



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pleno. Sentencia 368/2022

EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de setiembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse (con fundamento de voto), Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad de comercio y de trabajo.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores que inaplique lo dispuesto por la Ordenanza Municipal N° 508/MM a los demandantes.
3. **CONDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores al pago de costos procesales a favor de los recurrentes.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la alegada conculcación del derecho fundamental a la igualdad.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y el voto antes referido, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

**MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
FERRERO COSTA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al día 15 del mes de septiembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia. Con el fundamento de voto del magistrado Gutiérrez Ticse que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Arístides Montenegro Espinoza y otro contra la sentencia de fojas 228, de fecha 19 de octubre de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de setiembre de 2019 [cfr. fojas 7], don Arístides Montenegro Espinoza y don Rumualdo Arecio Julca Palomino interponen demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, a fin de que se les inaplique la Ordenanza Municipal N° 508/MM, de fecha 21 de febrero de 2019. Sostienen que existe una amenaza cierta e inminente a sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio, pues, en la práctica, dicha ordenanza proscribía el cambio de monedas extranjeras desde el 1 de octubre de 2019 -conforme a lo regulado en su artículo 2-.

Refieren que son comerciantes de moneda extranjera en la vía pública [cambistas], debidamente inscritos y autorizados por el propio ente municipal demandado, y realizan su trabajo en la cuadra 6 de la avenida Larco en el distrito de Miraflores, desde hace más de 20 años. En tal sentido, denuncian que dicha prohibición -decretada en la Ordenanza Municipal 508/MM- viola sus derechos fundamentales: (i) a la igualdad y no discriminación, toda vez que no autoriza -sin mayor justificación-, la comercialización de moneda extranjera en la vía pública en el distrito de Miraflores, lo que no ocurre con otras actividades; (ii) al trabajo, porque se les está impidiendo trabajar; y, (iii) a la libertad de comercio, en tanto se les está limitando ejercer libremente la actividad comercial que han venido realizando.

Con fecha 25 de octubre de 2019 [cfr. fojas 155], la Municipalidad Distrital de Miraflores se apersona y contesta la demanda, solicitando que sea



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

declarada improcedente y/o infundada. Básicamente, alega que la Ordenanza Municipal 508/MM no vulnera los derechos de los demandantes, en la medida en que las limitaciones a los derechos fundamentales de los demandantes, establecidas en dicha ordenanza, resultan proporcionales y razonables para contrarrestar actuaciones delictivas.

Mediante Resolución 4 [cfr. fojas 172], de fecha 28 de agosto de 2020, el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda, tras considerar, por un lado, que los derechos fundamentales pueden ser restringidos o limitados siempre que la intervención en tales derechos responda justificadamente a la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales, y, de otro lado, que los gobiernos locales tienen facultades para adoptar las medidas necesarias para el desarrollo administrativo de su localidad.

Mediante Resolución 9 [cfr. fojas 228], de fecha 19 de octubre de 2021, la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, tras entender que la Ordenanza Municipal N° 508/MM no es autoaplicativa en relación con los demandantes, debido a que no tienen autorización municipal vigente para dedicarse a la venta ambulatória de dólares en la vía pública, dado que son informales [sic].

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare inaplicable a los demandantes la Ordenanza Municipal N° 508/MM, de fecha 21 de febrero de 2019, por considerar que la misma constituye una amenaza cierta e inminente a sus derechos a la libertad de trabajo, de comercio y a la igualdad, al prohibirse el comercio de moneda extranjera en la vía pública [cambista].

§2. Procedencia de la demanda

2.1. Acerca del carácter autoaplicativo de la Ordenanza Municipal N° 508/MM

2. En primer lugar, este Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 8 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

3. En segundo lugar, este Tribunal Constitucional también recuerda que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada [cfr. sentencia recaída en el Expediente 04677-2004-PA/TC, fundamento 4].
4. Por todo ello, este Tribunal Constitucional considera que la Ordenanza Municipal N° 508/MM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de febrero de 2019 -que establece como giro no conforme a la actividad de cambio de moneda extranjera en el Distrito de Miraflores- califica como una norma autoaplicativa, ya que dicha ordenanza incide en forma directa en la esfera subjetiva de los demandantes, que tienen como actividad el cambio de moneda extranjera [compraventa de moneda nacional y extranjera] en la vía pública del distrito de Miraflores, dado que su sola emisión genera un impacto en los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de comercio de los accionantes.

