



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 3330-2004-AA/TC
LIMA
LUDESMINIO LOJA MORI

23

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de julio de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular discordante del magistrado Bardelli Lartirigoyen

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Ludesminio Loja Mori contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 1 de abril de 2004, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 20 de febrero de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Dirección Municipal de Comercialización y Defensa del Consumidor, y la Dirección de Fiscalización y Control de la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854, del 30 de diciembre de 2002, que declaró infundado su recurso de apelación; y la nulidad de la Resolución Directoral 1087, del 21 de noviembre de 2001; e infundada la nulidad del procedimiento de autorización municipal de funcionamiento de local comercial; y que, en consecuencia, reponiéndose las cosas al estado anterior, se declare la validez y vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636, del 26 de diciembre de 2001, que ordenó la prosecución del trámite de autorización de funcionamiento de local comercial.

El recurrente, en su demanda, sostiene que la Municipalidad Metropolitana de Lima, tomando como base el Informe 177-2001-MML-DMCDC-DAME, de fecha 3 de julio de 2001, y el Informe 2081-2001-MML-OGAJ, de fecha 23 de agosto de 2001, emitió la Resolución de Alcaldía 38636, de fecha 26 de diciembre de 2001, la cual, al declarar fundado el recurso de apelación contra la Resolución Directoral 1087, de fecha 21 de noviembre de 2001 –que denegaba su petición de autorización de funcionamiento–, ordenó que continuara el trámite de la Autorización Municipal de Funcionamiento solicitado por el actor.

Agrega el demandante que la demandada, incurriendo en abuso de autoridad y arbitrariedad, anuló la Resolución de Alcaldía 38636, de fecha 26 de diciembre de 2001, transgrediendo los principios de legalidad y de conservación de los actos

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

administrativos, toda vez que dicho acto constituía cosa decidida; además, alega que dicha resolución no le fue notificada.

Por otro lado, aduce que la inspección de su local comercial por la Municipalidad se realizó sin notificación previa, y que esta inspección generó el Informe 343-2002-MML-DMCDC, de fecha 12 de diciembre de 2003, el cual opinaba a favor de la improcedencia del otorgamiento de la autorización municipal, no obstante que los actos administrativos anteriores ya habían quedado firmes.

Finalmente, argumenta que la municipalidad no podía declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía 38636, de fecha 26 de diciembre de 2001, toda vez que la aplicación de controles posteriores, reservada para la autoridad administrativa, se aplica cuando se trata de comprobar la veracidad de la información presentada por él, y que el plazo para declarar la nulidad de los actos administrativos había vencido.

b. Contestación de la demanda

Con fecha 24 de marzo de 2003, la Municipalidad Metropolitana de Lima, representada por la abogada Hilda Aurora Coronado Roque, se apersona al proceso y solicita que se declare improcedente la demanda de amparo, alegando que la Resolución de Alcaldía 38636, cuya vigencia y validez pretenden, solo autorizó el trámite de otorgamiento de Licencia de Funcionamiento, mas no la entrega de la misma.

Señala que el accionante ha equivocado el petitorio, porque no se puede solicitar en vía de amparo que se deje sin efecto resoluciones administrativas, por ser necesaria una etapa probatoria, máxime si la Resolución de Alcaldía 19854, cuya nulidad se solicita, ha sido emitida conforme a ley, por cuanto el accionante apeló la Resolución Directoral 1087.

Refiere que el trámite rutinario para el otorgamiento de licencia de autorización de funcionamiento supone la verificación por parte de la Administración del cumplimiento de todos los requisitos, para lo cual, en el caso de autos, se realizó la inspección del local bajo la forma de operativo, el mismo que nunca es comunicado a ningún administrado dado el elemento sorpresa que es concomitante a su naturaleza, contado siempre con la presencia del fiscal. Es así que, conforme se recoge en los Informes 237 y 1818-2002-MML-OGAJ, se encontró que el local comercial ubicado en el jirón Washington 1265, Cercado de Lima, estaba funcionando y que en su interior había un grupo de menores de edad, lo que no solo fue comprobado por los inspectores municipales, sino por el fiscal; que, además, se comprobó la modificación del local, lo que no concordaba con los documentos presentados en el trámite de la licencia; que el trámite de atención a los clientes contraviene lo dispuesto en el literal f) del artículo 7 de la Ordenanza 235-MML; que los boletos de ingreso no habían sido enumerados; que el personal encargado del expendio de bebidas no contaba con carné de sanidad, infringiendo el artículo 8°, literal c, de la Ordenanza 235-MML; que la ubicación del local incumple el artículo 6 de la Ordenanza 235-MML, por encontrarse a menos de 150 metros lineales del centro de enseñanza; y que existe oposición de los vecinos, por cuanto este tipo de establecimientos comerciales los perjudica de manera directa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24

Finalmente, señala que la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, en sus artículos 115 y 199, faculta a la demandada para sancionar, multar, y ordenar la clausura transitoria y definitiva de edificios o establecimientos cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente y constituya peligro, o sean contrarios a las normas reglamentarias o produzcan olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 15 de mayo de 2003, el Trigésimo Séptimo Juzgado Civil de Lima declara fundada, en parte, la demanda por afectación al debido procedimiento, y que, en consecuencia, se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854, del 30 de diciembre de 2002, debiéndose emitir una nueva resolución observando los términos de la sentencia; e infundada en el extremo de retrotraer todo lo actuado a la vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636.

Los fundamentos fueron los siguientes:

- i. La cuestionada Resolución de Alcaldía 19854, de fecha 30 de diciembre de 2002, fue emitida para resolver dos recursos de apelación, cuyo trámite implica una apreciación eminentemente jurídica, es decir, sobre derecho. Sin embargo, antes de su expedición, se ordenó la 'actualización de información' existente, lo que provocó la inclusión en el procedimiento de nuevos elementos que fueron tomados en cuenta decisivamente para la emisión del pronunciamiento. En un primer momento, por la Resolución de Alcaldía 38636 se declara haber cumplido todos los requisitos, mientras que en la Resolución de Alcaldía 19854, materia de acción, se consideran nuevos elementos no previstos. De esta forma se ha afectado el principio de predictibilidad, al seguirse un trámite no previsto en la norma; y el principio de doble instancia, pues los nuevos elementos obtenidos no pueden ser materia de revisión por una nueva autoridad.
- ii. El procedimiento para la obtención de la Licencia de Funcionamiento Municipal es un procedimiento eminentemente declarativo, previsto como tal, en el cual se verifica únicamente el cumplimiento de los requisitos exigidos para la expedición de la licencia. No obstante, la cuestionada resolución se sustentó en elementos que corresponden a un proceso sancionador, en el que el accionante no tuvo posibilidad de ofrecer descargo alguno ni la posibilidad de subsanar la infracción cometida. La demandada alude a una entidad que ya se encuentra en funcionamiento y no al cumplimiento de requisitos preestablecidos.
- iii. La Resolución de Alcaldía 38636 fue declarada nula por Resolución de Alcaldía 6604, que no es materia de la presente demanda, por lo que no puede ampararse el petitorio en este extremo.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 1 de abril de 2004, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundado el extremo de la demanda que pretende la inaplicabilidad de la precipitada Resolución de Alcaldía.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los siguientes fundamentos:

- i. La Resolución de Alcaldía 6604, del 11 de marzo de 2002, que declara la nulidad de los actos derivados de la Resolución Directoral Municipal 1087, fue emitida dentro del plazo establecido en el artículo 110 del Decreto Supremo 02-94-JUS, aplicable al expediente administrativo del demandante en virtud de la Primera Disposición Transitoria de la Ley 27444, en atención a haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento, al no existir notificación de la Resolución 1087 a los vecinos que habían formulado oposición a la solicitud del actor destinada a obtener la autorización respectiva para el funcionamiento del local ubicado en jirón Washington 1265, Lima.
- ii. La Resolución de Alcaldía 6604, del 11 de marzo de 2002, fue debidamente notificada al demandante, apreciándose del cargo que obra a fojas 63, que este se negó a recibirla.
- iii. De conformidad con la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, la demandada es competente para agotar los mecanismos que, a su entender, permitan obtener certeza respecto al carácter procedente de la autorización solicitada por cualquier administrado, lo cual, como es evidente, en el caso de autos, comprendía la visita inspectiva cuestionada por la parte actora, la misma que estando a su finalidad, debía ser realizada en forma intempestiva.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

A. DATOS GENERALES

1. Violación constitucional invocada

La presente demanda fue presentada por Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima.

El acto lesivo se habría producido con la expedición de la Resolución de Alcaldía 19854, que declaró infundado el recurso de apelación del recurrente.

2. Petitorio constitucional

El demandante ha alegado afectación de los derechos constitucionales al debido proceso (artículo 139, inciso 3), a la cosa juzgada (139, inciso 13.), al trabajo (artículo 2, inciso 15) y a la libre empresa (artículo 59).

Se ha solicitado lo siguiente:

- Que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854, que declara infundado el recurso de apelación del recurrente.
- Que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 1087.
- Que se declare la validez y vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636, que ordena se prosiga con el trámite de autorización de funcionamiento de local comercial.

B. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS

3. El parámetro para resolver

Otro tema que merece ser analizado por este Tribunal está referido a establecer un canon interpretativo constitucional que sirva de parámetro para determinar si la actuación municipal en el caso concreto ha sido conforme o no a la Constitución.

Según el artículo 79 del Código Procesal Constitucional,

“para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”.

Por tanto, como parte del desarrollo de la Constitución, se han dado una serie de normas que aparecen como pertinentes dentro del presente proceso en virtud de que su aplicación permite la vigencia de las normas constitucionales.

4. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad

Relacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control.

Como ya lo ha venido señalando este Colegiado, en el fundamento 10 de la Sentencia del Expediente 002-2005-PI/TC, Caso Miguel Ángel Mufarech y más de cinco mil ciudadanos,

“el Tribunal Constitucional debe analizar la presente demanda a partir de un canon interpretativo integrado por las normas de la Constitución, y en tanto desarrollan su contenido, diversos tipos de normas”.

Cabe hacer una diferenciación entre las diversas normas que van a ser utilizadas en el presente caso. Tal como se podrá apreciar en las siguientes líneas, solamente tendrán valor para el caso concreto aquellas emitidas antes del 29 de marzo del 2001, fecha en que el demandante solicitó ante la autoridad municipal, en vía de regularización, la licencia definitiva para su local.

5. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad

Sobre la base de lo que señala el artículo 103 de la Constitución,

“la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”,

se puede entender, rescatando lo que señalara la Primera Disposición Transitoria, acápite 1, de la Ley 2744, Ley de Procedimiento Administrativo General, que

“los procedimientos administrativos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por la normativa anterior hasta su conclusión”.

Una norma legal de este tipo tendrá eficacia plena si se toma en consideración que, tal como lo desarrolla el artículo 109 de la Constitución,

“la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”.

Sin embargo, tomando en consideración la vocación vinculante de la presente sentencia, se va a realizar un análisis haciendo hincapié en la normatividad que resulte aplicable en la actualidad, a fin de poder ilustrar cómo debe resolverse en un caso que se presente en estos momentos.

6. Las normas a ser utilizadas en la presente sentencia

A continuación se analizarán las principales normas que se utilizarán respecto al desarrollo constitucional, y en las que no sean de aplicación al caso concreto, por ser ilustrativas de la situación actual, se hará referencia especial:

- Sobre las *competencias municipales en general*, la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, de 1984; el Decreto Legislativo 776, de 1993; en la actualidad, la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, del 2003.
- Sobre los *procedimientos administrativos de otorgamiento de licencia*, el Decreto Legislativo 705, Ley de Promoción de Microempresas y Pequeñas Empresas, de 1991 (aplicable especialmente para la licencia de funcionamiento provisional); el Decreto Legislativo 720, de 1992; la Ordenanza 235-MML, ordenanza que reglamenta el funcionamiento de establecimientos públicos de esparcimiento (baile, recreación y diversión denominados salones de baile, discotecas y/o similares, cabaré, *grill*, *boite*) en el Cercado de Lima, de 1999; la Ley 27268, Ley General de la Pequeña y Microempresa, del 2000; la Ordenanza 282-MML, ordenanza que regula el otorgamiento de Licencia de Apertura de Establecimiento, Certificados de Aptitud del Local y de Calidad del Negocio, del 2000; en la actualidad, Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, del 2001; la Ley 28015, Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, del 2003.
- Sobre la *protección de los niños y adolescentes*, Declaración de los Derechos del Niño, de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes, del 2000.
- Sobre el *control de la salud y salubridad*, la Ordenanza 015-MML, Ordenanza para la supresión y limitación de los ruidos nocivos y molestos, de 1986; el Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, de 1990; la Ley 26842, Ley General de Salud, de 1997; el Decreto Supremo 007-98-SA, Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, de 1998.

Por más cambios infraconstitucionales que hayan existido, la vigencia de la Constitución de 1993 es igualmente reconocida, y la argumentación presentada en la presente sentencia debe seguir siendo la misma. Es decir, por más que las normas hayan variado desde el 2001, el razonamiento constitucional no puede variar porque la Constitución no lo ha hecho.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

C. NORMA PROCESAL APLICABLE

7. La aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional

Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004,

“las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

Por tanto, en el presente caso, es de preferencia la utilización del Código Procesal Constitucional porque su aplicación no tiene relación alguna con los supuestos de excepción y no termina afectando derechos del demandante. Por tanto, se aplicarán las normas procesales de tal código, al ser su empleo de carácter inmediato y ser más convenientes para resolver los cuestionamientos existentes en el proceso en curso.

D. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

8. Análisis

En atención a la importancia de los temas a ser tratados en la presente sentencia, se procederá a analizar sus naturalezas e implicancias desde una perspectiva general. Por tal motivo, la resolución que se está dictando debe explicar las siguientes cuestiones:

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

- ¿Cuál es la competencia municipal para realizar tal ponderación de derechos?
- ¿Bajo qué condiciones se entregará una licencia de funcionamiento?

IV. FUNDAMENTOS

9. La relación entre derechos fundamentales

La realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible.

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.

Sobre esta base, es interesante partir asumiendo que

“el Estado en cuanto totalidad no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas”¹.

