

al territorio nacional y al espacio aéreo que lo cubre, dicha referencia se hace en virtud al ámbito geográfico dentro del cual las aerolíneas prestan sus servicios, sin que ello implique interferencia alguna sobre la potestad del Estado respecto al dominio sobre el espacio aéreo nacional" [énfasis agregado].

Por lo cual, a juicio de la Sala, no habría vulneración alguna de los artículos 56º ni 44º de la Constitución.

2.5. Finalmente, en su fundamento **Décimo**, la Sala Superior descarta que la Resolución y el Memorándum de Entendimiento vulnere el artículo 7º de la Convención de Viena, por cuanto si el Memorándum no versa sobre aspectos referidos a la soberanía sobre el espacio aéreo nacional, *"no corresponde la suscripción de un Tratado internacional sobre el acuerdo de los asuntos aerocomerciales en los países"*. Pero, además de ello, si se tratara de cuestionar la representatividad de las personas que suscribieron el citado Memorándum, la Sala concluye que *"en materia de actividad aerocomercial, la normatividad interna de la materia permite la suscripción de Memorandos de Entendimiento, como la cuestionada en el fondo en la presente demanda, cuya negociación y suscripción se encuentra a cargo del Director General de Aeronáutica Civil y cuya ratificación corre a cargo del Ministro de Transportes y Comunicaciones, como ha ocurrido en el presente caso, situación que se encuentra conforme a la legislación nacional"*.

2.6. Por todas estas consideraciones, en su considerando **Décimo Tercero** la resolución recurrida concluye que debe declararse improcedente la demanda de acción popular de autos, por cuanto los argumentos expresados por nuestra parte,

"(...) no guardan relación con los contenidos constitucionalmente protegidos de los derechos invocados, pues la norma cuestionada no es de carácter general, contrario a lo señalado por el artículo 76º del Código

Procesal Constitucional, además que el contenido del Memorándum ratificado por dicha norma cuestionada no afecta la soberanía sobre el espacio aéreo nacional y su negociación, suscripción y ratificación se ha llevado a cabo por las personas que el ordenamiento jurídico nacional ha autorizado para tal efecto, motivo por el cual, la demanda debe ser desestimada, conforme al inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional".

2.7. En síntesis, de los párrafos transcritos, es posible deducir que la Sala Civil ha declarado improcedente la demanda en base a las siguientes razones:

- 2.7.1. La demanda es improcedente porque **los argumentos expuestos por nuestra parte "no guardan relación con los contenidos constitucionalmente protegidos de los derechos invocados"** (artículo 5º inciso 1 de la Constitución)
- 2.7.2. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala asume nuestra demanda sería improcedente porque **la Resolución Ministerial N.º412-2011-MTC/02 no es una norma de carácter general** (requisito previsto en el artículo 76º del Código Procesal Constitucional)
- 2.7.3. Finalmente, la Sala expresa que el contenido del Memorándum ratificado por la Resolución Ministerial N.º412-2011-MTC/02 **no versa sobre la soberanía del espacio aéreo nacional** y, por ende, no afecta los artículos 44º ni 54º de la Constitución.
- 2.7.4. Y, por último, **la negociación, suscripción y ratificación del Memorándum de Entendimiento se ha llevado a cabo por personas autorizadas a tal efecto en nuestro ordenamiento jurídico**, por lo que tampoco se afecta el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

- 2.8. En suma, de la lectura de la Resolución N.º 10, materia de impugnación, se aprecia que éste incurre en diversos errores y vacíos, los cuales desarrollaremos a continuación.

