



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la presente causa, la sentencia sólo es suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

Lima, 22 de mayo de 2013



OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Expediente N.º 0020-2011-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 22 de mayo de 2013

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD
Colegio de Abogados de Arequipa c. Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el artículo 1 de la Ley N.º 29475, que modifica el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional.

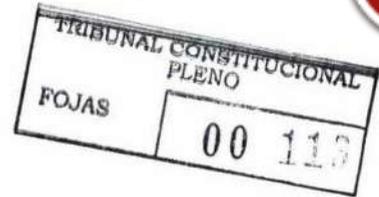
Magistrados presentes:

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 22 días del mes de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

A) ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el artículo 1º de la Ley N.º 29475, en cuanto modifica el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, así como, por conexión, contra el artículo 46 del Decreto Supremo N.º 014-2011-MTC, Reglamento de la Ley N.º 28583.

B) ANTECEDENTES

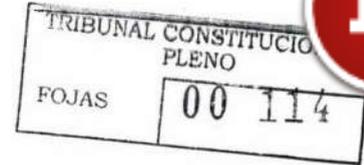
1. De los fundamentos de la demanda

Con fecha 2 de noviembre de 2011, el Colegio de Abogados de Arequipa interpone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley N.º 29475, que modifica el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, así como, por conexión, contra el artículo 46 del Decreto Supremo N.º 014-2011-MTC.

Afirma que el referido artículo 7.2 viola el artículo 63 de la Constitución, pues realiza un tratamiento discriminatorio al permitir solo de modo excepcional el fletamento de naves extranjeras para el transporte acuático entre puertos peruanos y solamente en el caso de inexistencia de naves propias. De igual manera, refiere que las normas impugnadas fundan un segundo trato discriminatorio, puesto que impiden que empresas navieras extranjeras



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

puedan fletar, a su vez, naves de bandera extranjera, otorgando a las empresas navieras nacionales el derecho exclusivo de operar tales embarcaciones extranjeras.

Finalmente, considera que la disposición impugnada transgrede el artículo 71 de la Constitución, en relación al artículo 2.2 de la misma Ley Fundamental, pues realiza un trato discriminatorio a los extranjeros en función de la propiedad.

2. De los fundamentos de la contestación de demanda

Con fecha 15 de junio de 2012, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que ésta se declare infundada. Alega que la disposición impugnada no viola el artículo 63º de la Constitución, referido a la igualdad de condiciones para los nacionales y extranjeros en materia de inversión, puesto que si se tiene en cuenta lo que el Tribunal Constitucional ha definido como inversión, lo dispuesto por el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583 no regula un tema de inversión sino más bien de servicio de fletamento o alquiler de naves para el transporte acuático entre puertos peruanos.

Por otra parte, sostiene que en relación al artículo 71º de la Constitución, sobre el derecho de propiedad, las disposiciones cuestionadas superan el test de proporcionalidad, en la medida que constituyen medidas (i) idóneas para lograr fines constitucionalmente legítimos como el orientar el desarrollo del país y garantizar la seguridad de la Nación; (ii) necesarias, al no existir otro medio alternativo idóneo que alcance los mismos fines; y (iii) proporcionales, puesto que el grado de realización de los fines constitucionales que se persiguen son mayores al grado de afectación al derecho de propiedad.

Finalmente, con respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 46 del Decreto Supremo N.º 014-2011-MTC, precisa que esta solicitud atenta contra el deber primordial del Estado de promover la integración y la aplicación del principio de reciprocidad y, a su vez, repercute negativamente en el desarrollo del país. Resalta, por último, que el Decano del Colegio de Abogados de Arequipa no ha sido facultado por su gremio para impugnar el Reglamento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	00 115



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 29475, que modifica el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional; y, por conexión, el artículo 46 del Decreto Supremo N.º 014-2011-MTC.

Sin embargo, antes de resolver el fondo de la controversia, es preciso que el Tribunal analice un par de cuestiones de orden formal que, con posterioridad a la admisión de la demanda, se han planteado.

§2. Plazo de prescripción e interposición de la demanda

2. La primera de ellas, tiene que ver con la alegación de que la demanda se habría interpuesto fuera del plazo legal. El argumento reza así: si bien en el petitorio de la demanda se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 29475, en cuanto modifica el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583, sin embargo, tanto dicho petitorio como los fundamentos que la sustentan, no cuestionan el extremo de la disposición introducida mediante la modificación, sino aquella que ya se encontraba vigente desde que se expidió la Ley N.º 28583. Por tanto, habiendo entrado en vigencia la Ley N.º 28583 el 22 de julio de 2005, cuando se interpuso la demanda, el 2 de noviembre de 2011, ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción al que se hace referencia en el artículo 100º del Código Procesal Constitucional.
3. El Tribunal no comparte dicho criterio. El artículo 1º de la Ley N.º 29475, después de precisar que modifica, entre otros artículos, el párrafo 7.2 de la Ley N.º 28853, indica que éste quedará redactado bajo un texto integrado por los siguientes enunciados lingüísticos:

“7.2 Para el transporte acuático entre puertos peruanos únicamente, y en los casos de inexistencia de naves propias o bajo las modalidades a que se refiere el párrafo 7.1, se permitirá el fletamento de naves de bandera extranjera para ser operadas, únicamente, por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, por un período que no superará los seis (6) meses no prorrogables.

El reglamento regula la aplicación tributaria a los buques extranjeros que ingresan al servicio de cabotaje nacional”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	00 116



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

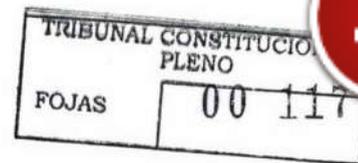
4. El Tribunal es de la opinión que habiéndose re-escrito por completo el artículo 7.2 de la Ley N.º 28853, como consecuencia de la modificación realizada por el artículo 1º de la Ley N.º 29475, el plazo de prescripción se computa desde que entró en vigencia el texto de la disposición legal que contiene su (nueva) formulación lingüística. Es decir, desde que entró en vigencia la Ley N.º 29475; pues, en última instancia, como dispone el cuarto párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, “Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”.

