

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

Control Constitucional
y Arbitraje

4 | NUEVA ÉPOCA
Edición especial | 2011

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 4, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2011

Control Constitucional y Arbitraje

PRESENTACIÓN	13
---------------------------	----

ESTUDIOS

Alfredo Bullard González <i>Procrastinación y palabra empeñada:</i> <i>La protección y el control constitucional del arbitraje regulatorio</i>	17
Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya <i>Arbitraje y amparo</i>	37
César Guzmán- Barrón Sobrevilla y Rigoberto Zúñiga Maravi <i>¿Armadura propia o armadura prestada?: La protección del arbitraje frente a la</i> <i>intervención de la justicia estatal</i>	55
Juan Luis Avendaño Valdez y Raffo Velásquez Meléndez <i>Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio</i>	77
Sergio Tafur Sánchez <i>¿Apuesta el Perú por el arbitraje?: A propósito del control constitucional de las</i> <i>decisiones arbitrales</i>	95
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Tribunal Constitucional y jurisdicción arbitral</i>	111
Mario Pasco Cosmópolis <i>El arbitraje en material laboral y el amparo constitucional</i>	127
Gabriela Novoa Muñoz <i>Algunas consideraciones respecto del reconocimiento constitucional del</i> <i>arbitraje en Chile</i>	143

Diana Marcos Francisco

<i>Algunos aspectos controvertidos en la jurisprudencia arbitral española: especial referencia a la independencia e imparcialidad y a la “indagación razonable” en la notificación de las actuaciones arbitrales</i>	169
--	-----

Lidia Moreno Blesa

<i>Algunas consideraciones sobre el arbitraje de consumo on line en España</i>	203
--	-----

Cristina Hermida del Llano

<i>El auge del arbitraje en Europa y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en la era de la globalización</i>	239
---	-----

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DEL CONTROL
CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE*

STC 00142-2011-PA, de fecha 26 de setiembre de 2011. Caso Maria Julia	273
---	-----

*10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS
PROCESO DE AMPARO
(2009-2011)*

1) <i>STC 02005-2009-PA, de 22 de Octubre de 2009. Sobre la Pildora del día siguiente.</i> Por Óscar Díaz Muñoz	297
2) <i>STC 00926-2007-PA, de 09 de Diciembre de 2009. Identidad Sexual, Integridad Personal, Libre Desarrollo de la Personalidad y Procesos Disciplinarios en Instituciones Policiales.</i> Por Giancarlo Cresci Vassallo	305
3) <i>STC 04941-2008-PA, de 03 de Febrero de 2010. Pago de Comisiones por venta de boletos aéreos y Constitución Económica.</i> Por Susana Távara Espinoza	309
4) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de Abril de 2010. Comunidades Campesinas y Derecho al Honor.</i> Por Jose Rojas Bernal	313
5) <i>STC 03592-2007-PA, de 29 de Abril de 2010. Transporte Público Interprovincial. Las Personas Jurídicas como Titulares de Derechos Fundamentales.</i> Por Clementina Rodríguez Fuentes	319
6) <i>STC 04657-2008-PA, de 09 de Junio de 2010. Ejecución de la Sentencia Constitucional.</i> Por Jose Rojas Bernal	323
7) <i>STC 05181-2009-PA, de 30 de Junio de 2010. Caso Elsa Canchaya.</i> Por Jorge León Vásquez	327

8) <i>STC 06316-2008-PA, de 30 de Junio de 2010. Derecho a la consulta y pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial.</i> Por Johan León Florián	331
9) <i>STC 05427-2009-PC, de 23 de Agosto de 2010. La inconstitucionalidad por omisión y el deber de reglamentar el derecho a la consulta.</i> Por Johan León Florián	339
10) <i>STC 04749-2009-PA, de 24 de Agosto de 2011. La protección constitucional de las personas con VIH/SIDA.</i> Por Jaime de la Puente Parodi	345

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Armin von Bogdandy

El paradigma del pluralismo normativo.

