

EXP. N.º 0003-2008-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DEL GOBIERNO
REGIONAL DE CUSCO

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DE 1 DE FEBRERO DE 2010

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**PRESIDENTE DEL GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO, DON
HUGO EULOGIO GONZALES SAYÁN, C/. LEYES N.º 29164
Y N.º 29167**

SÍNTESIS

*Proceso de inconstitucionalidad contra las
Leyes N.º 29164 y N.º 29167*

Magistrados firmantes

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA



Sumario

- I. ASUNTO
- II. DATOS GENERALES
- III. NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
- IV. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A. Argumentos de la demanda

- Con relación a la inconstitucionalidad de forma de la Ley N.º 29164
- Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.º 29164
- Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.º 29167

B. Argumentos de la contestación de la demanda

- Con relación a la inconstitucionalidad de forma de la Ley N.º 29164
- Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.º 29164
- Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.º 29167

V FUNDAMENTOS

§1. Análisis formal de la constitucionalidad de la Ley N.º 29164

- a. Datos generales
- b. Procedimiento legislativo y debido proceso
- c. La inserción de la segunda votación
- d. La exoneración del requisito de segunda votación
- e. Cuestión previa planteada

§2. Análisis material de la constitucionalidad de las Leyes N.º 29164 y N.º 29167

- a. Datos generales
- b. El respeto de zonas históricas
- c. Promoción turística por parte del Estado
- d. La validez de la concesión
- e. Las normas promotoras de licencia de funcionamiento
- f. El respeto de la autonomía municipal y regional
- g. El principio-derecho de igualdad

§3. Efectos de la sentencia emitida

VI. FALLO

EXP. N.º 0003-2008-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DEL GOBIERNO
REGIONAL DE CUSCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 1 día del mes de febrero de 2010, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto en el que confluyen los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo y el fundamento de voto del magistrado Calle Hayen, que se acompaña

I. ASUNTO

Demandada de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, don Hugo Eulogio Gonzales Sayán, contra la Ley N.º 29164, Ley de Promoción y Desarrollo sostenible de Servicios Turísticos en los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, y contra la Ley N.º 29167, Ley que establece el Procedimiento Especial y Transitorio para las Licencias de Edificación, Ampliación o Remodelación de Establecimientos de Hospedaje.

II. DATOS GENERALES

◊ Violación constitucional invocada

El proceso constitucional de inconstitucionalidad presentado fue promovido por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, facultado por el artículo 203º, inciso 6), de la Constitución, previo acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia. El acto lesivo denunciado lo habría producido la dación de la Ley N.º 29164 y de la Ley No. 29167, publicadas el 20 de diciembre de 2007.

◊ Petitorio constitucional

El demandante alega la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Considera que ha existido una vulneración al debido procedimiento legislativo, a la igualdad (artículo 2º, inciso 2), a la libertad de empresa (artículo 59º), al mismo trato en las actividades empresariales (artículo 60º) y a la libre competencia (61º).

Alegando tales actos vulneratorios, solicita que se declare la inconstitucionalidad de las dos leyes impugnadas.



III. NORMAS CUESTIONADAS

Ley N.º 29164

Ley de promoción del desarrollo sostenible de servicios turísticos en los bienes inmuebles, integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación

Capítulo I: Disposiciones Generales

Artículo 1.- Objeto de la Ley

El objeto de la presente Ley es establecer las condiciones que favorezcan y promocionen el desarrollo de inversión privada que permita la recuperación, restauración, conservación, puesta en valor y desarrollo sostenible de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación, a través de las concesiones para la prestación de Servicios Turísticos, en las zonas que, para tal efecto, determine el Instituto Nacional de Cultura - INC, a iniciativa de los gobiernos regionales, gobiernos locales, entidades públicas competentes y particulares.

Artículo 2.- Condiciones mínimas de las concesiones

Toda concesión, para el desarrollo sostenible de servicios turísticos en bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación, está sujeta a las siguientes condiciones mínimas:

- a) Respeto de los derechos de la Nación sobre los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural, en virtud del artículo 21 de la Constitución Política del Perú, así como del régimen legal específico a que están sujetos, de acuerdo a la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.
- b) La concesión de los servicios turísticos podrá ser otorgada para ser desarrollada en inmuebles de propiedad pública, comprendidos en el párrafo 1.1 del artículo I de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, siempre que exista opinión favorable del Instituto Nacional de Cultura - INC.
- c) Los servicios turísticos, factibles de ser concesionados en los bienes inmuebles del patrimonio cultural de la Nación, son los servicios de hospedaje, categoría mínima cuatro (4) estrellas, servicios de restaurantes con categoría mínima de cuatro (4) tenedores; y en forma complementaria a éstos, la venta de artesanías y recuerdos.
- d) Las áreas donde se prestará el servicio turístico a ser concesionado, no deben comprometer sus condiciones de infraestructura, ni generar riesgo de destrucción o deterioro. Las áreas factibles de concesión son autorizadas por el Instituto Nacional de Cultura - INC.
- e) El proyecto de inversión deberá guardar concordancia con el Plan Estratégico Nacional de Turismo - PENTUR, las Zonas de Desarrollo Turístico Prioritario, el Plan de Desarrollo Turístico Regional correspondiente y/o los corredores y circuitos turísticos de la zona donde se pretende prestar la concesión; además, cuando exista, con el Plan Maestro del correspondiente inmueble.
- f) El proyecto de inversión deberá tener armonía con el entorno natural de la zona, tanto en su arquitectura como en el uso de materiales de construcción, y guardar concordancia con el estilo, la tradición cultural y las características propias del lugar.
- g) Los recursos provenientes de la concesión deberán ser empleados en actividades o



medidas conducentes a la puesta en valor, recuperación, restauración, conservación y desarrollo sostenible del patrimonio cultural, y la mejora de su entorno, de conformidad con los correspondientes parámetros técnicos y, según el caso, con el Plan Maestro del bien inmueble.

h) En ningún caso el ejercicio del derecho de concesión impedirá o restringirá el libre acceso del público al bien inmueble del patrimonio cultural de la Nación.

Artículo 3.- Condiciones específicas de las concesiones

Dependiendo de la naturaleza y estado del bien inmueble integrante del patrimonio cultural de la Nación, el Instituto Nacional de Cultura - INC establecerá las condiciones específicas de ubicación, delimitación, capacidad de carga, tipo y condiciones del servicio turístico, y otras condiciones técnicas y exigencias que permitan la efectiva y adecuada conservación y protección del patrimonio cultural.

Capítulo II: Del Procedimiento

Artículo 4.- Entidad competente

El otorgamiento del derecho de concesión para el desarrollo de los Servicios Turísticos y la supervisión de su debido cumplimiento, son de competencia del Instituto Nacional de Cultura - INC, en coordinación, en lo que corresponda, con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley y demás normas sobre la materia.

Asimismo, el Instituto Nacional de Cultura - INC está encargado de admitir a trámite, rechazar y emitir la correspondiente resolución de otorgamiento de concesión.

Artículo 5.- Presentación de iniciativas

Pueden presentar iniciativas para efectuar proyectos de inversión de servicios turísticos en inmuebles del patrimonio cultural de la Nación:

- a) Los gobiernos regionales y las municipalidades de la jurisdicción donde se encuentra el bien inmueble del patrimonio cultural.
- b) Las instituciones públicas vinculadas al desarrollo de la actividad turística o a la promoción de inversión privada.
- c) Los privados. (Inciso modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 29202, publicada el 17 febrero 2008, cuyo texto es el siguiente: c) Los privados, a través de la municipalidad de la jurisdicción donde se encuentra el bien inmueble del patrimonio cultural, para que sean tramitadas).

La iniciativa para proyectos de inversión del sector privado tiene el carácter de petición de gracia a que se refiere el artículo 112 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 6.- Evaluación preliminar

La iniciativa de proyecto de inversión se presenta ante el Instituto Nacional de Cultura - INC, entidad que procederá a efectuar su evaluación preliminar, verificando el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 2 y que contenga los requisitos establecidos en el Reglamento de la presente Ley, pudiendo solicitar ampliaciones y precisiones.

Si el Instituto Nacional de Cultura - INC no admite a trámite la iniciativa deberá comunicar al solicitante las razones de su rechazo, mediante informe del área correspondiente.



De ser admitida la iniciativa del proyecto de inversión se procederá a su difusión mediante la publicación, por una (1) sola vez, de una hoja resumen del mismo, en el Diario Oficial "El Peruano", y en las páginas web del Instituto Nacional de Cultura - INC y del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo por un plazo de noventa (90) días. Dentro de dicho plazo los interesados presentarán sus proyectos de inversión al Instituto Nacional de Cultura - INC.

Artículo 7.- Comité de Evaluación

El Comité de Evaluación es el órgano encargado de evaluar los proyectos de inversión presentados, de declarar su viabilidad y de determinar el mejor de ellos, debiendo aplicar los criterios de razonabilidad, economía y simplificación administrativa.

El Comité podrá solicitar, a instituciones públicas o privadas, la información que considere necesaria para una mayor y mejor evaluación del proyecto de inversión.

Artículo 8.- Conformación del Comité de Evaluación

El Comité de Evaluación está compuesto de la siguiente manera:

- * Un representante del Instituto Nacional de Cultura - INC, quien lo preside.
- * Un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR.
- * Un representante del gobierno regional donde se encuentre ubicado el bien inmueble materia del proyecto.
- * Un representante del municipio distrital de la jurisdicción donde se encuentre ubicado el bien inmueble materia del proyecto. En caso de ubicarse en capitales de provincia, un representante de dicha municipalidad.