§3. Análisis del caso concreto

5. Tal como se aprecia de autos, los demandantes, quienes se dedican al intercambio de divisas, denuncian que la Ordenanza Municipal N° 508/MM constituye una amenaza cierta e inminente a sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio, debido a que ya no va a autorizar la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores; por lo tanto, sus autorizaciones no les serán ampliadas.
6. Aunque al momento de interponer la demanda los actores tenían vigente su autorización -conforme lo acreditan con sus carnets de cambistas autorizados por la Municipalidad de Miraflores [cfr. fojas 5-6]-; dichas autorizaciones ya no se encuentran vigentes -en aplicación de la Ordenanza Municipal N° 508/MM—. Por lo tanto, la denunciada amenaza se ha concretado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

7. En tal sentido, este Tribunal Constitucional analizará si la Ordenanza Municipal N° 508/MM, de fecha 21 de febrero de 2019, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio de los demandantes.
8. A fin de dilucidar la cuestión litigiosa, corresponde pronunciarse respecto de los siguientes puntos: (a) la facultad de la Municipalidad de Miraflores para emitir la Ordenanza Municipal N° 508/MM; (b) la determinación de la intervención en el ámbito *prima facie* garantizado de los derechos a la igualdad y no discriminación, y las libertades de comercio y trabajo; y (c) el examen de proporcionalidad de la norma impugnada.
9. Previamente, se reproducirá el contenido de la aludida Ordenanza Municipal N° 508/MM.

Artículo 1.- DE LA ACTIVIDAD DE CAMBIO DE MONEDA EXTRANJERA

Declarar que a partir de la entrada en vigencia de la presente Ordenanza la actividad de Cambio de Moneda Extranjera (compra - venta de moneda nacional y extranjera) deberá ser considerada GIRO NO CONFORME en el distrito de Miraflores, es decir que dicho giro no puede ser autorizado en la vía pública del distrito.

Artículo 2.- DE LAS AUTORIZACIONES

A la entrada en vigencia de la presente Ordenanza no se tramitarán nuevas Autorizaciones Municipales para el ejercicio de la actividad de Cambio de Moneda Extranjera (compra - venta de moneda nacional y extranjera) en la vía pública del distrito de Miraflores. La Subgerencia de Comercialización estará encargada de su cumplimiento.

Artículo 3.- PLAZO DE ADECUACIÓN

Las personas que ejercen la actividad de Cambio de Moneda Extranjera (compra - venta de moneda nacional y extranjera) en la Vía Pública del distrito de Miraflores, tendrán como fecha límite para su adecuación, mediante un proceso de formalización, hasta el 30 de setiembre de 2019, siendo que al término del plazo concedido, las autorizaciones que hubieran sido emitidas por la Municipalidad en el ejercicio 2017, finalizan su plazo de vigencia.

Artículo 4.- FORMALIZACIÓN

La Gerencia de Autorización y Control a través de la Sub Gerencia de Comercialización, informará y brindará orientación sobre los trámites concernientes que tengan la finalidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

formalizar la actividad de comercio de moneda extranjera en un local comercial con el giro de CASA DE CAMBIO.

Asimismo, con la finalidad de lograr la formalización de la actividad en mención, los cambistas que cuenten con autorización temporal vigente a la emisión de la presente Ordenanza, serán beneficiados con la reducción del 50% de la tasa contemplada en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad para la obtención de las licencias de funcionamiento respectivas, así como del 50% en la tasa de instalación de elemento publicitario.

10. Como se puede observar, la Ordenanza Municipal N° 508/MM declara que la actividad de compraventa de moneda nacional y extranjera no puede ser autorizada en la vía pública del distrito de Miraflores. Y, consiguientemente, establece que, desde su entrada en vigencia, no se tramitarán nuevas autorizaciones para el ejercicio de esa actividad en la vía pública de Miraflores; asimismo, otorga un plazo límite para el término de las autorizaciones y para que las personas que realizan tales actividades se formalicen.

a) Sobre la facultad de la Municipalidad de Miraflores para regular el comercio mediante la Ordenanza Municipal N° 508/MM

11. En este apartado se analizará si la Municipalidad de Miraflores tenía competencia para, a través de la Ordenanza Municipal N° 508/MM, ordenar que no se autorice la actividad de cambio de moneda extranjera [compraventa de moneda nacional y extranjera] en la vía pública del distrito de Miraflores.
12. Conforme al artículo 195 de la Constitución, los gobiernos locales “promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”. El artículo 194 de la Constitución señala que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local, de manera que resulta necesario remitirse a las leyes orgánicas para conocer las competencias de unos y otros.
13. Por ello, al remitirse al inciso 3.2 del artículo 83 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se observa que las municipalidades distritales tienen la competencia específica y exclusiva de “Regular y controlar el comercio ambulante, de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial”.

