

Control constitucional de la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles

Comentario de la Sentencia 368/2022 del Tribunal Constitucional del Perú*

 ASTRID K. CABEZAS POMA**

305

I. INTRODUCCIÓN

La inseguridad ciudadana se ha incrementado exponencialmente en los últimos años en el país. Esto ha desencadenado el aumento de violencia, muerte, daños a la propiedad, entre otros efectos negativos.

Un sector afectado por la ola de criminalidad es el de las personas que trabajan en la compraventa de moneda extranjera en las calles, ya que manejan sumas importantes de dinero en efectivo en la vía pública. Así, se han reportado numerosos sucesos de robo a mano armada contra estos cambistas, quienes a menudo culminan con su muerte o con lesiones.

* Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el expediente 03870-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, publicada en la web el 23 de diciembre de 2021).

** Abogada de la Universidad de San Martín de Porres. Magister en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú). Investigadora en la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0001-0413-5805. Correo electrónico: acabezas@tc.gob.pe

Ante la creciente ola de inseguridad ciudadana y la vulnerabilidad de los cambistas de moneda extranjera en las calles, el 21 de febrero de 2019 la Municipalidad Distrital de Miraflores promulgó la Ordenanza Municipal 508/MM, a través de la cual prohibió el cambio de moneda extranjera en el distrito de Miraflores.

Esta ordenanza municipal generó tensión entre los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de las personas dedicadas al cambio de moneda extranjera y las obligaciones de los gobiernos locales de garantizar la seguridad ciudadana (artículo 197 de la Constitución), así como de promover el desarrollo y la economía local (artículo 195 de la Constitución).

La Municipalidad Distrital de San Isidro emitió una ordenanza similar en 2016, por la cual prohibía la compraventa de moneda extranjera en las calles del distrito de San Isidro. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional (TC) declaró improcedentes sendas demandas de amparo que cuestionaban la aplicación de dicha norma, una de ellas fue resuelta en la Sentencia 200/2022, emitida en el Expediente 04205-2018-PA/TC.

Sin embargo, cuando se cuestionó la aplicación de la referida Ordenanza Municipal 508/MM, a través de diversas demandas de amparo —de las cuales una fue resuelta en la sentencia del Pleno 368/2022, recaída en el Expediente 03870-2021-PA/TC—, el TC entró al fondo de la controversia y evaluó la constitucionalidad de la competencia de la Municipalidad de Miraflores para prohibir el cambio de moneda extranjera en sus calles, así como la tensión entre los derechos y los bienes jurídicos protegidos involucrados.

A continuación, se examinará cómo la sentencia del Pleno 368/2022, emitida por el TC en el Expediente 03870-2021-PA/TC, aborda los límites de la autonomía municipal y genera tensión entre los derechos a la libertad de trabajo y de comercio frente a las obligaciones de los gobiernos locales de garantizar la seguridad ciudadana y de promover el desarrollo y la economía local. A su vez, se revisará la variada jurisprudencia del TC sobre esta materia.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS DEL CASO

a. Demandantes

Don Aristides Montenegro Espinoza y don Rumualdo Arcio Julca Palomino se dedicaron, durante más de veinte años, a trabajar en la compraventa de moneda extranjera en las calles del distrito de Miraflores. Se encontraban inscritos y tenían autorización municipal para realizar ese comercio en la vía pública.

Sin embargo, el 21 de febrero de 2019, la Municipalidad Distrital de Miraflores promulgó la Ordenanza Municipal 508/MM, por la cual prohibió el cambio de moneda extranjera en el distrito de Miraflores.

Ante tal situación, con fecha 16 de setiembre de 2019, los actores interpusieron una demanda de amparo contra dicha ordenanza, a través de la cual solicitaron que se les inaplique. Alegaban que había una amenaza cierta e inminente de vulneración de sus derechos a la igualdad y no discriminación, así como a la libertad de trabajo y comercio. Señalaban que se vulneraba su derecho a la igualdad y no discriminación, debido a que se les prohibía la compraventa de dólares en las calles; mientras que otras actividades, como la venta de dulces y golosinas, sí estaban permitidas. También sostenían que se vulneraba su derecho al trabajo y al comercio, porque se les prohibía realizar la actividad que habían llevado a cabo durante 20 años aproximadamente y que era su único medio de subsistencia.

b. Demandada

El 25 de octubre de 2019, la Municipalidad Distrital de Miraflores contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente y/o infundada. Alegaba que la ordenanza cuestionada, si bien intervenía en los derechos de los demandantes, no era inconstitucional, puesto que era proporcional. Por un lado, buscaba promover la seguridad ciudadana, mediante la prevención de delitos contra los cambistas, quienes se encontraban en vulnerabilidad ante la delincuencia; y, por otro lado, fomentar la formalización de la compraventa.

III. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

a. La competencia municipal para regular el comercio ambulatorio

Cuando se presenta una intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental, se debe justificar. Para ello, la intervención se debe realizar en el ejercicio de las competencias. Una exigencia formal consiste en que la norma que interviene en el contenido del derecho haya cumplido con todas las formalidades del procedimiento legislativo previsto. Una exigencia material exige que se haya realizado en el cumplimiento del principio de proporcionalidad (Borowski, 2003).

En la Sentencia 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PI/TC, el TC evaluó si la Municipalidad de Miraflores tenía la competencia para intervenir, a través de la Ordenanza Municipal 508/MM, en los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de los demandantes.

Sobre la base de una interpretación sistemática de la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ordenanza 1787, el TC concluye que la municipalidad demandada tiene la competencia para regular el comercio ambulatorio de moneda extranjera en sus calles. En efecto, el TC estima que los artículos 194 y 195 de la Constitución les otorgan a las municipalidades la facultad de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con los planes nacionales y regionales, y disponen que ejerzan sus competencias y atribuciones conforme a lo señalado en la ley. Por su parte, la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, concede a las municipalidades competencias expresas para regular el comercio ambulatorio (artículo 83, inciso 3.2). Asimismo, la Ordenanza 1787 establece que las autoridades municipales pueden determinar los giros para desarrollar el comercio ambulatorio en espacios públicos (artículo 13, inciso 2).

A nivel jurisprudencial, en la sentencia recaída en el Expediente 00024-2013-PI/TC, en el fundamento 10, el TC señaló que las municipalidades distritales tienen competencias para normar o regular el comercio ambulatorio en sus calles. Sin embargo, dicha facultad se debe realizar dentro de los límites establecidos en las normas sobre la materia, a nivel provincial y regional. A ello, se debe agregar que las competencias otorgadas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades a los gobiernos regionales también se deben ejercer en concordancia con los derechos fundamentales, los principios y los valores constitucionales (sentencia emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, fundamento 17).

Cabe precisar que, en esa ocasión, el TC evaluó la constitucionalidad de una ordenanza municipal que había declarado zona rígida todas las vías públicas del distrito de Carabayllo y, con ello, prohibía el comercio ambulatorio en sus calles. En la referida sentencia, recaída en el Expediente 00024-2013-PI/TC, el TC consideró que la Municipalidad de Carabayllo había emitido la ordenanza municipal cuestionada fuera del ejercicio de sus competencias, en contravención del artículo 195 de la Constitución. El TC señaló que, al declarar todas las vías públicas del distrito de Carabayllo como zonas rígidas, se desnaturalizaba el carácter excepcional del concepto «zonas rígidas», establecido por una ordenanza metropolitana, lo cual resultaba contrario a sus competencias.

En otra oportunidad, en un caso sobre la restricción del número de cambistas y su reubicación, el TC afirmó que los gobiernos locales, conforme a las competencias previstas en el artículo 192 de la Constitución y reglamentadas en los artículos 65 y 68 de la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, tienen, entre sus atribuciones, las de regular y controlar el comercio ambulatorio mediante ordenanzas, edictos y acuerdos. En ese sentido, confirmó que la municipalidad

demandada tenía la competencia para regular la compraventa de moneda extranjera en las intermediaciones de un centro comercial, aunque precisó que debía ser razonable y no arbitraria (sentencia emitida en el Expediente 03161-2004-PA/TC).

b. Test de proporcionalidad

Como se mencionó anteriormente, la intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental se debe realizar siguiendo las formalidades del procedimiento legislativo previsto conforme a los derechos y principios constitucionales. El TC ha utilizado diversos métodos para evaluar la razonabilidad de la intervención en los derechos y principios constitucionales, entre los cuales se encuentran el test de proporcionalidad, la delimitación del contenido de los derechos fundamentales, entre otros.