En el caso de que el área de concesión de un proyecto se encuentre dentro de la jurisdicción de más de un gobierno regional o municipalidad distrital, cada uno de ellos podrá acreditar su representante.

En los casos de que el área de concesión se encuentre ubicada en la jurisdicción de Lima Metropolitana, se incluye en el Comité de Evaluación un representante de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Los actos y decisiones de los miembros del Comité de Evaluación están sujetos, en su caso, a responsabilidad administrativa y/o judicial, asumiendo responsabilidad solidariamente por los acuerdos tomados.

Los integrantes del Comité de Evaluación realizan su labor en forma ad honórem.

Artículo 9.- Evaluación del proyecto de inversión

En un plazo no mayor de cuarenta (40) días calendario, desde el cierre de la recepción de los proyectos de inversión, el Comité de Evaluación procederá a calificarlos, dando preponderancia a la retribución económica ofrecida y a la calidad del servicio a concesionarse; siendo factor secundario la experiencia del servicio turístico a prestarse y el nivel de ventas.

El Reglamento establecerá las demás disposiciones y plazos del procedimiento a seguir, así como el sistema y los factores aplicables para la evaluación de los proyectos.

Artículo 10.- Otorgamiento del derecho de concesión

Determinado el mejor proyecto de inversión por el Comité de Evaluación, el Instituto Nacional de Cultura - INC procederá a emitir la correspondiente resolución otorgando la concesión.

La supervisión del contrato de concesión está a cargo del Instituto Nacional de



Cultura - INC, en coordinación en lo que le corresponda, con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR.

Capítulo III: De la Concesión

Artículo 11.- Contrato de concesión

El contrato de concesión incorporará las condiciones mínimas y específicas de la concesión así como las establecidas en el proyecto de inversión y podrá incorporar ampliaciones u otras disposiciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.

La concesión para la prestación de servicios turísticos se otorgará por un plazo máximo de treinta (30) años. Este plazo podrá ser renovado por un período similar previo acuerdo entre el concesionario y el Instituto Nacional de Cultura - INC, siempre que se amplie el monto de la inversión y se cumpla con los requisitos exigidos.

Artículo 12.- Infracciones

Son infracciones del concesionario, las siguientes:

- a) El incumplimiento de las estipulaciones y obligaciones dispuestas en el contrato de concesión.
- b) El incumplimiento reiterado del pago de la retribución económica fijada a cambio del derecho de concesión.
- c) La suspensión del certificado de categorización y/o calificación del servicio turístico, excepto si se trata de una categorización mayor.
- d) Explotar servicios distintos a los establecidos en el contrato de concesión.

La sanción que impondrá el Instituto Nacional de Cultura - INC en estos casos, será de multa no menor de 0.5 UIT ni mayor de 50 UIT, teniéndose en cuenta, para fijar el monto de la sanción, el origen del incumplimiento, la naturaleza del mismo, el grado del daño y la reiterancia.

Los recursos provenientes de la aplicación de multas constituyen recursos directamente recaudados por la autoridad competente y sólo pueden destinarse a la protección, conservación y preservación del correspondiente bien inmueble.

Artículo 13.- Cancelación de la concesión

Sin perjuicio de las sanciones pecuniarias, son causales de cancelación de la Concesión:

- a) El incumplimiento que genere inminente riesgo o dañe el patrimonio cultural, debiéndose contar con informe técnico sustentitorio del Instituto Nacional de Cultura - INC que acredite el daño o el riesgo al patrimonio cultural.
- b) El incumplimiento reiterado y no subsanado de las obligaciones del contrato de concesión.
- c) Incumplir en más de tres (3) oportunidades el pago de la retribución económica fijada por la concesión.
- d) La pérdida definitiva del certificado de categorización y/o calificación del servicio turístico.
- e) Destruir, depredar, deteriorar o alterar el bien inmueble integrante del patrimonio cultural de la Nación, sujeto a concesión.
- f) Impedir o restringir el libre acceso del público al bien inmueble del patrimonio



cultural de la Nación.

g) La existencia de factores sobrevinientes a la suscripción del contrato de concesión, que evidencien fehacientemente que la continuidad de esta pone en peligro el patrimonio cultural, debiendo existir informe técnico sustentatorio del Instituto Nacional de Cultura - INC.

Artículo 14.- Destino de la infraestructura

Transcurrido el plazo de la concesión o habiendo sido cancelada ésta, la infraestructura construida pasará en propiedad al Instituto Nacional de Cultura - INC, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

Artículo 15.- Administración, distribución y destino de los recursos obtenidos por el pago de la concesión

La administración y distribución de los recursos provenientes de la concesión de servicios turísticos en bienes inmuebles del patrimonio cultural de la Nación corresponden al Instituto Nacional de Cultura - INC.

Los recursos obtenidos por el pago de la concesión del servicio turístico se distribuyen y se destinan de acuerdo a lo siguiente:

a) El cuarenta por ciento (40%) para el Instituto Nacional de Cultura - INC, debiendo destinarlo a la recuperación, protección, investigación, conservación, preservación y puesta en valor del bien inmueble del patrimonio cultural de la Nación vinculado a la concesión.

b) El veinte por ciento (20%) para el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR, debiendo destinarlo a la promoción del bien inmueble sujeto a concesión.

c) El veinte por ciento (20%) para el gobierno regional de la jurisdicción donde está ubicado el bien inmueble sujeto a concesión, debiendo destinarlo a la generación de infraestructura vial y de servicios básicos en zonas aledañas al bien inmueble vinculado a la concesión.

d) El veinte por ciento (20%) para el municipio distrital de la jurisdicción donde está ubicado el bien inmueble vinculado a la concesión, debiendo destinarlo a la señalización, ornato y seguridad del ámbito donde se encuentra el referido bien inmueble del patrimonio cultural.

En el caso de que participe más de un gobierno regional o distrital, el porcentaje correspondiente será distribuido en forma equitativa.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Publicación de zonas prioritarias

El Instituto Nacional de Cultura - INC, en coordinación con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, publicará el listado de los inmuebles aptos para el desarrollo de servicios turísticos, a efectos de la priorización de iniciativas en dichas zonas. (Disposición modificada por el Artículo 3 de la Ley N° 29202, publicada el 17 febrero 2008, cuyo texto es el siguiente: PRIMERA.- Del requisito previo para la aplicación de la presente Ley. Para la aplicación de los alcances y efectos de las disposiciones, deberes y derechos a que se hace mención en esta Ley, es requisito previo indispensable que los Gobiernos Regionales aprueben, mediante Acuerdo de Consejo Regional, la relación de los bienes inmuebles en los que se podrán desarrollar los proyectos de concesión de servicios turísticos, los mismos que tendrán que contar



con la opinión favorable del Instituto Nacional de Cultura).

SEGUNDA.- Concesiones existentes

En los casos en que, con anterioridad a la dación de la presente Ley, se hubiesen otorgado concesiones, autorizaciones o adjudicaciones de derechos sobre bienes inmuebles del patrimonio cultural de la Nación, éstos mantendrán su vigencia de acuerdo a los términos y condiciones establecidos originalmente.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Reglamento

Dentro del plazo de ciento veinte (120) días calendario de publicada la presente Ley, el Instituto Nacional de Cultura - INC, en coordinación con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, publicará el Reglamento de la presente Ley.

SEGUNDA.- Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento.

Ley N.º 29167

Ley que establece el Procedimiento Especial y Transitorio para las Licencias de Edificación, Ampliación o Remodelación de Establecimientos Hospedaje

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer el procedimiento, especial y transitorio, para el otorgamiento de las Licencias de Edificación, Ampliación o Remodelación de los establecimientos de hospedaje en el país, con la finalidad de satisfacer la demanda prevista para los eventos internacionales programados para el año 2008 y fortalecer la infraestructura de hospedaje permanente.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

El procedimiento especial y transitorio para el otorgamiento de las Licencias de Edificación, Ampliación o Remodelación se aplica a los siguientes casos:

1. Solicitudes de licencia para la edificación de obra nueva presentadas a la fecha de vigencia de la presente norma, que aspiren, de cumplir con los requisitos de ley, a la categoría de establecimientos de hospedaje de cuatro (4) o cinco (5) estrellas.
2. Solicitudes de licencia para la ampliación, remodelación, puesta en valor histórico monumental y demolición, presentadas a la fecha de vigencia de la presente norma, de edificaciones que cuenten con la categorización de establecimientos de hospedaje de cuatro (4) o cinco (5) estrellas.
3. Solicitudes de licencia para la ampliación, remodelación, puesta en valor histórico monumental y demolición, presentadas a la fecha de vigencia de la presente norma, de edificaciones que quieran lograr la categorización de establecimientos de hospedaje de cuatro (4) o cinco (5) estrellas para la edificación que se proponen mejorar.

Las solicitudes, para acogerse al procedimiento especial establecido en la presente norma, pueden ser presentadas hasta el 31 de julio de 2008.