14. Así, este Tribunal Constitucional ha expresado que de una interpretación concordante entre el artículo 195 de la Constitución con la Ley Orgánica de Municipalidades, “las municipalidades distritales pueden normar o regular, ciertamente, el comercio ambulatorio. Sin embargo, el ejercicio de dicha facultad no puede desvincularse de las normas emitidas sobre la materia a nivel provincial y regional” [sentencia emitida en el Expediente 00024-2013-AI/TC, fundamento 10].
15. En cuanto a las normas emitidas sobre la materia, el artículo 6 de la Ordenanza 1787, ordenanza que regula el comercio ambulatorio en los espacios públicos en Lima Metropolitana, de fecha 12 de mayo de 2014, establece lo siguiente: “Los gobiernos locales de la provincia de Lima, deberán normar complementariamente y en estricta sujeción a esta ordenanza, para lo cual tendrán en cuenta las características propias del comercio ambulatorio en su jurisdicción”. Y, en esa línea, el inciso 2 del artículo 13 de dicha ordenanza refiere que son facultades de la autoridad municipal “Determinar los giros para desarrollar el comercio ambulatorio en espacios públicos”.
16. En atención a lo expuesto, la no autorización de la actividad de la comercialización de moneda extranjera [compraventa de moneda nacional y extranjera] en la vía pública del distrito de Miraflores, dispuesta por la Ordenanza Municipal N° 508/MM, es una facultad que le corresponde a la municipalidad distrital de Miraflores, como parte de su competencia exclusiva de regular y controlar el comercio ambulatorio en su jurisdicción.
17. No obstante, dicha facultad se debe ejercer en conformidad con el respeto y la protección de los derechos fundamentales. Solo así las competencias otorgadas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades a los gobiernos locales se realizarán de conformidad con los derechos fundamentales, principios y valores contenidos en la Constitución.
18. Por lo expuesto, corresponde verificar si la Ordenanza Municipal N° 508/MM, emitida en el ejercicio de las competencias de la Municipalidad de Miraflores, interviene arbitrariamente en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

ámbito *iusfundamental* de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio de los demandantes.

b) Sobre la determinación de la intervención en el ámbito prima facie garantizado por los derechos fundamentales de los demandantes

19. Este Tribunal Constitucional determinará si la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores -dispuesta por la Ordenanza Municipal N° 508/MM- interviene arbitrariamente en el ámbito *iusfundamental* de los derechos fundamentales de los demandantes, a través del examen de proporcionalidad. Para tales efectos, a continuación, se evaluará el grado de intervención en los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la libertad de trabajo y a la libertad de comercio de los demandantes.
20. Como cuestión previa cabe citar a la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-873, de 4 de noviembre de 1999, sobre la transformación de la noción de poder de policía con la finalidad de restringir las libertades en un Estado Social de Derecho:

La noción clásica de poder de policía en el Estado Social de Derecho, entendida como la facultad de las autoridades administrativas, titulares de este poder, para establecer límites a los derechos y libertades de los administrados con el fin de conservar el orden público, *-definición de policía administrativa-*, pasa a convertir este fin *-la defensa del orden público-* en un medio. En donde el poder de policía hoy, ha de buscar no la limitación de los derechos y libertades de los individuos que habitan el territorio, sino el efectivo ejercicio de éstos.

En otros términos, el poder de policía ha de mirar más hacia la realización de los derechos y libertades individuales que a su limitación. En donde la preservación del orden público, deja de ser un fin para convertirse en el medio que permite el efectivo ejercicio de aquéllos. Orden público constituido por las clásicas nociones de seguridad, salubridad y tranquilidad.

“La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público” (sentencia C-024 de 1994).

21. De esta forma y teniendo en cuenta este análisis, en el siguiente apartado se realizará el examen de proporcionalidad referido.

El derecho a la igualdad y no discriminación

22. Los recurrentes aducen la violación de su derecho fundamental a la igualdad, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Refieren que dicha vulneración se ha producido debido a que la Ordenanza N° 508/MM ya no autoriza la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, y no ocurre lo mismo con otras actividades, como la venta de productos alimenticios, de vestimenta, bebidas no alcohólicas, entre otras actividades.
23. Al respecto, es uniforme, pacífico y reiterado el criterio de este Tribunal Constitucional en virtud del cual, “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable [...]. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” [cfr. sentencias



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

emitidas en los Expedientes 00048-2004-PI, fundamento 61; 00012-2010-PI, fundamento 5].