En la Sentencia 368/2022, materia de comentario, el TC evaluó la constitucionalidad de la prohibición del cambio de moneda extranjera en el distrito de Miraflores, establecida en la Ordenanza Municipal 508/MM, a través del test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad está compuesto por tres exámenes o niveles de evaluación: examen de idoneidad, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, se analizará cada nivel.

309

b.1. Idoneidad

En el caso objeto de comentario, el TC advierte que la Ordenanza 508/MM, con la medida de no autorizar la comercialización de moneda extranjera en las calles de Miraflores, tiene los objetivos de garantizar la seguridad ciudadana y formalizar la actividad de intercambio de divisas foráneas.

El TC observa que el objetivo de garantizar la seguridad ciudadana promueve el bien jurídico de esta, recogido en el artículo 197 de la Constitución, en la medida que, con la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles, se reducen las situaciones de peligro y amenaza, producto de la delincuencia, en los demandantes que se dedican a esta actividad.

Asimismo, indica que el objetivo de formalizar la actividad de intercambio de divisas foráneas promueve la finalidad constitucional de las municipalidades de promover el desarrollo y la economía local, en armonía con los planes nacionales y regionales, recogida en el artículo 195 de la Constitución. De esta manera, al no autorizar la comercialización de monedas extranjeras en las calles, los demandantes se deberían formalizar si quisieran dedicarse a esa actividad en el distrito de Miraflores.

b.2. Necesidad

A través del examen de necesidad, el TC concluye que existían otras medidas alternativas que eran igual de idóneas, pero más benignas en la intervención en los derechos a la libertad de trabajo y de comercio involucrados, en comparación con el medio adoptado (prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles de Miraflores).

En efecto, el TC considera que la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles de Miraflores no eliminaba, aunque sí reducía, el riesgo de que las personas que realizaban transacciones de moneda extranjera en las calles fueran víctimas de la delincuencia, ya que los delincuentes podían utilizar otros medios para delinquir. Por consiguiente, el grado de satisfacción del bien jurídico protegido de la seguridad ciudadana era medio.

La prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles de Miraflores no garantizaba la formalización de todos los cambistas, ya que los medios económicos del cambista eran un factor determinante para su formalización. En consecuencia, el grado de satisfacción de la obligación de promover el desarrollo y la economía local era medio.

310

Por otro lado, el grado de intervención en los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de los cambistas era alto, pues la prohibición de la compraventa de moneda extranjera en las calles limitaría totalmente la actividad que realizan los cambistas demandantes para satisfacer sus necesidades básicas y se limitaría el intercambio de divisas extranjeras o foráneas.

Sin embargo, medidas como la identificación de lugares seguros y vigilados por la policía y la municipalidad, donde los cambistas podían intercambiar monedas extranjeras, la instalación de sistemas de videovigilancia, el establecimiento de horarios especiales o la implementación de alarmas interconectadas eran alternativas que no intervenían en los derechos a la libertad de trabajo y comercio, pero promovían en un grado elevado la seguridad ciudadana. Además, la disposición de beneficios municipales incentivaba en mayor medida la formalización de los cambistas, sin restringir en alto grado los derechos a la libertad de trabajo y de comercio de los cambistas.

Por todo lo anterior, tras advertir que existían medios alternativos para garantizar los bienes jurídicos protegidos de la seguridad ciudadana y la obligación de promover el desarrollo y la economía local, sin intervenir gravemente en los derechos al trabajo y de comercio de los recurrentes, el TC concluyó que la

prohibición de la compraventa de moneda extranjera establecida en la Ordenanza Municipal 508/MM era desproporcional y, consecuentemente, declaró fundada la demanda respecto de esos derechos.

Sobre el particular, cabe mencionar que en la sentencia recaída en el Expediente 08726-2005-PA/TC, el TC determinó que la intervención en el derecho al trabajo de los demandantes, causada por la prohibición del comercio ambulatorio en el centro histórico de una ciudad, era razonable. En ese caso, la Municipalidad de Huaral había emitido la Ordenanza Municipal 006-2004, mediante la cual declaraba zona rígida el área denominada centro histórico del distrito de Huaral, por lo que se prohibía el comercio ambulatorio en dicha área. Así, el TC declaró infundada la demanda, tras considerar que la prohibición impugnada era idónea para alcanzar el orden, el ornato y el resguardo del patrimonio del centro histórico de Huaral. Asimismo, consideró que no existían medidas alternativas menos restrictivas que permitieran alcanzar el fin referido. El grado de intervención en el derecho al trabajo era leve (los demandantes podían trabajar en otras zonas que sí estaban permitidas), mientras que la finalidad (de preservar el orden, el ornato y el resguardo del patrimonio de la nación) era elevada. Por estas razones, el TC declaró infundada la demanda.

