo es la devolución del 30 % del ISC pagado correspondiente a un periodo específico y más breve: de abril a junio de 2012.

Siendo así y más allá de la similitud en el objetivo de ambas demandas consistente en la devolución del 30 % de lo pagado por ISC, el matiz señalado respecto al ámbito temporal en que se enmarca cada solicitud de devolución resulta decisivo para marcar la diferencia entre ambos procesos. Sin perjuicio de ello, se aprecia que la demanda de amparo fue presentada antes que la demanda contencioso administrativa.

Por lo tanto, no resulta de aplicación lo establecido en el artículo 5, inciso 3 del Código Procesal Constitucional, en el que se indica como causal de improcedencia de la demanda de amparo que el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional.

4. De otro lado, debe analizarse si resulta de aplicación la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, según la cual no proceden los procesos constitucionales cuando existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

Al respecto, se reitera que los beneficios tributarios no constituyen derechos constitucionales para el beneficiado, sino regímenes tributarios especiales, cuya transgresión o amenaza de transgresión deben ser determinada en los procesos ordinarios y no en los constitucionales. Sin embargo, conforme a lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente 05970-2006-PA/TC, cuando se evalúa un presunto trato discriminatorio en el otorgamiento de un beneficio tributario, se busca



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL

CENTRAL

ANDINO

SOCIEDAD ANÓNIMA

que el juez constitucional analice la norma que otorgó el beneficio en cuestión y determine si en dicho proceso el legislador respetó el principio de igualdad ante la ley en materia tributaria. Se trata entonces de un juicio de puro derecho, en el que no es necesaria la actuación de un arsenal probatorio a efectos de determinar si una ley contempla un supuesto discriminatorio que vulnere el derecho a la igualdad ante la ley en materia tributaria. Por lo cual, el proceso contencioso-administrativo no califica como una vía idónea igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional invocado.

Acerca del principio derecho de igualdad

- Este Tribunal recuerda que la igualdad, consagrada en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional:

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 del reconocimiento 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. En consecuencia, está proscrita la discriminación por razón de tener un idioma originario distinto al castellano [cfr. STC 0045-2004-AI/TC, FJ. 20, resaltado nuestro].

- Igualmente, se ha precisado que este derecho no garantiza que todas personas sean tratadas de la misma forma siempre y en todos los casos. De esta manera, a nivel jurisprudencial se ha reconocido que "la igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es". (STC 2437-2013-PA/TC FJ. 6).
- Así pues este Tribunal considera que se afecta a la igualdad no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).
- Por cierto, en la sentencia recaída en el Expediente 0035-2010-PI/TC, se precisó que la determinación de si existe o no una injerencia injustificada al mandato de no discriminación es parte de un juicio complejo. A ella no se llega, como por lo general sucede con el resto de derechos fundamentales, analizándose directamente si la acción u omisión que se cuestiona afecta el ámbito protegido por el derecho de igualdad [cfr. sentencia recaída en el Expediente 0976-2001-AA/TC, fundamento

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

3]. Antes de ello se requiere que se determine la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante.

La identificación de una diferenciación jurídicamente relevante se realiza mediante la comparación. Ella comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintos. Su finalidad es identificar que a supuestos iguales se haya previsto consecuencias jurídicas distintas, o si se ha realizado un trato semejante a situaciones desiguales. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (*tertium comparationis*).

10. Para que un objeto, sujeto, situación o relación sirva como término de comparación es preciso que estén presentes determinadas cualidades.

➤ La primera de ellas tiene que ver con su validez. El empleo del *tertium comparationis* presupone su conformidad con el ordenamiento jurídico. No ha de tratarse de un término de comparación que por las razones que fueran se encuentre prohibido, por ejemplo, por la Ley Fundamental.

En segundo lugar, es preciso que el *tertium comparationis* sea idóneo. El requisito de idoneidad al que aquí se alude no tiene nada que ver con las cargas argumentativas que exige el sub-principio del mismo nombre que conforma el principio de proporcionalidad (cfr. para tales alcances, la sentencia recaída en el Expediente 00045-2004-PI/TC, fundamento 38). Como se expuso en la sentencia emitida en el Expediente 0014-2007-PI/TC (fundamento 12), la idoneidad del término de comparación, en este contexto, hace referencia a la necesidad de que este represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia.

Tal identidad no alude a la mismidad de rasgos entre las dos situaciones que se comparan, sino al hecho de que se traten de situaciones que puedan ser jurídicamente equiparables. Entre lo que se compara y aquello con lo cual este es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación, impide que se pueda determinar la existencia de una intervención sobre el principio-derecho de igualdad (cfr. sentencias recaídas en los Expedientes 0019-2010-PI/TC, fundamento 15; 0017-2010-PI/TC, fundamento 4-5; 0022-2010-PI/TC, fundamentos 15 y 18).

13. Por ello, constantemente, este Tribunal ha recordado que en el demandante recae la tarea de proceder con su identificación, así como con la aportación de razones y argumentos por los que este debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo (cfr. sentencias recaídas en los Expedientes 00031-2004-PI/TC,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

fundamento 16; 00015-2002-PI/TC F.J. 3, así como en las resoluciones recaídas en los Expedientes 00640-2011-PA/TC, F.J. 5; 03931-2010-PA/TC, fundamento 6). Y puesto que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato de prohibición de discriminación, su análisis se presenta como un *prius* a la determinación de su lesividad.

La Ley 29518 y su reglamento

4. En el presente caso, el artículo 1 de la Ley 29518 estableció lo siguiente:

Artículo 1.- Devolución del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) al petróleo diésel

1.1. Otórguese a los transportistas que presten el servicio de transporte terrestre público interprovincial de pasajeros o el servicio de transporte público terrestre de carga, por el plazo de tres (3) años, contados a partir de la vigencia del reglamento de la presente Ley, el beneficio de devolución por el equivalente al treinta por ciento (30%) del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) que forme parte del precio de venta del petróleo diésel.

1.2. La devolución se efectúa en función de los galones de petróleo diésel adquiridos por el transportista que preste el servicio de transporte terrestre público interprovincial de pasajeros o el servicio de transporte público terrestre de carga, al productor, distribuidor mayorista o establecimiento de venta al público de combustibles, según corresponda, que sean contribuyentes generadores de rentas de tercera categoría para efecto del Impuesto a la Renta y sujetos al pago del Impuesto General a las Ventas (IGV) e Impuesto de Promoción Municipal (IPM) por la venta de los citados productos.

1.3. El transportista sujeto al beneficio, conforme a lo señalado en el párrafo 1.2. debe contar con la autorización o constancia de inscripción vigente en el registro otorgado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para prestar dichos servicios. Los proveedores de combustibles, conforme a lo señalado en el párrafo 1.2, deben contar con la constancia de inscripción vigente en el Registro de Hidrocarburos para la comercialización de combustibles, emitida por el Ministerio de Energía y Minas.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) puede excluir al proveedor que incumpla con las condiciones establecidas en el reglamento, las mismas que deben ser publicitadas periódicamente por la Sunat.

1.4. El transportista debe solicitar a la Sunat, en la forma y plazos que ésta establezca, la devolución del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC). La devolución se efectúa mediante Notas de Crédito Negociables.

15. Por su parte, el reglamento de la Ley 29518, aprobado mediante Decreto Supremo 145-2010-EF, estableció lo siguiente en lo que concierne a los artículos cuestionados por la actora:

Artículo 1.- Definiciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

Para efecto del presente Reglamento se entenderá por:

(...)

f) Dirección General: A la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)

Artículo 3.- De los requisitos para acceder al beneficio

Para efecto del goce del beneficio, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

3.1. Del transportista:

- a) Estar inscrito en el RUC y haber señalado como actividad económica la prestación del servicio de transporte terrestre público interprovincial de pasajeros o del servicio de transporte público terrestre de carga. A tal efecto, el número de RUC no debe encontrarse en estado de baja o suspensión temporal de actividades.

El cumplimiento de este requisito se verificará en la fecha de emisión de cada comprobante de pago o nota de débito que sustente la adquisición de combustible, así como en la fecha de presentación de dicha solicitud.

16. Con fechas 8 de abril y 4 de julio de 2010 se publicaron la Ley 29518 y su reglamento. Conforme al artículo único de la Ley 30060, publicada el 5 de julio de 2013, se prorrogó por 3 años el plazo de vigencia de este beneficio tributario.

Análisis del caso concreto

17. Las normas cuya inaplicación se requiere no incluyen al servicio de transporte ferroviario en su ámbito de aplicación. Siendo así, corresponde ahora, como primer nivel de análisis, determinar si el servicio de transporte ferroviario es sustancialmente igual al servicio de transporte terrestre público interprovincial de pasajeros y de carga. Solo si se califica a ambos servicios como equiparables, puede procederse a examinar si el trato distinto se sustenta en un motivo objetivo y razonable.

18. La Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, define como transporte terrestre al desplazamiento en vías terrestres de personas y mercancías, y a las vías terrestres como aquella infraestructura terrestre que sirve al transporte de vehículos, ferrocarriles y personas. Asimismo, en su artículo 23, inciso "h", prevé la implementación del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, el que fue aprobado por Decreto Supremo 032-2005-MTC, publicado el 5 de enero de 2006. Este reglamento define a los vehículos ferroviarios como aquellos que se desplazan por la vía férrea. La regulación, supervisión y sanción en la prestación del servicio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

transporte ferroviario está a cargo de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

20. De otro lado, los vehículos que circulan por carreteras son regulados por el Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo 058-2003-MTC, y son supervisados por la Superintendencia Nacional de Transporte Terrestre de Personas, Cargas y Mercancías (Sutran), se aprecia, entonces, que si bien el transporte ferroviario y el transporte terrestre interprovincial carretero comparten como rasgo común el tratarse de vehículos de transporte terrestre, tienen normas específicas que regulan las características técnicas que deben reunir tanto los vehículos en sí mismos como el servicio de brindan. Asimismo, los entes estatales encargados de su supervisión y fiscalización son diferentes. En suma, el marco normativo de ambos servicios es diferente.

21. En cuanto a las características que la provisión del servicio ferroviario presenta, resulta de utilidad mencionar que el Ferrocarril del Centro, en el cual opera la actora, que se extiende desde el Callao hasta Huancayo pasando por La Oroya, se dedica al transporte de pasajeros y de carga. Al respecto, se debe resaltar lo siguiente¹:

- El servicio de transporte de pasajeros no tiene una frecuencia diaria, sino eventual y con fines básicamente turísticos. A manera de ejemplo, en el mes de agosto de 2018, la demandante tiene programados viajes en la ruta Lima-Huancayo y viceversa solo para los días 10 y 30 de agosto².
- El servicio de transporte de carga presenta un alto tráfico, a causa sobre todo el traslado de minerales y productos químicos (tales como ácido sulfúrico y fundentes, insumos utilizados en la extracción de minerales). Siendo así, los principales usuarios de este servicio son las empresas mineras que administran importantes centros mineros ubicados en el centro del país, por ejemplo, Toromocho, Chungar, El Porvenir, El Brocal, Cerro de Pasco y la refinera Cajamarquilla³.
- Entre los años 2005 y 2015 se verifica un crecimiento del volumen de carga trasladado ascendente a un 70 %⁴.
- La actora es la única operadora en la vía férrea bajo evaluación.

¹ Los datos descritos en este apartado son extraídos del portal institucional de Ferrocarril Central Andino SA (<<https://www.ferrocarrilcentral.com.pe>>) y del "Análisis de las concesiones ferroviarias en el Perú"; elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran), de marzo de 2017.

² En: <https://www.ferrocarrilcentral.com.pe/cronograma.html>

³ En: https://www.ositran.gob.pe/images/OTRAS_PUBLICAC/ANALISIS_FERROVIAS_MAR2017.pdf p. 27 a 33

⁴ En: https://www.ositran.gob.pe/images/OTRAS_PUBLICAC/EN_PRIMERA_PLANA_JULIO2016.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL

CENTRAL

ANDINO

SOCIEDAD ANÓNIMA

22. Las características reseñadas en el fundamento anterior no pretenden ser una lista exhaustiva, que, como tal, agote el análisis del sector de transporte ferroviario en la vía férrea operada por la actora, pero sí constituyen elementos suficientes que permiten trazar algunas diferencias con el sector de transporte interprovincial carretero. Así tenemos que, a diferencia de lo que ocurre en el Ferrocarril Central, en el sector de transporte por carretera en la Carretera Central existe una pluralidad de oferentes o prestadores de dicho servicio. Como es de público conocimiento, una miríada de empresas recorren la citada carretera trasladando pasajeros y carga, protagonizando una competencia intensa y de una frecuencia diaria, ocasionando, como lógica consecuencia de ello, una congestión vehicular que no se verifica en el Ferrocarril Central que discurre sin problemas. Pluralidad de oferentes, frecuencia diaria, mayor competencia y congestión vehicular configuran claras diferencias con el sector en el que opera la recurrente.