24. A efectos de ingresar en el análisis de si ha existido o no un trato discriminatorio, se precisa, en primer término, la comparación de dos situaciones jurídicas, a saber, aquella que se juzga recibe el referido trato, y aquella otra que sirve como término de comparación para juzgar si en efecto se está ante una violación de la cláusula constitucional de igualdad. Desde luego, la situación jurídica que se propone como término de comparación no puede ser cualquiera. Esta debe ostentar ciertas características mínimas para ser considerada como un término de comparación “válido”, en el sentido de pertinente para efectos de ingresar en el análisis de si la medida diferenciadora supera o no el test de igualdad. Una de tales características es la siguiente:

La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se trate de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica prima facie relevante” [cfr. sentencia emitida en el Expediente 00012-2010-PI/TC, fundamento 6 b].

25. Pues bien, la venta de productos alimenticios, de vestimenta, bebidas no alcohólicas, entre otras actividades, en las calles del distrito de Miraflores, son actividades que no implican el mismo grado de exposición en el intercambio de considerables sumas de dinero nacional y extranjero en efectivo y a la mano en las calles, a diferencia de la actividad de cambio de moneda extranjera. En ese sentido, las características que presentan tales giros, para efectos de tenerlas como término de comparación y juzgar si en efecto hay violación de la igualdad, son distintas. Así pues, no se han aportado elementos de juicio suficientes para establecer la exigida analogía sustancial. Por consiguiente, no se ha acreditado la alegada violación del derecho fundamental a la igualdad de los demandantes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

El derecho a la libertad de comercio

26. Los demandantes sostienen que la Ordenanza N° 508/MM viola su derecho a la libertad de comercio, toda vez que, al no autorizar la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, se les impide realizar libremente el comercio que desarrollan.
27. Sobre el particular, el derecho a la libertad de comercio se encuentra reconocido en el artículo 59 de la Constitución, el cual indica lo siguiente: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. [...]”.
28. Este derecho garantiza el ejercicio de las personas, ciudadanos o agentes económicos de intercambiar bienes y servicios. [cfr. sentencia emitida en el Expediente 00024-2013-AI/TC, fundamentos 15-16].
29. Sin perjuicio de ello, imponer limitaciones a las libertades de trabajo, de empresa, comercio e industria, en tutela de otros bienes jurídicos, es viable pero deberá ser precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
30. En tal sentido, la no autorización o prohibición de la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, impide completamente que los demandantes, quienes se dedican a dicha actividad en las calles, intercambien bienes [entiéndase así a las divisas foráneas]; razón por la cual se advierte que la Ordenanza N° 508/MM interviene en un grado elevado el derecho a la libertad de comercio de los recurrentes.

El derecho a la libertad de trabajo

31. Los demandantes sostienen que la Ordenanza N° 508/MM vulnera su derecho a la libertad de trabajo debido a que la no autorización de la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, ocasionaría que no realicen su trabajo, pues, según ellos, no tienen posibilidades de ejercer esta actividad en casas de cambio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

32. Al respecto, el derecho a la libertad de trabajo se encuentra reconocido en el artículo inciso 15 del artículo 2 de la Constitución, el cual indica lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: [...] 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley”. Este Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido de este derecho constituye “la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona. El ejercicio válido de este derecho requiere, sin embargo, la observancia del marco legal vigente, siempre y cuando este no implique una restricción o limitación desproporcional o haya sido expedido con inobservancia de principios constitucionales” [cfr. sentencia emitida en el Expediente 10287-2005-AA/TC, fundamento 7].
33. En virtud de lo expuesto, se advierte que la no autorización de la actividad de cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores, limitaría totalmente el ejercicio de la actividad que realizan los demandantes a fin de obtener su sustento vital, dado que ya no podrían realizar el cambio de moneda extranjera en las calles de Miraflores. No obstante, cabe recordar que el ejercicio de la libertad de trabajo está sujeto a límites, los cuales deben ser proporcionales y serán analizados en el siguiente apartado. Por lo expuesto, se advierte que la aplicación de la Ordenanza N° 508/MM a los actores intervendría en un grado elevado el ejercicio de su libertad de trabajo.
34. Desde la perspectiva descrita, este Tribunal Constitucional concluye que la aplicación de la Ordenanza N° 508/MM, limita en un grado elevado los derechos a la libertad de comercio y trabajo de los demandantes; en tanto que no se advierte vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación.