Finalmente, en la sentencia materia de comentario (Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PI/TC), la parte demandante alega, en un extremo, la vulneración del derecho a la igualdad. Al respecto, el TC declara infundada esta parte de la demanda, por considerar que el recurrente no había presentado un término de comparación válido para sustentar la desigualdad de trato. La actividad de cambio de moneda extranjera en las calles era diferente a la venta de productos alimenticios, ropa, bebidas alcohólicas, dulces y otras, debido a que la primera involucraba exposición de grandes sumas de dinero en efectivo y a la mano en la vía pública, a diferencia de las otras propuestas.

Sin embargo, el TC tuvo una conclusión diferente respecto de la invocada violación del derecho a la igualdad y no discriminación en un caso análogo, aunque no idéntico, sobre restricciones en la compraventa de moneda extranjera en la vía pública. Sobre el particular, en el Expediente 03161-2004-PA/TC, los demandantes solicitaban la inaplicación del Acuerdo de Consejo 030-2003, aprobado en el Consejo de la Municipalidad Distrital de La Molina, y el inciso b) del artículo 5 de la Ordenanza 001, del 23 de mayo de 1996. Estos dispositivos establecían un plan integral de uso comercial de la vía pública del distrito, el cual implicaba, entre otros aspectos, la restricción de personas permitidas para la compraventa

de moneda extranjera en la zona denominada Centro Comercial Plaza Camacho y establecían como uno de los requisitos para ejercer dicha actividad residir en el distrito de La Molina. El TC declara fundada la demanda en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, por cuanto el requisito de domiciliar en el distrito de La Molina para ejercer la actividad de cambista era discriminatorio, ya que no había alguna justificación objetiva, razonable o proporcional para establecer la diferencia.

IV. CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

En la jurisprudencia del TC se observa que, cuando se han cuestionado ordenanzas municipales que prohibían la actividad de compraventa de moneda extranjera en las calles, el TC ha resuelto de manera variada. En unos casos, resolvió la improcedencia por vicios procesales; mientras que, en otros, entró al fondo de la controversia y evaluó la razonabilidad entre los bienes jurídicos protegidos y los derechos fundamentales involucrados. Entre las razones que justificaron la diversidad del sentido de las resoluciones, pese a tratarse de la misma pretensión, se encontraba la existencia de vicios procesales en cada caso. A continuación, se expone este aspecto.

312

a. **Resoluciones que declaran improcedentes las solicitudes presentadas contra la prohibición de cambistas en la vía pública**

- **Expediente 04205-2018-PA/TC (Sentencia de Pleno 200/2022).** En este caso, se solicitaba la inaplicación de la Ordenanza Municipal 434-MSI, del 19 de julio de 2016, que prohibía el giro de moneda extranjera en las calles del distrito de San Isidro. El TC declara improcedente la demanda por considerar que el demandante, al no contar con algún documento de autorización de comercio en la vía pública vigente al momento de presentar la demanda de amparo, no tenía legitimidad para interponer la demanda.

En cuanto a la legitimidad para obrar del demandante, establecida en el artículo 39 del Nuevo Código Procesal Constitucional, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda. Son dos los requisitos de procedibilidad que se deben acreditar al interponer la demanda de amparo: (i) ser el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado, y (ii) acreditar el acto lesivo. El artículo 39 se refiere al primero.

- **Expedientes 3738-2018-PA/TC, 03741-2018-PA/TC y 01545-2019-PA/TC.** En estos casos, los demandantes solicitaban la inaplicación de la Ordenanza Municipal 434-MSI, del 19 de julio de 2016, expedida por

la Municipalidad Distrital de San Isidro, mediante la cual se prohibía la compra y/o venta de moneda nacional y extranjera en la vía pública. En sendos casos, el TC emitió sentencia interlocutoria denegatoria y declaró improcedentes los recursos de agravio constitucional respectivos, por considerar que el demandante carecía de legitimidad para obrar activa.

b. Resoluciones que declaran fundadas las demandas contra prohibición de cambistas en la vía pública