**Artículo 3.- Glosario de términos**

- a) Edificación de Obra Nueva.- Aquella que se ejecuta totalmente o por etapas, sobre un terreno sin construir.
- b) Ampliación.- Obra que se ejecuta a partir de una edificación preexistente, incrementando el área techada. Puede incluir o no la remodelación del área techada existente.
- c) Remodelación.- Obra que modifica, total o parcialmente, la tipología y/o el estilo arquitectónico original de una edificación existente.
- d) Puesta en Valor Histórico Monumental.- Obra que comprende, separada o conjuntamente, trabajos de restauración, recuperación, rehabilitación, protección, reforzamiento y mejoramiento de una edificación.
- e) Demolición.- Acción mediante la cual se elimina, total o parcialmente, una edificación existente.
- f) Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios.- Documento emitido por las municipalidades distritales y provinciales, o por la Municipalidad Metropolitana de Lima en el ámbito del Cercado, en sus respectivas jurisdicciones, donde se especifican los parámetros de diseño que regulan el proceso de edificación sobre un predio urbano.
El Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios debe contener los siguientes aspectos: Zonificación; alineamiento de fachada; usos de los suelos permisibles y compatibles; coeficientes máximos y mínimos de edificación; porcentaje mínimo de área libre; altura máxima y mínima de edificación expresada en metros; retiros; área del lote normativa; densidad neta expresada en habitantes por hectárea; exigencias de estacionamiento para cada uno de los usos permitidos; calificación del bien cultural inmueble, de ser el caso; y fecha de emisión.
- g) Profesional Responsable.- Es el profesional responsable del proyecto que, según su especialidad, es el arquitecto, para el proyecto de arquitectura; el ingeniero civil, para el proyecto de estructuras; el ingeniero sanitario, para el proyecto de instalaciones sanitarias; y el ingeniero electricista para las instalaciones eléctricas o electromecánicas.
- h) Autoridad Administrativa.- Se entiende por Autoridad Administrativa al Instituto Nacional de Cultura - INC, al Instituto Nacional de Defensa Civil - INDECI o al Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA.

Artículo 4.- Procedimiento especial y transitorio de Aprobación con Firma del Profesional Responsable

El procedimiento especial y transitorio de otorgamiento de Licencias de Edificación, Realización de Obras Nuevas, Ampliación, Remodelación, Puesta en Valor Histórico Monumental y Demolición de Establecimientos de Hospedaje se denomina Aprobación con Firma del Profesional Responsable y presentación de documentos.

El procedimiento para obtener las licencias reguladas en la presente Ley, se inicia con la presentación de una solicitud dirigida a la municipalidad competente, acompañada de los Planos Arquitectónicos y de Especialidades, solicitud que deberá ser suscrita por el Profesional Responsable.

Asimismo se deberán presentar los siguientes documentos:

1. Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios.
2. Informe favorable del Instituto Nacional de Defensa Civil - INDECI, según corresponda, de conformidad con la ley de la materia.
3. Informe favorable del Instituto Nacional de Cultura - INC o del Instituto Nacional



de Recursos Naturales - INRENA, según corresponda, de conformidad con las leyes de la materia.

Los organismos competentes expedirán los documentos antes citados, en el plazo máximo de diez (10) días útiles, bajo responsabilidad, contados desde la fecha en que fueron solicitados. Vencido dicho plazo no será exigible la presentación de los documentos.

Artículo 5.- Observaciones a la edificación

Si los documentos descritos en el artículo 4 generan observaciones o información que impidan la realización de la edificación nueva o la mejora de la misma, el interesado está obligado a presentar el informe correspondiente, en el plazo de cinco (5) días útiles, que permita superar las observaciones, así como el plan que describe la forma en que se realizará la edificación sin afectar el patrimonio natural, histórico, cultural, la seguridad, ni producir impacto ambiental o vial, de ser el caso.

De no presentarse dicho informe en el plazo señalado, se tendrá por desestimada la solicitud de edificación de obra nueva o mejora de la misma.

Si por el contrario, se presentara el informe de descargo de observaciones en el plazo previsto, la autoridad administrativa correspondiente dispondrá de cinco (5) días útiles para emitir un informe que declare subsanadas las observaciones o que estas persisten.

Si vencido dicho plazo no se hubiera emitido el informe de la autoridad administrativa, se aplica el silencio administrativo positivo; si el referido informe declara que las observaciones subsisten, el interesado podrá presentar recurso impugnativo, el cual deberá ser resuelto en un plazo de cinco (5) días útiles, contados desde su presentación, aplicándose igualmente el silencio administrativo positivo.

Artículo 6.- Aprobación automática

En los casos de las solicitudes de licencia, establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo 2, cumplidos los requisitos del artículo 4, o al vencimiento del plazo para su expedición, o subsanadas las observaciones formuladas a la edificación con arreglo al artículo 5, se aplica la aprobación automática con Firma del Profesional Responsable, constituyendo el cargo de ingreso la respectiva licencia, previo pago de la liquidación respectiva. A partir de ese momento se podrá dar inicio a las obras.

Artículo 7.- Aprobación con resolución

En los casos de las solicitudes de licencia de edificación de obra nueva, a que se contrae el numeral 1 del artículo 2, cumplidos los requisitos del artículo 4, o al vencimiento del plazo para su expedición o subsanadas las observaciones formuladas a la edificación con arreglo al artículo 5, se expide la resolución de la municipalidad competente confiriendo la licencia, en un plazo no mayor de cinco (5) días útiles.

La municipalidad, en el mismo plazo, expide la resolución desestimando el pedido de licencia para la ejecución de obra nueva, cuando, agotadas las instancias administrativas, el interesado no hubiere subsanado las observaciones formuladas a la obra o no hubiere presentado el informe a que se refiere el segundo párrafo del artículo 5.

Artículo 8.- Fiscalización posterior

La fiscalización posterior opera respecto del procedimiento especial de aprobación con Firma del Profesional Responsable y presentación de documentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 27444, Ley del



Procedimiento Administrativo General.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Procedimiento de adecuación

Las municipalidades adecuarán su Texto Único de Procedimientos Administrativos a los plazos y requisitos establecidos en la presente Ley, mediante ordenanza, sin necesidad de ratificación, en tanto no se modifiquen los derechos que actualmente tienen aprobados.

SEGUNDA.- Reglamentación

El reglamento de la presente Ley, se aprobará y publicará en el plazo de quince (15) días, contados desde la vigencia de la misma.

IV. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA

A. Argumentos de la demanda

El Gobierno Regional de Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 29164, Ley de Promoción y Desarrollo sostenible de Servicios Turísticos en los Bienes Inmuebles, integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, y la Ley N.º 29167, Ley que establece el Procedimiento Especial y Transitorio para las Licencias de Edificación, Ampliación o Remodelación de Establecimientos de Hospedaje.

Con relación a la inconstitucionalidad de forma de la Ley N.º 29164

El accionante alega que la Ley N.º 29164 es manifiestamente inconstitucional al haberse vulnerado el procedimiento de aprobación de la misma y las reglas elementales del debido proceso, prescritas por la ley y la Constitución. Los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad de forma de esta ley son los siguientes:

- El proyecto de Ley N.º 394-2006-CR fue presentado el 19 de octubre del 2006, y fue materia de debate y aprobación en primera votación, en la sesión plenaria de 16 de mayo del 2007. El mandato del artículo 73º, inciso e), del Reglamento del Congreso de la República exige una segunda votación, por lo que dicho proyecto de ley requería una segunda votación. Sin embargo, el 13 de diciembre de 2007, la Junta de Portavoces, con la presencia de los representantes del Partido Aprista Peruano, Unidad Nacional, Alianza Parlamentaria y Alianza por el Futuro, decidió exonerarla de tal votación; por lo que se vulneró el debido proceso en sede legislativa.
- Tampoco se resolvió previamente el pedido de la Presidenta de la Comisión Especializada, que solicitaba la vuelta del dictamen y proyecto de ley aprobado en primera votación, mediante Oficio N.º 063-2007-2008/CCET/CR, de fecha de 26 de setiembre de 2007. Así se ha violentado el procedimiento establecido en el artículo 105º de la Constitución.
- Además, el procedimiento legislativo prevé la posibilidad de plantear una



cuestión previa, tal como lo precisa el artículo 60º del Reglamento del Congreso de la República; por consiguiente la Junta de Portavoces, en sesión del día 13 de diciembre del 2007, dispensó de la segunda votación al mencionado Proyecto de Ley N.º 394-2006-CR, con lo que evitó que el Pleno del Congreso se pronuncie sobre dicho proyecto de ley y sobre el pedido y opinión especializada de la propia Comisión de Comercio Exterior y Turismo.

- La exoneración efectuada por la Junta de Portavoces fue aprobada únicamente con setenta miembros y no por los setenta y dos parlamentarios como lo exige el artículo 31º del Reglamento del Congreso ya que en atención a los portavoces del Partido Aprista Peruano, Alianza Parlamentaria y Alianza para el Futuro representaban en ese momento a setenta congresistas, por cuanto tres se hallaban suspendidos del ejercicio de sus funciones; consecuentemente no podían ejercitar su derecho a voto y mucho menos podían delegar a sus voceros, por lo que tampoco en este punto se respetó el procedimiento parlamentario.