c) Examen de proporcionalidad

35. A continuación, el Tribunal Constitucional analizará si la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores -dispuesta por la Ordenanza Municipal N° 508/MM- interviene arbitrariamente en el ámbito *iusfundamental* de los derechos a la libertad de comercio y trabajo de los demandantes, a través del examen de proporcionalidad. Esta técnica, como lo ha evidenciado nuestra jurisprudencia en innumerables oportunidades, permite determinar los niveles de intensidad en la restricción de derechos, a fin de distinguir las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

limitaciones legítimas de aquellas que por el contrario no lo son y por tanto resultan inconstitucionales. Como tal se encuentra compuesta por tres pasos o niveles: el test de idoneidad, el test de necesidad y el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Examen de idoneidad

36. El primer nivel del examen de proporcionalidad es el llamado examen de idoneidad. En esta fase se analiza si (1) la medida sujeta a evaluación [en este caso sería la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores] está realmente encaminada a alcanzar el estado de cosas que se busca lograr [es decir, si la medida es idónea para alcanzar el “objetivo” que se propone en la realidad], y (2) si dicho objetivo realmente sirve para satisfacer la finalidad constitucional que se invoca [si la medida es idónea para optimizar el “fin constitucional” invocado].
37. Al respecto, en la parte considerativa de la Ordenanza Municipal N° 508/MM, buscando justificar la norma, se consigna lo siguiente: a) “con Informe N° 037-2019-SGC-GAC/MM de fecha 06 de febrero del 2019, la Subgerencia de Comercialización realiza un análisis sobre la situación puesta en conocimiento por la Gerencia de Seguridad Ciudadana [dirección que le presentó el *Informe sobre incidencias en materia de seguridad ciudadana en el desarrollo de la actividad económica del comercio de moneda extranjera en los espacios públicos del distrito de Miraflores (cambistas)*; sic] y en el marco de sus atribuciones y competencias analiza la problemática suscitada y **como consecuencia de ello**, remite una propuesta de ordenanza” [el resaltado es nuestro], y b) la propuesta de ordenanza “busca generar la formalización de la actividad de compra venta de moneda nacional y extranjera y contempla el encargo a la Subgerencia de Comercialización”.
38. En esa misma línea, en el escrito de contestación de la demanda, la municipalidad demandada sostiene que la Ordenanza Municipal N° 508/MM tiene dos objetivos: “a) el primero de ellos, es minimizar el riesgo que corren los cambistas al ejercer la actividad de compra venta de moneda nacional y extranjera en plena vía pública, al haberse convertido en blancos de ataque de parte de los delincuentes que merodean el distrito, así como el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

peligro latente que corre la seguridad, integridad física y vida de las personas que transitan por el lugar donde se encuentran apostados, y b) formalizar la actividad de compra y venta de moneda nacional y extranjera.” [fojas 161].

39. De esta manera, se puede concluir que el objetivo de la Ordenanza Municipal N° 508/MM es, por un lado, garantizar la seguridad ciudadana y, por otro, formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles.
40. En cuanto al objetivo de garantizar la seguridad ciudadana, este Tribunal Constitucional advierte que existe una relación causal entre el medio empleado [la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores] y el objetivo o estado de cosas que se pretende alcanzar [garantizar la seguridad ciudadana], pues al no autorizar la comercialización de moneda extranjera en las calles, habría menos exposición de transacciones de moneda extranjera a la vista de los delincuentes, con lo que se limitaría la posibilidad de que las personas que realizan dichas actividades sean fácilmente identificadas, lo que de cierto modo reduciría la exposición de ser víctimas de la delincuencia.
41. Por su parte, dicho objetivo [garantizar la seguridad ciudadana], promueve la finalidad constitucional que se invoca [el bien jurídico de la seguridad ciudadana, recogido en el artículo 197 de la Constitución]. En efecto, la seguridad ciudadana es un bien jurídico protegido que, en la instancia de las municipalidades, se encuentra previsto en el artículo 197 de la Constitución, según el cual:

Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo **brindan servicios de seguridad ciudadana**, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley”. [El resaltado es nuestro].

42. En esa línea, este Colegiado ha precisado que la seguridad ciudadana tiene que ver con “un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

o reparados en caso de vulneración o desconocimiento” [sentencia emitida en el Expediente 05994-2005-PHC, fundamento 14].