<i>Una nueva perspectiva de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales</i>	353
---	-----

Mariela Morales Antoniazzi

La no reelección como garantía de la democracia

<i>¿Reconstrucción vs. Desconstitucionalización?</i>	375
--	-----

Martha C. Paz

El derecho al olvido. La influencia del tiempo en la determinación de un asunto noticioso que ya no es públicamente relevante. La doctrina de la

<i>Corte Constitucional Colombiana.</i>	403
---	-----

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández

<i>Derecho de Amparo</i>	415
--------------------------------	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	421
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	423
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	425

COMENTARIO A LA STC 05427-2009-PA,
DE 23 DE AGOSTO DE 2010

*LA INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN Y EL DEBER
DE REGLAMENTAR EL DERECHO
A LA CONSULTA*

POR JOHAN LEÓN FLORIÁN
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas
por el Tribunal Constitucional*

El principio de efectividad de las disposiciones constitucionales. La inconstitucionalidad por omisión. La adecuación del proceso de cumplimiento para el control de las omisiones inconstitucionales. Supuestos para la configuración de la inconstitucionalidad por omisión. La reglamentación inadecuada e insuficiente del derecho a la consulta.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

Aún cuando el Tribunal había emitido ya dos importantes sentencias sobre el derecho a la consulta, en la primera de las cuales, el caso *Gonzalo Tuanama Tuanama*^[1], había explicitado los elementos básicos de este procedimiento, mientras que en el proceso seguido por AIDSEP, había establecido la obligatoriedad ineludible de realizar dicho procedimiento a partir de la fecha de publicación de la sentencia *Tuanama*^[2], además de la obligación estatal de llevar adelante planes de compromisos compartidos entre empresas y comunidades

[1] STC 0022-2009-PI/TC

[2] RTC 6316-2008-PA/TC

indígenas donde no se hubiere realizado la consulta^[3]; lo cierto era que, aún el Poder Ejecutivo, se seguía excusando en la falta de una ley de desarrollo del derecho a la consulta para no implementar este procedimiento.

Con posterioridad a los lamentables hechos del 05 de junio de 2009, ocurridos en la localidad de Bagua, que se habían suscitado, entre otras cosas, por el desencuentro entre comunidades indígenas y gobierno por la aprobación de los decretos legislativos sobre inversión privada en la selva, sin la realización previa del procedimiento de consulta^[4], el Congreso había emprendido la tarea de aprobar, en el más breve lapso, una ley de desarrollo del derecho a la consulta. Así, en sesión ordinaria de fecha 19 de mayo de 2010, el Parlamento aprobó la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, respondiendo, de este modo, al pedido de las comunidades indígenas, y cumpliendo con la obligación derivada del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, el Poder Ejecutivo, días después, utilizaría su facultad de veto, para observar la ley enviada por el Congreso, en diversos puntos, que no corresponde aquí abordar.

Para lo que a este breve comentario importa, a la fecha de publicación de la sentencia, el Estado no había implementado aún los procedimientos de consulta en las decisiones que afectaban a los pueblos indígenas, ni había emitido una ley que especifique los lineamientos generales y determine las responsabilidades en la operativización de este derecho. Ello, al margen de significar un incumplimiento de las obligaciones estatales derivadas del Convenio 169 de la OIT, suponía no contar con un mecanismo que posibilite la solución de diversos conflictos sociales, en los que se hallaban involucradas comunidades indígenas, las cuales, de este modo, tampoco contaban con medios institucionales para hacer escuchar su voz y parecer sobre los proyectos que buscaban ser implementados en sus territorios. Como la propia sentencia recalcaría, en uno de sus considerandos, según el Reporte de Conflictos Sociales N° 75 de la Defensoría del Pueblo, de los 255 conflictos sociales existentes en ese momento en el país, 132 casos eran conflictos socioambientales, donde se encontraban implicadas comunidades indígenas. Bajo ese panorama, le tocaba al Tribunal decidir si era posible o no que, vía un proceso de cumplimiento, destinado más bien al control de las omisiones en el cumplimiento de la ley o de los actos administrativos, pudiera controlarse la omisión en el cumplimiento de un tratado internacional, ordenando al Ministerio de Energía y Minas la emisión de un reglamento sobre el derecho a la consulta.

[3] STC 6316-2008-PA/TC

[4] Vid. Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua “*Ajumaish Junikchamu Ati*” (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009.

3. *Análisis*

El primer problema al que se enfrenta el Tribunal, en la solución de la controversia, se centra pues en la procedencia de la demanda. Y es que, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP), plantea en términos claros, como su pretensión, la de hacer cumplir los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, que establecían la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas cualquier decisión legal o administrativa que los afecte; es decir, pretendía el demandante, hacer cumplir un mandato derivado no de una ley o un acto administrativo, sino de un tratado internacional; más concretamente aquel que estaría implícito en dichos artículos, esto es, la emisión de la normativa necesaria para hacer efectivo el referido derecho de consulta. Es justamente esta razón, de orden formal, la que hizo que las instancias inferiores declararan improcedente la demanda de cumplimiento.

El tema, sin embargo, no fue, desde el inicio del excurso argumentativo de la sentencia, así de claro para el Tribunal. Y es que, parecía difícil admitir, a primera vista, que una demanda, donde estaba en juego la fuerza normativa de la propia Constitución (dado que el Tribunal reconoció desde un inicio el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT) fuera declarada improcedente, más aún cuando, como el Tribunal explicitaría en los fundamentos, no existía en el ordenamiento procesal constitucional peruano, ningún otro instrumento idóneo para exigir el cumplimiento de mandatos de desarrollo legislativo derivados de la Norma Fundamental. Aquí es donde el TC encuentra que el problema es el que, en la doctrina y jurisprudencia comparada, se conoce como “inconstitucionalidad por omisión”, y que en otros sistemas jurídicos posee un cauce específico para su control, a través de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”.

En adelante, el Tribunal centra su preocupación en justificar la importancia de que, en un Estado Constitucional, la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales no se vea mermada por las inacciones del legislador, más aún cuando el Texto Constitucional encarga en éste la realización de determinadas acciones o desarrollo legislativo para dar cabal cumplimiento a un mandato constitucional. Dicha necesidad se torna más patente, según el Tribunal, cuando en el seno del Estado Social de Derecho, las disposiciones que aseguran su virtualidad jurídica son, sobre todo, disposiciones programáticas, que requieren de una definición legal para su vigencia práctica. En dicho contexto, el propio valor fundamental de las cláusulas de derechos sociales se encuentra supeditado, en gran medida, a la labor de desarrollo normativo llevada a cabo por el legislador.

Entonces, razona el Tribunal, para que la eficacia normativa de la Constitución, y la vigencia de los derechos sociales, en particular, no quede al albur de una decisión legislativa, es necesario que la jurisdicción constitucional tenga

también el encargo de controlar las deficiencias, olvidos u omisiones en que incurra el órgano legisferante. Es por esta razón, además del hecho de encontrarse en juego un derecho fundamental de especial relevancia para un grupo que goza de especial protección constitucional (como era el caso del derecho de consulta de los pueblos indígenas), que el Tribunal considera necesario adecuar el proceso de cumplimiento, para verificar la omisión en que habría incurrido el Ministerio de Energía y Minas al no reglamentar adecuadamente, para el sector que le compete, el derecho a la consulta. Aquí el Tribunal opta por una solución que, al margen de morigerar la disposición constitucional que establecía que el proceso de cumplimiento servía sólo para hacer cumplir mandatos legales o actos administrativos, permite otorgar mayor eficacia normativa al íntegro de la Constitución, y brindar protección efectiva a los derechos fundamentales, de acuerdo a los principios de interpretación constitucional, muchas veces utilizados por el Tribunal, de unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia normativa y mayor protección de los derechos fundamentales.

En lo que concierne a la configuración de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal encuentra que, en el caso *in comento*, se dan los presupuestos necesarios para declarar la presencia de esta forma de inconstitucionalidad. En primer lugar, entiende el TC que el *mandato de desarrollar normativamente* las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que recogen el derecho a la consulta, se encuentra implícito en dichas disposiciones y resulta lo suficientemente claro para exigir su cumplimiento. En este punto, recurre a la cita de diversos tratados internacionales que establecen como una de las principales obligaciones de los estados al momento de implementar un tratado, la de emitir normas de derecho interno que den eficacia práctica al convenio internacional. El argumento más interesante, sin embargo, lo constituye aquel según el cual la necesidad de regulación normativa y, por tanto, su exigibilidad pueden derivarse de la propia realidad, cuando se ha constatado que la falta de una ley o un reglamento es uno de los principales obstáculos para la implementación de un derecho fundamental, en este caso, la consulta.