IV. ERRORES DE LA RESOLUCIÓN APELADA

- 3.1. Sobre la base de lo expuesto, expondremos a continuación cada uno de los errores en los que ha incurrido la resolución que se apela y que serán objeto de una nueva evaluación por el Superior Jerárquico, esperando que se rectifiquen las omisiones incurridas y se revoque la resolución, y se declare fundada nuestra pretensión de acción popular.

a) **ES INCORRECTA LA APLICACIÓN DE LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 5º INCISO 1 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.**

- 3.2. Un primer error que contiene la Resolución apelada, señor Presidente, consiste en la indebida aplicación de la causal de improcedencia del artículo 5º inciso 1 del Código Procesal Constitucional; disposición que, como señala el encabezado del Título I del Código Procesal Constitucional (dentro del cual figura el artículo 5º), sólo resulta aplicable a los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento (esto es, procesos de tutela de derechos), y no a los procesos de control normativo (como lo es, en este caso, el proceso de acción popular).
- 3.3. Por ello, se explica el craso error en el que incurre la Resolución apelada cuando justifica la improcedencia de la demanda, señalando que los argumentos expuestos en nuestra demanda de acción popular "(...) *no guardan relación con los contenidos constitucionalmente protegidos de los **derechos invocados***". Aquí la pregunta es la siguiente: ¿cabe hablar de "derechos invocados" en

una demanda de acción popular? Sin desconocer la dimensión subjetiva de los procesos de control normativo, es obvio que una demanda de acción popular es un proceso de control abstracto, en el cual el juez constitucional sólo debe ceñirse a comparar la compatibilidad lógica entre dos normas (la reglamentaria, y la norma constitucional y/o legal), para extraer de allí la conclusión sobre su constitucionalidad y/o legalidad. De hecho, en nuestra demanda de acción popular, lo que hemos denunciado es la afectación del bloque de constitucionalidad conformado por los artículos 44º y 54º de la Constitución y la Convención de Viena, pero nuestra demanda no se fundamenta en la violación "derechos invocados" como erróneamente sostiene la Sala.

- 3.4. En realidad, las únicas causales de improcedencia previstas para el caso de la acción popular, son aquellas que figuran en el artículo 76º del Código Procesal Constitucional, que a la letra señala:

*"Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular
La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso".*

- 3.5. Sólo estas, y no otras, son las causales de improcedencia que el juez constitucional puede aplicar a la acción popular; pues de lo contrario, si se pudiera extender otras causales previstas para otro tipo de procesos constitucionales, se estaría desnaturalizando la finalidad que persigue el proceso de acción popular, que al igual que el proceso de inconstitucionalidad, busca garantizar la supremacía normativa de la Constitución en abstracto, y no así la tutela de "derechos" constitucionales en un caso concreto; del mismo modo como no se podría aplicar una causal de improcedencia prevista para los procesos de control normativo, a los procesos de tutela de derechos constitucionales, lo que sería igualmente un despropósito.

- 3.6. Por esta razón, consideramos que la invocación del artículo 5º inciso 1 del Código Procesal Constitucional, como justificación para declarar la improcedencia de nuestra demanda de acción popular, es impertinente e incorrecta a todas luces, por lo que constituye un error que deberá ser advertido y corregido oportunamente por el superior jerárquico.

b) ES FALSO QUE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N.º 412-2011-MTC/02 NO SEA UNA NORMA DE CARÁCTER GENERAL (COMO EXIGE ARTÍCULO 76º DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL).

- 3.7. En segundo lugar, hace bien la resolución apelada al afirmar que es un requisito de procedencia de la acción popular, el que la norma que se impugna sea una de carácter general. Sin embargo, yerra al concluir que la Resolución N.º 412-2011-MTC no sea una norma de tales características. Veamos.
- 3.8. Tal como hemos expuesto ampliamente en la demanda, la Resolución Ministerial N.º 412-2011-MTC/02 y el Memorándum de Entendimiento suscrito entre las autoridades de aeronáutica civil de Perú y Chile, vulneran flagrantemente nuestro ordenamiento constitucional y legal, en tanto ha permitido que Chile, en la actualidad, a través de las empresas Lan Airlines y su filial Lan Perú, ostenten hoy un cuasi monopolio, y una posición de dominio en el mercado internacional, que evidentemente afecta no sólo al interés nacional y a las empresas peruanas que se dedican a la aviación civil (en las cuales se viene generando una situación manifiestamente discriminatoria), sino también a los usuarios del servicios aéreo en nuestro país. He allí la prueba de que, contrariamente a lo sostenido por la Sala, la norma cuya constitucionalidad venimos cuestionando sí es una norma general, pues sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico abarca a una pluralidad de destinatarios en los hechos, y no sólo a quienes suscribieron dicho Memorándum de Entendimiento, como lo entiende erróneamente la resolución apelada.