§3. Inconstitucionalidad por conexión e impugnación de inconstitucionalidad por un Colegio de Abogados

5. La segunda cuestión de orden formal atañe al cuestionamiento efectuado en la contestación de la demanda en torno a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, por conexión, del Decreto Supremo N.º 014-2011-MTC. A juicio del apoderado del Congreso de la República, una pretensión de esa naturaleza habría requerido, al igual que el cuestionamiento del artículo 7.2 de la Ley N.º 28853, modificada por la Ley N.º 29475, que se cuente con el acuerdo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Arequipa.
6. Tampoco el Tribunal comparte dicho criterio. En la STC 00045-2004-PI/TC, este Tribunal afirmó su competencia para declarar la inconstitucionalidad de fuentes formales del derecho de jerarquía inferior a la Ley, “cuando ella es también inconstitucional `por conexión o consecuencia` con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional”. Se dijo en aquella ocasión que “La relación de conexidad entre normas consiste en que el supuesto o la consecuencia de una de ellas es complementada por la otra. O, si se prefiere, desde una perspectiva más general: que el régimen de una materia dispuesto en una norma es complementado, precisado o concretizado por otra. Por su parte, la alusión al concepto “consecuencia” supone una relación de causalidad, donde el contenido de una norma resulta instrumental en relación a otra. La relación de instrumentalidad que una norma tiene respecto a otra supone una relación de medio-fin, en la cual si la que desenvuelve el rol de fin es declarada inconstitucional, por lógica consecuencia, la que desempeña el rol de medio deviene también inconstitucional. La declaratoria de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

inconstitucionalidad de la 'norma-fin' trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la 'norma-medio'" [fundamentos 74 y 77, respectivamente].

7. De hecho, la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad por conexión de una norma legal o de jerarquía infralegal no está sujeta a las reglas que disciplinan el ejercicio de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad y, en particular, a que exista un acuerdo de la Junta Directiva cuando la demanda de inconstitucionalidad haya sido interpuesta por un Colegio Profesional. Su declaración, en tanto se haya constatado la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada, forma parte de la tarea ordenadora que a este Tribunal se ha confiado en su condición de órgano de control de la constitucionalidad [artículo 1º de la LOTC]. Es nuestro deber expulsarla del ordenamiento jurídico si es que ésta tiene relaciones de conexión, consecuencia o identidad con la norma legal declarada inconstitucional. Y ello ha de suceder se haya invocado o no con la demanda. De modo, pues, que es procesal-constitucionalmente irrelevante si la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Arequipa autorizó a su Decano para solicitar que se declarara la inconstitucionalidad por conexión del artículo 46º del Decreto Supremo N.º 014-2011-MTC.

§4. El artículo 7.2 de la Ley 28853 y el trato igual a la inversión nacional y extranjera

a) Argumentos del demandante

8. El Colegio de Abogados de Arequipa sostiene que el artículo 7.2 de la Ley N.º 28853, modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 29475, viola el artículo 63º de la Constitución, pues realiza un tratamiento discriminatorio entre inversionistas, permitiendo solo de modo excepcional el fletamento de naves extranjeras para el transporte acuático entre puertos peruanos, y solamente en el caso de que las empresas peruanas carezcan de naves propias.

b) Argumentos del demandado

9. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la disposición impugnada no viola el primer párrafo del artículo 63º de la Constitución, referido a la igualdad de condiciones entre nacionales y extranjeros en materia de inversión, pues el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583 no disciplina una materia relacionada con las inversiones, sino una actividad comercial, como el transporte acuático en tráfico nacional o cabotaje.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	00 118



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

10. El artículo 63º de la Constitución establece que:

“La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

11. En la STC 0018-2003-AI/TC, este Tribunal señaló que la inversión a la que hace referencia el artículo 63 de la Ley Fundamental es “aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.”. Como tal, destacamos, “La inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o, en otras palabras, la acumulación de capital”; pudiendo ser ésta, “según la realice el poder público o la iniciativa particular (...) pública o privada; y, según el domicilio del inversor que aporte capital (...), nacional o extranjera”; precisando que la condición de inversión extranjera, incluso, la tiene “cuando la acción económica se efectúa dentro del territorio de un Estado por agentes económicos con domicilio en otros países”.

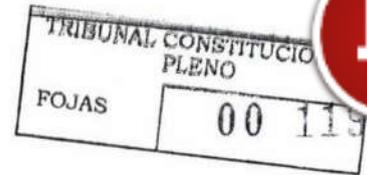
12. En coherencia con el artículo 63º de la Constitución, el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 662, Ley que aprueba el régimen de estabilidad a la inversión extranjera, precisa que

“El Estado *promueve y garantiza las inversiones extranjeras* efectuadas y por efectuarse en el país, *en todos los sectores de la actividad económica* y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional.

Para estos efectos, serán consideradas como *inversiones extranjeras* las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta (...).”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

13. En el presente caso, se ha cuestionado el artículo 7.2 de la Ley N.º 28853, modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 29475. Dicha disposición establece:

“Artículo 1.- Normas modificadas

Modificanse (...) los párrafos 7.2 y 7.4 del artículo 7 (...), que quedan redactados con los siguientes textos: (...)

Artículo 7.- Transporte de cabotaje

(...) 7.2 Para el transporte acuático entre puertos peruanos únicamente, y en los casos de inexistencia de naves propias o bajo las modalidades a que se refiere el párrafo 7.1, se permitirá el fletamento de naves de bandera extranjera para ser operadas, únicamente, por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, por un período que no superará los seis (6) meses no prorrogables.

El reglamento regula la aplicación tributaria a los buques extranjeros que ingresan al servicio de cabotaje nacional (...).”