- En la Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, se cuestiona la Ordenanza Municipal 508/MM que prohíbe la actividad de cambio de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores. En esta sentencia, que es materia del presente comentario, el TC advierte que los demandantes, al momento de interponer la demanda, tenían vigente su autorización como cambistas otorgada por la Municipalidad de Miraflores. De ahí que se observa que el Tribunal evaluó la legitimidad para obrar de los demandantes y, al valorar que sí lo tenían, procedió a examinar el fondo de la controversia. En cuanto al punto central debatido, se declaró fundada la demanda tras considerar que la prohibición establecida en la ordenanza cuestionada no era necesaria y que vulneraba los derechos al trabajo y al comercio de los demandantes. Asimismo, declaró infundada la demanda en lo referido al derecho a la igualdad, por no existir término de comparación idóneo.
- En la Sentencia de la Sala Primera 383/2024, emitida en el Expediente 02519-2022-PA/TC; la Sentencia de la Sala Segunda 99/2024, expedida en el Expediente 04949-2022-PA/TC; y la Sentencia del Pleno 281/2022, emitida en el Expediente 03455-2021-PA/TC, los recurrentes interpusieron sendas demandas de amparo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, a fin de que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal 508/MM.

En las sentencias señaladas, el Tribunal resolvió de manera similar a la Sentencia del Pleno 368/2022, examinada anteriormente. Así pues, el TC observó que los recurrentes tenían autorización vigente cuando interpusieron la demanda. Asimismo, advirtió que, si bien al incoar la demanda existía una amenaza de vulneración, al momento de resolver la controversia, el acto lesivo se había materializado. En cuanto al fondo, el TC declara fundada la demanda respecto de la vulneración del derecho al trabajo y al comercio de los actores, tras considerar que la medida aplicada en la ordenanza cuestionada, si bien era idónea (por

promover el bien jurídico de la seguridad ciudadana y la obligación de promover el desarrollo y la economía local), no era necesaria. Por otro lado, declaró infundada la demanda en lo referido al derecho a la igualdad, tras no apreciar un término de comparación idóneo para determinar la discriminación.

V. CONCLUSIONES

- En la Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, así como en las sentencias emitidas en los Expedientes 02519-2022-PA/TC, 04949-2022-PA/TC y 03455-2021-PA/TC, el TC evalúa la constitucionalidad de una política pública establecida por la municipalidad demandada a través del test de proporcionalidad. De esta manera, se plantea un estándar objetivo en la evaluación de políticas públicas locales.
- En la Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PA/TC, así como en las sentencias emitidas en los Expedientes 02519-2022-PA/TC, 04949-2022-PA/TC y 03455-2021-PA/TC, se garantizan derechos económicos y sociales, como los derechos a la libertad de comercio y al trabajo, trascendiendo la mera evaluación de procedibilidad presentes en sentencias previas (Expedientes 04205-2018-PA/TC, 3738-2018-PA/TC, 03741-2018-PA/TC y 01545-2019-PA/TC).
- El bien jurídico protegido de seguridad ciudadana y la obligación de promover el desarrollo y la economía local son fines constitucionales que, si bien justifican la intervención en derechos fundamentales como al trabajo y al comercio, requieren de la previa exploración de medidas alternativas y de la ponderación con los derechos y bienes jurídicos intervenidos.

314

BIBLIOGRAFÍA

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Constitucional. Sentencia 03161-2004-PA/TC; 25 de octubre de 2005.

Tribunal Constitucional. Sentencia 08726-2005-PA/TC; 14 de febrero de 2007.

Tribunal Constitucional. Sentencia 00024-2013-PI/TC; 26 de octubre de 2016.

Tribunal Constitucional. Sentencia Interlocutoria 03738-2018-PA/TC; 3 de abril de 2019.

Tribunal Constitucional. Sentencia Interlocutoria 03741-2018-PA/TC; 15 de enero de 2019.

Tribunal Constitucional. Sentencia 04205-2018-PA/TC; 21 de julio de 2022.

Tribunal Constitucional. Sentencia Interlocutoria 01545-2019-PA/TC; 25 de noviembre de 2020.

Tribunal Constitucional. Sentencia 03455-2021-PA/TC; 12 de octubre de 2022.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno 368/2022, emitida en el Expediente 03870-2021-PI/TC; 23 de diciembre de 2021.

Tribunal Constitucional. Sentencia 02519-2022-PA/TC; 30 de mayo de 2024.

Tribunal Constitucional. Sentencia 04949-2022-PA/TC; 22 de marzo de 2024.