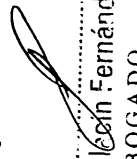
- 3.9. Por estas consideraciones, consideramos que este extremo de la resolución impugnada, en el sentido de que nuestra demanda de acción popular sería improcedente porque la norma impugnada no tiene efectos generales, carece de sustento, y amerita ser revisada por el Superior Jerárquico.

c) ES FALSO QUE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N.º 412-2011-MTC/02 NO GUARDE RELACIÓN CON EL TEMA DE LA SOBERANÍA DEL ESPACIO AÉREO PERUANO.

- 2.9. En tercer lugar, consideramos que la Resolución Ministerial N.º 412-2011-MTC/02, contrariamente a lo señalado en la resolución apelada, sí guarda relación con el asunto de la soberanía del espacio aéreo peruano, y por tanto, sí afecta los artículos 44º y 54º de la Constitución.
- 2.10. Para ello, bastará señalar que, como hemos expresado en la demanda de acción popular, estamos ante un tema de soberanía porque, mediante la cuestionada Resolución Ministerial y el Memorándum de Entendimiento que ésta ratifica, se está entregando segmentos de quinta libertad a la República de Chile, sin reciprocidad y sin exigirle las compensaciones económicas que exige el artículo 98º inciso d) de la Ley N.º 27261, Ley de Aeronáutica Civil; y es el caso, que el artículo 56º de la Constitución, establece que los tratados en temas de soberanía, deben ser aprobados por el Congreso, antes de la ratificación del Presidente; procedimiento éste que, demás está decirlo, no ha sido observado por la Resolución Ministerial materia de acción popular.
- 2.11. En este punto, no debe olvidarse que el artículo 98º de la Ley N.º 27261 establece el derecho a pedir una compensación económica, ante la ausencia de reciprocidad, a una transportadora como es LAN Airlines. Sin embargo, al negociarse y aprobarse el Memorándum de Entendimiento, que luego fue ratificado por la Resolución Ministerial que cuestionamos, se ha dejado de lado esta compensación, lo que supone que esta Resolución Ministerial agravia también la citada Ley

N.º 27261, Ley de Aeronáutica Civil, y que establece los criterios para el otorgamiento de los derechos aerocomerciales, y que es una norma que se encuentra gobernada por el principio de reciprocidad, que se ve vulnerado manifiestamente por la norma impugnada.

- 2.12. Por eso decir -como lo hace la Sala- que las disposiciones reglamentarias materia de acción popular no afectan la soberanía nacional, no se condice con la verdad de los hechos, pues está demostrado que sí tiene una directa incidencia en la definición de la soberanía del espacio aéreo nacional y, sobre todo, en la inobservancia del derecho a la compensación que prevé la Ley N.º 27261; compensaciones que jamás fueron negociadas por el Estado Peruano y su similar de Chile. Dicho en otras palabras, en tanto nuestra autoridades de aeronáutica civil no negociaron compensación económica alguna a favor del Estado Peruano, por los derechos de quinta libertad que fueron otorgados a Chile, incurrieron en una grave omisión respecto a los derechos soberanos que ostenta nuestro país en la utilización y uso del espacio aéreo.
- 2.13. Siendo esto así, si los acuerdos asumidos en el Memorándum de Entendimiento, ratificados por la Resolución Ministerial N.º 412-2011-MTC/02, versaban o tenían directa incidencia en la soberanía del espacio aéreo nacional, dicha materia sólo podía ser abordada y aprobada válidamente por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República (tal como manda el artículo 56º de la Constitución); y en el negado supuesto de que se trate de un simple convenio, si bien no se requiere la aprobación previa del Congreso, sí era necesario un Decreto Supremo debidamente refrendado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, así como por el Presidente de la República, y coordinado con el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que indudablemente no sucedió en el presente caso (sólo fue firmado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones de ese entonces), por lo que debido a esta infracción del artículo 56º de la Constitución, las citadas disposiciones reglamentarias son inconstitucionales, y ello amerita que se declare fundada la demanda de acción popular de autos, en todos sus extremos.