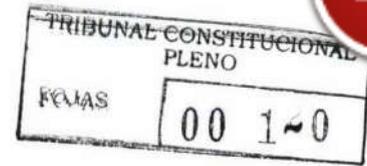
14. El Tribunal observa que al cuestionarse la validez constitucional del artículo 7.2 de la Ley N.º 28853, modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 29475, se ha argumentado que ésta “colisiona severamente con lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución, en cuanto éste señala, de modo terminante, que “la inversión nacional y extranjera se someten a las mismas condiciones (...)”. En buena cuenta, se acusa que la disposición realiza un trato diferenciado a la inversión extranjera.
15. La objeción ha de rechazarse. El artículo 7.2 de la Ley N.º 28583 no regula en materia de inversiones, es decir, con la actividad de colocar capitales en el mercado. El propósito de dicha disposición es otro. Es limitar la posibilidad de que en materia de transporte acuático o de cabotaje, empresas extranjeras puedan operar naves de bandera extranjera. Y el transporte acuático o de cabotaje no es otra cosa que la prestación de un servicio de naturaleza comercial, y no una inversión.
16. La naturaleza comercial de la actividad restringida por la disposición impugnada se evidencia ya del artículo 7.1 de la Ley N.º 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, así como del artículo 45º del Decreto Supremo N.º 014-2011-MTC, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 28583. Ambas definen al cabotaje como una actividad comercial:

“Artículo 7.- Transporte de cabotaje

7.1 El transporte acuático **comercial** en tráfico nacional o cabotaje, queda reservado, exclusivamente, a naves mercantes de bandera peruana de propiedad del Naviero Nacional o Empresa Naviera Nacional o bajo las modalidades del Arrendamiento Financiero o Arrendamiento a Casco Desnudo, con opción de compra obligatoria; salvo lo dispuesto en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

numeral 7.4".

“Artículo 45.- Cabotaje

45.1 El transporte acuático comercial de pasajeros y carga, en tráfico nacional o cabotaje es el que se realiza entre puertos peruanos y está reservado exclusivamente a favor de los buques mercantes de bandera peruana, de propiedad o bajo las modalidades de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con opción de compra obligatoria y operados por un Naviero Nacional”.

17. Y porque su objeto no es regular un tema en materia de inversiones, a esta disposición no se le puede atribuir haber discriminado en esa materia. El Tribunal Constitucional no niega, por cierto, que en el presente caso se materialice una restricción al naviero extranjero para realizar el transporte acuático comercial en tráfico nacional o cabotaje. Pero una restricción de esta naturaleza es indiferente al artículo 63 de la Constitución. Y así debe declararse.

§3. El artículo 7.2 de la Ley 28853 y la presunta violación del derecho de igualdad, en relación con el derecho a la propiedad

a) Argumentos del demandante

18. Afirma el Colegio de Abogados de Arequipa que la disposición impugnada transgrede el artículo 71º de la Constitución, pues en base a la nacionalidad, impide que los extranjeros gocen de diversos atributos garantizados por el derecho de propiedad, pues, a su juicio, existe una íntima vinculación entre actividades de transporte marítimo y el derecho de propiedad.

b) Argumentos del demandado

19. El Apoderado del Congreso de la República sostiene que si bien se efectúa un trato diferenciado, éste no termina por ser un trato discriminatorio, prohibido por la Constitución, ya que la diferenciación que contiene supera el test de proporcionalidad. Y lo supera pues, (i) constituye una medida idónea para lograr fines constitucionalmente legítimos, como garantizar la seguridad de la nación y orientar el desarrollo del país; (ii) necesarias, al no existir otro medio alternativo idóneo que alcance los mismos fines; y (iii) proporcionales, puesto que el grado de realización de los fines constitucionales que se persiguen es mayor al grado de afectación del derecho de propiedad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	lp
FOJAS	00 121

EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

20. El artículo 7.2 de la Ley 28853, tras su modificación, establece:

(...) 7.2 Para el transporte acuático entre puertos peruanos únicamente, y en los casos de inexistencia de naves propias o bajo las modalidades a que se refiere el párrafo 7.1, se permitirá el fletamento de naves de bandera extranjera para ser operadas, únicamente, por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, por un período que no superará los seis (6) meses no prorrogables.

El reglamento regula la aplicación tributaria a los buques extranjeros que ingresan al servicio de cabotaje nacional (...)."

21. El Tribunal observa que al menos 2 son las normas regulativas que se derivan de la disposición impugnada. A) La primera consiste en autorizar el fletamento de naves de bandera extranjera a los navieros nacionales o empresas navieras nacionales sólo en el caso de que éstas no tengan naves mercantes de bandera peruana u operen con naves bajo las modalidades del arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con opción de compra obligatoria, y por un periodo que no superará los 6 meses. B) La segunda, consistente en autorizar que las naves de bandera extranjera fletadas sólo puedan ser operadas por navieros nacionales o empresas navieras nacionales, lo que implica, a su vez, una norma implícita de exclusión, consistente en prohibir que esta actividad la puedan realizar las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras.
22. En el caso de la primera norma regulativa, las condiciones y circunstancias en los que la autorización para fletar se pueda llevar a cabo, representan una intervención normativa sobre la libertad de contratación de la que constitucionalmente gozan los navieros nacionales o las empresas navieras nacionales. En el caso de la segunda, la exclusión de las empresas extranjeras o empresas navieras extranjeras, de la autorización para operar naves de bandera extranjera fletadas, una intervención sobre el derecho-principio de igualdad. Puesto que la demanda se centra en el cuestionamiento de la segunda de las normas regulativas del artículo 7.2 de la Ley N.º 28853, hemos de detenernos en el análisis de si el trato diferenciado que este contiene ha devenido en discriminatorio y, por tanto, contrario al mandato que contiene el derecho-principio de igualdad jurídica.
23. Con tal propósito, hemos de recordar, muy sumariamente, que este derecho-principio de igualdad, en cuanto derecho subjetivo fundamental, garantiza el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	00 122

EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

“(…) *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” [STC 0045-2004-PI/TC, F.J. N.º 20].