23. Llegado a este punto es necesario analizar el motivo por el cual se estableció el beneficio tributario consistente en la devolución del 30 % del ISC a favor de las empresas de transporte terrestre público interprovincial de pasajeros y carga. Y es que la autógrafa de la ley que lo establecía incluía en su Única Disposición Complementaria al servicio de transporte público ferroviario, inclusión que fue eliminada del texto final de la ley, en atención a que el Congreso atendió a la observación formulada por el Poder Ejecutivo.

24. En efecto, mediante Oficio 032-2010-DP/SCM (cuya copia obra a fojas 43), el presidente de la República observó la referida autógrafa indicando que la causa del establecimiento del beneficio de devolución del 30 % del ISC era incentivar la formalización del sector de transporte terrestre público interprovincial de pasajeros y carga, habida cuenta de la elevada informalidad imperante en dicho sector, plasmada en la presencia de empresas que no cumplen con sus obligaciones tributarias, trabajadores no registrados ante las autoridades competentes, vehículos en deficientes condiciones y ausencia de seguros contra accidentes, hechos que no ocurren en el sector ferroviario.

25. La informalidad es una característica de diversos sectores económicos del país y podría decirse que constituye uno de sus mayores problemas. A este marco no escapa el sector del transporte público terrestre por carreteras, el cual también sufre los embates de este problema que, por su permanencia en el tiempo, bien puede considerarse de antigua data⁵. Por ello, es habitual hallar en los medios de comunicación noticias o informes relacionados con este fenómeno, dando cuenta de

⁵ Como verificación que este es un problema de larga data y a manera de muestra: <http://www.sutran.gob.pe/2018/02/sutran-y-policia-nacional-trabajan-para-erradicar-transporte-informal-en-yerbateros/> <http://www.sutran.gob.pe/2015/11/sutran-interviene-vehiculos-informales-en-terminal-de-yerbateros/> <https://rpp.pe/lima/actualidad/autos-informales-ofrecen-viaje-a-huancayo-tras-clausura-de-yerbateros-noticia-593067>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL

CENTRAL

ANDINO

SOCIEDAD ANÓNIMA

operativos para combatirlo⁶, informes que, entre otros asuntos, ponen de relieve la elevada tasa de informalidad del transporte de camiones de carga pesada⁷ y hasta situaciones de violencia generadas por choferes informales⁸, que no son sino el reflejo de un fenómeno social y económico de gran magnitud y que tiene como algunos de sus efectos que se produzca una mayor congestión vehicular; situaciones de riesgo para choferes, pasajeros y transeúntes; supuestos de explotación laboral; así como una competencia desleal hacia las empresas formales que sí cumplen con pagar sus obligaciones laborales y tributarias.

26. En suma, la informalidad es un problema profundo en la estructura económica del país y por sus efectos perniciosos exige una respuesta por parte del Estado, siendo la legislación tributaria una herramienta para ello. Es por ello que, a juicio de este Colegiado, la informalidad como nota característica del sector de transporte terrestre interprovincial de pasajeros y carga en modo alguno es un dato menor y debe considerarse, más allá de la valoración que se haga de ella, como un rasgo del servicio de transporte terrestre interprovincial de pasajeros y carga que lo diferencia del servicio de transporte ferroviario.

27. En conclusión, en el presente caso el término de comparación resulta inidóneo, por lo que la demanda deviene en infundada.

Constitución económica y lucha contra la informalidad

28. Este Tribunal reitera que en el texto constitucional están incluidas normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad, conjunto al cual se le denomina Constitución Económica. Esta consagra que, bajo el régimen de la economía social de mercado, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58). En ese sentido, una de las manifestaciones de esta tarea es la lucha contra la informalidad en diferentes sectores como el del transporte, debido a que, si bien el Estado garantiza la libertad de empresa, ello no debe ser lesivo a la seguridad pública (artículo 59).

29. Sin perjuicio de lo establecido en los fundamentos anteriores, es menester poner de relieve que los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, tienen un margen de discrecionalidad en la fijación de políticas tributarias que incluyan medidas de fomento de un sector de la economía nacional.

⁶ A manera de ejemplo: <https://elcomercio.pe/lima/transporte/sutran-retira-placas-63-vehiculos-hacian-transporte-informal-pasajeros-lima-notepases-noticia-523075>

⁷ Como muestra de ello: <https://elcomercio.pe/peru/informe-via-crucis-transporte-carreteras-peru-347255>

⁸ A modo de ejemplo: <https://larepublica.pe/sociedad/1252156-carretera-central-conductores-informales-intentaron-agredir-inspectores-sutran>

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

En tal virtud, no corresponde al Tribunal Constitucional evaluar si las medidas contenidas en la Ley 29518 y su Reglamento fueron buenas o malas o si pudieron haber sido mejor planteadas, sino circunscribirse a determinar si dicha medida amenazó o afectó derechos fundamentales de los justiciables, lo que, en el caso concreto, como se ha sustentado en los fundamentos precedentes, no ha sucedido.