➤ **Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.º 29164**

Los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad material del artículo 2º, inciso c), de la Ley N.º 29164 son los siguientes:

- Estaría contraviniendo el artículo 21º de la Constitución, que permite la participación de la actividad privada en la conservación, restauración y exhibición del patrimonio cultural. El sentido de la Ley N.º 29164 no se relaciona con ninguna de las actividades autorizadas por la Constitución y se refiere a otras actividades de explotación económica.
- El artículo 2º, inciso c), de la Ley N.º 29164 establece una clara discriminación por motivos económicos al declarar como únicos posibles candidatos a concesionarios a aquellos que tengan la capacidad económica y financiera para construir hoteles de por lo menos cuatro estrellas y restaurantes de cuatro tenedores, por lo que excluye de cualquier posibilidad de inversión a la mayor parte de la población peruana. Ello, además, es un claro atentado contra el derecho de igualdad, por lo cual vulnera el numeral 2) del artículo 2º de la Constitución.
- La Ley N.º 29164 viola la libertad de empresa puesto que el hecho de recortarse el mercado a un tipo determinado de empresas -en este caso empresas de alta capacidad adquisitiva- lesiona el Estado Constitucional, al quitar el derecho de acceder al mercado a empresas más pequeñas, corrompiéndose así la voluntad constitucional.
- En el artículo 2º de la cuestionada ley se otorga derecho al Estado para conceder, es decir, ceder facultades de uso privativo de una pertenencia o dominio público o la gestión de un servicio público sobre los bienes arqueológicos sin determinar ni discriminar su importancia ni establecer la debida regulación, tomando en cuenta que el valor de un monumento radica



en su originalidad, colocando en peligro los monumentos, con el riesgo de ser desfigurados y deteriorados gradualmente. De otro lado, la pretendida concesión otorgada por el Estado en la ley cuestionada es una abierta contravención del artículo 21º de la Constitución.

- La Ley N.º 29164 vulnera la autonomía municipal que establece el artículo 194º de la Constitución, por cuanto pretende privatizar un bien público del Perú y de la humanidad, supeditando el patrimonio al comercio y al turismo, anulando planes maestros de protección y uso público, subastando la cultura, deformando el turismo cultural sustentable, expropiando competencias de municipios y regiones, haciendo una declaración jurídica imposible sobre derechos de propiedad en adjudicaciones, y atentando contra la autonomía de las entidades que velan por la protección del patrimonio como el INC de Cusco o el INRENA, por lo que colisiona con el ordenamiento jurídico municipal regulado por la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; la Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo; y el Decreto Legislativo N.º 776, Ley de Tributación Municipal.

➤ Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.º 29167

Los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad material del artículo 2 de la Ley N.º 29167 son los siguientes:

- En cuanto al artículo 2º de la Ley N.º 29167, es inconstitucional puesto que afecta el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución, por cuanto está destinado a otorgar beneficios administrativos únicamente a las personas que son propietarias o conductoras de establecimientos de hospedajes de cuatro o cinco estrellas, discriminando a los propietarios o conductores de los demás establecimientos de hospedaje, es decir, que la norma en meneón crea privilegios a favor de un grupo de inversionistas.
- En este caso, el Estado no sólo permite innumerables amenazas en contra del patrimonio cultural, sino que incluso lo promueve, de tal manera que se ignora normas de vital trascendencia para dicha protección como la Ley N.º 28296, Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación, y especialmente la Ley N.º 27580, que dispone medidas de protección que debe aplicar el INC para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles.

B. Argumentos de la contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que se la declare infundada, alegando que las leyes en cuestión no contravienen la Constitución ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, como tampoco directa o indirectamente.

➤ Con relación a la inconstitucionalidad de forma de la Ley N.º 29164

Los fundamentos de hecho y de derecho sobre la inconstitucionalidad formal que



sustentan su posición son los siguientes:

- Sobre la presunta inconstitucionalidad de forma de la Ley N.^o 29164, señala que dicha norma fue aprobada respetando el procedimiento legislativo establecido en el Reglamento del Congreso de la República, específicamente en el artículo 60^o; que en el presente caso, como bien lo reconoce la parte demandante y como consta en la agenda del Pleno del Congreso de los días 12, 13 y 14 de diciembre de 2007, la supuesta ‘cuestión previa’, mediante la cual se solicitó el retorno a la Comisión del Proyecto que dio origen a la ley impugnada, no fue presentada en su oportunidad.
- En efecto, el oficio de dicho pedido tiene como fecha el 26 de setiembre de 2007 y la Ley N.^o 29164 fue aprobada en primera votación el 16 de mayo de 2007 y exonerada de segunda votación por la Junta de Portavoces el 13 de diciembre de 2007; por lo que resulta claro que el referido pedido de retorno a la Comisión del proyecto de ley que dio origen a la Ley N.^o 29164 no constituyó formalmente una ‘cuestión previa’ al no haberse presentado conforme a lo establecido en el Reglamento del Congreso.
- Además se sobreentiende que la cuestión fue rechazada por la voluntad general de los parlamentarios e integrantes de los grupos parlamentarios y materializada a través del acuerdo de la Junta de Portavoces, tomando en cuenta, además, que el procesamiento y resolución de un pedido de vuelta a Comisión de un proyecto legislativo no constituye una etapa del procedimiento legislativo, tal como lo señala el artículo 73^o del Reglamento del Congreso.
- Con respecto a la supuesta vulneración del derecho al debido proceso, se debe señalar que resulta incorrecto invocar este derecho, dado que en el procedimiento legislativo de aprobación de un proyecto de ley, no se está ejerciendo función jurisdiccional alguna; por lo que carece de sustento jurídico el argumento de la parte demandante.
- En cuanto a la presunta falta de validez de la dispensa de segunda votación en el procedimiento legislativo para la aprobación de la Ley N.^o 29164, se debe observar el artículo 31^o-A del Reglamento del Congreso, en el que no se distingue entre congresistas hábiles o inhábiles, entendiéndose, entonces, que la proporcionalidad del voto del portavoz de un Grupo Parlamentario es respecto al número total de congresistas que integran su bancada en concordancia con la *ratio* de la Junta de Portavoces y de los Grupos Parlamentarios, pues representan la voluntad general de los parlamentarios y no la voluntad particular de cada uno de estos.

Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.^o 29164

El Congreso de la República tampoco está de acuerdo con la inconstitucionalidad material de dicha ley, por las siguientes razones:

- Con relación a la contravención del artículo 21^o de la Constitución, expresa que este artículo no prohíbe en modo alguno la promoción del desarrollo de



inversión privada que permita la recuperación, restauración, conservación, puesta en valor y desarrollo sostenible de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación a través de las concesiones para la prestación de servicios turísticos, lo cual es el objeto de la Ley N.º 29164 (artículo 1º). Por el contrario, el referido objeto de esta ley es plenamente acorde con el mandato del artículo descrito, pues tiene como fin que la inversión privada coadyuve al mantenimiento del patrimonio cultural nacional.

- Con relación al supuesto atentado contra el patrimonio cultural y natural del Perú, señala que el objeto de la Ley N.º 29164, como consta en su artículo 1º, es establecer las condiciones que favorezcan y promocionen el desarrollo de la inversión privada, por lo que el objeto de la referida ley está acorde con las acciones que debe tomar los Estados, según la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, ratificada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N.º 23349, de fecha 21 de diciembre de 1981.
- Además, la Ley N.º 29164 establece que el Instituto Nacional de Cultura es el órgano encargado de otorgar y supervisar el cumplimiento de la concesión para el desarrollo de los servicios turísticos en el patrimonio cultural con lo que la determinada ley no otorga en concesión ningún bien cultural de la Nación más bien lo que confiere es la concesión de los servicios de hospedaje, categoría mínima cuatro (4) estrellas, servicios de restaurantes con categoría mínima cuatro (4) tenedores y, en forma complementaria a estos, la venta de artesanías y recuerdos.
- Con relación a la vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución, expresa que la ley cuestionada promueve la apertura de hospedajes y restaurantes de categoría, impulsando la creación de nuevos puestos de trabajo y la formalidad de los mismos, razón por la cual esta ley no contiene medida discriminatoria alguna.
- Con relación a la violación de la autonomía municipal, cabe señalar que las municipalidades y los gobiernos regionales tienen un rol preponderante en el otorgamiento de dicha concesión, pues ellos forman parte del Comité de Evaluación, que es el órgano encargado de evaluar los proyectos de inversión presentados (concesión).
- Con relación a la trasgresión de la libertad de empresa y libre competencia consagradas en los artículos 59º y 61º de la Constitución, respectivamente, ello resulta erróneo pues dicha ley establece requisitos razonables para el acceso y participación en el mercado.

Con relación a la inconstitucionalidad de fondo de la Ley N.º 29167

A entender del demandado, no sólo no es inconstitucional la Ley N.º 29164, sino que tampoco lo es la Ley N.º 29167 por los siguientes argumentos:

- Conforme al artículo 1º de la Ley N.º 29167, el objeto de esta ley es establecer un procedimiento transitorio. A la fecha ya ha perdido eficacia, razón por la cual ha operado la sustracción de la materia y, por ende, no es



- posible un pronunciamiento sobre su constitucionalidad.
- Dicha ley no estaría afectando de modo alguno el Patrimonio Cultural de la Nación. En efecto, la Ley N.º 29202 (Ley que precisa los alcances de la Ley N.º 29164) señala expresamente que la Ley N.º 29167 no es aplicable a los inmuebles que han sido declarados Patrimonio Cultural de la Nación.
- Respecto a la contravención del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución, no existe vulneración, pues la ley cuestionada promueve la apertura de hospedajes y restaurantes de categoría mínima, respectivamente, cuatro (4) estrellas o tenedores, y con ello impulsa la creación de nuevos puestos de trabajo y la formalidad de los mismos.
- Respecto a la vulneración de la autonomía municipal, cabe señalar que las municipalidades y los gobiernos regionales tienen un rol preponderante en el otorgamiento de dicha concesión, pues ellos forman parte del Comité de Evaluación, que es el órgano encargado de evaluar los proyectos de inversión presentados (concesión). También es posible señalar que las municipalidades, en virtud del artículo 8º de la presente ley, pueden ejercer una fiscalización sobre los gobiernos locales pues están facultadas para ello.