24. Como también hemos recordado, este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados, y que estos últimos no pueden confundirse con el trato discriminatorio. Se cruza la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible, ingresándose a una discriminación constitucionalmente prohibida, todas las veces que se constata que la diferenciación practicada carece de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad. Un análisis orientado a ese fin, sin embargo, requiere previamente que se determine la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante; es decir, que el objeto, sujeto, situación o relación ofrecida como término de comparación tenga la capacidad de operar válidamente como tal. Es decir, que sea jurídicamente válido y, además, idóneo [Cf. STC 0035-2010-PI/TC].
25. En el caso, la identificación y determinación de la corrección del término de comparación para analizar la norma de exclusión que contiene el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583 no ofrece ningún problema. Una misma actividad –el transporte acuático comercial operando naves propias o, por excepción, naves de bandera extranjera– se autoriza a realizar exclusivamente a los navieros nacionales o empresas navieras nacionales, prohibiéndose que ésta la puedan realizar los navieros extranjeros o empresas navieras extranjeras. El *trato diferente* se materializa, pues, en el privilegio que se otorga a los navieros nacionales y a las empresas navieras nacionales para realizar una actividad de cuya práctica se excluye a las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras.
26. El motivo de tal diferenciación no tiene que ver con los caracteres de la actividad misma, sino con la nacionalidad de los navieros o empresas navieras que lo puedan practicar. La nacionalidad, como elemento en el que se funda la diferenciación, no siempre ingresa dentro de la categoría general “de cualquier otra índole” al que se refiere el artículo 2.2 de la Constitución y, por tanto, constituye en todos los casos un motivo prohibido por la Ley Fundamental. Así sucede, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que es la propia Constitución la que en base a la nacionalidad funda la restricción en el goce y ejercicio de algunos derechos fundamentales [acceso a determinados cargos públicos, algunos derechos políticos, determinados atributos del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	00 123

EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

derecho de propiedad, etc.]. Por ello, cuando la diferenciación legislativa se funda en la nacionalidad, la determinación de si ésta constituye o no un motivo prohibido por la Constitución requiere que previamente se identifique el interés o derecho [constitucional, legal o infralegal] que relacionamente resulte afectado.

27. En el caso del artículo 7.2 de la Ley N.º 28853 –modificado–, el Tribunal observa que la prohibición de que las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras puedan operar con naves de bandera extranjera, en tráfico nacional o cabotaje, se circunscribe al transporte acuático comercial. Impide que empresas navieras extranjeras o navieras extranjeras puedan realizar, en puertos peruanos, actividades de transporte acuático de carga y pasajeros. Por tanto, la norma implícita de exclusión, es decir, la diferenciación fundada en la nacionalidad que contiene la disposición impugnada, tiene como correlato el efecto de impedir el goce y ejercicio de la libertad de comercio, pues este derecho garantiza “la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal” [STC 03330-2004-AA/TC, fundamento 13]. Es decir, la capacidad autodeterminativa, de personas naturales o jurídicas, para mediar entre la oferta y la demanda de bienes o de servicios, orientada a promover, facilitar o ejecutar los cambios y obtener con ello un beneficio económico calculado sobre las diferencias de valores.
28. Por otro lado, el Tribunal observa que la misma norma implícita de exclusión también interviene en el ámbito protegido *prima facie* del derecho de propiedad, que no sólo es un derecho subjetivo constitucional, sino también un instituto constitucionalmente garantizado y, como tal, portador de valores y funciones. Interviene normativamente en el derecho de propiedad, pues la prohibición de que las navieras extranjeras o las empresas navieras extranjeras puedan operar con naves de bandera extranjera, en tráfico nacional o cabotaje, impide que éstas puedan usarlas –si bien exclusivamente entre los puertos nacionales- y gozar de los frutos inherentes a dicho uso. Y éste, en su condición de derecho subjetivo, garantiza que cualquier persona, natural o jurídica, pueda usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, permitiendo a su propietario servirse directamente de él, percibir sus frutos y productos, y darle el destino más conveniente a sus intereses patrimoniales, en el marco de la función social que es consustancial al contenido garantizado por este derecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	PLENO 124
FOJAS	00 124



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

29. El Tribunal precisa que el impedimento del goce y ejercicio de estas dos potestades que conforman el derecho de propiedad no está relacionado con las condiciones necesarias que ciertos bienes de bandera extranjera deban cumplir para su uso y disfrute en el territorio nacional. El artículo 7.2 de la Ley impugnada no contiene una regulación sobre tales condiciones, sino una prohibición general al uso y disfrute de las naves de bandera extranjera por parte de las navieras extranjeras o las empresas navieras extranjeras, y sólo para el transporte de cabotaje entre puertos peruanos; a diferencia de los navieros nacionales o las empresas navieras nacionales que sí pueden hacerlo.
30. El Tribunal observa que ya se trate de la libertad de comercio [artículo 59º de la CP] o alguno de los atributos del derecho de propiedad [artículo 70º de la CP], la diferenciación fundada en la nacionalidad no es una medida constitucionalmente exigida. Sus posiciones *iusfundamentales prima facie* analizadas no tienen en la nacionalidad un límite inmanente que defina su contenido. Por tanto, su empleo en la diferenciación utilizada por el legislador, en este caso, ingresa dentro de la categoría de las medidas constitucionalmente prohibidas a las que hace referencia la expresión “o de cualquiera otra índole” del artículo 2.2 de la Constitución. Y, por ello, se trata de una intervención grave sobre el derecho-principio de igualdad [STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 35 “a”], cuya justificación, o no, este Tribunal debe verificar, empezando por la identificación del objetivo y los fines que se aspiran cuando menos fomentar.
31. El Tribunal constata que al deliberar sobre el contenido de la disposición impugnada se expresaron diversos argumentos en pro de establecer una medida como la adoptada. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 933/2006-CR, por ejemplo, se argumentó que el Estado peruano no contaba con una Marina Mercante Nacional y que ello había sido consecuencia de la entrada en vigencia de los decretos legislativos Nos. 644 y 683, que coadyuvó para la desaparición de los 65 buques de alto bordo de bandera peruana, la pérdida de 5,000 puestos de trabajo y de un tercio de los ingresos de divisas por fletes de los buques nacionales, además de que el Estado dejara de percibir diversos impuestos. Se adujo, igualmente, que la inexistencia de una Marina Mercante Nacional constituía una traba para el desarrollo del país, pues

“... ningún país desarrollado ha podido crecer, mantener e incrementar su comercio exterior sin una flota nacional propia, protegida en su desarrollo y vinculada inevitablemente a políticas integrales de seguridad nacional, por lo que el Estado y la Nación deben utilizar todas las herramientas posibles para conseguir tales fines, atendiendo a la diversidad de barcos mercantes con los que desarrollan su actividad de servicios regular y no programado” [Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 185/2006-CR].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	00 125