Por tanto, en la presente sentencia van a analizarse las cuestiones más relevantes respecto a los derechos fundamentales en juego, tanto de la parte demandante como de la colectividad, estando estos últimos protegidos por la municipalidad.

A. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

10. Si el amparo no protege derechos vulnerados es improcedente

El demandante, como propietario de una discoteca, al concluir la argumentación de su pedido, llega a alegar que

“siendo la acción de amparo un mecanismo de protección para el ciudadano, contra las arbitrariedades prenotadas en los puntos precedentes y resultando evidentes las afectaciones aludidas, es indiscutible la Tutela Jurisdiccional Efectiva, para que se repongan las cosas al estado anterior del acto cuestionado, pues es de advertir de los propios considerando de la resolución de alcaldía cuestionada, que se ha dictado sin sujeción a normas administrativas de carácter y cumplimiento

¹ SMEND, Rudolph. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid, CEC, 1985. p. 95.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

obligatorio como los vicios preanotados, toda vez que las facultades que otorga la Ley Orgánica de Municipalidades, no pueden ser ejercidas de un modo absoluto y arbitrario, ajenos al Principio de Razonabilidad, pues si no se convierten en ilegítimas e injustas como en el presente caso que, con la adopción de decisiones facilistas, lo único que grafican es apresuramiento y violación de los legítimos derechos de los administrados, obligándonos a recurrir a sede Constitucional”².

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

El Tribunal Constitucional aprecia la limitada argumentación jurídica de parte del demandante respecto a cómo se ha producido la supuesta afectación de la libertad de empresa, y subsecuentemente del derecho al trabajo y del derecho al debido procedimiento administrativo, por ser elementos esenciales en la protección que está solicitando. La postulación de una vulneración no puede presumirse, sino que debe demostrarla quien la alega.

En caso de no existir un verdadero derecho que proteja al recurrente, la demanda será declarada necesariamente improcedente, tal como se analizará más adelante.

§1. Libertad de empresa y ejercicio constitucional

11. Configuración constitucional del derecho a la libertad de empresa

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

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

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

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

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

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

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

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

² Fundamento 4 de la demanda de amparo (f. 43 del expediente).

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

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

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

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

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

“dado el carácter ‘social’ del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos”.

13. Contenido de la libertad de empresa

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades⁵, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis *infra*.
- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
- En tercer lugar, está la libertad de competencia.

³ BASSOLS COMA, Martín. Constitución y sistema económico. Madrid, Tecnos, 1986. pp. 133, 134.

⁴ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. El modelo económico en la Constitución de 1991. En: Revista de Jurisprudencia Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, n° 2. p. 89.

⁵ Sobre el tema, KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En: Libro Homenaje a Jorge Avendaño. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2004. pp. 540, ss.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

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

14. La libertad empresarial a través de una discoteca

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

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

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

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

15. Legitimidad activa para demandar en amparo y titularidad de la licencia de funcionamiento

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de este tema, se debe hacer un comentario especial acerca de un hecho que merece la atención de este Colegiado.

Según consta en el artículo 17, acápite c, de la Ordenanza 282-MML, no es posible que exista licencia de apertura

“cuando se constate que el establecimiento es conducido por persona distinta al titular, disponiendo la clausura del establecimiento”.

En este punto es interesante rescatar lo que se pudo encontrar en la inspección realizada por la municipalidad a la discoteca. Según se observa, en el tique de

ingreso aparece un titular distinto al que ha presentado la presente demanda de amparo, tal como consta en la verificación realizada por la parte demandada:

“La presente inspección se produjo en forma anónima, ingresando al establecimiento por el cual se abonó el derecho correspondiente (S/. 3,00), entregándose tickets a nombre de Mariela Isabel Flores Zapata con RUC 10256833714, y no a nombre del recurrente”⁶.

Si bien el Amparo se sustenta en el hecho de que es el demandante quien ha iniciado el procedimiento de otorgamiento de licencia en sede municipal, no es actualmente el que está ejerciendo el control de tal establecimiento. Es más, hay que reconocer que cabe la posibilidad de ceder el uso del local para el cual está tramitando una licencia.

Sin embargo, esta cuestión de admisibilidad debe ser considerada perfeccionada con la sola presentación de los documentos que acreditan el inicio del procedimiento municipal por parte del recurrente, y su posible afectación en tanto promotor de un trámite administrativo.

§2. Libertad de empresa y libre iniciativa privada

16. Libertad de empresa y creación de empresa

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

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

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

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

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

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

17. Libertad de empresa en el caso del funcionamiento de las discotecas

Legalmente se ha establecido que las municipalidades pueden otorgar licencias a todo aquel que realice actividades sujetas a fiscalización o control municipal cuando

⁶ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 22 del expediente).

De otro lado, “efectuada la consulta en la página web de la SUNAT, se pudo constatar que dicha señora registra el local como uno de sus establecimientos comerciales anexos, y como actividad económica ‘Producción y distribución de filmes y vídeos’, actividad totalmente distinta a la que se ejerce en el local, de Discoteca” (f. 32 del expediente).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cuenten con autorización legal expresa para ejercer dicha función, tal como se observa del artículo 68, inciso e, del Decreto Legislativo 776. En ese sentido la demandada ha actuado de acuerdo con las atribuciones y facultades que le otorga la ley.

Se reconoce que si bien las municipalidades pueden y deben supervisar las actividades económicas y de servicios, el otorgamiento de licencias de funcionamiento tiene carácter reglado y su concesión o denegación no queda a la discrecionalidad del ente competente, sino que se desenvuelve en estricto examen de legalidad (previsto en el artículo IV punto 1.1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General) y del cumplimiento de los requisitos previstos por las normas en la materia, conforme a las disposiciones constitucionales.

Es en ese sentido que conviene considerar, en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que este tipo de establecimientos tiene en la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales de los vecinos, de los niños y adolescentes y de los ciudadanos, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

18. La protección de los usuarios en el otorgamiento de las licencias

La tutela adecuada de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios implica la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración, tal como lo reconocido este Colegiado en el fundamento 14 de la STC 0858-2003-AA/TC, Caso Eyler Torres del Águila.

Es más, sobre la base del artículo 65 de la Constitución, este Colegiado ha creído conveniente considerar en la Sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC que el

“el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos *obligaciones genéricas*; a saber: a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles. b) Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas”.

Regresando al caso de autos, el recurrente debía cumplir cada uno de los requisitos exigidos para otorgársele la licencia: una solicitud, el certificado de zonificación y el

de compatibilidad de uso. Pero, ¿es realmente necesario analizar si se cumplieron cumplió tales requisitos? La respuesta a tal afirmación debe darse con ciertas precauciones, pero analizándola desde un punto de vista constitucional, y no estrictamente administrativo, la misma que será encontrada en las siguientes líneas.

19. El problema del otorgamiento de licencia

Según lo ha expresado claramente el demandante, tras la denegatoria de la municipalidad demandada de otorgarle la licencia de funcionamiento,

“la entidad edilicia [...] emitió la Resolución de Alcaldía N° 38636 del 26.12.01, en la cual al declarar FUNDADO mi recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 1087 del 21.11.01, que denegaba mi petición de Autorización de Funcionamiento ORDENÓ que se remitan los actuados a la Dirección de Comercialización y Defensa del Consumidor, ahora demandada, a fin de que prosiga con el trámite de Autorización Municipal de Funcionamiento [...] habiendo quedado consentido dicho acto administrativo y al encontrarme a la espera del otorgamiento de la Licencia respectiva, la Municipalidad demandada [...] ha procedido a ANULAR LA Resolución de Alcaldía N° 38636 del 26.12.01 [...] cuando ya era COSA DECIDIDA, inobservando el Principio de Conservación de dicho acto administrativo, [...] pues en todo caso de haberse omitido alguna notificación, se podía haber ordenado que se rehaga la notificación subsanatoria, sin perjudicar al administrado”⁷.

Entonces, si bien para el demandante la municipalidad termina afectando claramente su derecho al debido procedimiento administrativo, debe establecerse en qué parte del procedimiento se encuentra actualmente, para poder determinar la procedencia o no de su pedido. Para mejor resolver, es imprescindible hacer una escisión entre lo que significa solicitar una decisión provisional y una definitiva en la Administración.

Para clarificar este tema, este Colegiado ha llegado a señalar en el fundamento 9 de la Sentencia del Expediente 2002-2003-AA/TC, Caso Lizardo Canales Motta, que existen

“las licencias provisionales, que se otorgan mientras la municipalidad evalúa los requisitos de las normas técnicas”.

20. El trámite de una supuesta licencia provisional

En octubre de 1997, se inicia el procedimiento para el otorgamiento de licencia provisional de local ubicado en el jirón Washington 1265, tras la solicitud presentada por el recurrente, signándose como Expediente 703062. Pese a la existencia del Certificado de Zonificación 1688, de abril de ese año, en el que se da la conformidad del local, también existe el informe de inspección ocular, realizado el mismo mes, que desaprueba el local por el déficit en los servicios higiénicos y por no cubrir la distancia exigible a determinados hitos urbanos (200 metros).

⁷ Fundamentos 1 y 2 de la demanda de amparo [f. 39, 40 del expediente].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por tanto, la Resolución Directoral Municipal 2369 declara improcedente la licencia provisional, disponiendo la clausura definitiva del local, sobre la base de no acreditar el certificado de compatibilidad de uso. Frente a tal decisión, el demandante interpone demanda de amparo, la misma que es resuelto definitivamente a través de la sentencia emitida por la Sala Transitoria Especializada en Derecho Público de la Coorte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente 399-97, declarándola fundado, pues consideraba a la resolución como abusiva porque el recurrente sí contaba con certificado de compatibilidad de uso del local.

Tras las opiniones favorables de los informes 444-2001-DMCDC-DAM (local se encuentra en condición de aceptable), 574-2001-DMCDC-DAMF-MC (se presentó toda la documentación requerida), 177-2001-MML-DMCDC-DAMF (solo se requiere Certificado de Zonificación Conforme, y no existe ubicación de local de estudio a menos de 200 metros) y 2081-MML-OGAJ (debe reiniciarse el procedimiento), la Alcaldía de Lima emite la Resolución de Alcaldía 38636, de diciembre del 2001, que declara el reinicio del trámite de licencia provisional.

21. La discutida existencia de una licencia provisional en el trámite municipal para el funcionamiento de discotecas

En términos generales, una licencia provisional es aquella por la cual se hace una solicitud que cumpliendo los requisitos es condición suficiente para ser otorgada. Pero, ahora es conveniente determinar si esta categoría también puede ser aplicada al caso del funcionamiento de las discotecas.

Según alega el propio demandante, cuando se inició el trámite de licencia de funcionamiento provisional en 1997, estaba sujeto a la siguiente regla, según el artículo 11 de la Ley de Promoción de Micro Empresas y Pequeñas Empresas⁸:

“Con la sola presentación de la Solicitud Simplificada de Licencia Municipal de Funcionamiento se considerará como otorgada una Licencia Municipal de Funcionamiento Provisional, con validez de doce (12) meses a partir de la fecha de presentación de la misma, período dentro del cual el Municipio Distrital hará las verificaciones y evaluaciones correspondientes para otorgar o denegar la Licencia Municipal de Funcionamiento con carácter definitivo, una vez vencido dicho plazo.

Sólo se considerará otorgada la Licencia Municipal de Funcionamiento Provisional, cuando la actividad que se pretenda desarrollar en el correspondiente local, no contravenga la normatividad sobre zonificación y compatibilidad de uso”⁹.

⁸ Norma de 1991, con la consiguiente modificación por el artículo único de la Ley 25409, de 1992.

⁹ La Solicitud Simplificada de Licencia Municipal de Funcionamiento “es una solicitud presentada en papel simple con carácter de Declaración Jurada ante el Municipio Distrital correspondiente a la jurisdicción de la empresa y que consigna únicamente los siguientes datos: a) Nombre de la empresa; b) Dirección de la empresa; c) Teléfono, Facsímil y/o Télex de la empresa, si los tuviera; d) Descripción de la actividad que desarrolla o piensa desarrollar; e) Número de trabajadores y empleados. Como único requisito, se adjunta a esta solicitud una copia simple del Registro Unificado a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto Legislativo” [segundo párrafo del artículo 11].

Entonces, pese a que se reconoce la posibilidad del silencio administrativo positivo, se requieren condiciones básicas para que la licencia provisional sea entregada.

Similar a lo anterior, aunque no completamente coincidente, las normas municipales actualmente vigentes (artículos 28 y 29 de la Ordenanza 282-MML) declaran que

“para obtener automáticamente la Licencia Provisional, se requiere cumplir con: a) Zonificación conforme. b) Solicitud Declaración Jurada. c) Pago de los derechos respectivos”, aunque “sólo pueden acogerse los que cumplan con la clasificación de pequeña y microempresa, y no están considerados en esta modalidad los establecimientos de juego, baile y recreación, ni aquellos que expendan sólo bebidas alcohólicas”¹⁰.

Sin embargo, ¿en el caso de las discotecas se puede sostener que pueden existir licencias de funcionamiento ‘provisionales’? En toda entidad comercial cuyo giro tenga relación directa con la vida y el respeto de la dignidad de la persona no puede considerarse válida la existencia de una licencia ‘provisional’, puesto que el carácter tuitivo de derechos fundamentales demanda de la autoridad municipal que realice todas las inspecciones tendentes a determinar si se otorga o no una licencia. Provisionalmente, se podrá ‘autorizar’ el funcionamiento mientras que el trámite iniciado concluya en sede administrativa.

Es más, también se debe discutir la utilización de la Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa como marco jurídico adecuado para el otorgamiento o no de una licencia referida a una discoteca. Para ello se debe tomar en consideración que una ley de este tipo, como lo señala el propio artículo 1 de la actual Ley 28015,

“tiene por objeto la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria”.

22. La clausura de un local

De otro lado, para que se clausure un local, la municipalidad debe realizar su actuación sobre la base de lo que ordena la ordenanza respectiva. Por eso este Colegiado ha señalado en el fundamento 5 de la Sentencia del Expediente 2728-2004-AA/TC, Caso Carola Villanueva Arbieto y otro, que

“en cuanto a la ordenanza cuestionada, este Tribunal considera que no vulnera ningún derecho constitucional de los demandantes, puesto que ha sido emitida en virtud de la autonomía municipal y conforme a las competencias que la Constitución reconoce a las municipalidades”.