V. FUNDAMENTOS

Los argumentos de la presente sentencia, tal como ha sido planteada en la demanda y en su contestación, tienen que dividirse en dos ámbitos: el análisis constitucional formal de una de las leyes impugnadas y el análisis material de las dos leyes emitidas.

§1. Análisis formal de la constitucionalidad de la Ley N.º 29164

2. Son varios los temas planteados relativos a la inconstitucionalidad formal de la ley impugnada, a los cuales se responderá en los siguientes fundamentos.

a. Datos generales

3. Según el demandante, la Ley N.º 29164 fue aprobada en contra del procedimiento establecido por el propio Congreso de la República, al no realizar una segunda votación. Entiende que “*se vulneró el debido proceso en sede legislativa, al (realizarse) exoneración de segunda votación por la junta de portavoces (...), sin procesarse y resolverse previamente el pedido de la comisión especializada de vuelta a la comisión del proyecto de ley aprobado en primera votación (...)*” (Demandante). Señala que el pronunciamiento por parte del Parlamento sobre las cuestiones previas planteadas con relación a este punto son incorrectas y contrarias a derecho.



4. A entender de los demandados, esta pretensión no tiene asidero alguno. Consideran que “(...) el procesamiento y resolución de un pedido de vuelta a Comisión de un proyecto legislativo, no constituye una etapa del procedimiento legislativo (...). En efecto, dicho pedido de retorno a Comisión no constituyó formalmente una ‘cuestión previa’ y además se sobreentiende que aquél fue rechazado por la voluntad general de los parlamentarios, integrantes de los Grupos Parlamentarios materializada a través del acuerdo de la Junta de Portavoces, la cual decidió exonerar de segunda votación el proyecto legislativo que dio origen a la Ley N.º 29164” (Contestación de demanda). Además, considera que es válida la dispensa de segunda votación en el procedimiento legislativo.
5. La contraposición de argumentos implica analizar el procedimiento seguido en el caso concreto, tomando en cuenta que la inconstitucionalidad de una norma de rango legal puede darse en caso de no respetarse el procedimiento establecido para la elaboración de la norma, a través del bloque de constitucionalidad [artículo 79º del Código Procesal Constitucional]. Según la propia Norma Fundamental, el proceso de inconstitucionalidad puede plantearse por la contravención de su contenido “en la forma” [artículo 200º, inciso 4) de la Constitución; también, artículo 75º del Código Procesal Constitucional]. En el caso concreto, en cierta forma lo que está argumentándose es el irrespeto del iter legislativo establecido en el Reglamento del Congreso.

b. Procedimiento legislativo y debido proceso

6. Antes de iniciar el análisis de la situación planteada, este Colegiado considera que en el presente caso no está en juego el derecho fundamental al debido proceso, o el debido procedimiento en el caso concreto, pese a que así lo ha señalado el accionante. Este derecho reconocido constitucionalmente [artículo 139º, inciso 3, de la Constitución; entendido como tutela procesal efectiva en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional] está referido a situaciones relacionadas con resolución de conflictos, no a situaciones de creación normativa, pues “(...) está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos” [fundamento 2 de la STC 4289-2004-AA/TC, mantenida en reiterada jurisprudencia], es decir, con relación a un órgano que “(...) ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales” [fundamento 35 de la STC N.º 6149-2006-PA/TC].
7. Y si bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado expresamente que el derecho a la tutela procesal efectiva puede ser salvaguardado en sede parlamentaria, la referencia se relaciona con las actuaciones parlamentarias



de naturaleza jurisdiccional [Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 71], como puede ser una acusación constitucional [artículos 99º y 100º de la Constitución], el levantamiento de inmunidad parlamentaria o una sanción por la Comisión de Ética. Por estas razones, en el caso concreto, no está en juego el derecho invocado.

8. Pese a ello, queda por definir si en el procedimiento parlamentario para la aprobación de la Ley N.º 29164 se respetaron las reglas establecidas en el Reglamento del Congreso y si el *iter legislativo* seguido fue el adecuado.

c. La inserción de la segunda votación

9. El primero de los temas relacionados con la forma en que se realizó la aprobación de la ley cuestionada está en correspondencia con la forma en que se exoneró la segunda votación. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, cuándo debe producirse ésta, para en un segundo paso examinar la viabilidad o no de su exoneración.
10. Según el artículo 73º del Reglamento del Congreso, desde su modificación a través de la Resolución Legislativa N.º 013-2001-CR, para aprobar una ley es necesaria una doble votación, quizás con la necesidad de suplir la inexistencia de bicameralidad en el país. A través de esa norma modificatoria, dicha forma de votación se refería a leyes orgánicas, leyes de desarrollo constitucional y leyes referidas al régimen económico. Posteriormente, a partir de la Resolución Legislativa N.º 025-2005-CR, vigente desde julio de 2006, todos los proyectos de ley deben pasar por las siguientes etapas: (i) Iniciativa Legislativa; (ii) Estudio en comisiones; (iii) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el diario oficial *El Peruano*; (iv) Debate en el Pleno; (v) Aprobación por doble votación; y, (vi) Promulgación.
11. Con relación a la segunda votación, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la inclusión de esta votación en el procedimiento de creación normativa “(...) constituye una opción legislativa y no un requisito constitucional (...) dado que la Carta Magna no establece la segunda votación como requisito para la aprobación de una ley (...)” [fundamento 9 de la STC 0002-2005-PI/TC].
12. A juicio de este Colegiado, el Reglamento del Congreso, norma con rango legal que, dentro del marco constitucional, ha sido dictada con el fin de determinar las atribuciones de un órgano del Estado, es parte del bloque de constitucionalidad para determinar la forma en que una ley va a ser emitida [artículo 79º del Código Procesal Constitucional]. Por esta razón, se tiene que examinar si la forma en que se expidió la Ley N.º 29164, respetó o no la doble votación exigida, pues el requisito debió ser cumplido por el Congreso a la hora de aprobar la ley cuestionada, salvo que exista una exoneración.

*d. La exoneración del requisito de segunda votación*

13. Tal como está establecido en el Reglamento del Congreso, era necesario que el Proyecto de Ley N.^o 394-2006-CR pasase por una doble votación. Sin embargo, existe el supuesto de la exoneración de una segunda votación. Aparte de ser relevadas de este requisito “(...) las proposiciones de resolución legislativa de aprobación de tratados, de aprobación del ingreso de tropas extranjeras, de autorización de viajes al exterior al Presidente de la República y las de designación, elección o ratificación de funcionarios, a que se refieren los incisos f), h) y j) del numeral 1 del artículo 76 y el artículo 93 del presente Reglamento” [artículo 78º del Reglamento del Congreso], también “Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso” [vigente artículo 73º in fine del Reglamento del Congreso].
14. Según el propio Reglamento, “La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un portavoz por cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada (...)” [artículo 31º-A]. Asimismo se ha señalado como función de la Junta de Portavoces aquellas que el propio Reglamento le asigna [artículo 31º-A, inciso 4) del Reglamento del Congreso, modificado por la Resolución Legislativa N.^o 025-2005-CR], y dentro de ellas está claramente establecida la exoneración de la segunda votación.
15. Al respecto, este Colegiado ya se ha pronunciado a favor de esta forma de exoneración [fundamento 98 de la STC N.^o 0002-2005-PI/TC], sobre todo cuando analiza la naturaleza de la Junta de Portavoces, entendiéndola como órgano de representación de los Grupos Parlamentarios [fundamento 7 de la STC N.^o 0025-2007-AI/TC]. Esta forma de agilización del procedimiento legislativo debe expresar la voluntad general de los congresistas.
16. La pregunta que subyace al tema planteado es, sin lugar a dudas, si *realmente existió una exoneración de una segunda votación válida desde el punto de vista jurídico*. A entender de los demandantes, al momento en que se produjo la exoneración, en el Pleno del Congreso había tres parlamentarios suspendidos (Benites Vásquez, Menchola Vásquez y Pando Córdova), los cuales no tendrían “(...) capacidad de voto y menos de delegar representación que no ostentan” [Demandas]. Por tal razón, -arguyen-, los voceros de las bancadas de Unidad Nacional, Partido Aprista Peruano y Grupo Parlamento Fujimorista no pudieron llegar a representar los tres quintos de miembros del Congreso.