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.

**BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA**

PONENTE FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO

SOCIEDAD ANÓNIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por los magistrados que suscriben la presente sentencia, debo señalar que, en efecto, el servicio de transporte terrestre interprovincial de pasajeros y carga no resulta un término de comparación idóneo respecto del servicio de transporte ferroviario, como se señala en los fundamentos 18 a 22 de esta sentencia; por lo que corresponde declarar infundada la demanda de amparo, pues no se ha acreditado la vulneración del principio derecho de igualdad

S.


LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2015-PA/TC
LIMA
FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas Magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

Sobre la aplicación del Precedente Elgo Ríos

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

- a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
- b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.

2. Como el propio precedente ha señalado, los mencionados requisitos tienen que concurrir copulativamente. En ese sentido, basta acreditar que no se cumple con uno de ellos para declarar la improcedencia de la demanda.

3. Conforme puede apreciarse de autos, la parte recurrente ha iniciado un proceso contencioso administrativo signado con el número 03652-2013-0-1801-JR-CA-13, donde su pretensión es la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal 01683-4-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2015-PA/TC
LIMA
FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

2013, de fecha 18 de marzo de 2013, a efectos de que se declare procedente la devolución del Impuesto Selectivo al Consumo por la suma de 45,524.00 soles, que haya formado parte del precio de compra del petróleo Diesel. Dicha pretensión ha sido declarada infundada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo, mediante resolución 12, de fecha 16 de setiembre de 2014.

4. Ahora bien, la pretensión de la presente demanda es la inaplicación de la Ley 29518 y, en consecuencia, ser beneficiario de la devolución equivalente al 30% del Impuesto Selectivo al Consumo que forma parte del precio de venta del petróleo diesel. Como puede apreciar la pretensión en ambos procesos es la misma. Incluso, en el proceso contencioso administrativo se ha realizado un examen de igualdad, es decir el Tribunal Constitucional se encontraría impedido de volver examinar una causa que ya ha sido resuelta por el Poder Judicial.

5. Todo ello nos permite concluir, que la propia recurrente ha considerado que el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria para dilucidar la controversia que ahora se pretende discutir en un proceso constitucional. Ergo, la demanda debe ser declarada improcedente. No obstante, ello en el presente caso no es viable en la medida que el proceso contencioso que ha iniciado la demandante ha sido resuelto de manera desestimatoria. Por ello, este Tribunal únicamente debe recoger los argumentos allí expuestos y llegar a similar conclusión, es decir, declarar infundada la demanda. Una posición similar también la hemos expuesto en el fundamento de voto del caso Cerro Verde, referido al Aporte Por Regulación.

Sobre el derecho a la igualdad

6. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda 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”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2015-PA/TC
LIMA
FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

7. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
8. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).
9. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
10. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos¹. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.
11. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las

¹ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento”. En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2015-PA/TC
LIMA
FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

12. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

13. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios²:

- i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.
- ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.
- iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.

² Ídem, pp. 147-148.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00732-2015-PA/TC
LIMA
FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

14. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido³.
15. En el caso concreto, abordar la igualdad requiere, en primer lugar, reconocer la titularidad de la misma por parte de personas jurídicas, como la recurrente. En segundo término es necesario encontrar un ámbito de comparación válido, es decir una causa objetiva de comparación entre dos situaciones que permitan desprender la necesidad de un mismo trato. Ello no se cumple en el presente caso, pues la regulación de transporte ferroviario es distinto al transporte terrestre, que se acredita con la existencia de documentos normativos específicos para cada tipo de transporte, tal y como ha sido destacado en la sentencia.

S.

MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


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

³ Ídem, pág. 153.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero discrepo con parte de la fundamentación esgrimida al respecto. A continuación, expreso mis razones:

1. La posición en mayoría señala que el Tribunal Constitucional no debe pronunciarse respecto a la necesidad o conveniencia de adoptar una determinada política pública, pues ello lesionaría el principio de corrección funcional. En ese sentido, arguyen que si bien el Tribunal Constitucional debe velar por que las actuaciones u omisiones del Estado no transgredan la Constitución o lesionen derechos fundamentales, no debe tomar decisiones respecto a la priorización de los fines o la forma concreta de las políticas estatales. Sin embargo, estas afirmaciones resultan a todas luces inexactas.
2. Y es que, si bien el Tribunal Constitucional no debería intervenir en el diseño ni en la ejecución de las políticas públicas, indiscutiblemente, sí le corresponde verificar que, en la formulación y aplicación de dichas políticas públicas, no exista vulneración alguna de derechos fundamentales, o de algún otro precepto constitucional. De hecho, esta potestad ya se ha venido ejerciendo en diversos procesos constitucionales como los referidos a las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 30057, del Servicio Civil o contra la Ley 30220, Ley Universitaria. También en casos tan diversos como los referidos a provisión de agua potable, a daños medioambientales o a la circulación de vehículos usados
3. En esa línea, y sobre la base de calificada doctrina, el Tribunal Constitucional peruano viene señalando que, además de sus competencias que algunos denominan formales, cumple asimismo con algunas funciones o roles que muchos califican como de carácter material, y entre las cuales destaca su función vinculada a la “integración social”.
4. Sobre esta compleja función el Tribunal ha indicado que:

“[L]a labor de interpretación constitucional y control de constitucionalidad implica hoy que un juez constitucional asuma labores de *integración social*, lo cual a su vez involucra asumir tareas de *cohesión* (búsqueda de identificación de toda la ciudadanía con la dinámica social, económica y política de su sociedad), *inclusión* (asegurar la participación de toda persona en la sociedad en que vive, encontrando en esa sociedad condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida), *reconciliación* (resolución de situaciones que han creado graves conflictos en una sociedad determinada) y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

plasmación de un espacio en que se busca *evitar* a generación de *nuevos conflictos sociales*".

5. En este orden de ideas, los tribunales y las cortes constitucionales del mundo (así como las cortes supremas o las salas que cumplen roles similares) en muchas ocasiones se ven enfrentados a situaciones en los que deben resolver de conformidad de la Constitución, aunque en un sentido no solo formal o reglamentarista, sino también atendiendo a consideraciones de carácter material y atendiendo a la trascendencia de lo decidido.
6. Al respecto, este Tribunal ha precisado, refiriéndose al criterio de interpretación constitucional de "previsión de consecuencias" (STC Exp. 00025-2005-PI/TC, f. j. 108), que:

"El principio de previsibilidad de las consecuencias de una sentencia constitucional impone al Tribunal disponer que se adopten determinadas medidas para el tratamiento de una consecuencia ocasionada por la sentencia constitucional, así como los principios o parámetros constitucionales que han de regirlas.

Ello tiene lugar solo en el caso de que la consecuencia pueda ser eventualmente lesiva de derechos o principios constitucionales, de modo que las medidas ordenadas estarán orientadas a evitar tales consecuencias".

O también que (STC Exp. 0005-2005-CC/TC, f. j. 59):

"La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a esta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda".

7. En efecto, existen diversos ejemplos, en diversos momentos de la historia y en diferentes partes del orbe, en el que los tribunales y cortes han debido recurrir a modos de resolver atípicos, basados precisamente en el rol que les ha sido encomendado en los Estados constitucionales. Así, tenemos, por mencionar únicamente ejemplos muy conocidos en nuestro medio, a la creación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema estadounidense del control constitucional (*judicial review*) de leyes federales con el caso "Marbury vs. Madison"; el surgimiento pretoriano del amparo en Argentina a través de casos como "Siri" y "Kot"; la generación de "sentencias interpretativas" o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

“manipulativas” por parte de la Corte Constitucional italiana con la finalidad de permitir la subsistencia de leyes de modo compatible con la constitución; la creación, vía jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, de la técnica de declarar “estados de cosas inconstitucionales” con el propósito de superar infracciones constitucionales de carácter estructural y de responsabilidad estatal; la creación de la doctrina del “*bloc de constitutionnalité*” por parte del Consejo Constitucional francés, a través de la cual este amplía el parámetro con el que cuenta para realizar el control de constitucionalidad, o inclusive, y a mayor abundamiento, mecanismos como los de “supervisión de cumplimiento” o las “reparaciones simbólicas” que utiliza a menudo la Corte Interamericana de Derechos Humanos con miras a asegurar tanto la eficacia como la integralidad de sus decisiones.