43. En tal sentido, se aprecia que el objetivo, referido a garantizar la seguridad ciudadana, promueve la protección del bien jurídico protegido seguridad ciudadana, el cual también se encuentra recogido en el artículo 197 de la Constitución, como competencia de las municipalidades para brindar esos servicios. Ello en la medida que coadyuva a que la Municipalidad de Miraflores pretenda preservar la vida e integridad de las personas que realizan la actividad de cambio de moneda extranjera frente a situaciones de peligro o amenaza, producto de la delincuencia.
44. Ahora bien, en cuanto al objetivo de formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles, se observa que existe una relación causal entre el medio empleado [la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores] y el objetivo o estado de cosas que se pretende alcanzar [formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles], pues al no autorizar la comercialización de moneda extranjera en las calles, los demandantes solo tienen la opción de formalizarse, a fin de que puedan ejercer su actividad. Aunado a ello, se observa que la Ordenanza Municipal N° 508/MM otorga descuentos para los cambistas que se formalicen, con lo cual también se promueve la formalización de la actividad en mención.
45. Finalmente, se advierte que dicho objetivo [formalizar la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles de Miraflores], promueve la finalidad constitucional que se invoca [la competencia del gobierno local de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, determinada en el artículo 195 de la Constitución]. Efectivamente, dicha disposición constitucional establece lo siguiente:

Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo [...].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

46. En virtud de ello, la formalización de la actividad de la compra y venta de moneda nacional y extranjera que se venía ejerciendo en las calles materializa la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local con la formalización de la actividad cambiaria de moneda extranjera.
47. Sobre la base de lo expuesto, este Tribunal Constitucional concluye que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores alcanza la finalidad de garantizar el bien jurídico de la seguridad ciudadana, recogido en el artículo 197 de la Constitución, y el ejercicio de la competencia del gobierno local de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, determinada en el artículo 195 de la Constitución.
48. Por lo tanto, corresponde examinar si existen medios alternos igualmente idóneos y si, llegado el caso, estos producen una menor afectación a los derechos intervenidos, lo cual se efectuará en el marco del análisis del examen de necesidad.

b) Examen de necesidad

49. Evaluado lo anterior, debe examinarse a continuación si la medida supera el examen de necesidad. Este análisis se realiza en dos subfases: primero, debe determinarse si no existen medios alternativos hipotéticos que sean, por lo menos, igualmente idóneos que el medio efectivamente adoptado; y, además, en segundo lugar, si dentro de esos medios alternativos, cuando menos igualmente idóneos, no existen algunos que sean más benignos con el derecho involucrado en comparación con el medio efectivamente adoptado [sentencia emitida en el Expediente 05157-2014-PA/TC, fundamento 70].
50. Como apunta Barack, el test de necesidad requiere que los medios escogidos se “ajusten de manera estricta” al logro del fin de la medida.

Esta noción ya había sido expresada por Fritz Fleiner, quien como es bien conocido escribió: “[L]a policía no debe matar un gorrión



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

con un cañón” (...), Lord Diplock usó una metáfora similar cuando señaló en la decisión de uno de sus casos: “[N]o se debe usar un martillo a vapor para romper una nuez”. La Corte Suprema israelí, en uno de sus fallos, repitió esta metáfora, aunque de manera ligeramente distinta, al preguntar si “el legislador ha usado un cañón para herir una mosca”. Todas estas metáforas están dirigidas a recordar que los medios deben adecuarse al fin. Siempre que el fin se pueda alcanzar a través del uso de medios menos restrictivos, esto debe hacerse. No tiene sentido usar un martillo cuando lo que se necesita es un cascanueces”¹.

51. En el presente caso, al evaluar el grado de satisfacción de la medida, se advierte que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores, si bien reduciría el riesgo de que las personas que realizan transacciones de moneda extranjera en las calles sean víctimas de la delincuencia, no impide que las personas u organizaciones delincuenciales delinca en las calles de Miraflores, pues los delincuentes u organizaciones criminales utilizan otras modalidades o se trasladan a otras zonas del distrito para cometer delitos. Siendo así, es claro que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores genera un grado de satisfacción en favor de la seguridad ciudadana, pero, en atención a lo antes explicado, la realización de dicho bien tiene que ser valorada como de grado medio.
52. Por su parte, si bien con la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores y el otorgamiento de ciertos descuentos en el procedimiento de formalización, derivados de la Ordenanza Municipal N° 508/MM, se promueve la formalización de la actividad cambiaria en mención, ello no se logrará en todos los casos, pues un factor determinante es el capital o los medios económicos con que cuenta el cambista. Así pues, los recurrentes sostienen que no cuentan con el suficiente capital para realizar la comercialización de moneda extranjera en casas de cambio, por los altos costos que demanda el alquiler o la propia adquisición de locales comerciales en el distrito de Miraflores. Con ello se advierte que no todos los cambistas tendrían posibilidades para formalizarse, pese a que,

¹ BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra, Lima, 2001, p. 368.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

debido a la Ordenanza Municipal N° 508/MM, es la única opción para realizar estas actividades en el Distrito de Miraflores.