17. Tal como está contemplado en la Constitución, el Congreso de la República está constituido por ciento veinte congresistas [artículo 90°] y, lógicamente, el número de parlamentarios que deben estar representados en la Junta de Portavoces ha de, ser de por lo menos, setenta y dos congresistas. No obstante ello, tal como puede observarse en el caso concreto, la representación de los congresistas que exoneró la segunda votación para la aprobación de la Ley N.º 29164 tan sólo llegó a setenta congresistas. Pero, ¿a quiénes representa exactamente la Junta de Portavoces?: ¿a las curules que tienen los congresistas elegidos o sólo a los que se encuentran habilitados para ejercer su función congresal?
18. Según el Reglamento del Congreso, un grupo parlamentario es un conjunto de congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines con el fin de evitar su dispersión [artículo 37°]. Sobre el tema, habrá que diferenciar sobre dos cuestiones relevantes: (i) ¿De qué manera se conforma?; (ii) ¿Cómo actúa? Esta diferencia es trascendente en el presente caso.
19. Con relación al punto (i), este Tribunal comparte la posición del demandado cuando señala que la creación del grupo parlamentario evita que se plasmen los intereses individuales de los congresistas [Contestación de demanda], tanto es así que para el propio Reglamento se requiere un número mínimo para su formulación: seis miembros [artículo 37°, inciso 1)], que pertenezcan a un mismo partido político [artículo 37°, inciso 3)] y que cuenten con personal, recursos y ambientes propios [artículo 37° *in fine*]. Lógicamente para constituirse los congresistas no pueden estar suspendidos, pero no es admisible que se disuelva un grupo parlamentario en caso de que uno de sus miembros sea suspendido.
20. Con relación al punto (ii), se puede señalar que la situación es completamente diferente, porque tendrá que analizarse qué función está cumpliendo el grupo parlamentario dentro de la actividad congresal. Si justamente lo que desea es la representación de la voluntad de cada uno de los congresistas que lo conforman, no tendría sentido que estos no puedan emitir su aquiescencia de manera independiente al estar suspendidos en el ejercicio de su cargo. Es cierto que cada parlamentario participa con voz y voto en las sesiones del Pleno [artículo 22° del Reglamento del Congreso], pero no podría hacerlo en caso de estar suspendido por sanciones disciplinarias [artículo 95° de la Constitución; artículo 24°, inciso c), del Reglamento congresal; y artículo 14°, inciso d), del Código de Ética Parlamentaria] o por acusación constitucional [artículo 100° de la Constitución, explicada por la STC N.º 0006-2003-AI/TC].
21. En esta línea de razonamiento, lo que se pretende es suspender al congresista del ejercicio de sus funciones, entre las que deben considerarse la posibilidad de votar en el Pleno del Congreso. Entonces, cuando el artículo 31°-A del Reglamento señala



que la Junta de Portavoces representa a los congresistas que integran el grupo parlamentario; solamente debería referirse a los que estén en capacidad de votar ante el Pleno, pese a que no hay nada indicado de forma explícita. En el caso de una atribución excepcional al iter legislativo de la exoneración de una votación, la representación debe ser la más formal posible y coherente con los votos exigidos reglamentariamente, pero igual debe estar contemplada en el Reglamento congresal, y como en el caso concreto no está desarrollada normativamente no puede declararse el vicio constitucional demandado. Por lo expuesto, y pese a existir un vacío normativo, este Colegiado considera que la norma impugnada es compatible con el bloque de constitucionalidad.

e. Cuestión previa planteada

22. De otro lado también cuestiona el accionante la desatención por parte del Congreso de la República de la cuestión previa planteada, figura prevista en el Reglamento congresal pero que ha sido inobservada en el caso de la aprobación de la Ley N.^o 29164. Asevera no haberse tomado en cuenta la cuestión previa planteada antes de la segunda votación por parte de la presidenta de la comisión dictaminadora (Comisión de Comercio Exterior y Turismo), a través de una solicitud para que el proyecto pueda regresar a dicha comisión.
23. El Reglamento del Congreso señala qué es una cuestión previa. El artículo 60^o establece que *"Las cuestiones previas se plantean en cualquier momento del debate y antes de las votaciones, a efecto de llamar la atención sobre un requisito de procedibilidad del debate o de la votación basado en hechos o solicitar el regreso de un asunto a Comisiones por no encontrarse suficientemente estudiado. El Presidente concederá un máximo de tres minutos para plantearla y de inmediato la someterá sin debate a votación, sin embargo, en casos excepcionales puede abrir debate, señalando el tiempo máximo que concederá a cada orador para intervenir"*.
24. A entender de los demandados, sin embargo, la solicitud no se ajusta a los requerimientos establecidos en la propia norma congresal, por haber sido planteada fuera del propio debate para su aprobación. Se afincan en una visión bastante literal del Reglamento del Congreso. El alegato por parte del Congreso de la República para denegar la posibilidad de la cuestión previa por un tecnicismo legislativo, arguyendo que no se planteó en el momento adecuado no puede ser admitida en sede constitucional. En términos jurídicos y fácticos, sólo cabe señalar que el requerimiento de la presidenta de la Comisión de Comercio Exterior y Turismo nunca pudo haberse planteado dentro de una sesión plenaria del Congreso de la República, porque justamente la Junta de Portavoces estaba exonerando de una segunda votación y, por lo tanto, del debate en el Pleno.



25. Este Colegiado, en tal entendido, considera que se deberían perfeccionar los mecanismos de comunicación entre los órganos parlamentarios a fin de no desconocer la voz de quien desea ser escuchado en el seno del Congreso de la República; pero mientras no exista un respaldo reglamentario, no se podrá declarar la invalidez de la práctica parlamentaria, razón por la cual tampoco se acoge el pedido planteado por el demandante.

§2 Análisis material de la constitucionalidad de las Leyes N.^os 29164 y 29167

26. Definida la constitucionalidad formal de la Ley N.^o 29164, este Colegiado considera pertinente hacer un análisis de fondo de las leyes impugnadas. Si bien la demanda y la contestación de la demanda presentan argumentos diferentes para señalar la validez o no de la analizada Ley N.^o 29164, pero también de la Ley N.^o 29167, resulta conveniente analizar en conjunto su constitucionalidad por la relación existente entre ellas.

a. Datos generales

27. El recurrente considera que las normas impugnadas no se condicen con lo dispuesto en el artículo 21º de la Constitución, pues su tenor se refiere a establecer “*(...) acciones que no están encaminadas a la protección de dichos bienes culturales, toda vez que está basada en una orientación meramente patrimonialista y privatista. Es decir, olvidando que la atención debe ser puesta en la función que estos cumplen y no su régimen de pertenencia*” [Demand, a fojas 16 del Expediente]. Aparte de considerar al turismo como recurso geopolíticamente estratégico, considera que al admitir tan sólo a ciertos grupos de hoteles y restaurantes, viola el derecho a la igualdad entre las personas, lo que encierra una vulneración de la libertad de comercio, la igualdad entre la actividad empresarial pública y privada, y la libertad de competencia. Considera que al priorizarse la inversión privada sobre la intangibilidad de los monumentos culturales y sectores o espacios adyacentes de amortiguamiento, también se afectan normas municipales y regionales tal como está configurado el procedimiento de otorgamiento de licencias para hoteles de esta índole.

28. Frente a estos argumentos, el apoderado del Congreso de la República considera que no existe inconstitucionalidad alguna. Aparte de estimar viable la actuación privada en monumentos históricos, realiza un *test* de igualdad para determinar que no existe discriminación alguna con la forma en que ha sido regulado el tema. Además, no juzga que haya violación de la autonomía municipal por responder a intereses supralocales.

29. Entonces, corresponde analizar las normas impugnadas sobre la base de la afectación que ella involucraría al rol de Estado de conservar nuestro pasado



histórico, el principio-derecho de igualdad que estaría siendo afectado y el sentido que conlleva la promoción de actividades a ciertas funciones.

b. El respeto de zonas históricas

30. La Ley N.º 29164 versa sobre la promoción del desarrollo sostenible de servicios turísticos en los bienes inmuebles, integrantes del patrimonio cultural de la nación. En primer lugar, se sostiene que no existe correspondencia entre la normatividad establecida, en conjunción con la Ley N.º 29167, con el respeto al ámbito cultural de la Constitución, también denominado *Constitución Cultural*.

31. Según el artículo 21º de la Norma Fundamental, “*Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio (...)*” . Este Colegiado no puede sino confirmar la validez de la protección del patrimonio cultural de la nación, materiales o inmateriales, al corresponder tal acción con la esencia misma de la salvaguarda de la Constitución.

32. Por tal razón, las leyes cuya constitucionalidad se cuestiona no pueden ser ajenas a esta función constitucionalmente establecida. Así, el establecimiento de hoteles y restaurantes de no menos de cuatro estrellas o tenedores, respectivamente, tiene siempre que estar en correlación con la defensa del patrimonio histórico del país. Por ello, debe ponerse de relieve que “*(...) en nuestra Constitución de 1993, la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. Ello es así en la medida que en sociedades poliétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural (...)*” [fundamento 5 de la STC 0042-2004-AITC].



33. Tal como está presentado en las leyes cuestionadas, sobre todo en la Ley N.º 29164, la normatividad planteada tendría por objeto el desarrollo turístico de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación, sobre la base de un listado elaborado por el Instituto Nacional de Cultura en coordinación con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [Primera Disposición Complementaria]. Sólo será válida constitucionalmente esta disposición en caso de que esté en concordancia con el deber estatal de procurar el bienestar general y el desarrollo integral y equilibrado de la nación [artículo 44 de la Constitución]. Este es el marco que servirá para analizar la constitucionalidad de las normas impugnadas.

c. Promoción turística por parte del Estado

34. Entonces, la pregunta que debe responderse es si la promoción turística planteada (según el artículo 2º, inciso c de la Ley N.º 29164, los “*(...) servicios turísticos, factibles de ser concesionados en los bienes inmuebles del patrimonio cultural de la Nación, son los servicios de hospedaje, categoría mínima cuatro (4) estrellas, servicios de restaurantes con categoría mínima de cuatro (4) tenedores; y en forma complementaria a éstos, la venta de artesanías y recuerdos*”*)*) afecta o no el respeto de la denominada *Constitución Cultural*, desarrollada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, sobre todo en lo relativo al patrimonio cultural de la nación, según lo especificado en la Ley N.º 28296, ley general de la materia, que a la sazón será entendida como bloque de constitucionalidad.

35. Este Tribunal parte su análisis del mandato constitucional que “*(...) Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional*” [artículo 21º de la Constitución], señalando que una de las características que tiene el Estado, dentro de una Economía social de mercado, es la promoción de las actividades que considere pertinentes, máxime si se le ha reservado un rol orientador en el desarrollo del país, actuando en el promoción de la infraestructura [artículo 58 de la Constitución].