¹⁰ De otro lado, “la Municipalidad, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles, otorga en un solo acto la licencia de funcionamiento provisional previa conformidad de la zonificación y compatibilidad de uso correspondiente. Si vencido el plazo, la Municipalidad no se pronuncia sobre la solicitud del usuario, se entenderá otorgada la licencia de funcionamiento provisional” [artículo 38 de la vigente Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, del 2003].

Es decir, solamente se puede ordenar la clausura de un local si se ha incurrido en alguna de las causales de aplicación de sanción de clausura definitiva, tal como lo prevé el artículo decimocuarto de la Ordenanza 235-MML:

“a) Permitir el consumo o venta de drogas. b) Permitir el ejercicio de la prostitución. c) No reunir las condiciones técnicas establecidas para el funcionamiento de locales públicos a los cuales se refiere el Artículo Sexto. d) Funcionar sin contar con Autorización Municipal de Funcionamiento. e) Reabrir el establecimiento que se encuentre clausurado. f) Las señaladas en el artículo Décimo Tercero siempre que sean reiteradas”.

Sin embargo, debe considerarse como válida la emisión de una orden de clausura cuando el peticionante que solicita una licencia provisional no cumple los requisitos exigidos, como lo realizó la Municipalidad Metropolitana de Lima con la Resolución Directoral 2369, de agosto de 1997. De hecho, la sanción de clausura depende del otorgamiento o no de la licencia provisional.

Entonces, es recién con la sentencia de segunda instancia que se terminó configurando finalmente un otorgamiento judicial de la licencia provisional de la discoteca materia de la *litis*. En ningún momento, la Municipalidad Metropolitana de Lima otorgó tal licencia al demandante, sino que fue un juez quien lo hizo. Es así como en tal sentencia se observa que, a consecuencia de la prohibición de la orden de clausura, subsecuentemente sigue en trámite la licencia de funcionamiento provisional:

“la sanción impuesta[está] revista de arbitrariedad, toda vez que carece de sustento, al haberse acreditado que el actor sí contaba con el certificado de compatibilidad de uso de su local”¹¹.

23. Funcionamiento posterior a la licencia provisional

Es más, siguiendo la argumentación del demandante, según se puede observar normativamente, todo recurrente cuenta, desde la fecha de la notificación, con doce meses para funcionar y para actuar con la ‘licencia provisional’, pues el artículo 12 de la Ley de Promoción de Micro Empresas y Pequeñas Empresas, de 1991, reconocía que

“en el caso de que un Municipio Distrital, una vez vencida la licencia provisional otorgada en la forma que indica el artículo precedente, considere como no procedente el otorgamiento de la Licencia Municipal definitiva, notificará de su decisión a la Microempresa o Pequeña Empresa solicitante, otorgándole simultáneamente un período adicional de seis (06) meses durante los cuales podrá seguir funcionando en el mismo local”¹².

¹¹ Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, Causa 599-97-DP, de 31 de marzo de 1998, fund. 3, presentado como anexo por el demandante (f. 151 del Expediente).

¹² En la actualidad, con el artículo 38 de la vigente Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa del 2003, el plazo se ha mantenido, pero ya no se consigna plazo complementario alguno, pues sólo se ha señalado que “la licencia provisional de funcionamiento tendrá validez de doce (12) meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

39

Entonces, pese a lo discutible de la fórmula de la licencia de funcionamiento 'provisional' (este tema será materia de pronunciamiento más adelante), en el caso concreto, el plazo transcurrido en el procedimiento administrativo del caso concreto ha sido superado largamente (van casi siete años, desde la sentencia judicial, o, de igual forma, más de tres años, desde la Resolución de Alcaldía 38636), por más pedidos que sigan existiendo al respecto e informes municipales que la avalen¹³.

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

24. El respeto al debido procedimiento administrativo

Pese a lo explicado en las líneas precedentes, es imprescindible que se reconozca plenamente el debido procedimiento respecto al trámite iniciado por el recurrente, pero, como ya se señaló, no respecto al pedido provisional, sino exclusivamente sobre el definitivo.

Sobre la base de la Constitución que señala, en su artículo 139, inciso 3, como principio de todo proceso

“la observancia del debido proceso”,

en las normas de procedimiento administrativo (artículo IV punto 1.2, de la Ley del Procedimiento Administrativo General) se ha venido a entender el principio del debido procedimiento, el mismo que significa que

“los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”.

Sobre la base de este derecho constitucional, se debe analizar si en el caso concreto se ha visto afectado a través de la negativa de seguir considerando la licencia provisional como válida y por el no otorgamiento de la licencia definitiva. Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones al respecto.

Recapitulando, se observa que en el procedimiento de otorgamiento de licencias pretendido por el demandante se pueden encontrar dos momentos claramente identificables. Uno referido a la licencia provisional, y otro referido a la definitiva. Y es justamente este último el que nos interesa en la presente sentencia y sobre la cual se hará referencia a lo largo de la misma.

Al respecto, no debe existir duda alguna de que la importancia de una licencia de funcionamiento provisional es importante pues permite el funcionamiento de un local en tanto la municipalidad hace los estudios, exámenes, inspecciones o

¹³ La Oficina General de Asuntos Jurídicos opina que “todo el procedimiento administrativo contenido en el Expediente N° 703062-97 ha sido anulado, y por consiguiente debe retrotraerse al estado de resolver la solicitud formulada para acceder a la autorización de funcionamiento de su local comercial” [Informe 1660-2003-OGAJ-MML, de julio del 2003, presentado como anexo por el demandante (f. 126 del expediente)].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

40

cualquier acto conducente al análisis correcto respecto a la conveniencia o no del otorgamiento de la licencia definitiva. Por tanto, no puede aceptarse que, luego de una sentencia judicial, la Resolución de Alcaldía 38636, que simplemente señala el reinicio del procedimiento de licencia de funcionamiento, se encuentra obligando a la autoridad municipal a otorgar la licencia definitiva. Esta alocución no es para nada cierta. Justamente lo único que señala es que el trámite comienza. No dice nada más.

Por tanto, es improcedente que en sede constitucional se solicite la nulidad de las Resoluciones de Alcaldía 19854 y Directoral 1087, basándose en el efecto excesivo de la Resolución de Alcaldía 38636. Lo único que se realizó en su momento fue la autorización para la terminación de un trámite inconcluso. De esta forma, no puede sostenerse la afectación a la supuesta cosa juzgada alegada, por no tener sustento constitucional. Justamente, sobre la prosecución de tal trámite, este Colegiado debe pronunciarse.

25. La improcedencia del amparo presentado

Como se señalara *supra*, si un derecho fundamental no asiste al recurrente, la demanda será declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38 del Código Procesal Constitucional,

“no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

Es más, es una causal de improcedencia del amparo, de acuerdo con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, el hecho de que

“existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

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

26. Análisis del fondo respecto al pedido de licencia

Entonces, cuando el demandante asevera que

“el procedimiento administrativo mediante el cual se materializa las decisiones de la administración municipal, la cual como hemos anotado anteriormente, está plagado de vicios que atentan contra derechos constitucionales”¹⁴,

se debe determinar con claridad cuál es la relación entre tales vicios y el pedido de licencia definitiva.

¹⁴ Consideración C del Recurso Extraordinario interpuesto por el demandante (f. 192 del expediente).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



De ello se colige que la demanda de amparo ha versado exclusivamente sobre derechos supuestamente afectados a través del trámite de la licencia provisional.

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

27. El reconocimiento de la autoridad municipal en el otorgamiento de la licencia

Este Colegiado, por más que reconoce la capacidad judicial de resolver las causas, debe solicitar a los magistrados que, en la medida de lo posible, reestablezcan la autoridad municipal y su autonomía funcional, para que otorguen las licencias de funcionamientos, según las competencias asignadas constitucionales.

Solo si es que existe un derecho fundamental vulnerado, puede intervenir judicialmente, pero debe evitarse la “amparización” de la resolución de problemas municipales, hecho al que contribuye el presente Código Procesal Constitucional.

El reconocimiento de la autoridad municipal en el otorgamiento de licencia se encuentra plenamente sustentada en la Constitución (artículo 195 incisos 4 y 8), y por el principio de interpretación de ‘corrección funcional’, un órgano jurisdiccional no puede interponerse en las competencias de otro ente con reconocimiento constitucional. Este el fin básico de la presente sentencia, que va a tratar de analizar el fondo del asunto, al margen de que se deba declarar improcedente.

§3. Libertad de empresa y libertad de trabajo

28. Conexión entre libertad de empresa y libertad de trabajo

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

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

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

“aunque es cierto que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley, no lo es menos que este derecho no es irrestricto y que debe estar sujeto al cumplimiento de las disposiciones de cada municipio, como en el presente caso, en el que para el inicio de una actividad comercial se deberá obtener previamente la licencia de funcionamiento respectiva; caso contrario, la Municipalidad tiene la facultad de clausurar el local y de sancionar”.

29. Configuración constitucional del derecho al trabajo y la libertad de trabajo

Tal como está previsto constitucionalmente, en el artículo 2, inciso 15, toda persona tiene derecho

“a trabajar libremente, con sujeción a la ley”.

Es más, sobre la base del artículo 22 de la Constitución, se reconoce que

“el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Este es el marco que ha dotado la Norma Fundamental al derecho al trabajo, y sobre el cual se debe resolver el presente proceso.

30. Contenido del derecho al trabajo

Al respecto, este Colegiado ha señalado, dentro de la Sentencia del Expediente 1124-2001-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL (fund. 12), que el contenido esencial de este derecho implica dos aspectos: por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo; y, por otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado.

El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo que medie una motivación justificada o se indemnice. Este ámbito de protección no es sino la manifestación de la especial protección que la Constitución confiere a los trabajadores frente a las eventuales decisiones arbitrarias por parte de los empleadores de dar por finalizada una relación jurídico-laboral. De ahí que la Constitución, en su artículo 27, haya señalado que

“la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

31. Libertad de trabajo como parte del derecho al trabajo

Sin embargo, debe precisarse que el derecho al trabajo se manifiesta también en la libertad de trabajo (artículo 27 de la Constitución); es decir, en el derecho que poseen todas las personas

“para elegir la profesión o el oficio que deseen”¹⁵.

Así, el Estado no solo debe garantizar el derecho de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, además, debe garantizar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia.

¹⁵ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En: AA.VV. Libro Homenaje a Jorge Avendaño. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2004. p. 533.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En tal sentido, el Estado debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia. Siendo así, a efectos de su protección,

“no existe diferencia alguna entre el individuo que se gana la vida como trabajador por cuenta ajena del que lo hace por cuenta propia” y, por ello, sería una aberración “afirmar que es más digno constitucionalmente hablando el trabajo dependiente que el independiente”¹⁶.

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

B. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

32. La autorrestricción de la libertad de empresa

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

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

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

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

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

Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por

¹⁶ PAZ-ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Un ensayo sobre la libertad de empresa. En: AA.VV. Estudios Homenaje a Luis Díez-Picazo. Madrid, Thomson-Civitas, 2003. t. IV, pp. 5971, ss.

¹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Madrid, Dykinson, 1992. p. 163.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

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

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

§1. Libertad de empresa y moral pública

33. La moral pública

La moral es un concepto de contenido abierto que debe ser concretizado en casos específicos. Relacionada básicamente con las buenas costumbres, su efectividad constitucional puede encontrarse reconocida básicamente en forma de límites, tal como aparece también en el caso del derecho a la libertad religiosa (artículo 2, inciso 3, de la Constitución):

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Es decir, deben respetar “las normas de acústica, seguridad e higiene del local” [artículo séptimo acápite a].

¹⁹ Resolución Directoral Municipal 007, del 2001, presentada como anexo por el demandante (f. 157 del expediente).

34. Moral pública y protección de los niños y adolescentes

Como parte de la moral pública, se debe tener en cuenta un elemento esencial de análisis municipal, cual es la protección de los niños y adolescentes que debe lograrse a través del control del ingreso a centros nocturnos como son las discotecas. Es más, como parte de la ética, moral y buenas costumbres en los locales previstos en el artículo 10° de la Ordenanza 235-MML, se ha prescrito que

“los propietarios, conductores y/o administradores de estos establecimientos deberán: a) Mantener el orden, la moralidad y la tranquilidad dentro de sus locales y en el área pública cercana a sus establecimientos. Ante cualquier contravención del orden en el interior o exterior del establecimiento deberán solicitar de inmediato la intervención de la Policía Nacional, Serenazgo y/o autoridad competente. b) Impedir actos de violencia dentro de sus locales y en el área pública adyacente a sus establecimientos. c) Evitar el ingreso o permanencia de menores de edad cuando las actividades del establecimiento no sean exclusivas para menores. d) No permitir la venta o consumo de drogas y el ejercicio de la prostitución”.

Es por eso que se considera necesario hacer un hincapié en el tema de niños y adolescentes a fin de desarrollar la coherencia que debe tener la emisión de una licencia con la protección de este grupo vulnerable de la sociedad.

35. Configuración constitucional de la protección de los niños y adolescentes

Se señala en la Constitución, artículo 4, que

“la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente”.

El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar.

Por tanto, en el presente caso se debe analizar si es coherente el ingreso de adolescentes (según la denominación del Código de los Niños y Adolescentes²⁰) o de niños (según el lenguaje de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹) a una discoteca en horarios no permitidos según su edad.

36. El deber municipal de proteger a los niños y adolescentes

La importancia de dicha obligación por parte del Estado y de la sociedad en general se manifiesta de modo más patente frente a los peligros y riesgos a los cuales están expuestos diariamente. Por ello, el ejercicio de los derechos que la Constitución

²⁰ “Se considera... adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad” [artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes].

²¹ “Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad” [artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas y suscrita por el Perú en 1990, a través de la Resolución Legislativa N° 25278].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

46

reconoce a las personas no puede poner en riesgo, en modo alguno, la vida e integridad de los niños y adolescentes; más aún si ese peligro proviene de una actividad que se realiza con fines de lucro.

Como bien lo ha explicado el párrafo 41 de la Opinión Consultiva OC-17/2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la protección de un niño y adolescente se sustenta en el hecho de que

“la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños”.