53. A lo anterior cabe añadir que es otro factor gravitante que la propia emplazada tampoco ha evidenciado en momento alguno el ofrecimiento de alternativas distintas a los antes referidos descuentos, lo que de alguna forma termina siendo determinante en atención a las condiciones socioeconómicas de quienes, como los recurrentes, no son precisamente personas con ingresos altos y de carácter ordinarios. Incluso es de hacer notar que ante la propia audiencia llevada a efecto ante este Colegiado con fecha 1 de setiembre del 2022 y ante la pregunta de si existían opciones distintas a las contempladas en la ordenanza materia de cuestionamiento, el representante de la emplazada no pudo argumentar nada en dicho sentido.
54. Por lo expuesto, el grado de satisfacción de la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, determinada en el artículo 195 de la Constitución, termina siendo medio.
55. Ahora bien, en el contexto expresado, en el que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores implica un grado de satisfacción medio en la seguridad ciudadana [artículo 197 de la Constitución], así como en la ejecución de la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local [artículo 195 de la Constitución]; en tanto que genera un nivel de vulneración grave de los derechos a la libertad de comercio y trabajo, conforme se desarrolló en el apartado anterior, este Tribunal encuentra que, en efecto, pueden ofrecerse algunas medidas alternativas hipotéticas que, orientadas a satisfacer la finalidad perseguida, tengan un impacto menos severo en los derechos restringidos.
56. Al respecto, una medida alternativa sería que la municipalidad identifique lugares considerados seguros y vigilados por autoridades policiales y municipales donde se podría realizar la comercialización de moneda extranjera en la vía pública, se incrementen puestos de seguridad, se instalen sistemas de videovigilancia, y/o se establezcan horarios especiales. Además,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

se podrían articular planes de seguridad ciudadana con la Policía Nacional del Perú, y brindar capacitaciones a las personas que comercializan moneda extranjera en la vía pública, para que utilicen de manera efectiva dispositivos de alarmas, que se encuentren directamente interconectados con la municipalidad y la Policía Nacional de Perú. Finalmente, si lo que se busca es la formalización, se podrían elaborar planes consensuados, con descuentos pero también y como se ha señalado en el fundamento 53 con beneficios alternos a los indicados en la Ordenanza materia de cuestionamiento, que incentiven el acceso de los cambistas a locales comerciales, a fin de que procedan a su formalización.

57. Las medidas expuestas alcanzarían el mismo fin determinado con la Ordenanza Municipal N° 508/MM, de garantizar la seguridad ciudadana y materializar la competencia de la municipalidad para promover el desarrollo y la economía local de acuerdo a políticas y planes, pues con la identificación de zonas seguras, el incremento de vigilancia, la implementación de sistemas de videovigilancia, la articulación de planes con la Policía Nacional del Perú, las capacitaciones, los beneficios en el procedimiento de formalización, entre otras medidas, se fortalecería la seguridad ciudadana y se viabilizarían mecanismos para la formalización de la actividad.
58. Aunado a ello, estas medidas no restringirían en un grado alto los derechos a la libertad de comercio y de trabajo, sino más bien los promoverían, pues permitiría que los demandantes intercambien bienes [entiéndase así a la moneda extranjera] en la vía pública como parte de la actividad a la que se dedican [derecho a la libertad de comercio], y con el ejercicio de la actividad que realizan libremente los demandantes, podrían satisfacer su sustento vital [libertad de trabajo].
59. En esta línea, la medida propuesta alcanza el mismo nivel de garantía de la finalidad de promover la seguridad ciudadana [artículo 197 de la Constitución], así como la ejecución de la competencia de la Municipalidad de Miraflores de promover el desarrollo y la economía local [artículo 195 de la Constitución]; y, en cambio, lejos de intervenir gravemente en los derechos a la libertad de comercio y trabajo de los demandantes, más bien los incentivaría.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