8. Lo anterior, si bien actualmente cuenta con manifiesta legitimidad, en su momento fue objeto de críticas. Al respecto, tal vez resultan menos polémicos los casos en los que los tribunales o cortes constitucionales ejercieron sus más obvias funciones de interpretar la Constitución y resolver procesos constitucionales- Ahora bien, justo es recordar que puede generarse mayor controversia cuando se trata de controlar actividades que inicialmente aparecen como competencias de otros órganos constitucionalmente habilitados, como es el caso del control constitucional de las políticas públicas.
9. Las políticas públicas, en tanto que conjunto de medidas o acciones organizadas, dirigidas a alcanzar un fin valioso, involucran el ejercicio de competencias por parte de los poderes públicos, y pueden estar referidas, por ejemplo, a su diseño, ejecución, evaluación y control. Cuando dichas políticas públicas se refieren a la protección y promoción de derechos fundamentales, de ellas además puede predicarse que tienen un doble carácter: por una parte, un alcance subjetivo, referido al respeto u optimización de los derechos fundamentales de cada persona, y a la vez uno objetivo, vinculado con el deber estatal de organizar todas las estructuras públicas asegurándose las condiciones para el libre y pleno ejercicio de los derechos promovidos.
10. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene resuelto precisamente que “las políticas públicas que debe llevar a cabo un Estado exigen, desde promover la existencia de medios organizacionales [...] pasando por medios procedimentales e incluso legales, orientados a prevenir, investigar y reparar actos violatorios” de derechos fundamentales (STC Exp. n.º 01776-2004-AA, f. j. 40). En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Campo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

algodonero” (caso González y otras contra México, párr. 282) sostuvo que, para el caso concreto, “la ausencia de una política general” constituyó “una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”.

11. Ahora bien, pese a ser claro que en nombre de la tutela adecuada de los derechos deben formularse políticas institucionales, también es cierto que su elaboración y su cumplimiento plantean diversos retos. Por ejemplo, el reto de que todas las políticas estatales no puedan cumplirse al mismo tiempo, debido a la limitada disponibilidad de recursos y a la creciente cantidad de necesidades y exigencias sociales, por lo cual se plantea la progresiva adopción de medidas apropiadas. Ello tiene como objeto el poder alcanzar de manera paulatina la plena efectividad de los derechos que cuentan con una dimensión prestacional, como son por excelencia los derechos sociales.
12. Así, suele entenderse que la forma en que estos derechos son realizados, o en otras palabras, la manera en la que deben ser materializadas las políticas públicas en materia de este tipo de derechos, es un asunto propio de los poderes públicos competentes, quienes no solo son las entidades constitucionalmente correspondientes para tomar esas decisiones, sino también son quienes se encuentran asimismo en una mejor posición para decidir sobre la oportunidad, la conveniencia, la legitimidad social y política, así como acerca de la corrección técnica de las medidas o acciones que deben llevarse a cabo.
13. Sin embargo, de lo anterior no se desprende que los jueces constitucionales no deban asumir algún rol en la concreción de los derechos prestacionales o sociales, de cara a lograr su vigencia efectiva.
14. Como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de esclarecer en diversas ocasiones (por todas: STC Exp. n.º 0014-2014-PI y otros (acumulados), y STC Exp. n.º 03228-2012-AA), en su condición de órgano llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, se encuentra habilitado para controlar las políticas públicas adoptadas por los órganos competentes, de manera más clara cuando éstos responden (o debieran responder) a la satisfacción de derechos sociales.
15. No obstante lo expuesto, resulta claro, insisto, que al órgano de control de la constitucionalidad, en principio, no le corresponde participar en el diseño de las políticas públicas, ni decidir cuál opción es más adecuada que otra. Tampoco en rigor le corresponde priorizar metas ni fijar cuestiones de conveniencia u



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

oportunidad.