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

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

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

37. Exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios

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

Esto, sobre todo, si se toma en consideración que, según el artículo 25 del Código de los Niños y Adolescentes,

“el Estado garantiza el ejercicio de los derechos y libertades del niño y del adolescente consagrados en la ley, mediante la política, las medidas, y las acciones permanentes y sostenidas [...]”.

De esta manera, de acuerdo con el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, Resolución 1386 (XIV),

“el niño gozará de una protección especial [...] para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”²³.

²² También reconocido en el artículo 3 acápite 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (“una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”).

²³ Similar al artículo 27 acápite 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

38. El ingreso de adolescentes a las discotecas

En la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 31, acápite 1) se ha reconocido claramente que los niños y adolescentes tienen derecho

“al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad”.

Sin embargo, de lo anterior no se concluye que los niños y adolescentes puedan ingresar libremente a las discotecas, pues su desarrollo emocional no es coherente con la reunión indiscriminada con mayores de edad.

Por tal razón, los establecimientos, al realizar sus actividades no deben, rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 7° acápite c, de la Ordenanza 235-MML,

“permitir el ingreso de menores de 18 años de edad, excepto en aquellos locales debidamente adecuados y exclusivos para menores desde los 14 años”.

De ello, se colige que si bien los adolescentes no pueden ingresar a una discoteca, excepcionalmente lo podrán hacer si ésta se encuentra acondicionada a su edad. Es decir, el giro de la empresa debe estar relacionada con tal fin, elemento que es inexistente en el presente caso. La solicitud de funcionamiento de la discoteca Calle Ocho no está referida a la permisión de ingreso de adolescentes, por lo que tal ingreso se encuentra prohibido.

39. La presencia de adolescentes en la discoteca

En el presente caso, se pudo consignar la presencia de adolescentes en la discoteca cuya licencia es sujeta a análisis, hecho que termina atentando contra la moral y es falta de coherencia con una respetuosa libertad de empresa.

Refiriéndose al operativo llevado a cabo el 6 de agosto del 2002, se señala que se

“llegó al establecimiento siendo las 8:45 PM, motivo por el cual dentro del local se suscitó alboroto en la Administración y personal de seguridad; en cuestión de minutos pasaron mesa por mesa solicitando Documento de Identidad en salvaguarda de sus intereses por la presencia de indocumentados y menores de edad”²⁴.

Pero menos duda de la existencia de adolescentes dentro del local, puede encontrarse a través del Acta Fiscal, en la cual se encuentra lo siguiente:

“en este acto, personal policial procede a verificar si existe menores de edad con la anuencia del conductor del local; al término de esa verificación se determina la presencia de seis personas, aparentemente menores de edad, las mismas que son trasladadas a la Comisaría del sector como medida preventiva a efectos de ser debidamente identificadas y entregadas a sus padres, tutores y/o quienes ejercen la patria potestad, siguiendo el procedimiento de ley, en procura de evitar la vulneración de sus derechos o la puesta en peligro de los mismos; las

²⁴ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (. 23, 24 del expediente).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

F8

personas antes señaladas son: N.P.R.K. (17), K.O.D.L.V. (17), G.M.R. (17), R.E.L. (17), A.Z.M. (17) y K.S.J. (17), quienes asienten en acompañar al personal femenino de la Policía Nacional; [...] que en la discoteca se expende sangría y cerveza”²⁵.

Además de este hecho, de manera previa al ingreso del operativo antes mencionado, la inspección inopinada de la municipalidad constató lo siguiente:

“El público era aproximadamente de 100 personas, conformado generalmente por estudiantes de las diversas academias e institutos existentes en la zona (presencia de mochilas, cuadernos, entre otros).

En el ingreso, el personal de seguridad no exige el documento de identidad, a pesar de que al local ingresan muchos estudiantes”²⁶.

40. La cercanía de centros educativos a la discoteca

De otro lado, partiendo del derecho de los niños y adolescentes a la educación, gracias al artículo 28, acápite 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado, incluyendo los gobiernos locales, adoptará

“cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño”.

Por tal razón, y también tomando en consideración la posibilidad de emitir ruidos molestos, es necesario asimilar una discoteca al supuesto expresado en el artículo primero del Decreto de Alcaldía 095, de 1999, según el cual

“los locales en que funcionen Salones de Juego Electrónicos, Billar, Bochas, Bowling, y afines en el Cercado de Lima, deberán ubicarse a una distancia no menor de ciento cincuenta (150) metros lineales de [...] Universidades, Escuelas, Institutos y Academias”.

Cuando la norma señala que deben existir ciento cincuenta metros lineales, es lógico que en este caso la preocupación va más allá de la existencia o no de licencia municipal para el desarrollo de las actividades educativas, salvo que preexista un derecho a un local de diversión.

En el caso de autos, al estar la licencia de funcionamiento siendo solicitada paralelamente por el accionante y por diversos centros educativos de la zona, parece coherente, siguiendo el valor constitucional de la protección de los niños y adolescentes y su interés superior, que no sea necesario para el análisis del cumplimiento de la norma por parte de la discoteca, revisar si los planteles de educación contaban con licencia previa²⁷.

Esta argumentación también es asumida por la Municipalidad Metropolitana de Lima:

²⁵ Acta fiscal del 7 de junio del 2002, presentada como anexo por la demandada (f. 58 del expediente).

²⁶ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23 del expediente).

²⁷ La Corte Interamericana ha señalado que “en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia” [Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 65].

“Si la Municipalidad considerara a los centros educativos que tienen licencia estaría restringiendo y limitando los beneficios que otorga la Ordenanza a los niños y adolescentes usuarios, e indirectamente estaría negando la existencia física real de centros educativos, con problemas de formalización de los cuales no son responsables los alumnos y la sociedad en general, en todo caso de ser ese el criterio, deberá definirse la permanencia de aquellos mediante el órgano de control respectivo. Por lo que de lo expuesto, debe considerarse la existencia real de 10 centros de enseñanza y no de tres, al momento de calificarse la ubicación de la discoteca”²⁸.

Como se observa, al existir diez centros educativos cercanos a la discoteca en mención, independientemente de su regularización en el tema de licencias, es preocupante que esta funcione sin contar con una licencia de funcionamiento definitiva. Si normalmente es necesaria que ésta haya sido otorgada, en este caso, es especialmente delicada la situación del local, ubicado en jirón Washington 1265. Aparte del caso del Instituto EIGER, ubicado en el inmueble contiguo al de la discoteca (jirón Washington 1255), es substancialmente trascendente lo que sucede con el Instituto Superior Tecnológico Rochdale, sito en pasaje Velarde 192 (a 128,70 metros), que cuenta con licencia de funcionamiento plenamente vigente²⁹.

41. Certificación de Zonificación

Coherente con lo señalado en el párrafo anterior, se señala que para poder funcionar el local motivo de la controversia debe estar sometido a las nuevas reglas de zonificación del Centro Histórico, área geográfica en la cual cualquier planificación debe ser congruente con las políticas municipales sobre la materia.

Desde el 2001 (artículo 1 de la Ordenanza 201-MML), el Plan Maestro Centro de Lima

“es un componente de la gestión municipal diseñado con el propósito de obtener mejores niveles de calidad física, social y económica para el Centro Histórico, el Cercado y su Zona de Influencia, y como medio de concertar las actividades de las diferentes direcciones y dependencias municipales hacia las metas establecidas”³⁰.

Por lo tanto, el pedido del recurrente debe ser sometido a las reglas de zonificación. Es así como

²⁸ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 26 del expediente).

²⁹ Cuenta con licencia definitiva, emitida el 14 de septiembre del 2000, según Expediente 27258, iniciado, el 13 de julio del 2000.

Sin embargo, según la municipalidad, esta fecha es “posterior al inicio del trámite de autorización presentada por el recurrente” [Resolución de Alcaldía 28636 (f. 4 del expediente)], dato que es irrelevante para el presente caso, tal como se explicara *supra*.

³⁰ Además, en el presente, “las municipalidades provinciales, en coordinación con el Instituto Nacional de Cultura o a su solicitud, pueden establecer limitaciones especiales por la necesidad de conservación de zonas monumentales y de edificios declarados monumentos históricos o artísticos, de conformidad con las leyes sobre la materia y con las ordenanzas sobre protección urbana y del patrimonio cultural” [artículo 91 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“actualmente el establecimiento cuenta con zonificación no conforme, toda vez que la Ordenanza N° 201-MML que estableció la nueva zonificación en el Centro Histórico de Lima entró en vigencia con fecha anterior al pedido de fecha 29.03.01 en vía de regularización del otorgamiento de su licencia definitiva”³¹.

Sin embargo, pese a que la propia municipalidad, en julio del 2001, emitió un equívoco informe en el que se consideraba una Zonificación Conforme respecto a la discoteca³², posteriormente, en agosto del 2002, se rectificó considerando que

“el informe en mención no está suscrito por profesional colegiado siendo meramente referencial, el mismo omite mencionar la falta de acondicionamiento del local en el trámite de la licencia provisional en sí, así como las observaciones mencionadas”³³.

Justamente este Certificado de Zonificación, además de permitir la coherencia del desarrollo urbano en la capital, también coadyuva al respeto de la moral y las personas, especialmente de niños y adolescentes, vecinos del Centro Histórico.

42. Forma de protección a través de horarios

Una forma adicional en que se puede proteger a los niños y adolescentes, sobre todo tomando en consideración la cercanía con locales educativos, es a través del control de horarios de ingresos a las discotecas, en especial de la Calle Ocho.

Por tanto, si existe la posibilidad de que los adolescentes saliendo de sus centros de educación puedan ingresar directamente a un establecimiento de este tipo, debe existir una norma que con claridad impida este hecho. Es así como, tomando en consideración el artículo 7, acápite f, de la Ordenanza 235-MML las discotecas

“desarrollarán sus actividades a partir de las 20:00 horas, excepto los días sábados, domingos y feriados, en los cuales podrán iniciar sus actividades desde las 15:00 horas. Cuando se trate de locales o funciones exclusivas para menores de edad desde los 14 años, podrán desarrollar sus actividades los días viernes, sábados y feriados desde las 18:00 horas hasta las 02:00 horas: Debiendo contar con la correspondiente Licencia Especial”.

De lo expuesto se demuestra que en el presente caso el demandante solo podría hacer funcionar su local a partir de las ocho de la noche, cosa que no ha sucedido en la realidad.

Sin embargo, la Fiscal Provincial de la Fiscalía Especial de Prevención del Delito realizó un operativo, en el que como ya se señaló, se encontraron adolescentes. Pero, ¿en qué momento del día se realizó el operativo?

³¹ Informe 1818-2002-MML-OGAJ, expuesto como anexo de la contestación de la demanda (f. 61 del expediente).

³² Informe 177-2001-MML-DMCDC-DAMF, presentado como anexo por el demandante (f. 5, ss. del expediente).

³³ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 29 del expediente).

“En el Cercado de Lima, siendo las dieciocho horas con veinte minutos del siete de junio del dos mil dos [...]”³⁴.

De esta manera, la municipalidad llega a concluir que

“el horario de atención al público contraviene lo dispuesto por el literal f) del artículo Sétimo de la Ordenanza 235”³⁵,

es decir, se configura una afectación más al derecho de los niños y adolescentes, y consiguientemente, del respecto a la moral, en el abusivo ejercicio de la libertad de empresa por parte del demandante.

§2. Libertad de empresa y salud pública

43. Doble análisis de la salud pública

La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducir a la muerte de la persona o, en todo caso, a desmejorar su calidad de vida.

El concepto académico de salud incluye una idea que

“ya no se limita a ausencia de enfermedad, sino que abarca positivamente el desarrollo normal y funcional de los órganos fisiológicos del ser humano, entendiéndose que carece de salud el que, sin estar enfermo, presenta una anomalía anatómico funcional”, el mismo que termina siendo un concepto más amplio: “la Organización Mundial de la Salud la ha definido en su documento constitutivo como el ‘estado de completo bienestar físico, mental y social’”³⁶.

Analizando el caso concreto, se puede observar que la libertad de empresa pretendida por el demandante debe verse restringida, básicamente, en dos supuestos, los mismos que van a ser materia de estudio particular³⁷.

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

44. Configuración constitucional del derecho a la salud

Como principio esencial de nuestra Constitución se ha establecido, en su artículo 1, que

³⁴ Acta fiscal del 7 de junio del 2002, presentada como anexo por la demandada (f. 58 del expediente).

³⁵ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo del demandante (f. 31 del expediente), retomado en el Informe 1818-2002-MML-OGAJ, presentado como anexo por la parte demandada (f. 60 del expediente).

³⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Sistemas de protección de salud. p. 452.

³⁷ En la inspección realizada por la Municipalidad de Lima, se señaló que “en pleno funcionamiento del local procedimos a verificar el estado de los baños, existiendo deficiencia en los aparatos sanitarios. En el baño de damas se constató que de los cuatro lavatorios sólo funcionaba uno” [Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23, 24 del expediente)].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En este marco, se ha llegado a señalar, como parte del artículo 7 de la propia Constitución, que

“todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”.

La salud, por tanto, puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano³⁸. Es por ello que la Constitución reconoce como parte del artículo 2, inciso 1, por un lado, el derecho de toda persona

“a su libre desarrollo y bienestar”;

y, a su vez, garantiza el derecho, como parte del artículo 2, inciso 22, de la Norma Fundamental,

“a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”,

derecho este último que será materia de desarrollo posterior. Nuestra Constitución, pues, otorga la misma protección a ambos aspectos del derecho a la salud.

45. La exigencia constitucional de salud

La persona, pues, está consagrada como un fin en sí misma y, por ende, el Estado tiene la obligación de protegerla. Su protección supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos.

En efecto, el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene en inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos.

En tal sentido, con respecto a la salud, en tanto derecho social, se ha señalado que

“la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada”³⁹.

³⁸ Sentencia del Expediente 2945-2003-AA/TC, Caso Azanca Alhelí Meza García, fund. 28 (“es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social”).

³⁹ ABRAMOVICH, Víctor y Chistian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta. p. 33.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental.

En este marco, este Colegiado ha venido a señalar, como parte del fundamento 6 de la Sentencia del Expediente 2071-2002-AA/TC, Caso Servicios y Productos Industriales Kernel Universal S.A., que

“si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional. Bajo esta perspectiva, si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, contenido en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales. Es evidente, también, que el interés individual no puede primar sobre el interés colectivo”.

De los conceptos antes vertidos, se desprende la existencia de un control municipal que debe realizarse en un doble ámbito: el local donde funciona la discoteca, expendiéndose bebidas y comidas, y del personal que los manipula.

46. La higiene y salubridad en el lugar de expendio de alimentos y bebidas

Es imprescindible que la discoteca haya cumplido con reglas básicas de salubridad para que se puedan comercializar productos comestibles y bebibles, con el fin de salvaguardar el derecho de las personas que asistan a su local.

Al respecto, en una norma relativa a la emisión de licencias (artículo 1 del Decreto Legislativo 720), se ha llegado a señalar que

“las Municipalidades sólo podrán exigir a las personas naturales o jurídicas, para el desarrollo de cualquier actividad económica, la Autorización Municipal de Funcionamiento. Lo dispuesto en el párrafo anterior no exime a las personas naturales o jurídicas de cumplir con los objetivos de higiene y salubridad establecidos en las normas vigentes”.

De su contenido se observa que todo establecimiento, inclusive una discoteca, debe tener higiene y salubridad como condición *sine qua non* para que pueda funcionar. Una exigencia de este tipo, por más de no estar previamente establecida en el momento de la solicitud de licencia definitiva, es necesaria para observar el control sanitario que hoy en día debe ser requerido para todo local.

Partiendo de que estos establecimientos deben respetar la higiene y salubridad para la venta y manipulación de alimentos y bebidas⁴⁰, se ha señalado en el artículo 6 del

⁴⁰ Sobre este tema, artículo octavo acápite a de la Ordenanza 235-MML.

Es más, el “expendio de alimentos y bebidas debe realizarse en locales que reúnan las condiciones de ubicación, instalación y operación sanitariamente adecuadas, y cumplir con las exigencias establecidas en el reglamento que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional” [Artículo 95 de la Ley General de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas que son las municipalidades las que asumen la función de vigilancia sanitaria de tal pretensión:

“la vigilancia de los establecimientos de comercialización, elaboración y expendio de alimentos y bebidas [...] están a cargo de las municipalidades”.

No obstante las normas expuestas, en la inspección realizada por la Municipalidad se pudo constatar que

“los servicios higiénicos que se encontraban bajo una de las escaleras según los planos presentados han sido eliminados, siendo reemplazados por una cocina para uso del preparado de alimentos rápidos”⁴¹.

Por tal razón, no parece coherente con la necesidad de sanidad en los establecimientos que comercializan alimentos y bebidas, como la Discoteca Calle Ocho, que se pueda realizar una modificación del plano presentado para la solicitud de su licencia, variando baños por cocina. Ello atentaría contra la salud de los comensales, y, por tanto, vulneraría las normas antes enunciadas.

47. La higiene y salubridad de las personas encargadas del expendio de alimentos y bebidas

Juntamente con el tema del ambiente de los establecimientos, se requiere que las personas que laboran con bebidas y comidas también cumplan las medidas de salubridad y sanidad correspondientes.

Por tanto, según el artículo 8, inciso c, de la Ordenanza 235-MML, cada local debe

“contar con personal mayor de 18 años y que tenga el respectivo carnet de salud, así como llevar un Libro de Registro actualizado de este personal”.

Una exigencia de este tipo tiene un fin esencial, tal como lo señala el artículo 94 de la Ley General de Salud:

“el personal que intervenga en [...] expendio y suministro de alimentos está obligado a realizarlo en condiciones higiénicas y sanitarias para evitar su contaminación”.

Sin embargo, en el caso concreto, se pudo constatar que

“el personal que atendía en la barra destinada al expendio de licores no contaba con su respectivo carnet de salubridad al ser preguntada por el mismo”⁴².

Una vez más, se señala que el demandante no ha cumplido correctamente las normas sanitarias que le correspondía observar. Si no se puede establecer con claridad quién manipula comida y bebidas, no se puede asegurar el respeto de la salud de los concurrentes al local.

Salud, tema retomado en el artículo octavo acápite b de la Ordenanza 235-MML (“mantener las condiciones de higiene y salubridad en todas sus instalaciones y servicios”).

⁴¹ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23 del expediente).

⁴² Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (fs. 32 del Expediente).

48. El derecho de vivir en un lugar adecuado como parte del derecho a la salud

Juntamente con el control que debe realizar la Municipalidad Metropolitana de Lima del expendio de bebidas y comidas en el interior de la discoteca, existe la necesidad de preservar a la sociedad de los ruidos molestos que puede ocasionar un determinado establecimiento.

El derecho a la tranquilidad está relacionado con la protección del aspecto psicológico de la salud. Este derecho cobra especial importancia en tanto que, en la sociedad de nuestros días, la contaminación acústica se ha convertido en uno de los factores más psicopatógenos y una fuente de deterioro permanente de la calidad de vida de las personas. Sobre tal base, el derecho a un medio ambiente adecuado incluye

“el derecho de uso ambiental del entorno. Naturalmente este uso es moderado por la necesidad de preservar los bienes ambientales y, en ningún caso, podrá acarrear la esquilación del medio o el agotamiento de los recursos naturales que han de preservarse”⁴³.

La salud también debe ser protegida a través de una norma como la expresada constitucionalmente a través de la siguiente fórmula: toda persona tiene derecho

“a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

De esta forma, se llega a señalar en sede infraconstitucional (artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales) que

“toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida [...]. Es obligación del Estado mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana. Le corresponde prevenir y controlar la contaminación ambiental [...] que pueda interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad. Las personas están obligadas a contribuir y colaborar inexcusablemente con estos propósitos”.

49. Planificación municipal y protección del ambiente

Según el artículo 96 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, debe existir una relación directa entre el derecho de gozar de un medio ambiente saludable y equilibrado, en el ámbito acústico, con la planificación urbana, pues

“la habilitación y rehabilitación de la infraestructura económica y de servicios se planifica y se ejecuta observando los planes de ordenamiento y zonificación que sean aprobados previo estudio de la capacidad asimilativa del área”.

⁴³ CANOSA USERA, Raúl. Constitución y Medio Ambiente. Madrid, Dykinson, 2000. p. 138.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

56

Es más, sobre la base de la competencia municipal para tal planificación, en el artículo 99 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, se ha venido a determinar que en ella

“se tendrá en cuenta las tendencias de expansión de las ciudades, la localización de aeropuertos y demás fuentes productoras de ruidos y emanaciones difícilmente controlables o nocivos a la salud humana y el respeto irrestricto a las sementeras o áreas de cultivo agrícola”.

E, incidiendo en el tema de los locales de acceso público, el artículo 11, acápite a, de la Ordenanza 235-MML señala que estos deben

“acondicionar debidamente la acústica de los locales garantizando la tranquilidad pública y de los vecinos, así como la salud de los asistentes”.

50. La imposibilidad de contaminación acústica

El Tribunal Constitucional es consciente de la necesidad de asegurar la protección del derecho a la salud de las personas, no solo frente a factores psicopatógenos tradicionales, sino también frente a los riesgos que pueden surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada. Por ello, no es irrazonable pensar que este aspecto del derecho a la salud deba ser adecuadamente protegido; más aún si ella puede verse seriamente menoscabada por los nocivos efectos que se producen a consecuencia de la contaminación acústica.

De esta forma,

“el sometimiento a un ruido excesivo produce en la especie humana perniciosos efectos, tanto fisiológicos como psíquicos. Los primeros afectan, además de al aparato auditivo [...], a otros órganos del cuerpo humano, como perturbaciones en el sistema nervioso central y alteración de la reactividad del sistema neurovegetativo, perturbaciones en las funciones respiratoria, cardíaca y circulatoria [...]. Entre los efectos psicológicos hay que señalar [...] la producción de sentimientos como miedo, angustia, incomodidad, perturbaciones de la memoria, pérdidas de la concentración, insomnio, incluso obsesiones, irritabilidad, así como alteraciones en la atención y el rendimiento del trabajo físico e intelectual”⁴⁴.

Una agravante de la contaminación acústica se produce, relacionando el tema de adolescentes analizado, cuando se llega a determinar que se afecta el nivel de condiciones ambientalmente adecuadas en las cercanías de locales educativos. Una protección de este tipo se desprende una interpretación *a contrario sensu* de la norma prevista en el artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes:

“el niño y el adolescente tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”.

⁴⁴ ALONSO GARCÍA, María Consuelo. El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica. Madrid, Marcial Pons, 1995. pp. 31, 32.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

51. El análisis municipal de la contaminación acústica

Ya este Colegiado ha expresado la necesidad de controlar los ruidos molestos, sobre todo en el momento de analizarse si se otorga o no una licencia de funcionamiento. En el fundamento 9 de la Sentencia del Expediente 0814-2003-AA/TC, Caso Frente de Defensa de los pobladores de Ate Vitarte, filial Santa Clara, se reconoció el derecho al medio ambiente adecuado:

“Por lo tanto, forma parte del denominado ‘principio de precaución’ que el Estado controle, a través de normas reguladoras en materia urbanística, la ubicación de fuentes emisoras de ruidos molestos que puedan lesionar, en el corto o largo plazo, las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida humana digna, así como la participación de las entidades encargadas de proteger de manera efectiva las posibles infracciones a las normas que controlan y suprimen estas formas de polución”.

Según las normas municipales sobre la materia (es decir, artículo 11, acápite b, de la Ordenanza 235-MML), para el caso de una discoteca, se debe tomar en cuenta que

“en ningún caso la emisión de sonido o ruido sobrepasará los límites de salubridad permitidos técnicamente y señalados en la Ordenanza Metropolitana N° 015 y demás disposiciones legales aplicables”.

Pero, ¿qué señala tal ordenanza? El artículo 4 de la Ordenanza 015-MML dice lo siguiente:

“en la realización de todo tipo de reuniones, sea en lugares públicos o privados, los organizadores y/o propietarios de los locales en que se realicen, adoptarán las medidas necesarias para que las mismas no ocasionen ruidos nocivos o molestos al vecindario, no pudiendo exceder, en ningún caso, de los niveles permisibles de acuerdo a la zonificación y horario señalados en la presente Ordenanza”⁴⁵.

De esta forma, según alega la parte demandada, las normas legales estarían facultando a la municipalidad

“a sancionar, multar, ordenando la clausura transitoria y definitivamente de edificios o establecimientos cuando su funcionamiento está prohibido legalmente y constituye un peligro [...] o produzcan olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario”⁴⁶.

⁴⁵ En esta norma también se considera como ruidos nocivos “los producidos en la vía pública, viviendas, establecimientos industriales y/o comerciales y en general en cualquier lugar público o privado, que excedan los siguientes niveles: en Zonificación Residencial: 80 decibeles; en Zonificación Comercial: 85 decibeles; en Zonificación Industrial: 90 decibeles” y como ruidos molestos “los producidos en la vía pública, viviendas, establecimientos industriales y/o comerciales y en general en cualquier lugar público o privado señalados como ruidos nocivos”, siendo de las 07:01 a las 22:00 horas: en Zonificación Residencial: 60 Decibeles; en Zonificación Comercial: 70 Decibeles; en Zonificación Industrial: 80 Decibeles, y de las 22:01 a las 07:00 horas: en Zonificación Residencial: 50 Decibeles; en Zonificación Comercial: 60 Decibeles; en Zonificación Industrial: 70 Decibeles [artículo 2].

⁴⁶ Fundamento Cuarto de la contestación de la demanda (f. 67 del expediente).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**52. Los ruidos molestos en la discoteca**

Aparte de los ruidos que de por sí tiene una discoteca, se ha podido encontrar una situación especial que merece la pena atender en la presente sentencia.

La propia municipalidad ha considerado que existe una cantidad de sonidos estridentes y presencia de personas que provocan escándalos:

“la oposición de los vecinos se fundamenta en que afecta la tranquilidad de los vecinos por los escándalos [...] lo que es corroborado por los informes de la Dirección Municipal de Fiscalización y Control”⁴⁷.

Es lógico y coherente con el respeto a la paz y tranquilidad de los vecinos que no se vean afectados por ruidos molestos emitidos por un local de acceso público, como es una discoteca. Inclusive este derecho corresponde a los propios concurrentes al local, que no pueden escuchar la música en un volumen superior al permitido.

Sin embargo, la autoridad municipal debió realizar un estudio más concienzudo de la materia a través de una medición de los decibeles emitidos por el local, y comprobar si éstos se encuentran dentro de los márgenes permitidos. La realización de este estudio hubiese permitido una mejor resolución de parte de este Colegiado sobre la materia. Sin embargo, ello no obsta para reclamar a todo establecimiento que no produzca ruidos molestos o nocivos, so pretexto de su derecho a la libertad de empresa.

§3. Libertad de empresa y seguridad pública**53. Configuración constitucional del derecho a la vida e integridad**

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

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

Con respecto a la vida e integridad, la relación entre estos derechos es más que formal:

“cualquier atentado contra la integridad física y moral convierte en inhumano el ejercicio del derecho a la vida”⁴⁸.

⁴⁷ Resolución Directoral Municipal 1007, de octubre del 2001, presenta como anexo por el demandante (f. 158 del expediente).

⁴⁸ PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2000. p. 330.

54. Exigencias de seguridad en locales públicos

Como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2581-2004-AA/TC, Caso Andrés Vera Cateriano, para este Colegiado

“las municipalidades, en uso de sus funciones específicas, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o constituya peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o cuando infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil”

Sobre esta base, cualquier local que quiera atender al público debe estar sustentado en las medidas de seguridad razonables para la protección de su vida e integridad, más aún en un país que ya ha tenido víctimas en su haber por no tomar todas las medidas necesarias dentro de los locales, especialmente, dentro de las discotecas.

En este esquema,

“el derecho a la integridad personal supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad”⁴⁹.

Sabiendo que existe una necesidad de los locales de mantener la infraestructura y las condiciones de funcionamiento, en el artículo noveno (y de cierta forma, artículo sexto) de la Ordenanza 235, claramente se ha expuesto respecto a los locales que

“en materia de seguridad deberán: a) Contar con personal que garantice la seguridad e integridad física de los asistentes, así como el normal desarrollo de las actividades. b) Contar con equipos contra incendios y botiquín de primeros auxilios; c) Contar con un Plan de Evacuación elaborado por Defensa Civil; d) Mantener debidamente señalizados y libres los accesos y las áreas de circulación y de evacuación; e) Contar con una póliza de seguros a favor del personal que labora en el establecimiento y de las personas que concurran al mismo. La póliza cubrirá los riesgos de muerte accidentes, invalidez total o parcial, gastos de atención médica, hospitalización y sepelio. En caso de que dichos siniestros ocurran como consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad preestablecidas por la autoridad competente, la tenencia de la póliza de seguro no exime de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar”.

55. Necesidad de acondicionamiento adecuado

De lo expresado, se desprende que todo local debe ser acondicionado de tal manera que permita la seguridad de los que concurren a él, y esto merece ser analizado en el caso concreto.

Pese a que Defensa Civil ha otorgado Certificado de Seguridad al demandante⁵⁰ y a la existencia de un Informe de Inspección Técnica N° 36-MML-DGDC⁵¹, este

⁴⁹ PLÁCIDO, Alex. El derecho a la integridad personal en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima, San Marcos. p. 21.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Colegiado considera preocupante que el local no haya contado con acreditación por parte del Cuerpo de Bomberos⁵² y que, tras las modificaciones realizadas al local, este haya quedado de la siguiente manera:

“2. En área de servicios complementarios (parte posterior) se han construido ambientes adicionales destinados a depósitos. 3. En área libre o patio también se ha realizado construcción de ambientes con material provisional (madera, triplex) destinados al guardado de canes. 4. No cuenta con espacios destinados a estacionamiento [...] 6. Una de las escaleras de emergencia no cuenta con el ancho mínimo reglamentario ni los pasamanos de seguridad”⁵³.

56. El control de la capacidad de personas

Como condición también necesaria para que la seguridad pueda ser mantenida según los parámetros expuestos, es necesario que el público que asista sea el adecuado, según la capacidad permitida al local. En tal sentido, para el artículo 7, acápite b, de la Ordenanza 235-MML los establecimientos para el desarrollo de sus actividades deberán

“entregar boletos numerados a los usuarios ingresantes y no permitir que se sobrepase la capacidad del local, la misma que debe figurar en la respectiva Autorización Municipal de Funcionamiento, exhibida en un lugar visible”.

Pese al texto expreso y claro de la norma, la misma que era exigible al local, por ser anterior a su solicitud, se ha comprobado que

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

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

⁵⁰ Emitido en diciembre del año pasado y con vigencia por un año [Certificado adjuntado como parte del escrito del demandante ante el Tribunal Constitucional (f. s/n del expediente)].

⁵¹ Certificado de agosto del 2002, presentado como anexo por el demandante [fs. 35 del Expediente].

⁵² “No cuenta con informe favorable expedido por el Comando Nacional del Cuerpo General de Bomberos del Perú, además de que estos informes técnicos son de renovación anual, donde debe señalarse la capacidad del local” [Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 33 del expediente)].

⁵³ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 243 del expediente).

⁵⁴ Expresamente señalada en el Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 244 del expediente).

C. LOS LÍMITES AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA REFLEJADOS EN LA NEGATIVA DEL OTORGAMIENTO DE UNA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO

57. Relacionando derechos y bienes jurídicos tutelados en la Constitución

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

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

§1. Libertad de empresa y existencia de discotecas

58. Los contornos de los supuestos derechos de la demandante

Tras haber analizado el derecho a la libertad de empresa del demandante, es preciso advertir que él no es, en modo alguno, absoluto; muy por el contrario, ejercitarlo supone el respeto de principios, valores y otros derechos que la Constitución ha consagrado. En ese sentido, es correcto afirmar que la economía social de mercado, que es el fundamento de la libertad de empresa, es también su límite, en tanto que es el marco en el que ella se reconoce⁵⁵.

En efecto, la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.

59. La eficacia vertical de los derechos fundamentales

Con una interpretación constitucional de este tipo se da plena aplicabilidad al principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, pues las municipalidades, en el ejercicio de sus competencias, están obligada a dar a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, además de su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Derecho constitucional. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 220.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De hecho, se puede exigir al demandante el cumplimiento de la Constitución a la hora que su local estaba funcionando. Sin embargo, no puede escudarse el demandante, como bien lo hizo el “conductor” de su local (identificado en un operativo de la Fiscalía Especial de Prevención del Delito como José Manuel Cabrera Córdova), en que desconoce la afectación de derechos y bienes constitucionales que se realiza en la discoteca:

“el conductor del local señala que las personas antes citadas ingresaron porque aparentan ser mayores de edad y en todo caso fue un error del personal de seguridad no pedir sus documentos de identidad, sólo mostraron sus carnets de estudiantes donde no se señala su edad”⁵⁶.

Por tal motivo, sobre la base de las normas constitucionales (básicamente, artículo 38 de la Constitución), y retomando el sentido de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *Drittwirkung*, este Colegiado ha afirmado, en el fundamento 6 de la Sentencia del Expediente 1124-2001-AA/TC, Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y FETRATEL, que

“la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretende conculcar o desconocerlos [...] resulta inexorablemente inconstitucional”.

60. El interés público en el funcionamiento de la discoteca

Por ello es que no se configura un “desorbitante” interés público que convierte a la resolución administrativa impugnada mediante el presente proceso de amparo en un acto discrecional que genera “inseguridad jurídica” y en un “exceso de competencia prohibido”, pues la municipalidad demandada ha motivado adecuadamente su decisión en las exigencias especialísimas que impone la protección de la salud y seguridad, además de las condiciones generales a las que esté sujeta la actividad o el espectáculo, las actividades a las que se permita el acceso a adolescentes para su recreo y esparcimiento, las que sujetas específicamente, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre protección del niño y adolescente, a la prohibición de suministro o dispensación de todo tipo de bebidas alcohólicas o tabaco.

Y, ¿cuál es la base constitucional para señalar un elemento como éste? Según la propia Constitución, en su artículo 44, es un deber primordial del Estado,

“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en [el] desarrollo integral y equilibrado de la nación”.

⁵⁶ Acta fiscal del 7 de junio del 2002, presentada como anexo por la demandada (f. 58 del expediente).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De todo lo expuesto, qué cosa no será más justa que proteger los derechos fundamentales de las personas si es que se ven afectados por el ejercicio irregular de un supuesto derecho a la libertad de empresa.

61. La vocación unificadora de la Constitución

Para determinar la existencia de vulneración o no de derechos y bienes constitucionales, la entidad municipal, al igual que lo está haciendo este Colegiado, debe referirse a la proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad del funcionamiento de la discoteca en casos concretos, tal como se ha podido observar *supra*. No puede considerarse permisible según una correlación adecuada entre derechos fundamentales, que se afecten unos (moral, salud y seguridad) a fin de permitir la existencia de otros (empresa).

Como ya lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 1 de la Sentencia del Expediente 0273-2001-AA/TC, Caso Zeus Promotora Espectáculos S.A.,

“es función de las municipalidades otorgar autorizaciones de funcionamiento y que están facultadas para controlar el funcionamiento de los establecimientos y la adecuada realización de la actividad autorizada que garantice el estricto cumplimiento de las normas legales existentes, el orden público, las buenas costumbres y el respeto a los derechos de los vecinos, pudiendo adoptar todas las medidas que sean pertinentes e, inclusive, ordenar la clausura de los establecimientos cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente y constituya peligro, o sea contrario a las normas reglamentarias, o produzcan daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario”.

Esta forma de interpretación asume un rol peculiar cuando se refiere a un criterio interpretativo como es el de la unidad de la Constitución. Cuando se buscan entender las normas de los derechos fundamentales, estas deben aparecer como optimizadoras de todo el cuerpo normativo, en un sentido de vocación integradora. Solamente facilitando la eficacia de todos los derechos fundamentales, puede permitirse la aptitud realizadora de uno de ellos. Es decir, no puede solicitarse que se proteja la libertad de empresa del demandante, sobrepasando y transgrediendo la moral, la salud y la seguridad públicas, pertenecientes a la colectividad.

62. El respeto de los derechos de los vecinos

Tomando en cuenta que en el caso concreto existen derechos y bienes jurídicos, tanto de los vecinos de la discoteca como de los concurrentes a la misma, es necesario analizar la titularidad de los derechos. Sobre estos se ha señalado que

“al ser tan amplios tanto el contenido del derecho [...] como su objetivo [...], todos los titulares ejercen continuamente el derecho [...]. Ello complica el comercio jurídico y la relación entre este derecho y los demás con los cuales está en frecuente colisión o solapamiento”⁵⁷.

⁵⁷ CANOSA USERA, Raúl. Constitución y Medio Ambiente. Jurista. p. 138.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por eso, se requiere una protección *ex ante*, a través de instituciones legitimadas para hacerlo, tales como las municipalidades. En el presente proceso, la Municipalidad Metropolitana de Lima es la principal interesada en proteger a la ciudadanía que en los locales de ingreso público se respeten tanto las normas de licencia como los derechos de los miembros de la comunidad.

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

“cuando exista oposición cierta y seria al otorgamiento de la Licencia de Apertura de Establecimiento, comprobado por los medios probatorios ofrecidos”⁵⁸.

63. La responsabilidad en la protección de los ciudadanos como usuarios

Respecto de los usuarios a la discoteca, es decir, los concurrentes a la misma, a partir del artículo 65 de la Constitución, este Colegiado ha reconocido, en los fundamentos 27 ss. de la Sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC, lo siguiente:

“Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

El consumidor -o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos [como consumidor] o servicios [como usuario] que previamente han sido ofrecidos al mercado.

Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor -independientemente de su carácter público o privado-, sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio.

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento”.

Con respecto a los concurrentes al local, como premisa básica se ha señalado en el artículo 7, acápite e, de la Ordenanza 235-MML que cada establecimiento deberá

⁵⁸ Respecto a un tema específico como es la contaminación acústica, se ha previsto que toda persona tenga “derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente” [artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“informar al público convenientemente y con anticipación al ingreso, el tipo y características del espectáculo a presentarse en el local”.

§2. Libertad de empresa y actuación municipal**64. El objetivo constitucional de las municipalidades**

Tal como está previsto constitucionalmente en el artículo 195, las municipalidades “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”.

Es decir, como bien lo señala el artículo I del Título Preliminar de la actual Ley Orgánica de Municipalidades,

“los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización”⁵⁹.

Sin embargo, como bien lo explica el artículo 152 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, si hay una municipalidad que ha merecido un tratamiento especial, ella es la demandada, al ser considerada como Metropolitana:

“La capital de la República es sede de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la que ejerce jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima en materias municipales y regionales. En casos de discrepancias generadas por el fenómeno de conurbación provincial, la decisión final corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima”.

65. La vocación vinculante de la Constitución para las municipalidades

Habiendo observado el verdadero marco en el cual se desenvuelve la Municipalidad de Lima, este Colegiado considera necesario remarcar que la actuación de una municipalidad requiere desenvolverse en el marco de los principios que inspiran el Estado constitucional de derecho y del proceso constitucional peruano, lo que supone el afianzamiento de la Constitución, como norma suprema y en esa medida norma exigible, directamente por los ciudadanos.

Dicha consolidación del papel de la Constitución supone, en primer término, la legitimación de su carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, y en segundo término, el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales. En tal sentido,

“la Constitución es una norma jurídica, pero no sólo norma jurídica, ya que es un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de

⁵⁹ En el momento del presente caso, se señalaba que las municipalidades eran “los órganos del Gobierno Local, que emanan de la voluntad popular”, siendo “personas jurídicas de derecho público con autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia” [artículo 2 de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sentido (política, económica y administrativa) que ha sido reconocida constitucionalmente en el artículo 194.

Según este Colegiado, cada una de ellas significa lo siguiente, tal como lo ha desarrollado en el fundamento 35 de la Sentencia del Expediente 002-2005-PI/TC, Caso Miguel Ángel Mufarech Nemy y más de cinco mil ciudadanos: La administrativa nos permite observar que en la actualidad se reconocen dos niveles en el gobierno local: el provincial y el distrital, cuyas funciones están debidamente delimitadas (artículos 70 y 71 de la actual Ley Orgánica de Municipalidades). Dotarle de autonomía política ha sido una innovación de la Constitución de 1993 respecto a la de 1979. Dentro de los órganos que integran las Municipalidades, están el Consejo Municipal y la Alcaldía. Con respecto a la autonomía económica, sus ingresos están claramente establecidos en la Constitución⁶³ y desarrollados legalmente. Tampoco se les reconoce la potestad tributaria.

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

Es decir, cada inspección o estudio realizado por la Municipalidad Metropolitana de Lima es totalmente legítimo a efectos del análisis de la vulneración de los derechos fundamentales a través del funcionamiento de la discoteca Calle Ocho, por lo que los elementos probatorios utilizados en la presente sentencia son enteramente válidos al haber sido elaborados sobre la base de las competencias municipales.

Es así como, en ejercicio de sus funciones, la municipalidad cumplió con su rol constitucional:

“el accionante pretende hacer valer la Resolución de Alcaldía N° 38636 en la cual no se le otorga la licencia de funcionamiento, sino se ordena que se siga con el trámite, lo cual sí acataron los funcionarios, es decir realizaron operativos, los mismos que nunca son comunicados a ningún administrado, caso contrario no tenían razón de hacerlos, siempre son sorpresivos, para todos los administrados, operativo donde estuvo presente el fiscal”⁶⁴.

68. Supremacía constitucional y autonomía municipal

La autonomía municipal en el ejercicio de las competencias que les reconoce la Constitución a las municipalidades, no supone una autarquía funcional, o que alguna de sus competencias pueda desvincularse total o parcialmente del sistema político, o del propio orden jurídico en el que se encuentra comprendido todo gobierno municipal. De esta forma, a través de ordenanzas municipales, como las que se han ido mostrando a lo largo de la presente sentencia, se observa cómo se han ido

⁶³ Se explican claramente los bienes y rentas municipales [artículo 196 de la Constitución y artículo 46 de la Ley de Bases de la Descentralización].

⁶⁴ Fundamento Quinto de la contestación de la demanda (f. 68 del expediente).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

68

regulando derechos fundamentales, según las competencias otorgadas a las municipalidades.

Así lo ha reconocido este Tribunal cuando en el fundamento 8 de la Sentencia del Expediente 0010-2003-AI/TC, Caso Municipalidad Provincial de Santa, señala que

“En efecto, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, señala que la autonomía que la Constitución Política del Perú consagra en favor de las municipalidades, radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

Por ello, la autonomía que la Constitución garantiza a las Municipalidades debe ser ejercida por éstas en función del interés de los vecinos, toda vez que las municipalidades son reconocidas como instituciones representativas de los vecinos de una determinada localidad, y están llamadas a promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales, fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de sus circunscripciones”.

Sobre esta base se puede señalar que

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

69. Vinculación de las normas constitucionales

En conclusión, siendo los derechos fundamentales parte del contenido dogmático de la Constitución, se hace necesaria una reafirmación, en atención a su especial significado que justifica su sistema de protección y el mandato constitucional, que establece como deber primordial del Estado en el artículo 44 de la Norma Fundamental,

“garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”.

Es así como el constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los poderes públicos y a todos los niveles de gobierno en torno a la defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales. De manera indubitable se incluyen las municipalidades, que dada su calidad de órganos de gobierno local, no pueden sustraer a su propio ámbito competencial la protección de los derechos y libertades de la persona humana.

Para el cumplimiento de los fines de protección de la sociedad ante el abuso de aplicación del derecho a la libertad de empresa, la municipalidad debe hacer uso de

⁶⁵ CORREA HENAO, Magdalena. Relación entre la libertad de empresa e interés general. Pesquisa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En: Revista de Jurisprudencia Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, n° 2. p. 34.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

las herramientas que tanto la Constitución como las normas infraconstitucionales le otorgan.

§3. Libertad de empresa y otorgamiento de licencia de funcionamiento**70. La licencia de funcionamiento como función municipal**

Constitucionalmente se ha prescrito en el artículo 195, inciso 4, que las municipalidades

“son competentes para [...] crear, modificar y suprimir [...] licencias y derechos municipales, conforme a ley”⁶⁶,

lo cual permitía en el momento del pedido de apertura de la discoteca en mención (artículo 68, inciso 7, de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades) que las municipalidades puedan

“otorgar licencias de apertura de establecimientos comerciales e industriales y de actividades profesionales y controlar su funcionamiento de acuerdo a ellas”⁶⁷.

En este marco, y esto también corresponde a las municipalidades cuando se encuentren en un procedimiento de otorgamiento de licencias,

“cada entidad debe identificar los procedimientos que realizan ante ella los ciudadanos para obtener su pronunciamiento siempre que su existencia satisfaga una necesidad precisa y revele relevancia práctica”⁶⁸.

71. Autorización automática y protección de derechos fundamentales

El demandante, explicando la Resolución de Alcaldía 38636, afirma que luego de haberse declarado fundado el recurso de apelación interpuesto tras la originaria denegatoria de la autorización de funcionamiento, se debe determinar a través del presente proceso constitucional

“que prosiga con el trámite de Autorización Municipal de Funcionamiento, es decir de que se me entregue la misma, por contar con los informes favorables y la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica de la demandada, en el mismo, consecuentemente se me debió de entregar la Licencia precitada”⁶⁹.

Frente a tal argumentación, la parte demandada arguyó que

“en primer lugar, la Resolución a la que hace alusión el demandante que es cosa decidida sólo autorizó su trámite, mas no la entrega de la licencia de funcionamiento, y en segundo lugar no es Abuso de Autoridad la

⁶⁶ También previsto en el artículo 9 inciso 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

⁶⁷ En la actualidad, artículos 79 acápite 3.6.4 y 161 acápite 4.4 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades.

⁶⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Gaceta Jurídica, 2004. p. 209.

⁶⁹ Fundamento 1 de la demanda de amparo (f. 40 del expediente).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

denegatoria de una Licencia de Funcionamiento, sólo son actos de gobierno en estricto cumplimiento de la ley”⁷⁰.

Pero, ¿está en real capacidad la Municipalidad Metropolitana de Lima para otorgar o no otorgar licencias cuando considera que no se está respetando la Constitución? Una respuesta a tal interrogante es dada correctamente por el juez de primera instancia, posición que comparte este Colegiado. Este señala que

“el procedimiento para la obtención de Licencia de Autorización de Funcionamiento Municipal es un procedimiento eminentemente declarativo, previsto como tal, en el cual se verifica únicamente el cumplimiento de los requisitos exigidos para la expedición de la Licencia”⁷¹.

72. Las condiciones de la licencia de apertura de funcionamiento

Según el artículo 4, acápite B, de la Ordenanza 282-MML, una licencia de apertura de establecimiento es la

“autorización para el funcionamiento de un establecimiento en el que se desarrollan actividades comerciales, industriales o de servicios, que otorga la Municipalidad al haberse cumplido con los requisitos establecidos en la presente Ordenanza”,

siendo este el único requisito a ser exigido, tal como lo prevé el artículo 1 del Decreto Legislativo 720⁷².

Por tanto, se necesita para que funcione un local, una licencia que determine la conveniencia de los fines del establecimiento con un correlato con los derechos de la comunidad, según análisis que realice cada municipalidad.

Por tal razón, para solicitar el pedido de autorización municipal de funcionamiento, acorde con el artículo sexto de la Ordenanza 235-MML se

“deben observar las siguientes condiciones y requisitos: a) Estar ubicados a no menos de 150 metros lineales de Iglesias, Instituciones Educativas, Cuarteles y Hospitales; b) Presentar informe técnico de inspección ocular rubricado por arquitecto colegiado, responsabilizándose de que el local cumple con las especificaciones técnicas, en todos sus aspectos, que establece el Reglamento Nacional de Construcciones y específicamente las consignadas en los Capítulos XIII y XIV referidos a los Locales de Espectáculos y Centros de Reunión; c) Presentar informes favorables expedidos por Defensa Civil y el Comando Nacional del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú. Los informes técnicos señalados en los incisos b) y c) deberán indicar expresamente la capacidad máxima de atención del local y serán de renovación anual”.

⁷⁰ Fundamento Segundo de la contestación de la demanda (f. 65 del expediente).

⁷¹ Fundamento Sexto acápite d de la Sentencia del Trigésimo Séptimo Juzgado Civil de Lima (f. 90 del expediente).

⁷² Salvo cuestiones de sanidad, “las Municipalidades sólo podrán exigir a las personas naturales o jurídicas, para el desarrollo de cualquier actividad económica, la Autorización Municipal de Funcionamiento”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

73. El trámite de licencia definitiva

Pero, ¿qué sucedió con el trámite iniciado por el demandante? En marzo del 2001, este solicita, en vía de regularización, licencia de funcionamiento definitiva. En enero del 2002, los vecinos se oponen al otorgamiento de licencia. Tras este pedido la Resolución Directoral 1807 declara improcedente la solicitud de autorización de apertura de local comercial, sin embargo, esta no es notificada a los opositores, por lo que es declarada su nulidad por la Resolución de Alcaldía 6604.

Con esta base se inicia un nuevo procedimiento para el otorgamiento de licencia de funcionamiento. Inicialmente, todo hacía suponer que se iba a realizar tal concesión: el informe 1399-2002-MML-OGAJ opinaba que los trámites para funcionamiento de discoteca eran trámites anteriores al de un centro educativo que se encuentra a menos de 200 metros y esto no puede afectar el derecho del peticionante; y el informe de Inspección Técnica 36-MML-DGDC consideraba que el local estaba apto. Sin embargo, tras el memorándum 1608-2002-MML-OGAJ, que solicitaba la actualización de los datos contenidos en el Informe 177, la municipalidad realizó diversos actos conducentes a analizar la situación del local donde funciona la discoteca. En agosto del 2002, fue realizada la inspección ocular por el personal de la División de Autorización Municipal de Funcionamiento y se determinó que los tickets entregados al ingresar al local no pertenecían al recurrente sino a Mariela Isabel Flores Zapata; que el público mayormente estaba constituido por estudiantes y que la situación sanitaria era deficiente. El mismo día, y coincidiendo en horarios, se realizó un operativo conjunto dirigido por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con la presencia de representantes de la Policía Nacional, además de los miembros de Defensa Civil y Seguridad Ciudadana, el mismo que determinó que la cocina funcionaba en el lugar de dos baños, que no existían estacionamientos, se indicaba la capacidad máxima de 800 personas cuando el máximo era de 500; una de las escaleras de emergencia no contaba con ancho mínimo reglamentario, y existían 10 centros de educación cerca del local. Días después, se emitió el informe 343-2002-MML-DMCDC-OMAF-MC-MVA-JC, concluyendo que el local no cumplía los requisitos, pues se pudo constatar la presencia de menores en el local, existiendo deficiencias de acondicionamiento; el horario contravenía normas; los boletos no eran numerados; el personal que vendía licor no contaba con carnet de sanidad; se había cambiado de nombre de local; existía oposición de vecinos y se observaban diversos locales educativos a menos de 150 metros. Además, existe el informe 188-2002-MML-OGAJ, en el que se concluye que el local no está de acuerdo con la zonificación del Centro Histórico.

En conclusión, y pese a existir el informe favorable de Defensa Civil, según Certificado de Seguridad, válido por un año desde diciembre del año pasado, así como la Resolución de Alcaldía 18236, que concluye dejar sin efecto la Resolución 2369, referida a la clausura del local, se emitió la Resolución de Alcaldía 19854, la misma que concluye declarando infundado el recurso de apelación contra la improcedencia de pedido de licencia, pues aparte del informe 348, existe un local educativo a menos de 200 m (IES Rochdale) que cuenta con licencia desde el 2000, a diferencia del local del recurrente que no cuenta con ninguna.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

72

74. Tipo de solicitud: silencio y automaticidad

Si bien en la actualidad se señala, según el artículo 45 de la Ordenanza 282-MML, que

“la presentación de la solicitud de Licencia de Apertura de Establecimiento con la documentación completa y el pago de los derechos respectivos, faculta la iniciación de la actividad económica”, esto no significa que se está otorgando automáticamente la licencia, sino simplemente expresa que se puede realizar la actividad. No existe paridad de contenidos entre ambas medidas.

La norma correspondiente para el funcionamiento de las empresas dedicadas al sector diversión es básicamente el artículo 71 del Decreto Legislativo 776, según el cual

“la licencia de apertura de establecimiento tiene vigencia indeterminada. Los contribuyentes deben presentar ante la Municipalidad de su jurisdicción una declaración jurada anual, simple y sin costo alguno, de permanencia en el giro autorizado al establecimiento”.

entonces, debe quedar establecido que si bien la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé tres formas procedimiento de aprobación de solicitudes, se debe establecer cuál es la que corresponde en el momento presente a las licencias de funcionamiento definitivas.

En primer lugar, tal como lo dispone el artículo 31, incisos 1 y 4, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, las licencias provisionales se podrían entender automáticas, y

“la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad”, pues “son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, aquellos conducentes a la obtención de licencias [...] que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros y sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración”.

Es automática pero siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos previos. Es decir, lo único que estaría señalando el gobierno local es que el trámite para el otorgamiento de una licencia se ha iniciado, y mientras tanto, se “autoriza” al petitionerante que se puedan realizar las actividades correspondientes al giro solicitado, mientras dure el trámite correspondiente. Solo habrá una autorización provisional, mas no una licencia propiamente dicha.

Es decir, luego de que las municipalidades realicen sus actividades correspondientes, a fin de tutelar los derechos y bienes constitucionalmente reconocidos, se podrá emitir en el plazo de un año la correspondiente licencia definitiva.

Pero, ¿qué sucede si no la emite la correspondiente municipalidad en tal plazo? Por la naturaleza de los derechos y bienes protegidos, así por la trascendencia social de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

23

la creación de una cultura de respeto del “otro”, lo que corresponde es que se entienda que existe una evaluación previa con silencio negativo, pues esta es correcta, tal como lo prevé el artículo 34, inciso 1, acápite 1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General,

“cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente [...] la seguridad ciudadana [...] y el patrimonio histórico cultural de la nación”,

tal como ocurre en todo establecimiento de acceso público, y del cual se puede beneficiar –o en caso de una tragedia, situación no ajena al país– a una gran cantidad de personas.

75. Válida negativa de la solicitud de licencia de funcionamiento

En las normas actuales, se permite que la licencia de apertura de establecimiento sea revocada por diversas causales, las mismas que bajo una interpretación según un apotegma *a pari*, servirán para que la misma no sea otorgada. Claramente se expresa en el artículo 17, acápite b, de la Ordenanza 282-MML, que una causal será

“cuando la Dirección Municipal de Fiscalización y Control u otra dependencia, compruebe denuncia[s] grave[s] interpuestas por los vecinos, por irregularidades propias del local y/o de su funcionamiento”.

Como válidamente lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 1813-2004-AA/TC, Caso Edilberto Zavino Pazce Payano,

“si bien es cierto que la sola presentación de la solicitud, con los requisitos exigidos por ley, entre ellos el certificado de registro único de contribuyente, el certificado favorable de zonificación y compatibilidad de uso, una declaración jurada simple sobre la condición de microempresa o pequeña empresa y el recibo de pago por derecho de trámite correspondiente, supone el otorgamiento automático de la licencia municipal de funcionamiento provisional [...]; también lo es que ello no puede enervar la potestad de la Municipalidad de realizar una posterior evaluación y verificación cuando se presentan graves irregularidades en el funcionamiento de los establecimientos autorizados”.

Es decir, no solo basta que se cumplan meros requisitos formales para que se otorgue una licencia de funcionamiento a un local público, como en este caso una discoteca, sino la autoridad municipal *está en la obligación*, según la observancia directa de la Constitución, y la exigibilidad inmediata de la misma, de observar si el funcionamiento de tal establecimiento no afectará derechos y bienes jurídicamente protegidos según la Norma Fundamental.

Si y solo si un local cumple todos los requisitos formales y respeta los derechos fundamentales de la colectividad, la municipalidades estarán obligadas a otorgar la licencia respectiva. Respetando la autonomía de los gobiernos locales, se debe aceptar el grado de discrecionalidad que tienen estas para determinar si otorgan o no una licencia, y solo podrá intervenir la judicatura en caso de que se hayan vulnerado derechos fundamentales del peticionante.

76. Deber de fiscalización y operativo conjunto

Debe quedar claro que la municipalidad realizó todo tipo de acciones que estaban a su alcance para analizar si la licencia que iba a emitir era coherente o no con lo que se busca de centros nocturnos, como la discoteca en mención.

Por tanto, según el artículo 7, acápite d, de la Ordenanza 235-MML, sabiendo que los propietarios de los establecimientos deben

“facilitar la tarea fiscalizadora de los Inspectores de Protección al Consumidor, de los vecinos de la jurisdicción y de las autoridades competentes, para comprobar el normal desarrollo de sus actividades”, deben estar prestos a colaborar con las autoridades municipales cuando intenten realizar inspecciones dentro del propio local, cosa que no ha sucedido con respecto al demandante⁷³.

Es más, según el artículo 2 del Decreto Legislativo 720,

“los Gobiernos Locales para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes sobre higiene y salubridad, ejercerán una supervisión y fiscalización que no se basará en controles previos o netamente formales, sino en forma directa y permanente durante la producción del bien o servicio”.

Sin embargo, el demandante no ha colaborado en forma alguna con el ejercicio de las atribuciones municipales: al percatarse de la existencia de un operativo, se retuvo a los integrantes del mismo en el *hall* del local

“dando así oportunidad para que los menores de edad e indocumentados sean conducidos a otro ambiente con la finalidad de esconderlos del personal que trataba de ingresar. Los indocumentados y menores de edad fueron conducidos a la parte posterior del establecimiento por orden del Administrador, dentro del cual los suscritos nos hicimos pasar como indocumentados acompañando a 14 personas. Fuimos conducidos al depósito inmediato a la puerta de servicio, cerrándose las puertas y encontrándose siempre vigilante el personal de seguridad, el cual increpaba guardar silencio (el personal del operativo aún era retenido en el hall de ingreso). En el acto, el Dr. Juan Carlos Cortez sabiendo la ubicación nuestra y de las demás personas fue el primero en salir (argumentando el olvido de su maletín) hasta la recepción del local para dar aviso al personal del operativo. Paralelamente por esta actitud el personal de seguridad nos trasladó a un segundo depósito. En este segundo ambiente ingresó el administrador e increpó la salida de este recinto al Sr. Manuel Carbajal Vela (presumiéndose haber sido reconocido por alguna persona que acude a la Municipalidad), el mismo que fue sacado a empujones y a gritos conjuntamente con la Arq. Miriam N. Valverde Alvarado al área de baile. En cuestión de segundos, el personal del operativo logró ingresar al local para lo cual los suscritos llevaron a los efectivos de la PNP hasta estos depósitos siendo muy tarde

⁷³ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23, 24 del expediente).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

75

la intervención ya que estas personas indocumentadas y menores de edad fueron escondidas en algún lugar del interior de la discoteca o se presume la salida a través de otro lote quienes nunca fueron encontrados”

Pese a la crítica expresada por el demandante a tal operativo, la parte demandada afirma que

“si la autoridad se va a poner a notificar el día de la inspección, todos los administrados ese día actúan conforme a Ley y posteriormente trabajan al margen de la Ley, por lo tanto este tipo de inspecciones a nadie se les comunica, es como por ejemplo día a día se observa operativos televisados a prostíbulos, o como últimamente, a trabajadores de la Fiscalía o del Poder Judicial que caído *in fraganti*, sin embargo, no han sido notificados con el objeto de comprobar si actúan dentro de la ley”⁷⁴.

Es así como pese a la negativa del demandante a una inspección, esta se configura de manera adecuada dentro del marco de competencias municipalidades. Además, el operativo contó con la presencia de miembros del Ministerio Público y la Policía Nacional. Inclusive, lo observado en tal operativo se complementa con el Acta Fiscal existente de una intervención complementaria.

77. Control adecuado sobre la libertad de empresa

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

Así, en el presente caso, al haberse demostrado un interés general en sentido estricto de proteger a la comunidad y a los concurrentes a la discoteca, este debe prevalecer sobre el interés particular del demandante⁷⁵. Es decir,

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

En tal sentido, de lo expuesto a lo largo del presente caso, queda claramente establecido que el demandante pretende que se otorgue licencia definitiva a un local que ha traspasado claramente los límites impuestos por la propia Constitución, en

⁷⁴ Error de hecho Sexto de la apelación a la sentencia de primera instancia por parte del demandado (f. 101 del expediente).

De otro lado, la municipalidad señaló que “en todo momento se obstruyó nuestra labor evaluadora, impidiéndonos el correcto desarrollo de la inspección ocular” [Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 32 del expediente)].

⁷⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización. En: PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. Manual de Derecho Administrativo. Madrid, Ariel Derecho, 1998. vol. 1. p. 607.

⁷⁶ CORREA HENAO, Magdalena. Relación entre la libertad de empresa e interés general. Pesquisa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Ob. cit. p. 55.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tanto ejercicio de su libertad de empresa: se afectó la moral, la salud y la seguridad públicas.

78. Inexistencia de protección de la libertad de empresa e improcedencia de la demanda

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

Sin embargo, de todo lo expresado anteriormente, se puede colegir que no se encuentra ejerciendo correctamente un derecho a la libertad de empresa, tanto por no haber podido acceder correctamente al mercado (no cuenta con licencia de funcionamiento, según lo ha determinado, dentro de sus funciones, la Municipalidad Metropolitana de Lima) como por haber excedido los límites que su ejercicio conlleva (respecto a la moral, seguridad y salud públicas).

Por tanto, es de aplicación el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, según el cual

“no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no esté referido a los constitucionalmente protegidos del mismo”,

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

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

79. La vía idónea para hacer valer los derechos del demandante

El recurrente Ludesminio Loja Mori, con relación a la solicitud de funcionamiento de su discoteca Calle Ocho, no se encuentra protegido ni amparado por derecho fundamental alguno, por lo que no se puede considerar la existencia de un agravio constitucional en su contra. Por esta razón, y tal como se ha fundamentado a lo largo de la presente sentencia, se debe declarar la improcedencia de la demanda interpuesta.

De esta manera, tal como lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 50 de la Sentencia del Expediente 1417-2005-AA/TC, Caso Manuel Anicama Hernández, para el caso del derecho fundamental a la pensión:

“(…) en atención a su función de ordenación, el Tribunal Constitucional no puede limitarse a precisar los criterios que procedibilidad del amparo constitucional en materia pensionaria, sino que, a su vez, debe determinar la vía judicial en las que deban ventilarse las pretensiones sobre dicha materia que por no gozar de protección constitucional directa, no son susceptibles de revisarse en sede constitucional (...)”.

En tal sentido, al demandante le queda expedito el camino del proceso ordinario (especialmente, del contencioso-administrativo) para hacer valer sus derechos



77

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucionales. Sólo esta vía será la idónea para contradecir cualquier afectación en la no emisión de una licencia de funcionamiento.

Ahora bien, al juez le corresponde actuar con la celeridad y urgencia que amerita la protección de derechos fundamentales, pese a que la vía que se utilice sea distinta a la del amparo.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Lo que certifico.

Dr. Daniel Figallo Rivas
SECRETARIO RELATOS (C)



EXP. N° 3330-2004-AA/TC
LIMA
LUDESMINIO LOJA MORI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Disiento, con el debido respeto de mis colegas, del fallo que han vertido en el caso de autos, por los fundamentos que a continuación expongo:

1. Mediante Resolución Directoral Municipal N.º 2369 de fecha 26 de agosto de 1997 se declaró improcedente la solicitud del recurrente para obtener la licencia de funcionamiento de establecimiento comercial, lo que motivó a que interponga una acción de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la cual culminó con la resolución de fecha 31 marzo de 1998 emitida por la Sala Corporativa Transitoria de Derecho Público, que ordenó dejar sin efecto la referida Resolución Directoral.
2. Desconociendo el mandato judicial, la Municipalidad Metropolitana de Lima emitió la Resolución de Alcaldía N.º 2336, de fecha 2 de julio de 1999, declarando infundado el recurso de apelación contra la referida Resolución Directoral N.º 2369.
3. El recurrente solicitó la reactivación de la solicitud de licencia de funcionamiento de su establecimiento comercial, emitiendo la Municipalidad Metropolitana de Lima la Resolución Directoral N.º 1007, de fecha 24 de octubre de 2001, que declara improcedente su solicitud.
4. Mediante Resolución Directoral Municipal N.º 1087, de fecha 21 de noviembre de 2001, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el recurrente contra la Resolución Directoral Municipal N.º 1007.
5. A través de la Resolución de Alcaldía N.º 18236 se dejó sin efecto la Resolución Directoral Municipal N.º 2369 de fecha 26 de agosto de 1997, resolución emitida en acatamiento del requerimiento realizado por el Quincuagésimo Octavo Juzgado Especializado Civil de Lima, en cumplimiento de la resolución judicial de fecha 31 de marzo de 1998 expedida en el proceso de acción de amparo resuelto por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público.
6. La Municipalidad Metropolitana de Lima emitió la Resolución del Alcaldía N.º 38636 de fecha 26 de diciembre de 2001, declarando fundado en segunda y última instancia administrativa el recurso de apelación contra la Resolución Directoral Municipal N.º 1087, de fecha 21 de noviembre de 2001, resolución que adquirió la calidad de cosa decidida en aplicación de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobada por Decreto Supremo N.º 02-94-JUS,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

aplicable al procedimiento administrativo en virtud de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N.º 27444. ⁷⁹

7. Posteriormente se expidió la Resolución de Alcaldía N.º 6604 de fecha 11 de marzo de 2002, que declara la nulidad de lo actuado con posterioridad a la Resolución Directoral Municipal N.º 1087, incluyendo la antes mencionada Resolución de Alcaldía N.º 38636.
8. La Municipalidad Metropolitana de Lima expidió la Resolución de Alcaldía N.º 19854 con fecha 30 de diciembre de 2002, que declara infundado el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Resolución Directoral Municipal N.º 1087.
9. Con fecha 27 de junio de 2001 se publicó la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 04-2000-AI-TC, que declaró inconstitucional la Primera Disposición Transitoria de la Ley N.º 26960 –Ley que establece normas de regularización de la situación del Personal de la Sanidad de la Policía Nacional– que modificó los artículos 109º y 110º del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, y en virtud de la cual la autoridad administrativa no tendría la facultad de declarar la nulidad de oficio de las resoluciones administrativas como consecuencia de la inconstitucionalidad de la Primera Disposición Transitoria de la acotada Ley.
10. La Resolución de Alcaldía N.º 38636 emitida dentro de un procedimiento administrativo iniciado durante la vigencia del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, adquirió la calidad de cosa decidida, siendo plenamente válida, y surte todos sus efectos, toda vez que lo contrario sería atentar contra el debido proceso reconocido en los artículos 2º y 139º de la Constitución Política del Estado.
11. El Artículo III del Título Preliminar del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS señala que en todo acto o procedimiento debe observarse el ordenamiento legal vigente.
12. La Resolución de Alcaldía N.º 6604 no fue debidamente notificada. Al respecto, debe precisarse que, según el artículo 20º de la Ley N.º 27444 aplicable por mandato del numeral 2) de la Primera Disposición Transitoria de la acotada ley, “(...) son aplicables a los procedimientos en trámite, las disposiciones de la presente ley que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como el Título Preliminar”. La notificación será efectuada respetando el orden de prelación.
13. La Administración debe tener certeza de que sus actos han sido debidamente notificados; por tal razón, el cargo que fluye a fojas 63 es cuestionable, dado que no cumplió con el orden de prelación de las modalidades de notificación que le hubiera conferido certeza para comprobar fehacientemente la correcta notificación a efectos de ejercitar el derecho de defensa. Por ello, soy de la opinión que en el proceso administrativo materia de análisis no se ha respetado el debido proceso en todas sus fases, lo cual vulnera los derechos constitucionales del recurrente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

80

14. Es menester indicar que no es la intención del recurrente cuestionar las competencias y funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima, sino el procedimiento administrativo mediante el cual se materializaron las decisiones de la administración municipal, las cuales debieron estar acordes con el legítimo derecho de defensa y la seguridad jurídica de las resoluciones con calidad de firmes y de cosa decidida.
15. El informe N.º 1660-2003-OGAJ-MML de fecha 17 de julio de 2003 señala textualmente que: *“Las observaciones anotadas nos permiten concluir en forma definitiva que ha existido una vulneración al debido procedimiento administrativo, el cual ha sido subsanado con la Resolución de Alcaldía N.º 18236, debiendo por consiguiente emitirse acto administrativo correspondiente que anule expresamente la Resolución de Alcaldía N.º 19854 y retrotraiga el procedimiento; sin embargo, atendiendo a que existe una orden judicial que nos obliga a abstenernos de realizar cualquier acto sobre dicha resolución, se debe previamente esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad jurisdiccional al amparo del artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*.
16. En ese sentido, se puede concluir que la demandada ha reconocido que se ha vulnerado el debido procedimiento con marchas y contramarchas sin un sustento lógico y real, lo cual ha afectado notoriamente los derechos constitucionales invocados, advirtiéndose, además, que la Municipalidad Metropolitana de Lima está a la espera de la culminación del presente proceso judicial para proceder a retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración del debido proceso, y tramitar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N.º 19854, entre otros aspectos, vulnera el fallo judicial de fecha 31 de marzo de 1998 expedido por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público.
17. El amparo procede en los casos en que se violen o amenacen derechos constitucionales distintos a la libertad personal, por acción, por omisión o por actos de cumplimiento obligatorio, por lo que resulta procedente que el accionante solicite que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos al debido proceso, a la libre empresa y al trabajo, tal como lo prevé el Código Procesal Constitucional. A mayor abundamiento, el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado establece como principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, debiendo concebirse al debido proceso como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho.
18. Por último, debo recordar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2001, recaída en el Expediente N.º 1211-2000-AA/TC, ha señalado que *“El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

procedimientos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, incluidos los administrativos”.

Por las razones expuestas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo de autos.

SR.

Bardelli
BARDELLI LARTIRIGROYEN

Lo que certifico:

[Firma]
Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

L