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

32. Por ello, al insistir a la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo recaída en los Proyectos de Ley Nos. 185, 953 y 1035/2006-CR [que culminó con la promulgación de la Ley N.º 29475], el legislador recordaría que el objetivo perseguido con la modificación de la Ley N.º 28583 era la promoción y reactivación de la Marina Mercante Nacional:

“Como se sabe, la Marina Mercante Nacional se encuentra en crisis, al punto que desde 1995 no existe un solo buque mercante peruano. La Ley N.º 28583 vigente desde 19 de julio del 2005, no ha motivado la reactivación ni la promoción de la Marina Mercante Nacional, situación que debe remediarse con la aprobación de la autógrafa...” (Comisión de Transportes y Comunicaciones. Periodo anual de sesiones 2008-2009, “Insistencia a la autógrafa Observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. núm. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.º 28583, párrafo 1).

Tal estado de cosas por alcanzar, por lo demás, se encuentra anunciado en el artículo 1º de la Ley 28583, modificado, al establecerse que:

“Artículo 1.- Disposición preliminar

La política naviera del Estado peruano se orienta a promover el desarrollo de las empresas navieras nacionales, con buques nacionales, en concordancia con el interés nacional y las condiciones que se precisan en la presente ley para participar competitivamente en los mercados mundiales del transporte acuático”.

33. Por cierto, al lado de este objetivo principal, el Tribunal observa que el legislador también se ha propuesto alcanzar objetivos que, por comodidad, hemos de considerar de naturaleza secundaria. Tienen ese carácter, pues su fomento y promoción es consecuencia de la realización del principal. Como se expresa en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.º 185/2006-CR:

Entre los beneficios de contar con una Marina Mercante Nacional, es decir, empresas navieras nacionales con buques de bandera peruana, podemos señalar lo siguiente:

1. Generación de empleo directo e indirecto.
2. Ahorro de divisas.- El Perú gasta aproximadamente US\$ 1,000 millones de dólares en fletes marítimos. El déficit en la cuenta servicios de la Balanza de Pagos es de US\$ 600 millones.
3. Captación de divisas.- Al efectuar cargas desde otros países y entre otros países.
4. No dependencia.- En la actualidad nuestros importadores y exportadores dependen de buques con bandera extranjera para el desarrollo de sus operaciones de comercio exterior. Actualmente la carga peruana financia las operaciones de empresas de marina Mercante de países vecinos, sin ningún beneficio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 00 126



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

5. Actividades afines.- Se desarrollarán en el país actividades no ligadas obligatoriamente al desarrollo de la Marina Mercante Nacional, sino por bondad, oportunidad y costo competitivo de sus servicios”.

34. Las razones vinculadas a la necesidad de alcanzarse tales objetivos, en cierta forma, también se han expresado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 185/2006-CR, al comparar los efectos de contar (o no) con una Marina Mercante Nacional:

SIN MARINA MERCANTE NACIONAL	CON MARINA MERCANTE NACIONAL
1.- El Estado no percibe ingresos por aranceles de importación de buques de Alto Bordo.	Igual
2.- No percibe ingresos de IGV.	Igual
3.- Las supervisoras/aduanas no perciben ingresos.	Igual
4. No hay ingresos por costos notariales y de registro público.	Ingresos por aproximadamente US\$ 169,000.00
5.- Autoridad marítima nacional no percibe ingresos por matrícula ni por certificados estatutarios de los buques.	Ingresos por aproximadamente US\$ 169,000.00
6.- Los Astilleros Nacionales y los talleres navales no tendrán empleo.	Por este concepto facturarán alrededor de US\$ 7'200,000 (US\$ 600,000 promedio por buque).
7.- Nuestros marinos mercantes se forman por cuenta del Estado peruano y se emplean en buques extranjeros. Estos costos los asume íntegramente el país.	Se emplearán en el Perú en buques de bandera peruana. Los marinos mercantes empleados en el Perú contribuyen al Fisco con Impuesto a la Renta y las empresas Navieras Nacionales por Cuenta del empleado, con IES, Essalud CTS, AFP, etc.
8.- Aproximadamente US\$ 1000 millones anuales por fletes que genera nuestro comercio se pagan a buques de bandera extranjera.	Gran parte de los fletes que genera nuestro comercio exterior se quedarán en el Perú. Adicionalmente se generarán divisas al efectuar transporte entre puertos extranjeros.
9.- Nuestro comercio exterior está supeditado a navieras/banderas de otros países.	Nuestro comercio exterior contará con buques de bandera peruana para parte de nuestra propia carga.

35. Por otro lado, el Tribunal observa que una medida como la establecida en el artículo 7.2 de la Ley N.º 28583, modificada, también persigue el incremento de la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Como se deja entrever, la desaparición de la Marina Mercante Nacional no solo ha generado efectos patrimoniales y fiscales adversos a los intereses del país, sino también ha disminuido el poder naval de la Marina de Guerra del Perú. Ello es consecuencia, como se expresa en la “Insistencia a la autógrafa Observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. nums. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.º 28583”, del hecho que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

“Por mandato del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú, D. Leg. No. 438, la Marina Mercante Nacional constituye la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Por tanto debe legislarse en armonía a lo que ordena el artículo 44 de la Constitución, que establece como deber primordial del Estado: defender la soberanía nacional que tiene como esencia la seguridad de la Nación”.

36. En suma, el Tribunal observa que dos son los objetivos principales, o sea, el estado de cosas que se aspira modificar mediante una medida como la cuestionada con la demanda. Por un lado, promover la reactivación de la Marina Mercante Nacional como una actividad esencial cuya consolidación coadyuva al fortalecimiento y crecimiento del país. De otro, incrementar la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Así también se expresó en la “Insistencia a la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo recaída en los Proyectos de Ley Nos. 185, 953 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.º 28583”:

“En resumen lo que busca la Ley 28583 y la Autógrafa es crear o reactivar un sector productivo para que el Estado pueda recaudar los impuestos y derechos que fija nuestro sistema jurídico, así como generar empleo altamente calificado y cumplir con la reactivación de la reserva naval necesaria para la seguridad de la nación”.