36. Según el artículo 1º de la Ley N.º 29164, “*El objeto de la presente Ley es establecer las condiciones que favorezcan y promocionen el desarrollo de inversión privada que permita la recuperación, restauración, conservación, puesta en valor y desarrollo sostenible de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación, a través de las concesiones para la prestación de Servicios Turísticos, en las zonas que, para tal efecto, determine el Instituto Nacional de Cultura - INC, a iniciativa de los gobiernos regionales, gobiernos locales, entidades públicas competentes y particulares*”, razón por lo cual su objeto se condice con el mandato constitucional. Someter a concesión los servicios turísticos de hotelería y comida no es en absoluto contrario a los fines de la Constitución, siempre y cuando los valores que involucre tal concesión se ajusten a los parámetros constitucionales



relacionados con los derechos y bienes involucrados en la tutela de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación.

37. Tampoco pone en riesgo la norma impugnada el acceso de los peruanos y de los turistas a los centros turísticos, lo que está relacionado con la libertad de tránsito [artículo 2º, inciso 10 de la Constitución], pues se ha reconocido explícitamente un ‘libre acceso del público’ [artículo 2º, inciso h, de la Ley N.º 29164]. No se puede, por tanto, prohibir arbitrariamente que toda la humanidad admire monumentos que los antepasados de los peruanos construyeron con su esfuerzo e ingenio.
38. La pregunta que subyace a este análisis es: ¿Con las normas expedidas se está cumpliendo su fin constitucional? La forma en que está redactada la ley no hace suponer lo contrario, razón por lo cual la Ley N.º 29164 debe ser declarada constitucional por el fondo en lo relativo a la exigencia de promoción turística por parte del Estado. Adicionalmente, tiene que determinarse si los mecanismos administrativos planteados por la Ley N.º 29167 se condicen con el desarrollo turístico antes explicado.

d. *La validez de la concesión*

39. Este Colegiado considera razonable que las actividades permitidas a través de la Ley N.º 29164 mediante concesión deban respetar ante todo el patrimonio cultural [artículo 2º, inciso a], sin que ello pueda comprometer sus condiciones de infraestructura, ni generar riesgo de destrucción o deterioro [artículo 2º, inciso d] y siempre con el fin constitucionalmente válido de lograr la puesta en valor, recuperación, restauración, conservación y desarrollo sostenible del patrimonio cultural. Vale recordar que “(...) el Estado tiene la obligación de promover todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación (...)” [fundamento 4 de la STC 0042-2004-AI/TC].
40. La existencia de una opinión favorable por parte del Instituto Nacional de Cultural además de ser una exigencia por parte de la Ley N.º 29164 [artículo 2º, inciso b], también es una obligación impuesta por la Ley N.º 28296, que en su artículo 22º, punto 22.2, establece: “Toda obra pública o privada de edificación nueva, remodelación, restauración, ampliación, refacción, acondicionamiento, demolición, puesta en valor o cualquier otra que involucre un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, requiere para su ejecución de la autorización previa del Instituto Nacional de Cultura”, órgano que también estará encargado de determinar las condiciones específicas de las concesiones, de hacer las evaluaciones preliminares y de otorgar el derecho de concesión [artículos 4º, 6º y 10º de la ley impugnada]. Por ello, también se exige que la concesión esté en concordancia con el



Plan Estratégico Nacional de Turismo [artículo 2º, inciso e) de la Ley N.º 29164].

- ✓ 41. La inversión, según la propia Constitución, debe ser garantizada al máximo, siempre tomando como norte la libre iniciativa de los particulares [artículo 58º de la Constitución]. Por ello, tiene validez constitucional hablando el que la ley incoada haya reconocido la capacidad de los particulares de presentar iniciativas para proyectos de inversión [artículo 5º, inciso c), de la Ley N.º 29164], tomando en cuenta que la inversión constitucionalmente reconocida [artículo 63º] supone el acrecentamiento del capital de una economía o, en otras palabras, la acumulación de capital [STC N.º 0008-2003-AI/TC, seguido por fundamento 21 de la STC N.º 0013-2007-PI/TC].
- ✓ 42. En este marco, el contrato administrativo de concesión, lógicamente respetuoso de los valores constitucionales, deberá incorporar “(...) las condiciones mínimas y específicas de la concesión así como las establecidas en el proyecto de inversión y podrá incorporar ampliaciones u otras disposiciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección. La concesión para la prestación de servicios turísticos se otorgará por un plazo máximo de treinta (30) años. Este plazo podrá ser renovado por un período similar previo acuerdo entre el concesionario y el Instituto Nacional de Cultura - INC, siempre que se amplíe el monto de la inversión y se cumpla con los requisitos exigidos” [artículo 11º de la Ley N.º 29164]. Queda claro que en caso de una acción irregular en una concesión siempre queda como camino el cuestionamiento administrativo de la decisión adoptada, y en caso de estar en juego los derechos fundamentales y bienes constitucionales, incluso cabría plantear una demanda de amparo a fin de que el juez constitucional pueda determinar la validez del cumplimiento de tal concesión.

e. Las normas promotoras de licencia y funcionamiento

- ✓ 43. La Ley N.º 29167 establece un procedimiento especial y transitorio para las licencias de edificación, ampliación o remodelación de establecimientos de hospedaje, lo que en cierta forma está en concordancia con la promoción de la inversión en hotelería de cuatro y cinco estrellas prevista en la Ley N.º 29164, más aún si se reserva la función de fiscalización posterior [fundamento 8º de la Ley N.º 29167]. Si bien corresponde a los gobiernos municipales, crear, modificar y suprimir licencias municipales, ello debe hacerse de acuerdo a ley [artículo 195º, inciso 4), de la Constitución]. El procedimiento especial y transitorio creado por la Ley N.º 29167 tenía un fin constitucionalmente aceptable, cual era el favorecer la inversión extranjera.
- ✓ 44. Aún más, de conformidad con la Única Disposición Complementaria de la Ley N.º 29202, la Ley N.º 29167 no será aplicable a los inmuebles declarados Patrimonio



Cultural de la Nación por el Instituto Nacional de Cultura a partir del 17 de febrero de 2007, razón por lo cual el cuestionamiento del demandante carece de asidero. Es más, este Colegiado considera que la norma es válida, pues la forma en que estuvo expresada no está en contradicción con los argumentos señalados en los fundamentos anteriores con relación a la Ley N.º 29164 y la promoción de la inversión privada.

f. El respeto de la autonomía municipal y regional

45. Con relación a las dos leyes impugnadas, también se alegó que la actuación que ellas permiten termina afectando la autonomía municipal y regional, y con ello la vocación descentralizadora del país [vid. entre otras, STC N.º 0002-2005-PI/TC], sobre todo en lo relativo a la actividad municipal, puesto que debe desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de conservación de monumentos arqueológicos e históricos [artículo 195º, inciso 8) de la Constitución]. Nadie pone en tela de juicio esta actividad, no obstante, esta debe realizarse en coordinación directa con el gobierno nacional, sobre todo si la propia Ley de Bases de Descentralización en su artículo 43º la considera una competencia compartida.
46. Más aún, incidiendo en el rol primordial que cumple el Instituto Nacional de Cultural, en la Ley N.º 29164, se puede observar que son los gobiernos regionales y municipales los que están en la capacidad de presentar iniciativas para efectos de proyectos de inversión de servicios turísticos [artículo 5º, inciso a]. Es más, los comités de evaluación de los proyectos de inversión incluyen representantes de los gobiernos regionales y municipales [artículo 8º]. Constitucionalmente, se reserva tanto a los gobiernos regionales la capacidad de promoción de la inversión [artículo 192º], como a los gobiernos locales [artículos 195º, inciso 7, respectivamente]. Por lo tanto, no es que se haya obviado la función municipal en las leyes impugnadas, sino que más bien se ha asignado un rol específico dentro del desarrollo de la función promotora del Estado.

g. El principio-derecho de igualdad

47. Pero más allá del reconocimiento de la actividad privada en el desarrollo de inversión privada que permite la recuperación, restauración, conservación, puesta en valor y desarrollo sostenible de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación, un tema adicional y quizás el más relevante de todos, según como ha sido planteado en la demanda, es lo relativo a la posible discriminación que ella misma conlleva al permitir que la inversión sólo se realice en hoteles y restaurantes de cuatro y cinco estrellas o tenedores [artículo 2º, inciso c), de la Ley N.º 29164].