En segundo lugar, el TC estima que el *tiempo transcurrido* para que el Estado haya desarrollado la regulación necesaria para efectivizar este derecho ha sido más que suficiente, pues han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N. ° 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995). Por último, las consecuencias sobre la afectación de derechos fundamentales y el permanente conflicto social en torno a los pueblos indígenas, patentiza la existencia de un *resultado inconstitucional*, que es otra condición para que se configure la “inconstitucionalidad por omisión”. Efectuadas todas estas precisiones, y comprobado el hecho de que la diversa y dispersa normativa existente sobre el derecho

a la consulta no satisface lo ordenado por el Convenio 169, en tanto la misma no se encuentra dirigida a pueblos indígenas, ni recoge los requisitos de ser procedimientos previos y que busquen el consentimiento, el Tribunal declara el incumplimiento, por parte del Ministerio de Energía y Minas (ente demandado), de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, en materias de su competencia, ordenándole, por consiguiente, la emisión, en el lapso más breve, del correspondiente reglamento, de acuerdo a las características del derecho a la consulta explicitadas en la propia sentencia.

Al margen de los argumentos técnico-jurídicos utilizados por el Colegiado Constitucional para estimar la demanda, y justificar, sobre todo, el ingreso al fondo del asunto, y que parecen correctos de cara a la dogmática constitucional, parece avizorarse, en varios apartados de la sentencia, alguna intención adicional, una razón de fondo en la sentencia, que es la que finalmente ilumina y da sentido a toda la argumentación desplegada. Una motivación que podría resumirse en el intento del Tribunal de enfrentar y superar un problema que no tenía sólo connotaciones jurídicas, sino, sobre todo, políticas y sociales: la necesidad de habilitar el proceso de cumplimiento, al margen de los formalismos, para ofrecer un mecanismo de garantía adicional, que pueda hacer finalmente efectivo el derecho a la consulta. Transluce aquí pues, como sucede en otros tribunales o cortes que practican un cierto activismo judicial, una concepción de la justicia, algo distinta de aquella que cree que su único deber es aplicar el derecho preestablecido. Dicha concepción, estima más bien, que la función de la justicia es conseguir, por medio del derecho, una transformación de la realidad social, cuando ésta pareciera estar distante y lejana de los valores que inspiran el ordenamiento jurídico^[5].

Aunque dicha concepción pueda ser criticable, desde varios puntos de vista, pues parece confirmar ciertas posturas del realismo jurídico, o dejar demasiado espacio para la ideología de los jueces, lo cierto es que, dicha dimensión *transformativa*, sobre todo de la jurisdicción constitucional, también puede ser recomendable, y así sucede a menudo, en países que recién empiezan a vivir según valores y principios constitucionales, y donde el discurso de los derechos es más una utopía que una realidad. La reciente publicación del Proyecto de Reglamento sobre el Derecho a la Consulta, por parte del Ministerio de Energía

[5] Así, se ha hablado de la función que tienen, por ejemplo, los grandes casos de derechos sociales de “desbloquear” la endeble estructura institucionalidad y democrática de un país, y promover un cambio en ella. Vid. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en *La protección judicial de los derechos sociales* Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, pp. 343 y ss.

y Minas, en su página web^[6], parece haber dado la razón a la postura activista y la visión de la justicia, en clave transformativa, operada por el Tribunal en esta sentencia. Aunque, como también nos recuerda dicha concepción del derecho, la emisión de las leyes o una victoria judicial, son apenas el primer paso en la lucha por los derechos^[7]. Veremos.

[6] Sobre la reciente publicación del Proyecto de Reglamento del Derecho a la Consulta, por parte del Ministerio de Energía y Minas vid. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/blog1/>.

[7] VALENCIA VARGAS, Areli: “Derechos humanos y equidad social: Avanzando hacia una visión transformativa en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 13, México, enero-junio de 2010, pp. 213 y ss.