37. Puesto que son dos los estados de cosas que se persiguen modificar, y ninguno de ellos está prohibido por la Constitución, corresponde a este Tribunal analizar si tras ellos existen fines constitucionalmente relevantes que los justifiquen.
38. A) El fin que se encuentra detrás del objetivo de reactivar la Marina Mercante Nacional no es adoptar, *ex* artículo 63º de la Constitución, medidas de trato diferenciado contra las empresas navieras extranjeras, o navieras extranjeras, porque en los países de origen de éstas se hayan adoptado, a su vez, medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, como en cierta forma se sugiere del “Dictamen de los Proyectos de Ley Nums. 185-2006-CR, 933/2006-CR y 1035/2006-CR”.
39. De hecho, este Tribunal no desconoce que en diversos países el transporte comercial acuático o de cabotaje se encuentra reservado a buques de bandera nacional [Vgr. Chile, España, Argentina, Venezuela, etc.]. Sin embargo, medidas de esta naturaleza constituyen decisiones generales adoptadas soberanamente por Estados extranjeros y no medidas proteccionistas o discriminatorias dictadas para hacer frente a la actividad comercial de empresas navieras o navieras peruanas. Por lo demás, la dificultad de considerarla como una medida discriminatoria que tenga como destinatario a la Marina Mercante Nacional, también resulta del hecho de que, como se ha indicado en todos los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	00 128



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

proyectos de ley que originaron el artículo 7.2 de la Ley 28583, modificado, simplemente el Perú no cuenta con dicha Marina Mercante.

40. B) Desde luego, que la identificación del fin no pueda estar en el extremo del artículo 63º de la Constitución que se acaba de reseñar, no quiere decir que el fin no exista. (i) El Tribunal observa que al deliberar sobre la disposición impugnada se argumentó que la reactivación de la Marina Mercante Nacional, al promover la creación de miles de puestos de trabajos especializados, facilitar la exportación de bienes de acuerdo con los intereses del país o incrementar la recaudación fiscal derivada de la actividad del transporte acuático comercial, está orientada a fomentar y promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Este es un deber primordial del Estado peruano, según expresa el artículo 44º de la Constitución y, por tanto, un fin constitucionalmente legítimo. (ii) Por cierto, no es el único fin cuya optimización se ha invocado por el legislador. Puesto que la reactivación de la Marina Mercante tendrá el efecto de incrementar la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú, con tal medida el legislador también persigue optimizar el deber del Estado de defender la soberanía nacional, impuesto por el artículo 44 de la Constitución; y al mismo tiempo garantizar la seguridad de la Nación, *ex* artículo 163, primer párrafo, de la misma Ley Fundamental. De modo, pues, que siendo ambos fines constitucionalmente legítimos, de lo que se trata ahora es de analizar si los medios empleados son idóneos para alcanzar los objetivos perseguidos.
41. Valorando la importancia de la totalidad de las finalidades expuestas por el Legislador, este Tribunal Constitucional entiende que el test de proporcionalidad debe comenzar por la que resulta más importante de entre las señaladas, que es la de optimizar la defensa de la soberanía y la seguridad de la Nación, por medio de la reactivación de la Marina Mercante Nacional.
42. Así las cosas, la cuestión de si existe una relación de causalidad entre la exclusión de los navieros extranjeros o empresas navieras extranjeras para operar con naves de bandera extranjera en el transporte acuático comercial y la reactivación de la Marina Mercante Nacional, ha de responderse afirmativamente. El Tribunal observa que la prohibición para que empresas navieras extranjeras puedan operar en el tráfico comercial acuático o de cabotaje, y la necesidad de satisfacer demandas de esta naturaleza, incentivará y promoverá que empresas nacionales se dediquen a esta actividad económica. Igualmente, aprecia que la restricción de que estas empresas nacionales puedan operar buques de bandera extranjera, o solo lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

puedan hacer excepcionalmente por 6 meses, luego de los cuales deban hacerlo con buques de bandera nacional, conseguirá, en un breve plazo, la adquisición de naves de bandera nacional. Y el efecto inmediato y directo de todo ello es la reactivación de la Marina Mercante Nacional [primer objetivo principal]. Como se ha expresado en la “Insistencia a la autógrafa Observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. núm. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.º 28583”:

“Con esta política el Estado procura la reactivación de la Marina Mercante Nacional que se encuentra colapsada, otorga a los empresarios privados facilidades e incentivos de manera transitoria con el objetivo de activar y fomentar un nuevo sector productivo que genere nuevos empleos y tecnificación en el país y también desarrolle actividades y servicios complementarios, otorgando a nuestros productos de alto valor agregado mejores condiciones de competitividad en el mercado internacional” (Insistencia a la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo recaída en los P.L. núm. 185, 933 y 1035/2006-CR, que propone la modificación de la Ley N.º 28583, Comisión de Transportes y Comunicaciones).

43. Por otro lado, el Tribunal advierte que el efecto de tal reactivación, representado por la adquisición y circulación de naves de bandera nacional, aumentará automáticamente el poder naval de la Marina de Guerra del Perú, pues de conformidad con el artículo 24.2 del Decreto Legislativo N.º 1138, la Marina Mercante Nacional forma parte de la reserva naval de aquélla [segundo objetivo principal]. Por tanto, a juicio del Tribunal, el tratamiento diferenciado que realiza la disposición cuestionada es idóneo para alcanzar los objetivos propuestos, por lo que debe analizarse ahora si la medida es necesaria.
44. La cuestión de si existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo con la consecución de los objetivos perseguidos por el legislador, cuando menos cause una intervención de menor intensidad al derecho-principio de igualdad, ha de ser resuelta negativamente. Y no es que no existan otros medios, sino que los que se pudieron haber empleado alternativamente o bien se presentan como inadecuados para alcanzar los objetivos perseguidos o, aun cuando se encuentran orientados a ellos, sin embargo, generan una intervención de la misma intensidad que la ocasionada al derecho-principio de igualdad con el medio empleado por el legislador.
45. En este último caso, por ejemplo, se encuentra la alternativa de haberse dispuesto no tanto la prohibición de que navieras o empresas navieras extranjeras operen buques de bandera extranjera, sino que autorizándose a operar a éstas en el transporte acuático comercial o de cabotaje, y con el propósito de incentivar la reactivación de la Marina



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



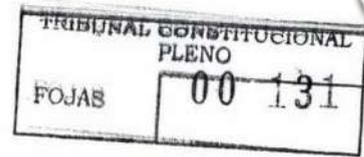
EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

Mercante Nacional, el legislador hubiese establecido un régimen tributario especial (digamos mucho más favorable) a favor de los operadores nacionales. Un medio de esta naturaleza no excluye del transporte acuático comercial o de cabotaje a las navieras extranjeras o empresas navieras extranjeras. Y, sin embargo, al diferenciar la aplicabilidad del régimen tributario en función de la nacionalidad de la naviera o empresa naviera, el medio hipotético terminaría también representando una intervención grave del derecho-principio de igualdad, al encontrarse fundado en un motivo prohibido por la Constitución y afectar, correlativamente, un derecho fundamental.

46. Una medida de esta naturaleza, además, tiene el demérito adicional de conseguir o alcanzar de manera solo parcial los objetivos secundarios que se esperan con la reactivación de la Marina Mercante Nacional, pero también del segundo de los objetivos principales propuestos por el legislador. Y no solo nos estamos refiriendo a la menor recaudación fiscal; menores puestos de trabajo especializados, etc., sino, fundamentalmente, al hecho de que con una medida hipotética de esta naturaleza se dejaría al ámbito del mercado y la libre competencia el objetivo de incrementar la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú. Es decir, a un modelo que, conforme se expresa en los diversos proyectos y dictámenes legislativos, fue el causante de que en la actualidad virtualmente no exista una Marina Mercante Nacional, y que es el que el legislador precisamente pretende sustituir.
47. Así, pues, dado que no existen medios alternativos igualmente idóneos que ocasionen una aflicción de menor intensidad en el derecho-principio de igualdad, el Tribunal considera que el medio empleado por el legislador no puede considerarse como patentemente innecesario, por lo que resta analizar si la medida es proporcionada en sentido estricto.
48. Se trata ahora, como tiene dicho este Tribunal, de determinar el grado de optimización o realización de los fines constitucionales que justifican normativamente la intervención sobre el derecho-principio de igualdad, y sopesar su importancia de cara al grado de intervención ocasionado sobre el derecho afectado. Un análisis en ese sentido, dado un supuesto de pluralidad de fines que se aspiran optimizar, sólo ha de transitar por cada uno de ellos a condición de que la importancia de la satisfacción de uno sea menor al grado de aflicción ocasionada por la intervención en el derecho-principio de igualdad. Pero no, si la importancia de la satisfacción de aquel es igual o mayor al grado de aflicción del principio afectado, pues en cualquiera de estos dos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

casos [o sea, si la importancia de la optimización es igual o mayor al grado de afectación del derecho intervenido], este Tribunal tendrá razones para considerar que la intervención sobre el principio que se opone no es excesiva o desproporcionada.

49. A los efectos de determinar la importancia de la optimización de este fin, en primer lugar, el Tribunal ha de recordar que medidas semejantes a la considerada por el legislador mediante la disposición impugnada han sido adoptadas por otros países. La estrecha vinculación entre la defensa de la soberanía nacional y que una actividad de esta naturaleza sea realizada mediante naves de bandera nacional, en efecto, se evidencia de la regulación similar que una materia como ésta ha recibido en muchos países del entorno. Así, por ejemplo:

a) La Ley de Fomento de Marina Mercante, de Chile, Ley N.º 3059:

“Artículo 1.- La política naviera permanente de Chile es fomentar el desarrollo y favorecer la manutención de su Marina Mercante en armonía con el interés general. En tal sentido, el Estado de Chile propenderá a apoyar a las empresas navieras chilenas para obtener acceso a los mercados mundiales de transporte marítimo y para que transporten efectivamente desde o hacia Chile una parte relevante de las cargas marítimas.

Artículo 3.- El cabotaje queda reservado a las naves chilenas. Se entenderá por tal el transporte marítimo, fluvial o lacustre de pasajeros y de carga entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva”.

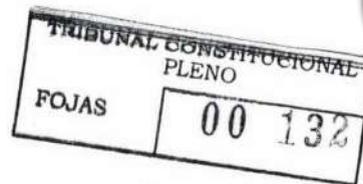
b) El artículo 81º de la Ley N.º 27/1992 – Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de España, que precisa que “la navegación de cabotaje con finalidad mercantil queda reservada a buques mercantes españoles, salvo lo previsto a este respecto en la normativa comunitaria”;

c) La Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, de Venezuela, del 28 de marzo del 2000, cuyo artículo 2º dispone que “el Ejecutivo Nacional velará por el cumplimiento de todo lo concerniente a las actividades domésticas, de cabotaje y transbordo de cargas racionalizadas o no, en los buques de matrícula nacional”; y,

d) El Decreto Ley N.º 19.492, de Argentina, del 25 de julio de 1944, ratificado por la Ley N.º 12.980, que establece que la navegación y comercio de cabotaje queden reservados a los buques de bandera nacional argentina [Cf. Dictamen de los proyectos de ley Núms. 185/2006-CR, 933/2006-CR y 1035/2006-CR, que propone modificar diversos artículos de la Ley N.º 28583, Ley de reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional, de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