48. Esto reflejaría, a entender del accionante, un acto claro de discriminación, vulnerándose expresamente la igualdad prevista en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución. Además estaría impidiendo un correcto ejercicio de la libertad de empresa [artículo 59º de la Constitución], que, a juicio de este Colegiado, según lo establecido en la STC N.º 3330-2004-AA/TC, involucra una participación económica de las empresas, a través de una libre competencia, en la cual se debería proscribir la discriminación. En tal sentido, la discusión se reduce a la afectación de la igualdad.
49. Este derecho ha sido concebido como una protección al titular de un derecho fundamental para ser tratado de forma equitativa si se encuentra en idéntica situación [STC N.º 0048-2004-PI/TC], por lo que no puede establecer bajo regla estricta la igualdad en todas las características naturales ni en todos los contextos reales en los que están los individuos. Tiene la doble condición de *principio* y *derecho fundamental*. Es *principio* porque “(...) constituye un componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional de contenido material -objetivo-”; es *derecho fundamental* porque reconoce “(...) un auténtico derecho subjetivo, (...) reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ('motivo de cualquier otra índole') que, jurídicamente, resulten relevantes” [STC N.º 0045-2004-PI/TC].
50. El derecho fundamental a la igualdad exige que el legislador no sitúe a las personas en la misma posición jurídica, y que asuma que todas presentan las mismas condiciones y/o propiedades naturales y que se encuentran en las mismas situaciones fácticas. El trato semejante se analiza desde una doble perspectiva: tanto desde una práctica de decisión universalista, sobre la base de una racionalidad práctica, donde cabe la posibilidad de establecer diferencias en forma de normas generales, como la impuesta desde una desigualdad fáctica y una valorativa o subjetiva, relativa a determinados tratos o criterios valorativos.
51. Por tanto, en el caso de autos conviene analizar si los hoteles y restaurantes de distinta categoría (estrellas y tenedores superiores o inferiores a cuatro) tienen un fin constitucionalmente admitido, para lo cual es menester considerar el *Complex Equality*, complejo de la igualdad referido a la distribución de determinados tipos de productos específicos dependiendo de las esferas de la sociedad, no en varios o todos los ámbitos, razón por la cual debe ser significativa la capacidad de cada una de estas empresas de cumplir con el fin constitucionalmente asignado en virtud de la tutela de los bienes inmuebles pertenecientes al patrimonio cultural de la nación [artículo 2º, inciso 2), de la Constitución].
52. Sobre la base del *test* de razonabilidad/proporcionalidad [STC N.º 0027-2006-AI/TC], este Colegiado considera pertinente aplicar el *test* de igualdad, a través de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

seis pasos: verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad); determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad; verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación; examen de idoneidad; examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto [STC 0004-2006-PI/TC]. Con relación a la realización de este *test*, el Tribunal Constitucional comparte los argumentos de la parte demandada.

53. Consideramos que a partir de la diferenciación realizada por el legislador, según las estrellas o tenedores con que cuente un hotel o restaurante, y en su realización de una intervención de intensidad baja en el mercado, la inversión permitiría alcanzar un fin constitucional como es la recuperación, restauración, conservación, puesta en valor y desarrollo sostenible de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural, generando flujo de capitales a través de empresas con cierta solvencia económica y con conocimiento de los servicios que va a brindar, sobre todo si está en juego la imagen del Perú como país promotor del turismo. Sólo a través de una empresa que tenga la capacidad de invertir en el rubro de hospedaje o de alimentos y de respetar e impulsar mejoras de bienes inmateriales históricos, podrá cumplirse tal objetivo; no existe una medida alternativa para cumplir tal finalidad que resalte los valores constitucionales, tal como se ha explicado. Una disposición como la cuestionada no obliga ni impide que cualquier particular participe en la actividad económica legislada, sino que lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben reunir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada desean intervenir en esta actividad, consecuentes con el respeto del patrimonio cultural de la nación. Por la naturaleza de las actividades que realiza, debió ser muy escrupuloso el Estado a la hora de establecer las condiciones de ejercicio.
54. Al respecto, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado a favor de una diferenciación de este tipo. Lo hizo cuando analizó la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley N.º 27153, que señalaba que sólo en ciertos hoteles y restaurantes en principio de cinco estrellas tenedores (aunque también se permitía en provincia hasta de tres estrellas) se podría instalar salas de juego para la explotación de juegos de casino y sala tragamonedas. Ante ello se afirmó que la norma no estaba viciada de inconstitucionalidad pues, entre otros fundamentos, “la opción del legislador por configurar la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado. También con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales, y en particular, [con] la protección de los consumidores, la moralidad y seguridad públicas” [fundamento 2 de la STC 0009-2001-AI/TC].



EXP. N.º 0003-2008-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DEL GOBIERNO
REGIONAL DE CUSCO

55. En conclusión, este Colegiado considera que la Ley N.º 29164 es compatible con el principio-derecho de igualdad, por lo que la demanda debe ser declarada infundada en este extremo.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0003-2008-PI/TC

LIMA

PRESIDENTE DEL GOBIERNO REGIONAL DE
CUSCO

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS VERGARA GOTELLI Y LANDA ARROYO

Si bien coincidimos con el sentido del fallo y con la mayoría de los fundamentos que lo sustentan, juzgamos necesario realizar las siguientes precisiones:

1. A juicio del demandante, el hecho de que la ley cuestionada, con la finalidad de garantizar la recuperación, restauración, conservación, puesta en valor y desarrollo sostenible de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación, sólo permita la inversión en hoteles y restaurantes de cuatro o cinco estrellas o tenedores, afecta el derecho fundamental a la igualdad de las empresas que no tienen la capacidad económica para invertir en hoteles o restaurantes que cumplan con las referidas características.
2. En el fundamento jurídico N.º 52 de la sentencia se señala que a efectos de determinar si corresponde o no estimar este planteamiento del recurrente, resulta “pertinente aplicar el *test* de igualdad, a través de seis pasos: verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad); determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad; verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación; examen de idoneidad; examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto”.
3. En efecto, conforme se señala en este fundamento, la aplicación del *test* de la igualdad conlleva el análisis de estos seis criterios. Sigue, sin embargo, que en el único fundamento jurídico que se ocupa del desarrollo del referido *test* (el N.º 53), no existe mención alguna de la razón por la que estos criterios no han sido analizados en su totalidad.

Intuimos que dicha omisión obedece al hecho de que —tal como de inmediato argumentaremos— el caso carece de los presupuestos necesarios que justifican el desarrollo pormenorizado del *test* de igualdad. No obstante, es evidente que un justiciable promedio no tiene por qué conocer ni advertir la ausencia de estos presupuestos.

Esta omisión da lugar a un problema de justificación interna en la sentencia, manifestado, en este caso, en un problema de coherencia narrativa, que puede generar confusión en el justiciable promedio, el cual deberá especular sobre la razón por la que no se han desarrollado los seis pasos que previamente se han anunciado como constitutivos del *test* de igualdad.

4. Es por ello que entendemos necesario hacer explícita dicha razón: Un presupuesto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

necesario para ingresar en el desarrollo pormenorizado del *test* de igualdad es que el grupo que se considera discriminado se encuentre objetivamente en una capacidad sustancialmente análoga a la del grupo beneficiado, para alcanzar el fin constitucionalmente válido que subyace a la existencia de la ley impugnada. En el presente caso, es evidente que las empresas que no cuentan con un relevante capital económico para invertir en el rubro de hospedaje o de alimentos, no se encuentran en la misma capacidad que las empresas que sí cuentan con dicho capital, para contribuir al impulso de mejoras de los bienes inmateriales históricos que constituyen patrimonio cultural de la nación. Siendo ello así, no existe un término de comparación objetivo que justifique ingresar en el desarrollo pormenorizado del *test* de igualdad.

5. De otro lado, consideramos que la cita jurisprudencial a la que se hace referencia en el fundamento jurídico N.º 54 de la sentencia no guarda pertinencia con el caso, toda vez que la intención con la cual fue concebido dicho criterio jurisprudencial fue desincentivar las actividades económicas dedicadas a la explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, lo que en modo alguno se relaciona con esta causa. Por tanto, a nuestro juicio, este fundamento debió ser eliminado.

SS.

VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00003-2008-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DEL GOBIERNO
REGIONAL DEL CUSCO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que merece la opinión de mis colegas, suscribo este fundamento de voto, pues si bien estoy de acuerdo con los fundamentos y el fallo de la sentencia, discrepo de lo expresado en el fundamento 24, por las siguientes consideraciones:

1. Mi disenso con el fundamento 24 de la sentencia radica en que en él se sostiene que no puede admitirse en sede constitucional “la argumentación por parte del Congreso de la República de negar la posibilidad de la cuestión previa por un tecnicismo legislativo, arguyendo que no se planteó en el momento adecuado”. En mi opinión, en este supuesto no se afecta ningún bien constitucional; por el contrario, el Parlamento se limitó a aplicar literalmente el artículo 60º del Reglamento del Congreso, que establece que *“Las cuestiones previas se plantean en cualquier momento del debate y antes de las votaciones, a efecto de llamar la atención sobre un requisito de procedibilidad del debate o de la votación basado en hechos o solicitar el regreso de un asunto a Comisiones por no encontrarse suficientemente estudiado”* (resaltado agregado).
2. En mi concepto, esta normatividad resulta razonable, en la medida que interponer reconsideraciones una vez iniciadas las votaciones solo llevaría a entorpecer el desarrollo de éstas. En efecto, existe un momento determinado para plantear las cuestiones previas y este precisamente tiene lugar hasta antes de la votaciones y no durante o con posterioridad a éstas. Si en la sentencia se estima que tal extremo del artículo 60º del Reglamento del Congreso es inconstitucional, entonces debería efectuarse el correspondiente examen de constitucionalidad, situación que, incluso, produciéndose, no daría como resultado la declaración de inconstitucionalidad de la parte pertinente de la referida norma.
3. Finalmente, estimo oportuno subrayar que coincido plenamente con el examen de fondo de las Leyes N.º 29164 y 29167 realizado en la sentencia, pues éstas no afectan ningún bien o valor constitucional, incluido, claro está, el principio de igualdad en la ley (artículo 2º.2 de la Constitución).

Por estas consideraciones, estimo que debe declarase **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad planteada contra las Leyes N.ºs 29164 y 29167

Sr.

CALLE HAYEN

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL