



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acción de inconstitucionalidad N° 23-08-PZ/TC

Defensoría del Pueblo

Demandante : Defensoría del Pueblo
Materia : Proceso de inconstitucionalidad
Escrito : Uno

RECEBIDO
19 SEP 19 PM 1:36
O.T.T. de Documentación
Archivo

013340

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

BEATRIZ MERINO LUCERO, Defensora del Pueblo designada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 007-2005-CR, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de setiembre de 2005, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 08274356, señalando domicilio legal y procesal en el Jirón Ucayali N° 388, Lima 1, en ejercicio de la legitimación reconocida por el artículo 203° inciso 3) de la Constitución, y el artículo 9° inciso 2) de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, presento **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 3° de la Ley N° 28996, *Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada*, en el extremo que modifica el cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444, *Ley del Procedimiento Administrativo General*.



Sustento la presente demanda de inconstitucionalidad en los fundamentos que seguidamente paso a exponer.

EM

I. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

1.1. Legitimidad para obrar activa

De acuerdo con el inciso 3° del artículo 203°, en concordancia con los artículos 161° y 162° de la Constitución Política y el artículo 98° del Código Procesal Constitucional, la Defensoría del Pueblo se encuentra legitimada para demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de normas con rango de ley.



1.2. Plazo

De conformidad con el inciso 4° del artículo 200° de la Constitución y con el artículo 77° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, el proceso de inconstitucionalidad procede contra las leyes a fin de controlar su compatibilidad con la Constitución, tanto por razones de forma como de fondo.

El artículo 100° de la Ley 28237, a través del cual se aprobó el Código Procesal Constitucional establece que el plazo para interponer una demanda de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley es de seis años contados desde su publicación.

En el presente caso, la Ley N° 28996 fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el día 04 de abril de 2007, por lo que el plazo para demandar su inconstitucionalidad no ha vencido, encontrándonos de este modo ante una norma que puede ser válidamente sometida a un control constitucional a través del





Defensoría del Pueblo

proceso de inconstitucionalidad, toda vez que hasta la fecha esta norma se encuentra vigente.

II. ANTECEDENTES DE LA NORMA IMPUGNADA

Originalmente, el artículo 48° de la Ley N° 27444 establecía que:

"(...) cuando (...) la presunta barrera burocrática ha sido establecida por un decreto supremo o resolución ministerial, el INDECOPI elevará un informe a la Presidencia del Consejo de Ministros, el cual deberá necesariamente resolver lo planteado en el plazo de treinta (30) días. Igual caso se aplicará cuando la presunta barrera burocrática se encuentre establecida en una Ordenanza Municipal, debiendo elevar, en este caso, el Informe al Consejo Municipal, para que resuelva legalmente en el plazo de treinta (30) días".

En ese sentido, debemos indicar que en el texto de origen de la Ley del Procedimiento Administrativo General **no se contemplaba la intervención de la Defensoría del Pueblo, a fin de que presente demandas de inconstitucionalidad** respecto de barreras burocráticas.

Sin embargo, el 19 de julio de 2003, a través de la Ley N° 28032, se modificó el citado artículo, consignándose en su cuarto párrafo, los siguientes términos:

"Si el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal o el Consejo Regional resuelven expresamente mantener la barrera burocrática, el Indecopi interpondrá demanda de acción popular. En caso de tratarse de barreras sustentadas en Ordenanzas Municipales o normas regionales de carácter general, la Comisión remitirá lo actuado a la Defensoría del Pueblo, organismo que procederá a interponer la demanda de inconstitucionalidad correspondiente, de acuerdo con sus funciones previstas en el inciso 2) del artículo 9° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo". (el resaltado es nuestro).

En tal sentido, a partir de la citada norma se contempla la participación de la Defensoría del Pueblo, ante las normas municipales y regionales que constituyan barreras burocráticas y que hayan sido advertidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), a fin de que presente las demandas de inconstitucionalidad correspondientes.

Cabe indicar que en la exposición de motivos de la ley anteriormente señalada no se fundamenta el porqué se incluye específicamente a la Defensoría del Pueblo y no a otra entidad legitimada para que presente demandas de inconstitucionalidad contra las normas que constituyan barreras burocráticas.

No obstante, a fin de evitar interpretaciones inconstitucionales sobre el nivel de obligatoriedad que tendría la Defensoría del Pueblo para presentar demandas de inconstitucionalidad, oportunamente, a través del Oficio N° 020-2007-DP/AAC de



Defensoría del Pueblo

fecha 23 de febrero de 2007, se comunicó al INDECOPI que la legitimación de la Defensoría para interponer demandas de inconstitucionalidad se ejerce de modo excepcional y con carácter discrecional¹, en atención a su autonomía constitucional y de acuerdo con un conjunto de criterios que se han ido precisando a lo largo del funcionamiento de la institución, y tomando en consideración su naturaleza y la experiencia comparada sobre la materia.

III. LA NORMA CUESTIONADA: EL ARTÍCULO 3° DE LA LEY N° 28996, LEY DE ELIMINACIÓN DE SOBRECOSTOS, TRABAS Y RESTRICCIONES A LA INVERSIÓN PRIVADA, EN EL EXTREMO QUE MODIFICA EL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 48° DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

El 04 de abril de 2007, a través de la Ley N° 28996, se volvió a modificar el cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444, en los siguientes términos:

“(…), tratándose de procedimientos iniciados de oficio por la Comisión de Acceso al Mercado, el INDECOPI podrá interponer la demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, a fin de lograr su modificación o derogación y, con el mismo propósito, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley”. (el resaltado es nuestro)

En consecuencia, la vigente redacción del artículo 48° de la Ley N° 27444 omite mencionar expresamente que la Defensoría del Pueblo podría presentar demandas de inconstitucionalidad contra normas legales que constituyen barreras burocráticas, de acuerdo a sus funciones y en ejercicio de su autonomía establecida en el bloque de constitucionalidad que la regula.

IV. RAZONES POR LAS CUALES LA NORMA CUESTIONADA ES INCONSTITUCIONAL

De acuerdo con el artículo 161° de la Constitución Política, la Defensoría del Pueblo es un **órgano constitucional autónomo** cuya naturaleza es la de cumplir, en esencia, un rol de supervisor crítico del Estado a través de la *magistratura de la persuasión*. Es decir, ejerce especiales funciones de control en el Estado, por medio de la supervisión de todas las entidades públicas, con la finalidad de recomendar correctivos en los casos en que se afecte indebidamente derechos constitucionales de las personas.

¹ Debe entenderse a la *discrecionalidad* como aquel principio por el cual la Defensoría del Pueblo puede determinar la atención prioritaria de determinados temas, el ejercicio de la atribución más conveniente para el cumplimiento de sus funciones, así como el tipo de actuación defensorial más adecuado para la atención de cada caso, de acuerdo a las características específicas del mismo. PROTOCOLO DE ACTUACIONES DEFENSORIALES, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 047-2008/DP-PAD del 15 de agosto de 2008.



Defensoría del Pueblo

Por tal motivo, la Constitución le ha otorgado expresamente un régimen jurídico especial destinado a preservar su autonomía constitucional, pues de ello depende que cumpla cabalmente el mandato que le ha sido asignado.

A efectos de comprender en su real dimensión el alcance de esta autonomía que la Constitución le garantiza a la Defensoría del Pueblo, conviene tener presente que tanto la Constitución como su Ley Orgánica integran lo que en doctrina constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se denomina como el **bloque de constitucionalidad**². Esta misma doctrina encuentra expreso reconocimiento normativo en el artículo 79º del Código Procesal Constitucional, según el cual:

"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".

En este sentido, los artículos 161º y 162º de la Constitución y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, deben ser considerados como una unidad o *bloque* a efectos de analizar o evaluar la constitucionalidad de otras normas con rango de ley o infra legales que desarrollen materias o funciones que dicho *bloque* regula. Siendo ello así, esta unidad normativa constituye el parámetro de interpretación de toda norma que esté referida a la autonomía de la Defensoría del Pueblo. Por ello, cualquier norma legal o infra legal debe interpretarse teniendo como parámetro este *bloque de constitucionalidad*, y no al revés.

4.1. Cuestionamientos de forma: vulneración del principio de reserva de Ley Orgánica

De acuerdo con el artículo 106º de la Constitución Política:

"Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución (...)".

A partir de ello, la norma constitucional ha establecido el principio de reserva de ley orgánica, a través del cual se limita constitucionalmente la potestad legislativa del Congreso, en tanto que no se puede aprobar mediante leyes ordinarias aspectos reservados a una ley orgánica tales como la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado. Proceder en contrario convierte en inconstitucional a la ley ordinaria^{3,4}.

² Al respecto se pueden revisar las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 47-2004-AI/TC y 33-2005-AI/TC.

³ DEL POZO GOICOCHEA, Claudia "Leyes Orgánicas". En AA. VV. La Constitución Comentada. Tomo II, Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Febrero de 2006, Pág. 194.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo "Curso de Derecho Administrativo" Tomo I, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, Pág. 127.



Defensoría del Pueblo

Dicha disposición ha sido reafirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵, en el sentido de que **sólo mediante leyes orgánicas se puede regular la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado**. Inclusive para el caso específico de la Defensoría del Pueblo el Tribunal sostiene que la regulación de su funcionamiento goza de la reserva de ley orgánica⁶.

Asimismo, en el derecho comparado, advertimos que el Tribunal Constitucional Español ha señalado expresamente que: "una ley ordinaria no puede modificar o derogar una ley orgánica"⁷.

Lo que interesa destacar en este punto es que cualquier medida orientada a modificar el funcionamiento de la Defensoría del Pueblo debe hacerse necesariamente mediante una ley orgánica.

Sin embargo, la ley ordinaria materia de cuestionamiento en la presente demanda regula la obligación de la Defensoría del Pueblo de interponer demandas de inconstitucionalidad contra las normas legales que constituyan barreras burocráticas de acceso al mercado, **de acuerdo con el análisis y criterios de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI y no de acuerdo con los de la Defensoría del Pueblo**.

Esto en realidad supone modificar el funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, lo que no puede hacerse mediante una ley ordinaria sino únicamente a través de una ley orgánica. Además, cabe advertir desde un inicio que esta inconstitucionalidad formal encierra también una inconstitucionalidad material o de fondo, toda vez que **convierte en obligatoria una facultad que es discrecional**, tal como lo dispone expresamente el artículo 203 de la Constitución en los términos siguientes:

"Están **facultados** para interponer acción de inconstitucionalidad: 3. El Defensor del Pueblo"

Asimismo, el artículo 9 inciso 2) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520 reafirma lo establecido por la Constitución al indicar que:

"El Defensor del Pueblo está **facultado** en el ejercicio de sus funciones para: 2. Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución Política ..."

En conclusión, el contenido de la **ley materia de demanda es inconstitucional por la forma, en tanto vulnera el principio de reserva de ley orgánica**.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0047-2004/AI. Fj. 16.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0022-2004-AI/TC, F.J 25.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional Español de fechas 01 de julio de 1993 y 6 de noviembre de 1986, recogidas por García De Enterría en su obra citada, pág. 127.



Defensoría del Pueblo

4.2. Cuestionamientos sobre el fondo

4.2.1. Vulneración del régimen jurídico y la autonomía constitucional de la Defensoría del Pueblo

A partir de la precisión normativa del bloque de constitucionalidad que regula el régimen jurídico de la Defensoría del Pueblo, conviene indicar que la autonomía constituye un aspecto esencial de dicho bloque diseñado para esta institución como una garantía básica para el cumplimiento de las funciones propias y especiales que le han sido asignadas por la Constitución.

Esto supone que la Defensoría del Pueblo no se encuentre sometida a relación de jerarquía alguna o sujeción respecto de los demás órganos constitucionales, incluyendo al Gobierno Central o Poder Ejecutivo⁸.

Dicha autonomía constitucional presenta los siguientes componentes⁹:

- Un contenido subjetivo u organizativo, que garantiza la existencia misma de la Defensoría del Pueblo.
- Un contenido objetivo o sustantivo, que está referido a la autonomía en la gestión de sus competencias constitucionales, dentro del que se encuentra, por ejemplo, la elaboración de sus estrategias de intervención.
- Un contenido institucional, que implica garantizar que su actividad no estará sujeta a posibles injerencias de otros órganos del Estado.

Reforzando la autonomía en el ejercicio de sus competencias, la Constitución¹⁰ y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo¹¹, le han concedido, desde su creación, legitimidad para presentar demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango de ley. Asimismo, el Código Procesal Constitucional¹², respetando esta autonomía constitucional y la naturaleza de sus funciones, la ha legitimado (sin establecerle una obligación) para iniciar e intervenir en procesos constitucionales como hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento y acción popular.

Con dicha facultad se potencia la actividad de la Defensoría del Pueblo, pues ante el incumplimiento de sus recomendaciones o exhortaciones se le dota de un **instrumento adicional** que acrecienta la posibilidad de lograr que sus conclusiones respecto a la violación de determinados derechos o principios constitucionales sean cumplidas.

⁸ ALBAN PERALTA, Walter. "La Defensoría del Pueblo". En AA. VV. La Constitución Comentada. Tomo II, Primera Edición. Diciembre 2005. Pág. 783.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 13-2003-AI/TC, del 4 de mayo del 2004.

¹⁰ Inciso 3) del artículo 203° de la Constitución Política.

¹¹ Inciso 2) del artículo 9° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520.

¹² Artículo 99° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.



Defensoría del Pueblo

En ese sentido, debemos remarcar que la función de demandar la inconstitucionalidad de las normas legales es un instrumento que la Defensoría del Pueblo utiliza de acuerdo con la propia naturaleza de su mandato y, por lo general cuando se han agotado otros mecanismos previos propios de su *magistratura de la persuasión*.

A partir de ello y precisamente para definir si debe iniciar o no un determinado proceso constitucional, la Defensoría del Pueblo a lo largo de su funcionamiento ha ido elaborando una serie de criterios en consideración a su naturaleza y la experiencia comparada con la finalidad de hacerlo solamente en aquellos casos en que realmente se justifique¹³. Entre estos criterios podemos mencionar¹⁴:

- a) La manifiesta vulneración de derechos fundamentales y/o constitucionales, como consecuencia de la actuación arbitraria o ilegal de la administración estatal. Ciertamente ello supone la existencia de razones jurídicas sólidas que evidencien las afectaciones alegadas y que sustenten la intervención defensorial.
- b) La inexistencia o ineficacia de mecanismos procesales ordinarios o regulares que puedan ser utilizados por los ciudadanos y ciudadanas, para revertir las afectaciones de los derechos fundamentales invocados.
- c) El manifiesto estado de indefensión de las personas afectadas, toda vez que la Defensoría del Pueblo no puede sustituir a las partes con posibilidades de solventar su defensa técnica o profesional, ni actuar como defensa pública o de oficio.
- d) La vinculación de las pretensiones en controversia con las líneas de trabajo institucional de la Defensoría del Pueblo.
- e) La trascendencia general de las materias en discusión o la necesidad de propiciar criterios jurisprudenciales que favorezcan la vigencia de los derechos fundamentales de las personas o la comunidad.

En atención a dichos criterios, serán los principios de discrecionalidad y necesidad los que determinarán la intervención de la Defensoría del Pueblo sólo en aquellos procesos constitucionales en los cuales la propia institución entiende que resulta

¹³ En España desde el primer informe presentado a las Cortes Generales (1983) se formularon puntuales criterios de intervención. Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO. "Informe a las Cortes Generales 1983", Madrid, Cortes Generales, Págs. 26 y 27. DEFENSOR DEL PUEBLO. "Recurso ante el Tribunal Constitucional 1983 - 1987", Madrid, 1987, Pág. VI. En Bolivia, tal como indica Kathia Saucedo, también se han fijado determinados criterios, en DEFENSOR DEL PUEBLO, "Recursos Constitucionales", La Paz, 2003, Pág. 12.

¹⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel. "Defensoría del Pueblo y Procesos Constitucionales". En DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "Ocho años de Procesos Constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo. 1996 - 2004". Lima, diciembre 2004, Págs. 23 y 24.



Defensoría del Pueblo

totalmente necesario y cuando no hay otra medida a su alcance para que cumpla adecuadamente sus funciones en defensa de los derechos y principios constitucionales.

No debemos olvidar que la Defensoría del Pueblo es una institución autónoma cuya naturaleza se apoya en la *"magistratura de la persuasión"*, es decir, su capacidad de convencimiento para solucionar los conflictos. De ahí que **no es acorde con su naturaleza que se convierta en una suerte de abogado de oficio o procurador del Estado que instaure todos los procesos de quienes lo soliciten.**

En el caso concreto, dichos criterios se ven vulnerados porque la norma cuestionada pretende que la Defensoría del Pueblo presente demandas de inconstitucionalidad sin tener en cuenta su propia evaluación sino por el contrario la de un órgano administrativo dependiente del Poder Ejecutivo (el Indecopi), al cual la Defensoría supervisa.

Adicionalmente, conviene señalar que en once (11) años de funcionamiento, la Defensoría del Pueblo se ha consolidado como una institución democrática con credibilidad y legitimidad, lo cual ha sido posible debido su marcada autonomía frente a otros órganos del Estado y su participación en la solución de conflictos presentados en la sociedad.

Un elemento importante en la consolidación de la Defensoría del Pueblo, ha sido su participación en los procesos de inconstitucionalidad. Así, como podrá apreciarse en el cuadro anexo a la presente demanda, de los veintidós (22) procesos de inconstitucionalidad planteadas por la Defensoría del Pueblo ante el Tribunal Constitucional a lo largo de sus años de funcionamiento, trece (13) han concluido con sentencias fundadas, siete (7) fueron declarados improcedentes por sustracción de la materia, es decir, que la norma inconstitucional fue derogada luego de interpuesta la demanda, y sólo uno (1) fue declarado infundado.

Ciertamente dichos resultados son los que han contribuido a la legitimación y credibilidad de la institución. Asimismo, debe resaltarse que la Defensoría del Pueblo no ha presentado demandas de inconstitucionalidad indiscriminadamente, sino que siempre ha efectuado un análisis pormenorizado de las normas, además de agotar medidas previas a la interposición de cualquier demanda.

En ese sentido, consideramos que **la obligación establecida en el artículo 3 de la Ley N° 28996 que modifica el cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444 para que la Defensoría del Pueblo presente demandas de inconstitucionalidad indiscriminadamente, sin realizar una evaluación propia sobre la inconstitucionalidad de las normas que constituirían barreras burocráticas, además de ser inconstitucional propiciaría la deslegitimación de la institución.**

Esto se aprecia de manera más clara en los expedientes que el INDECOPÍ ha derivado a la Defensoría del Pueblo para su trámite de inconstitucionalidad. Como se explicará más adelante, luego de nuestra evaluación se determinó que ninguno





Defensoría del Pueblo

de ellos presenta vicios de inconstitucionalidad, por lo que habría sido absolutamente contraproducente que sean impugnados ante el Tribunal Constitucional.

Asimismo, aún cuando su impugnación no forma parte de la presente demanda, cabe referir que hemos tomado conocimiento de que en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República se encuentra pendiente de discusión el Proyecto de Ley N° 2399/2007-CR, a través del cual se propone agilizar el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, **obligando a la Defensoría del Pueblo para que dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles presente demandas de inconstitucionalidad** contra normas de rango de ley que constituyan barreras burocráticas y que hayan sido determinadas por la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI.



Este proyecto, que se basa en la inconstitucional interpretación del texto del cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444, es muestra de los graves niveles de vulneración de la autonomía de la Defensoría del Pueblo a los que la norma impugnada en la presente demanda puede dar lugar, lo que hace imprescindible que sea expulsada de nuestro ordenamiento jurídico.

En consideración de lo expuesto, debemos concluir que **el artículo 3° de la Ley N° 28996 es inconstitucional por vulnerar la autonomía de la Defensoría del Pueblo**, además de menoscabar su credibilidad institucional.



4.2.2. Afectación del principio de separación de poderes

4.2.2.1. El contenido del principio de separación de poderes y/o división de funciones

El artículo 43° de la Constitución Política señala que:

“El Estado Peruano se organiza según el principio de la separación de poderes”.

Es decir, nuestra carta constitucional reconoce el principio de separación de poderes, el mismo que ha sido modernamente conceptualizado como principio de división de funciones.

No debemos olvidar que la separación de poderes establece dos postulados: a) Cada función del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) ha de tener un titular distinto; b) En el marco de esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos¹⁵.

¹⁵ GARCIA PELAYO, Manuel. “Derecho Constitucional Comparado”, Alianza Editorial S.A. Madrid, 1999, Págs. 154 y 155.





Defensoría del Pueblo

Adicionalmente a ello, el Tribunal Constitucional¹⁶ ha precisado que:

“(...) si bien la separación de poderes no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, ella impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado”. (el resaltado es nuestro)

En ese sentido, el Tribunal considera que la correcta aplicación del principio de separación de poderes está relacionada con el adecuado ejercicio de las atribuciones específicamente establecidas para cada uno de los órganos del Estado, sin interferir en las atribuciones o funciones de otros¹⁷.



A pesar de lo que hasta aquí se ha expuesto, INDECOPI ha mostrado una interpretación muy particular del cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444, toda vez que en respuesta al Oficio N° 020-2007-DP/AAC de fecha 23 de febrero de 2007 que se les remitió, nos ha remitido, a través de la Carta N° 0212-2007/PRE-INDECOPI, el Informe N° 031-2007/INDECOPI-CAM elaborado por la Comisión de Acceso al Mercado, en el que se señala que de acuerdo con el artículo 48° de la Ley N° 27444, la Defensoría del Pueblo debe obligatoriamente interponer demandas de inconstitucionalidad en base a los actuados remitidos por dicha comisión, *sin que la Defensoría tenga competencia para considerar una acción diferente.*



No obstante, dicho informe no ha tomado en cuenta que desde los primeros años de funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, ya contaba con criterios de actuación¹⁸ en materia de arbitrios municipales concordantes con su propia naturaleza.

Pese a ello, cuando la Defensoría comunicó dichos criterios al INDECOPI mediante el documento antes señalado, éste sostuvo que la autonomía constitucional de la Defensoría del Pueblo no puede ser entendida como una facultad para desconocer lo que manda la ley, con lo cual reiteró su solicitud para que la Defensoría interponga las respectivas demandas de inconstitucionalidad.



Como puede advertirse de esta situación, la norma cuestionada y la interpretación inconstitucional que de ella hace INDECOPI llevarían al absurdo de sostener que la Defensoría del Pueblo deba inaplicar sus propios criterios de actuación defensorial previamente establecidos si es que la opinión de INDECOPI no concuerda con ellos, lo que supondría incluso que un ente autónomo como el nuestro se vea abiertamente subordinado en casos como éste a la decisión de un órgano técnico

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0006-2003-AI/TC. Fj. 17

¹⁷ RUBIO CORREA, Marcial. “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2006, Págs. 296 y 297.

¹⁸ Para ello puede revisarse el Informe Defensorial N° 33, “Tributación Municipal y Constitución”, aprobado por Resolución Defensorial N° 06-DP/2000, publicada el 12 de febrero de 2000.



Defensoría del Pueblo

de rango legal como el INDECOPI. Esta posición es abiertamente contraria al espíritu de la Constitución.

A partir de ello, podemos señalar que el artículo 3° de la Ley N° 28996 es **inconstitucional materialmente**, por cuanto supone una intervención en las **funciones esenciales y especializadas que competen a la Defensoría del Pueblo** y con ello vulnera, además de su régimen jurídico y su autonomía, así como el artículo 43° de la Constitución Política, específicamente el principio constitucional de la separación de poderes en su concepción moderna de división de funciones.

Otro aspecto necesario de resaltar es que de acuerdo con su vigente¹⁹ Ley de Organización y Funciones, el INDECOPI es un organismo público técnico especializado con personería jurídica de derecho público interno, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (Poder Ejecutivo) y que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuesta y administrativa²⁰.

Entre las funciones asignadas a INDECOPI, se contempla aquella por la cual debe corregir las distorsiones en el mercado, de ahí que exista una Comisión Especial encargada de eliminar las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos, ciudadanas y empresas.

Asimismo, en consideración a lo establecido por el Tribunal Constitucional, debemos afirmar que el INDECOPI, como otros órganos de la administración pública, tiene competencia y sobre todo el deber para efectuar un control de constitucionalidad en cada caso concreto sobre los actos que afectan el normal funcionamiento del mercado, específicamente sobre las normas que constituyan barreras burocráticas al acceso a éste.

En efecto, de acuerdo con un precedente vinculante²¹ del propio Tribunal Constitucional:

“Todo Tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución”.

Más aún, en la sentencia recaída en el expediente N° 06135-2006-AA (Adayc vs. INDECOPI) el Tribunal Constitucional ha indicado que la omisión de control de constitucionalidad en sede administrativa, representa, a su vez, la omisión del deber

¹⁹ Aprobado por Decreto Legislativo N° 1033, publicado el día 25 de junio de 2008 en el diario oficial “El Peruano”.

²⁰ Cabe mencionar que mediante Decreto Ley N° 25868 se creó el INDECOPI como un organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

²¹ Señalada en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03741-2004-AA/TC. Fj. 50.



Defensoría del Pueblo

de protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal indicó que un órgano colegiado (Comisión de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI) debe tener presente el ejercicio de esta potestad.

Es decir, consideramos que la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI, en el cumplimiento de su deber de protección de los derechos fundamentales, podría efectuar un control difuso sobre las normas legales que constituyen barreras burocráticas y no sólo derivarlo a la Defensoría de Pueblo para que demande su inconstitucionalidad, toda vez que efectuando un control constitucional difuso de los mismos, podría solucionar el caso concreto y generar lineamientos para casos similares y futuros.



Sin embargo, a través de la norma cuestionada, en realidad, a la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI se le estaría reconociendo indirectamente una legitimidad activa para demandar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, vulnerando el sentido del mandato previsto en el artículo 202° de la Constitución y el propio modelo de control concentrado de constitucionalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Esto sería así, porque de acuerdo con el texto del párrafo normativo que se impugna, la Defensoría tendría una mera función de mesa de partes para ejecutar las decisiones de INDECOPI sobre esta materia.



En todo caso, tomando en consideración que INDECOPI es un órgano técnico adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros – PCM (Poder Ejecutivo) y que el primer párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444 encarga a la PCM el cumplimiento de lo establecido en dicho artículo, consideramos necesario sugerir que el INDECOPI y el legislador evalúen la posibilidad de que sea el propio Poder Ejecutivo (específicamente el Presidente de la República), al cual se encuentra formalmente adscrito, sobre quien recaiga la carga de presentar las demandas de inconstitucionalidad en estos casos.

Con ello se estaría garantizando el respeto a la estructura y organización de los poderes del Estado (el principio de separación de poderes), y específicamente el respeto de la autonomía de un órgano constitucional autónomo como la Defensoría del Pueblo.