16. Como es obvio, a la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad administrativa en la definición de las políticas públicas, pues ello significaría afectar las competencias deliberativas y técnicas de los mencionados órganos en la formulación e implementación de dichas políticas.
17. Ahora bien, siendo claro que es una exigencia constitucional controlar las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los derechos sociales y prestacionales, queda aún pendiente precisar cuáles son los alcances de dicho control, de tal forma que los tribunales no excedan sus competencias y la legitimidad de la que están especialmente investidos.
18. En este orden de ideas, la intervención de la judicatura constitucional se justifica en un marco respetuoso del principio democrático, el cual no puede estar orientado a exigir por ejemplo que, con independencia de las circunstancias, se encuentren satisfechos de una vez por todas todos los componentes del derecho prestacional, ni a exigir perentoriamente específicas y exclusivas formas de satisfacción o promoción. No le corresponde, en este sentido, fijar directivamente el desarrollo y contenido de las políticas públicas.
19. En sentido contrario, lo que le corresponde es verificar si, por ejemplo, se viene dando una dinámica de progresividad, examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud, o tal vez fijar algunos estándares mínimos de adecuación o aceptabilidad.
20. En este sentido, el Tribunal Constitucional previamente ha afirmado que “[...] ante cuestionamientos de que una norma con rango de ley –que diseña e implementa determinadas políticas públicas– haya violentado una ‘norma directriz’ de la Constitución, este Tribunal se siente en la necesidad de advertir que la declaración de invalidez de esta solo será admisible en aquellos casos en los que las acciones implementadas contravengan manifiestamente la promoción del objetivo colectivo señalado por la Constitución, o cuando las acciones adoptadas constituyan medios absolutamente inidóneos para procurar en algún grado el objetivo identificado por la Constitución y se encuentren, a su vez, prohibidos por otras “normas directrices” que anida la misma Ley Fundamental. Puesto que en el ámbito de la justicia constitucional no está en cuestión la corrección o eficacia de la medida empleada, bastará que la norma enjuiciada no incurra en cualesquiera de los supuestos a los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

que acabamos de hacer referencia, para declarar su validez” (STC 00021-2010-AI/TC, FJ 71).

21. Igualmente, en la STC Exp. n.º 00033-2010-PI/TC, este Tribunal estableció que, debido a que el *deber de progresividad* en la satisfacción de los derechos sociales requiere la formulación de políticas públicas adecuadas por parte del Estado, si bien es discutible que en ese caso pueda controlarse constitucionalmente el contenido de dichas políticas, cuando menos sí pueden evaluarse jurídicamente la *forma* que adquieren dichas políticas o los *requisitos* que se deben cumplir para ser consideradas como constitucionalmente adecuadas. Efectivamente, en dicha oportunidad este Tribunal señaló que:

“[E]l Tribunal recuerda que aun cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: i) en primer lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de ESsalud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad ; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un enfoque de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas.

Por tanto, aún cuando las autoridades políticas gocen de un amplio margen de acción en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar.

En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal impulsar, corregir o encaminar el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar graves estados de insatisfacción de necesidades



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución”.

22. Recientemente, y ya de modo más sistemático, este Tribunal ha planteado las pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas, si bien para un caso referido a la tutela del derecho a la salud (STC Exp. n.º 03228-2012-PA/TC, f. j. 39).

23. Sobre esa base, y a partir de lo que podemos denominar como *test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas*, considero que en principio que la judicatura constitucional es competente para evaluar lo siguiente:

Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud.

Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.

Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los *déficits de consideración*, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho a la salud. Los *déficits de respeto suficiente*, a su vez, pueden ser *déficits de violación manifiesta*, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud; *déficits de razonabilidad*, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y *déficits de protección básica o elemental*, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud.

Déficits de confrontación de problemas estructurales en salud: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en la salud. Estos, entre otros, pueden ser *déficits de participación política*, si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; *déficits de transparencia*, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; *déficits de control*, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; *déficits de evaluación de impacto*, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud.

24. Este, como puede apreciarse, es un *test mínimo o formal*, en la medida en que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00732-2015-PA/TC

LIMA

FERROCARRIL CENTRAL ANDINO
SOCIEDAD ANÓNIMA

circunscribe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que quepa a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Ahora bien, es claro que las situaciones de omisión y renuencia siempre deberán evaluarse caso a caso, correspondiendo seguramente adoptar en algún contexto fórmulas que contengan plazos y metas, así como efectos en caso de incumplimiento. No se descarta por ello, ante situaciones extremas, el explorar recurrir a fórmulas como la de las sentencias estructurales, en la cuales, conviene advertir, el juez o jueza constitucional no sustituye al legislador, sino emite pronunciamientos acotados a cubrir la reiterada omisión de quien legisla en el ejercicio de sus funciones, mientras dure dicha omisión.

25. Estamos pues ante un *test de déficits*, en la medida que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares arriba planteados, mas no , por lo menos en principio, los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen.
26. Se trata, por último, de un test deferente con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, el cual tiende a ser respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y no claudica en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los diferentes derechos involucrados.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

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