60. En las circunstancias descritas y del análisis de los actuados se advierte que la no autorización de la comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores -propuesta por la Ordenanza Municipal N° 508/MM- no logra superar el examen de necesidad, pues, tal como fue explicado, existen medidas que, logrando el objetivo fijado, no generan intervención en los derechos a la libertad de comercio y trabajo de los demandantes, sino que, al contrario, los promueven. Siendo así, al haberse establecido la inconstitucionalidad de la medida por ser innecesaria, con base en el examen de proporcionalidad, ya no corresponde continuar con el análisis relacionado con el test de proporcionalidad en sentido estricto.
61. Sentado lo anterior, al no haberse superado el examen de proporcionalidad, en la fase correspondiente al test de necesidad, este Tribunal Constitucional considera que la medida dispuesta por la Ordenanza Municipal N° 508/MM ha vulnerado los derechos a la libertad de comercio y de trabajo de los demandantes. En consecuencia, corresponde la inaplicación de la Ordenanza Municipal N° 508/MM a los demandantes.
62. Finalmente, y como consecuencia de la estimación de la *pretensión principal*, corresponde ordenar a la emplazada la asunción de los costos procesales -*pretensión accesoria*-, en atención a lo dispuesto por el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
63. Sin perjuicio de lo aquí desarrollado, es fundamental tener presente que lo expuesto en esta causa no debe ser asumido como un criterio que, sin un análisis pormenorizado, pueda ser extrapolado a otros casos. Tal como ha ocurrido en esta causa, serán las particularidades de cada caso concreto, analizadas, de ser necesario, a la luz de principio de proporcionalidad, las que permitirán determinar la validez o invalidez del ejercicio de las competencias por parte de los gobiernos locales en asuntos que guarden alguna similitud con la cuestión ventilada en este proceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad de comercio y de trabajo.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores que inaplique lo dispuesto por la Ordenanza Municipal N° 508/MM a los demandantes.
3. **CONDENAR** a la Municipalidad Distrital de Miraflores al pago de costos procesales a favor de los recurrentes.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la alegada conculcación del derecho fundamental a la igualdad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
FERRERO COSTA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Coincidiendo con el sentido de lo resuelto por mis colegas, considero pertinente precisar lo siguiente:

1. Conforme se señala en la sentencia, la no autorización de la actividad de comercialización de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores, es una facultad que le corresponde a la Municipalidad Distrital de Miraflores como parte de su competencia exclusiva de regular y controlar el comercio ambulatorio en su jurisdicción de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial, conforme a los artículos 194 y 195 de la Constitución, conjuntamente con el inciso 3.2 del artículo 83 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
2. Se trata en puridad de verdad, de una competencia de gobierno local que debe preservarse en favor de las autoridades municipales, de optar además por determinar en situaciones como ésta, ligadas a actividades comerciales que evidencian notorio riesgo y peligro a la ciudadanía, la posibilidad de prohibirlas o restringirlas.
3. Y es que las municipalidades no solo deben resguardar el ornato vecinal sino también la seguridad, más aún si de acuerdo con la Ley de Seguridad Ciudadana (Ley N.º 27933 y sus modificatorias), forman parte de los Comités que de modo imperativo deben constituirse en cada distrito para luchar contra este flagelo.
4. La controversia entonces radica en que, la medida municipal es legal, pero en el caso concreto, lesiva al anular la libertad de comercio al prohibir de forma absoluta la venta de moneda extranjera por razones de seguridad ciudadana. En ese sentido, la municipalidad pudo prever otras alternativas menos gravosas.
5. Ciertamente, compartimos dicha posición y por ello, suscribimos la sentencia. Sin embargo, debemos poner énfasis en que es competencia municipal prohibir dicho comercio de forma ambulatoria por otras razones, como, por ejemplo, el reordenamiento territorial, la promoción



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03870-2021-PA/TC
LIMA
ARÍSTIDES MONTENEGRO
ESPINOZA Y RUMUALDO
ARECIO JULCA PALOMINO

del turismo, la recuperación o preservación de espacios públicos, etc., por las que pueden aprobar nuevas ordenanzas como expresión del gobierno local. En todos estos actos evidentemente está proscrita la arbitrariedad no siendo en todos los casos una prohibición absoluta un acto inconstitucional. Debe determinarse en cada caso el nivel de intervención en los derechos.

6. De otro lado, no compartimos la condena en costos, toda vez que la autoridad municipal ha actuado en base al marco legal vigente y en cumplimiento de su función de tutelar la seguridad, por lo que, si bien el amparo es fundado, la sanción en costos debe ser eximida.

S.

GUTIÉRREZ TICSE