Julián Palacín Fernández
ABOGADO
Reg. C.A.L. N.º 7623

d) ES FALSO QUE LA NEGOCIACIÓN, SUSCRIPCIÓN Y RATIFICACIÓN DEL MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO HAYAN SIDO CONFORMES A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

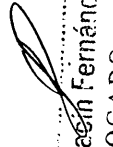
3.10. Finalmente, señor Juez, apreciamos que la Resolución N.º 10, declaratoria de improcedencia de nuestra demanda de acción popular, desconoce que, precisamente por cuanto la materia regulada en las disposiciones cuestionadas versaban sobre la soberanía del espacio aéreo nacional, ésta debían seguir el cauce o procedimiento previsto en los artículos 44º y 54º de la Constitución; por lo que, al no hacerlo así, vulneran también estas disposiciones constitucionales, así como el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3.11. En definitiva, en el presente caso, la Sala Civil no ha fundamentado correctamente por qué considera que nuestra pretensión de acción popular resulta improcedente, por lo que esta ausencia de análisis sobre el fondo del asunto impide la correcta solución a este proceso de control normativo, lo que equivale a decir que la decisión de la Sala abdica en la protección de la regularidad constitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

V. NATURALEZA DEL AGRAVIO

4.1. El auto expedido por la Sala, mediante la cual se ha declarado improcedente nuestra demanda de acción popular sin tomar en consideración los argumentos expuestos por nuestra parte, ha determinado que la supremacía normativa de la Constitución y de la ley no sean adecuadamente protegidos a través de esta vía de control normativo.

4.2. En tal sentido, la resolución apelada aplaza la reparación a estas afectaciones al orden constitucional y legal, ocasionadas por las disposiciones reglamentarias materia de acción popular; lo cual implica que se viene postergando la necesidad de que se restablezca dicha situación anormal a través de la expulsión de tales


Julián Palacín Fernández
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 7633

disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, y su consecuente imposibilidad de aplicación a sus destinatarios.

POR TANTO:

A Ud., señor Presidente, pido nos conceda el presente recurso de apelación que interponemos contra la Resolución N.º 10 de fecha 24.08.16; y disponga su elevación para que sea REVOCADA por el Superior Jerárquico, y finalmente, se declare FUNDADA en todos sus extremos nuestra demanda de acción popular.

PRIMER OTROSI DIGO: Solicito informe oral a cargo de nuestro abogado Julián Palacín Fernández Reg CAL 7633 a quien se le deberá notificar en la Casilla electrónica del Poder Judicial N° 44063 y a nuestro domicilio procesal en la Av. José Pardo 764 10º piso 101 Miraflores.


SEGUNDO OTROSI DIGO: Fijo Casilla electrónica del Poder Judicial N° 44063.

TERCER OTROSI DIGO: Adjunto copia del presente recurso y tasa de arancel judicial por apelación de autos y dos cédulas de notificación.

Miraflores, 20 de septiembre de 2016



JULIAN PALACIN FERNÁNDEZ
Abogado Reg CAL 7633



ROBERTO E. ANGULO ALVAREZ
DNI N° 06293811