4.2.3. Vulneración del modelo de control concentrado de constitucionalidad de las leyes en el Perú

Adicionalmente, la norma cuestionada no está tomando en cuenta la especial naturaleza del modelo procesal de control concentrado de inconstitucionalidad que rige en nuestro sistema jurídico, cuya legitimación activa, reconocida sólo a un número cerrado de sujetos procesales²², no se configura como una obligación sino

²² De conformidad con el artículo 203° de la Constitución, los facultados para presentar demandas de inconstitucionalidad son:

- 1) El Presidente de la República,
- 2) El Fiscal de la Nación,



Defensoría del Pueblo

como una facultad dirigida, en el caso de la Defensoría del Pueblo, a reforzar sus atribuciones constitucionales de defensa de los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad y supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y de la prestación de los servicios públicos.

Ahora bien, precisando la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional²³ ha indicado que éste presenta dos dimensiones: a) Una objetiva, a través del cual se busca defender la supremacía normativa de la Constitución; b) Una subjetiva, mediante la cual se pretende impedir que la aplicación de la norma presuntamente inconstitucional pueda generar afectaciones concretas a los derechos fundamentales de los individuos.



Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional se reafirma en el sentido de que quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino la "defensa de la Constitución", como norma jurídica suprema.

Por su parte, Landa Arroyo²⁴ nos indica que el control constitucional de las leyes cumple tres funciones:

- a) *La función de valoración*, en tanto que la ley cuestionada es sometida a la jurisdicción constitucional en base a un canon valorativo constitucional.
- b) *La función pacificadora*, la misma que se manifiesta en la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico cuando es declarada inconstitucional.
- c) *La función ordenadora*, por cuanto, la decisión que se adopte tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores, públicos y privados, de las normas jurídicas.

En ese sentido, además está señalar la importancia que presenta el proceso de inconstitucionalidad como un mecanismo necesario en la defensa de la supremacía de la Constitución. A partir de dicha importancia, se hace exigible que las entidades legitimadas para interponer demandas de inconstitucionalidad utilicen dicha facultad adecuada y moderadamente, atendiendo a la naturaleza excepcional (*ultima ratio*) del proceso de inconstitucionalidad.

No es propio de un uso adecuado de dicha legitimidad activa, que una institución efectúe demandas indiscriminadamente, sin tener un sustento claro de la inconstitucionalidad de la norma.

-
- 3) El Defensor del Pueblo,
 - 4) El veinticinco por ciento del número legal de congresistas,
 - 5) Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.
 - 6) Los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo Regional, y
 - 7) Los Colegios Profesionales, en materias de su especialidad.

²³ Sentencia recaída en el expediente N° 0020 y N° 0021-2005-AI/TC. Fj. 16 y 18.

²⁴ LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Estado Democrático". Editorial Palestra. Segunda Edición, Lima, 2003. Pág. 171.



Defensoría del Pueblo

De ahí que la obligación a la Defensoría del Pueblo establecida en el artículo 3° de la Ley N° 28996, que modifica el cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444, no se condice con la naturaleza excepcional del proceso de inconstitucionalidad y el uso adecuado de la legitimidad activa en dicho proceso que presenta un órgano del Estado.

Más aún, como podrá advertirse, muchas de las normas cuestionadas por INDECOPI y que han sido remitidas a la Defensoría del Pueblo para que se interpongan demandas de inconstitucionalidad no ameritaban dicha medida.

En efecto, como resultado de la evaluación realizada por la Defensoría del Pueblo a un total de 31 expedientes (que representan 17 Municipalidades cuestionadas) remitidos por el INDECOPI a la Defensoría del Pueblo, en atención al cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444, se ha advertido lo siguiente:

a) En veinte (20) expedientes se ha producido la sustracción de la materia, en tanto que las ordenanzas cuestionadas han sido derogadas por los mismos gobiernos locales, a partir de los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional en sus sentencias recaídas en los expedientes N° 041-2004-PI y N° 0053-2004-PI.

b) En los once (11) expedientes restantes se mantienen vigentes las ordenanzas que constituirían barreras burocráticas, advirtiéndose que, por un lado, en ocho (8) casos no existe una clara y directa vulneración a la Constitución Política, y por otro lado, en tres (3) casos lo que se aprecia son situaciones de incumplimiento a los precedentes jurisprudenciales ya fijados por el Tribunal Constitucional en materia de arbitrios, a partir de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo en su oportunidad (contra las ordenanzas de las Municipalidades de Miraflores y Santiago de Surco) y recaídas en las sentencias anteriormente mencionadas.

Cabe resaltar que en estos últimos tres (3) expedientes, la Defensoría del Pueblo, a partir de sus mencionados criterios de intervención ha evaluado que sí existen mecanismos previos a la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, como por ejemplo exhortar al gobierno municipal que dictó la norma cuestionada para que la derogue o modifique.

Adicionalmente a ello, debe tomarse en cuenta que ya existe una línea jurisprudencial²⁵ del Tribunal Constitucional sobre arbitrios municipales, a partir de las demandas de inconstitucionalidad que en su oportunidad planteáramos contra las municipalidades de Miraflores y Santiago de Surco.

²⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 0041-2004-AI/TC y N° 0053-2004-PI/TC, publicadas en el diario oficial "El Peruano", los días 14 de marzo de 2005 y 17 de agosto de 2005, respectivamente.



Defensoría del Pueblo

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo considera que es innecesario presentar demandas de inconstitucionalidad contra las ordenanzas cuestionadas por INDECOPI, en la medida que no existe una verdadera y directa afectación a la Constitución Política que amerite la utilización del proceso de inconstitucionalidad, la misma que como ya lo hemos indicado anteriormente es un mecanismo de *ultima ratio* y debe ser utilizada moderada y excepcionalmente por los órganos legitimados para demandar.

Asimismo, en aquellos casos de arbitrios en los que se advierte el incumplimiento de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, atendiendo a los criterios de intervención de la Defensoría del Pueblo, se hace innecesario la presentación de una nueva demanda de inconstitucionalidad, en tanto que como ya lo hemos expuesto anteriormente, uno de los criterios adoptados para ejercer su legitimidad activa es que no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia.

En consideración de lo expuesto, el artículo 3° de la Ley N° 28996, además de ser inconstitucional por vulnerar la autonomía de la Defensoría del Pueblo, **está desconociendo las características especiales y la naturaleza excepcional del proceso de inconstitucionalidad.**

Todo lo expuesto abunda en la conclusión de que el artículo 3° de la Ley N° 28996 en el extremo que modifica el cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444 es inconstitucional formal y materialmente.

POR TANTO:

A usted Señor Presidente del Tribunal Constitucional solicito admitir la presente demanda y, en su momento, declarar inconstitucional el artículo 3° de la Ley N° 28996, en el extremo que modifica el cuarto párrafo del artículo 48° de la Ley N° 27444, ordenando su inmediata expulsión del ordenamiento jurídico o, de ser el caso, pronunciarse sobre la interpretación conforme a la Constitución que la disposición cuestionada admite.

OTROSI DIGO: De conformidad con lo señalado en numeral 5) del artículo 101° del Código Procesal Constitucional, designo, indistintamente, como apoderados a los doctores Eduardo Vega Luna, Primer Adjunto a la Defensora del Pueblo, así como al doctor Fernando Castañeda Portocarrero, Defensor Adjunto (e) en Asuntos Constitucionales.

OTROSI DIGO: Solicito se corra traslado de la presente demanda al Poder Legislativo, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por numeral 2) del artículo 107° del Código Procesal Constitucional.

OTROSI DIGO: Adjuntamos a la presente demanda copia de la Resolución Legislativa del Congreso N° 007-2005-CR, publicada en el diario oficial "El Peruano"



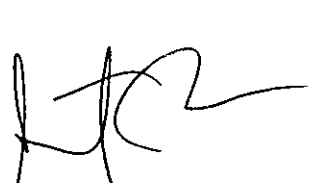
Defensoría del Pueblo

el 30 de setiembre de 2005; copia del Documento Nacional de Identidad N° 08274356, de la doctora Beatriz Merino Lucero, Defensora del Pueblo.

OTROSI DIGO: Adjuntamos como anexos los siguientes documentos:

- 1) Anexo N° 1: "La Ley N° 28996".
- 2) Anexo N° 2: "Resolución Legislativa del Congreso N° 007-2005-CR".
- 3) Anexo N° 3: "Documento Nacional de Identidad N° 08274356".
- 4) Anexo N° 4: "Versión original de la Ley N° 27444".
- 5) Anexo N° 5: "Ley N° 28032".
- 6) Anexo N° 6: "Oficio N° 020-2007-DP/AAC remitido a INDECOPI".
- 7) Anexo N° 7: "Proyecto de Ley N° 2399/2007-CR"
- 8) Anexo N° 8: "Carta N° 0212-2007/PRE-INDECOPI"
- 9) Anexo N° 9: "Informe N° 031-2007/INDECOPI-CAM"
- 10) Anexo N° 10: "Cuadro Histórico de demandas de inconstitucionalidad planteadas por la Defensoría del Pueblo".
- 11) Anexo N° 11: "Cuadro de análisis de los expedientes remitidos por INDECOPI a la Defensoría del Pueblo".

Lima, 19 de setiembre de 2008



BEATRIZ MERINO LUCERO
DEFENSORA DEL PUEBLO



EDUARDO VEGA LUNA
PRIMER ADJUNTO A LA DEFENSORA DEL PUEBLO
REG. CAL N° 19267



FERNANDO RAFAEL CASTAÑEDA PORTOCARRERO
ADJUNTO EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES (E)
REG. CAL 40125