50. El Tribunal observa que el transporte acuático comercial o de cabotaje no es una actividad de comercio neutral y sujeta exclusivamente a las reglas del mercado y a la libre competencia. Es una actividad que muchos Estados reservan para que sea ejercida por nacionales. Una reserva de tal naturaleza no se justifica tanto en razones de orden fiscal o de impulso de determinadas políticas públicas. De hecho, el transporte y carga por tierra o aire no tiene una prohibición de la naturaleza del artículo 7.2 de la Ley N.º 28583. En estos espacios, la nacionalidad de la empresa o la de los vehículos que éstos emplean, no constituyen impedimentos para el ejercicio de la libertad de comercio.
51. El resguardo de que dicha actividad económica se realice a través de operadores nacionales y mediante naves de bandera nacional está asociada al hecho de que estas últimas conforman la Marina Mercante Nacional y, en cuanto tal, forman parte del material de la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú [artículo 24.2 del Decreto Legislativo N.º 1138: “Conforman el material de la reserva naval, *las embarcaciones de bandera peruana*, las instalaciones marítimas, fluviales, lacustres y portuarias, a flote o en tierra con sus respectivos sistemas y equipos, y por aquellos bienes y servicios que requiera la Marina de Guerra del Perú, para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica sobre la materia”].
52. En tal condición, su existencia y fomento no está desvinculados del cumplimiento de los fines que se asignan a la Marina de Guerra del Perú. De acuerdo con los artículos 3º y 4.1, respectivamente, del Decreto Legislativo N.º 1138, la Marina de Guerra del Perú cumple la función de controlar, vigilar y defender el dominio marítimo y, de ese modo, contribuye con la función de garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. La eficacia del cumplimiento de tales tareas, desde luego, no solo depende de la formación y adiestramiento de sus hombres, sino también del hecho de que las Fuerzas Armadas cuenten con los recursos materiales indispensables para tal propósito, uno de los cuales lo constituye la Marina Mercante Nacional.
53. No obstante su importancia, el Tribunal observa que como consecuencia de la entrada en vigencia de diversas medidas legislativas, en la década de los 90’ desaparecieron las naves de bandera nacional. Además de los efectos económicos que ello ha supuesto, tal desaparición también ha comportado que la Marina de Guerra del Perú vea disminuida su reserva naval. Es irrelevante, a los efectos de la valoración del fin, que el Estado peruano se encuentre en conflicto armado o no. La defensa de la soberanía nacional, de la que las Fuerzas Armadas son su soporte fundamental, no solo se realiza cuando se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	00 133



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

repele acciones de un *nemicus*, sino también de manera preventiva, a través de la capacidad disuasoria que sus Fuerzas Armadas puedan tener.

54. Por ello, en un contexto en el que el Estado carece de Marina Mercante Nacional y, por tanto, donde la Marina de Guerra del Perú adolece de este importante material de su reserva naval, el Tribunal entiende que la optimización del fin perseguido por el legislador es de la máxima importancia. Y porque es de la máxima importancia la optimización del fin constitucional, aun cuando suponga una intervención grave sobre el derecho de igualdad no autoriza a este Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada.
55. Como expresáramos en la STC 0045-2004-PI/TC, este Tribunal sólo se encuentra autorizado a declarar la inconstitucionalidad de una disposición legislativa en aquellos casos en los que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, pero no en aquellos en los que el grado de optimización del fin es igual o mayor a la intensidad de la intervención sobre el derecho-principio de igualdad, como sucede en el presente caso. Así debe declararse.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RESERVADO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO
FOJAS
00 134



EXP. N.º 00020-2011-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
AREQUIPA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

Petitorio

1. Llega a conocimiento de este Tribunal la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Suárez Zanabria, Decano del Colegio de Abogados de Arequipa, contra el Congreso de la República, y que tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley 29475, que modifica la Ley N° 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, y contra el Decreto Supremo N.º 014-2011 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

Dentro de los argumentos esbozados en la demanda encontramos que el colegio recurrente cuestiona que las normas antes mencionadas contraviene los artículos 63º y 71º de la Constitución Política del Perú.

Cuestiones Previas

2. Antes de analizar el fondo de la demanda de inconstitucionalidad, debo señalar que la resolución por la cual se admitió la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Arequipa, no estuvo suscrita por mí en atención a que en dicha oportunidad emití un voto singular considerando que el Colegio de Abogados de Arequipa Callao –demandante de la acción de inconstitucionalidad– no ostenta la legitimidad activa extraordinaria señalada en el artículo 203º de la Constitución Política del Estado. No obstante ello la demanda fue admitida a trámite mayoritariamente, llegando a mi Despacho la causa a efectos de que me pronuncié por el fondo de la controversia.
3. En tal sentido considero que si bien en dicha oportunidad tuve una posición singular respecto de la admisión de la demanda de inconstitucionalidad, tal posición quedo como minoritaria, correspondiéndome en este momento pronunciarme sobre el fondo de la materia controvertida, puesto que como Juez Constitucional no puedo ni debo renunciar a mi labor de resolver las causas llegadas a mi poder. Por lo expuesto pese a mi discrepancia con mis colegas respecto a la admisión de la demanda, es mi deber resolver y emitir decisión respecto al cuestionamiento que se realiza sobre la Ley N° 29625.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
PLENO	
FOJAS	00 135



Sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada

4. El Colegio demandante cuestiona la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 29475, que modifica la Ley N° 28583, Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, y contra el Decreto Supremo N.º 014-2011 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, puesto que considera que se contraviene los artículos 63° y 71° de la Constitución Política del Perú.

5. Es así que se advierte que los cuestionamientos del demandante se centran en la contravención del artículo 63° que establece que:

“La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

6. Asimismo se denuncia también la contravención del artículo 71° de la Constitución del Estado, que señala que:

“En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 00 130



en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley."

7. En cuanto al primer cuestionamiento concuerdo con el proyecto puesto a mi vista, ya que efectivamente el artículo cuestionado no regula un tema referido a materia de inversiones, por lo que no se puede atribuir un trato discriminatorio en esa materia. Es así que lo que se advierte es que la disposición legal está referida a normar la prestación de un servicio de naturaleza comercial y no un tema referido a inversiones. Por ello respecto a este punto la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada infundada.
8. Finalmente respecto al segundo punto debo expresar que también concuerdo con lo desarrollado en el proyecto traído a mi Despacho puesto que la normativa cuestionada si bien implica una diferenciación entre las empresas navieras nacionales y extranjeras, tal diferenciación responde a razones objetivas y razonables, en atención a que persiguen un objetivo concreto por parte del ente estatal. Por ende el trato diferente si bien se materializa, puesto que se otorga privilegios a los navieros nacionales que excluyen a los navieros extranjeros, dicha diferenciación responde a una política estatal que promueve y coadyuva a la promoción y reactivación de una marina mercante optima y al incremento de la reserva naval de la Marina de Guerra del Perú.

En tal sentido corresponde declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

S.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL