

Es Bueno Jalar pero no Romper. Configuración del Superproceso de Cumplimiento para las Inconstitucionalidades por Omisión Normativa. Alcances sobre la Sentencia N° 5427-2009-PI/TC

Arturo Augusto Fernández Cano^{* **}

“En el presente artículo el autor realiza un análisis crítico desde el punto de vista constitucional de la reciente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en la que se ordena al Ministerio de Energía y Minas emitir un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, en cumplimiento de los principios y reglas previstos en el Convenio 169 de la OIT.”

I. El Avatar Peruano

1. El cambio de modelo económico que trae la Constitución Política de 1993 permite que el Estado deje de lado su antiguo rol de empresario, promoviendo el ingreso de los privados a las actividades económicas, sobre todo las que se refieren al aprovechamiento de recursos naturales de origen minero y energético (hidrocarburos y electricidad).

2. Ahora bien, siendo cierto que con la Constitución Económica actual el sector privado cuenta con herramientas para que obtenga, por parte del Estado, los títulos habilitantes pertinentes (básicamente a través de las concesiones mineras; contratos de licencia y de servicios en hidrocarburos; concesiones/autorizaciones para la generación, transmisión y distribución de electricidad), no deja de ser cierto que estamos inmersos, según ordena el texto Fundamental, en una Economía Social de Mercado, existiendo una creciente presión de las comunidades indígenas por expresar sus inconvenientes de aceptar pacíficamente el ingreso a sus “territorios ancestrales”, por parte de las empresas

que van a emprender las actividades extractivas que el Estado ha autorizado.

3. Bajo los antecedentes expuestos se pretende, a través del presente artículo, esbozar algunas ideas preliminares sobre la sentencia que ha emitido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 5427-2009-PC/TC¹, desde una perspectiva particular: la pertinencia del proceso de cumplimiento para dar contenido a la pretensión que el Tribunal ha acogido en su sentencia, permitiendo dicho mecanismo procesal que se ordene que el Poder Ejecutivo, específicamente el Ministerio de Energía y Minas, que reglamente un instrumento internacional, a pesar de que el propio Tribunal ha previsto, con carácter de precedente constitucional vinculante, cómo deben entenderse los alcances del proceso de cumplimiento.

4. En función a que se ha concretado el marco de análisis de la sentencia constitucional, resulta evidente que determinados temas, como el derecho a la consulta y extracción de recursos mineros y de energía en zonas de comunidades indígenas, no conducirán a un análisis

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en derecho minero y de la energía. Maestro en Derecho Constitucional y Docente del Post Título de Derecho Público en la PUCP, en cursos de minería, hidrocarburos y electricidad. Ha laborado en el sector minero privado y el Poder Judicial, como Magistrado, a cargo de procesos constitucionales. En la actualidad labora como Profesional de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas.

** Los alcances expuestos en el presente artículo no vinculan a los espacios académicos y laborales donde se desarrolla el autor.

1 Una adecuada lectura de la STC N° 5427-2009-PC/TC se genera si de manera complementaria se analizan los alcances de la STC N° 022-2009-PI/TC, vinculada a la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. En dicha demanda se alega principalmente que la norma fue promulgada sin respetarse el derecho a la consulta previa e informada prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Si bien la demanda fue declarada infundada, permitió al Tribunal Constitucional otorgar los alcances sobre el derecho a la consulta de las comunidades indígenas.

exhaustivo en el presente trabajo, por la limitación antes anotada.

II. Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales

A. ¿Cómo se ha Previsto en Sede Nacional la Protección de Derechos Constitucionales?

1. Bajo el panorama descrito se comprende que existe una probabilidad enorme de colisión entre dos derechos fundamentales: (i) la libertad de empresa para realizar actividades extractivas vinculadas a minería y energía; (ii) los derechos con cobertura constitucional que los pueblos indígenas tienen reconocidos, referidos a la consulta². A este escenario, que en sí mismo tiene aspectos de complejidad, cabe que añadamos tres variables que generan más tensiones entre los actores involucrados: empresa, Estado y comunidades indígenas.

2. En primer lugar, el derecho a la consulta se encuentra previsto en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante el Convenio 169³, con lo que tenemos un refuerzo normativo internacional sobre el derecho antes señalado⁴. En segundo lugar, en sede nacional la protección de derechos fundamentales contiene una estructura de sistema dual, con existencia de procesos constitucionales que, dependiendo de las variadas situaciones que se configuran en la realidad, pueden generar el pronunciamiento de decisiones del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Finalmente, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, en adelante el CPCo, aprobado por la Ley N° 28237, se ha previsto la regulación de la doctrina jurisprudencial y los precedentes constitucionales vinculantes, en temas que se refieren a los dos derechos fundamentales que se encuentran en permanente conflicto.

B. Los Modelos Históricos de Protección de Derechos Constitucionales

1. Considerando que el objeto del Derecho Procesal Constitucional es el estudio de los procesos constitucionales y que éstos se dividen en dos grupos principales: (i) de la libertad (buscan tutelar a la persona

respecto de terceros) y (ii) orgánicos (se orientan a tutelar el poder entre las entidades públicas), se conviene sin cuestionamientos que históricamente existen dos modelos de justicia constitucional, a saber el modelo americano y el modelo europeo.

2. Asimismo, que son cuatro las variables que diferencian estos modelos históricos:

A. FORMA DE APLICACIÓN: en el modelo americano se aplica el "control difuso", por parte de los jueces y de manera general, mientras que en el modelo europeo se tiene un "control concentrado", de uso exclusivo por parte de un órgano independiente.

B. AUTONOMIA DEL PROCESO: en el modelo americano se configura un "ingreso incidental" porque el pronunciamiento de aplicación jurisdiccional se origina al interior de un proceso en el que originalmente no se discute la constitucionalidad, mientras que en el modelo europeo se tiene un "ingreso principal", a partir de un proceso cuyo objeto específico es el control de la constitucionalidad.

C. ALCANCES DE LA DECISION: en el modelo americano se tiene "alcance especial" porque la decisión alcanza de manera específica a las partes procesales, en tanto que para el modelo europeo se genera "alcance general", para toda la colectividad.

D. EFECTOS DE LA SENTENCIA: en el modelo americano se tienen "efectos declarativos", que se retrotraen al momento de la causa que originó el incidente (de tipo ex tunc), mientras que en el modelo europeo se configuran "efectos constitutivos", es decir, hacia adelante (de tipo ex nunc).

C. El Modelo Mixto para Proteger Derechos Constitucionales

1. Los modelos históricos, en la versión mencionada, han dejado de ser químicamente puros, motivando la configuración de un "modelo mixto", en base a combinar algunos rasgos propios de uno y otro sistema, por lo que en la actualidad cada país adopta un sistema propio que dista de aquellos modelos históricos,

2 Si bien el derecho a la consulta no está reconocido expresamente en el actual Texto Constitucional, debe verse su configuración a través de los Instrumentos Internacionales, que forma parte del derecho interno en el rango máximo - el constitucional, conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3 A través del Fundamento Jurídico N° 10 previsto en la STC N° 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Convenio 169 tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar el ordenamiento jurídico, incorporando en dicho ordenamiento a los derechos reconocidos por el instrumento internacional, a nivel de derechos de rango constitucional (fuerza activa).

4 En una entrevista realizada por César Landa a Meter Häberle el 27 de noviembre de 1995, se aprecia el siguiente relato a partir de la pregunta número ocho:

Pregunta: "La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho nacional, supone que los magistrados constitucionales tengan que utilizar el derecho internacional en sus resoluciones; pero en caso de incompatibilidad entre la Constitución y el tratado internacional, ¿los jueces pueden preferir indistintamente una u otra norma o hay una jerarquía entre ellas?".

Respuesta: "En el caso improbable de que se produzca un conflicto entre las leyes del derecho fundamental nacional e internacional, incluso hoy el magistrado nacional debería dar preeminencia al derecho internacional, en mi opinión. Esto se basa en la idea, desarrollada en Alemania, de Estado abierto o del Estado de derecho cooperativo". Si bien esta apreciación doctrinaria permitiría considerar los efectos que tienen los instrumentos internacionales en sede nacional, no deberían implicar una "reconfiguración" de los mecanismos procesales existentes en sede nacional, si es que de por medio se tiene una figura procesal que sí puede tener alcances similares. Es decir, la reconfiguración de un mecanismo procesal es más adecuada si es que previamente se ha agotado algún mecanismo de adecuación de otro existente en el ordenamiento procesal constitucional. Ver al respecto: LANDA ARROYO, César. El Rol de los Tribunales Constitucionales ante los conflictos contemporáneos. En: Constitución y Fuentes del derecho. Lima. Palestra. Año 2006. Página 569.

generándose incluso diversas modalidades del modelo mixto, en atención a las opciones que para cada realidad ha previsto el legislador.

2. A nivel sudamericano pueden citarse dos ejemplos gráficos: En primer lugar el caso argentino, con un Poder Judicial que controla la constitucionalidad de las normas a través de procesos autónomos, con efectos generales. Asimismo, el escenario colombiano, con una Corte Constitucional que pertenece a la Rama Judicial (equivalente a nuestro Poder Judicial), en virtud de la Constitución Política de 1991, sin que dicha situación reste su autonomía ni impida que se posicione como una de las Cortes Constitucionales más consolidadas a nivel sudamericano.

D. El Modelo Dual Usado en el Perú

1. Para el caso peruano el legislador ha previsto un "MODELO O SISTEMA DUAL", en el que no hay un solo organismo a cargo de resolver los procesos vinculados a la protección de los derechos constitucionales, pues en realidad el legislador ha considerado pertinente que sean dos entes los encargados de impartir justicia constitucional, a través de un "reparto" de los procesos constitucionales y sin que uno de ellos entre en las competencias del otro. De ello se tiene que existen en nuestra legislación dos tipos de procesos constitucionales:

a) **EXCLUSIVOS:** Son los procesos en los que el conocimiento, trámite y resolución son de exclusividad de un solo órgano (Poder Judicial o Tribunal Constitucional). Ejemplo: los procesos de inconstitucionalidad y competencial (para el Tribunal Constitucional) y la acción popular (para el Poder Judicial).

b) **COMPARTIDOS:** El conocimiento, trámite y resolución son de secuencia compartida entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Ejemplo: el habeas corpus, proceso de amparo, habeas data y proceso de cumplimiento, inician y culminan en el Poder Judicial, aunque cabe la posibilidad que vía recurso de agravio constitucional sean conocidos y culminados en sede del Tribunal Constitucional.

2. Tenemos entonces que para el caso peruano el legislador ha previsto que la protección de derechos constitucionales, se base en un sistema de tipo dual para los procesos constitucionales, con vías autónomas durante su inicio y trámite, siendo factible que bajo ciertas circunstancias estas vías paralelas se crucen, originando que el Tribunal Constitucional, sobre todo en los procesos constitucionales de la libertad, emita el pronunciamiento final sobre la vulneración que se menciona en la demanda, aplicándose esta situación a los casos en que se demanda afectación de derechos constitucionales de las comunidades indígenas, incluyendo el derecho a la consulta.

III. Análisis de la STC N° 5427-2009-PI/TC

A. Antecedentes y Secuencia de Emisión de Sentencias

A.1. Sentencias en Sede Judicial

1. La sentencia analizada fue emitida por el Tribunal Constitucional en base a una demanda de cumplimiento presentada el 03 de agosto de 2007, por parte de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva, en adelante AIDSESP, contra el Ministerio de Energía y Minas, a fin de que cumpla con el Convenio 169, adecuando sus normas, reglamentos y directivas a dicho Convenio en los temas de derecho a la consulta, tierras, territorio y recursos naturales.

2. El argumento central de la demanda consiste en que el Ministerio demandado no ha cumplido con adecuar su normatividad interna al Convenio 169, a pesar que ha sido suscrito por el Estado y ratificado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 26253⁵, ha efectuado una reglamentación de carácter general, aplicable a toda la población en general, siendo necesario que se emita reglamentación específica, destinada especialmente a los pueblos indígenas.

- En primera instancia el 66° Juzgado Civil de Lima declara improcedente la demanda, considerando que de la revisión de la demanda se desprende un conflicto de interpretación del sistema jurídico vigente, sin que sea adecuado el uso del proceso de cumplimiento. Esta sentencia es apelada y anulada por la Quinta Sala Superior Civil de Lima, por considerar que el juez ha incurrido en error al desestimar la demanda de manera liminar.

- El 59° Juzgado Civil de Lima admite la demanda, declarándola improcedente en su sentencia, sobre la base que el mandato cuyo cumplimiento se solicita es controvertido, siendo necesaria la actuación de medios probatorios, añadiéndose que existen otros procedimientos especiales previstos en el Convenio para los supuestos de incumplimiento de los Estados parte, por lo que se configuran estas opciones como vías procedimentales satisfactorias.

- La Quinta Sala Superior Civil confirma la sentencia, estimando que la verificación del incumplimiento imputado al Estado amerita una confrontación de las normas emitidas sobre la materia, lo cual no puede realizarse en un proceso constitucional como el de cumplimiento.

A.2. Sentencia del Tribunal Constitucional

En vista del recurso de agravio constitucional presentado por AIDSESP contra la denegatoria de segunda instancia, el Tribunal Constitucional

emite la STC N° 5427-2009-PI/TC, resolviendo los siguientes puntos:

1. Declara fundada la demanda, por acreditarse el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, reconocido en el Convenio 169.

2. Ordena al Ministerio de Energía y Minas que dentro del marco de sus competencias emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, según los principios y reglas previstos en los Artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169, según el análisis del Fundamento Jurídico N° 60 de la sentencia.

3. Exhortar al Congreso de la República que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el Artículo 108° de la Constitución Política y de manera inmediata, culmine con el trámite de promulgación de 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", en adelante, la Ley de Consulta, que ha sido aprobada en su sesión ordinaria de fecha 19 de mayo de 2010.

4. Declarar improcedente la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio de Energía y Minas de adecuar sus reglamentos al Convenio 169, en materias de derecho a la tierra, medio ambiente y recursos naturales, por no ser asunto de su competencia.

B. Asuntos Relevantes en la Sentencia del Tribunal Constitucional

Para un adecuado análisis de la sentencia emitida y sobre la base que una examinación más juiciosa de todos los temas de incidencia legal que se generan, excede ampliamente los alcances de extensión del presente artículo, consideramos pertinente efectuar los alcances pertinentes sobre los siguientes aspectos derivados del razonamiento del máximo intérprete de la Constitución:

B.1. Babel o la Confusión de los Términos: ¿Ha Nacido un Superproceso de Cumplimiento?

1. Con la emisión de la STC N° 168-2005-PC/TC el Tribunal Constitucional resolvió declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los Fundamentos 14, 15 y 16 de la sentencia citada, constituían precedente vinculante inmediato, de conformidad con el Artículo VII del Título Preliminar del CPCo, por lo que a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, toda demanda de cumplimiento, presentada o en trámite, que no cumpla con tales condiciones, debía ser declarada improcedente.

“(.. .) siendo adecuado que el proceso de cumplimiento sea utilizado para alcanzar la eficacia de las leyes y actos administrativos, no puede generar un mega proceso de cumplimiento que legitime la reglamentación de normas constitucionales de cualquier tipo. En tal sentido, debe atenderse en todo momento a que “es bueno jalar pero no romper”.

2. Ahora bien, para ubicarnos en contexto, recordemos que estos fundamentos señalaban los siguientes puntos:

(...)

14. “Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuncia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

(...)"

3. Desde la perspectiva planteada, no cabe duda que para el Tribunal Constitucional resultaba claro que a partir de la STC N° 168-2005-PC/TC, las reglas de juego procesales, vinculadas a los procesos constitucionales de cumplimiento, habían sido previstas de modo contundente, siendo adecuado señalar que en virtud del Artículo VII del Título Preliminar del CPCo, cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. Sin embargo, esto no se ha producido en la sentencia del Expediente N° 5427-2009-PI/TC, a pesar de la exigencia normativa y el cambio de las reglas procesales inicialmente previstas.

4. De otro lado, queda claro que desde un primer momento, a nivel de la doctrina constitucional, se ha considerado que el proceso de cumplimiento deriva del *writ of mandamus*, institución del Derecho anglosajón que fue posteriormente desarrollada en Estados Unidos, referida tempranamente a las órdenes provenientes del monarca. Esto se aprecia de los mandatos a través de cartas o misivas, mandamientos y misivas durante el siglo XII. Posteriormente, con el desarrollo del sistema judicial sajón, el *writ of mandamus* toma la forma de un proveído judicial, a través del cual la *Court of King's bench* (tribunal competente para los procesos del rey y su Administración, emitía en nombre del monarca y a favor de un súbdito, órdenes dirigidas a cualquier persona, corporación o tribunal inferior, requiriéndole el cumplimiento o ejecución de un deber ya determinado por un tribunal real⁶.

5. A nivel sudamericano, se tiene la "acción de cumplimiento" regulada en Colombia, a través del Artículo 87° de la Constitución colombiana promulgada en el año 1991, señalándose que:

"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

Cabe remarcar que a través de leyes y jurisprudencia emitida en el desarrollo de procesos ante la Rama Judicial⁷, se denominó acción de cumplimiento al mecanismo previsto en la Constitución.

6. Bajo estos alcances resulta desproporcionado que el Tribunal Constitucional, sin considerar la Teoría de los Precedentes, deje sin efecto su anterior postura y señale que es viable la interposición de procesos de cumplimiento cuando se generan inconstitucionalidades por omisión, toda vez que dicha postura trastoca completamente el contenido de esta institución procesal, obviando los antecedentes históricos que han inspirado su recepción y configuración. Sin embargo, a pesar de las limitaciones que tiene el contenido del proceso de cumplimiento, por su mismo origen, considero oportuno señalar lo siguiente en el Fundamento Jurídico 23, en el rubro 4.3, denominado "**Adecuación del presente proceso de cumplimiento para controlar la inconstitucionalidad por omisión normativa planteada**":

(...)

23. "Determinada entonces la obligación de cumplir los mandatos constitucionales, específicamente de desarrollar normativamente las disposiciones constitucionales que así lo demandan, y establecida también la posibilidad de control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales por parte del juez constitucional, queda preguntarse si el proceso de cumplimiento es el mecanismo procesal adecuado para examinar la comisión de una omisión normativa inconstitucional. En este punto, este Tribunal debe reconocer que no le corresponde dentro de las competencias que la Constitución le ha encomendado regular con carácter general la habilitación de procesos o procedimientos para hacer frente a determinadas situaciones jurídicas de la realidad. Ello obviamente es tarea del constituyente o, en su caso, del legislador democrático. Deberá ser éste, en todo caso, quien enmiende, a través de una reforma constitucional, por ejemplo, la incoherencia formativa que aquí se ha señalado. Sin embargo, también es cierto que es deber de todo juez impartir justicia en el caso concreto, aun en ausencia de ley o con la deficiencia de ésta, tal y como lo ordena la propia Constitución en su artículo 139 inciso 8.

En dicho contexto, este Colegiado considera que detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones formativas inconstitucionales, cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que de respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional, lo cual, como ya se dijo, también está prohibido por la Constitución. Ante la aparente solución distinta que muestran dos disposiciones constitucionales (la primera, que no ha previsto el control de las omisiones normativas a través

6 FERNANDEZ BARREIRO, Alejandro. La tradición romanística en la cultura jurídica europea. Madrid: Ramón Areces, 1992. Páginas 55-56

7 En Colombia se denomina Rama Judicial al equivalente del Poder Judicial peruano y si bien dentro de su estructura se encuentra la Corte Constitucional, que sería el símil de nuestro Tribunal Constitucional, esto no significa que el órgano constitucional colombiano tenga menor independencia, respecto de la Rama Judicial.

del proceso de cumplimiento, y la segunda, que obliga al juez a no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley), este tribunal estima que es su deber inexcusable preferir aquella que más favorece la defensa la Constitución, al persona y su dignidad y, por ello, aquella que mejor resguarda sus derechos fundamentales (...)"

"(...) resulta desproporcionado que el Tribunal Constitucional, sin considerar la Teoría de los Precedentes, deje sin efecto su anterior postura y señale que es viable la interposición de procesos de cumplimiento cuando se generan inconstitucionalidades por omisión, toda vez que dicha postura trastoca completamente el contenido de esta institución procesal, obviando los antecedentes históricos que han inspirado su recepción y configuración".

7. Según se aprecia, resultaba más pertinente que el Tribunal Constitucional, a efectos de guardar coherencia con su labor de máximo intérprete de la Constitución, que señale la pertinencia, ante la omisión legislativa de regularse algún mecanismo específico para las omisiones inconstitucionales, que resultaba pertinente acudir a la vía procesal del amparo, en atención a que es factible, según se prescribe en el Artículo 200º numeral 2) del texto Constitucional, en aquellos casos que:

"(...) se produce un hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)"

B.2. El Secreto de tus Ojos: El Deber de Reglamentación como Consecuencia de la Omisión Inconstitucional

1. En virtud de la STC N° 5427-2009-PC/TC, el Tribunal Constitucional considera pertinente que existen tres supuestos que configuran la omisión normativa inconstitucional en el proceso analizado: (i) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa; (ii) Transcurso de un período de tiempo razonable; (iii) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

2. De estos tres supuestos, resulta de importancia el primero, porque legitima al Tribunal para señalar que en base a los alcances del Convenio 169, corresponde al Ministerio de Energía y Minas reglamentar el Convenio 169, emitiéndose un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, según los principios y reglas previstos en los Artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio. Es decir, se genera un deber de reglamentación en base a la distinción entre lo que resulta CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE Y LO CONSTITUCIONALMENTE NECESARIO, conforme se desprende del Fundamento Jurídico 33 de la sentencia analizada.

3. Sin embargo, olvida el Tribunal que los requisitos mínimos que a nivel de precedente ha previsto para los procesos de cumplimiento, se justifican por su carácter sumario y breve, siendo inadecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen dichas características mínimas o de normas legales superpuestas que remiten a otras y éstas a su vez a otras, lo cual "implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas."⁸

4. Para el Tribunal Constitucional se configuraba únicamente una omisión inconstitucional relativa, porque se emitieron diversos reglamentos que no "daban la talla" prescrita por el Convenio 169, por lo que no era necesario que se disponga la derogación total de estos reglamentos vigentes (para minería, hidrocarburos y electricidad), siendo suficiente que se emita un reglamento especial, es decir, uno a la medida del Convenio 169.

5. Sobre lo último cabe señalar que el Instituto de Defensa Legal ha interpuesto una demanda de acción popular, ante la Corte Superior de Lima, emplazando al Ministerio de Energía y Minas, contra los Decretos Supremos N° 028-2008-EM y 012-2008-EM, que aprueban los Reglamentos de Participación Ciudadana en las Actividades de Minería y de Hidrocarburos, respectivamente, argumentando que vulneran y desnaturalizan el derecho a la consulta reconocido en el Convenio 169.

6. A la luz de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, este proceso debería culminar con una declaración de improcedencia de la demanda, porque los dos decretos cuestionados forman parte del "paquete normativo" que adolece de inconstitucionalidad por omisión, según se ha expresado en la STC N° 5427-2009-PC/TC, por lo que existiendo un pronunciamiento previo del máximo intérprete de la Constitución, no es viable que se efectúe un nuevo análisis sobre la constitucionalidad

8 SOSA SACIO, Juan Manuel. El proceso de cumplimiento. En: CASTILLO CORDOVA, Luis. Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica. Año 2008. Página 284

de las norma señaladas (al ser contrastadas con el Convenio 169).

IV. Less is More. A Manera de Conclusiones

1. El proceso de cumplimiento tiene diversas referencias históricas que permiten conocer sus alcances y extensión, por lo que cualquier interpretación jurisdiccional que pretenda su reconfiguración no puede dejar de lado los antecedentes institucionales, a efectos que no se genere en realidad una nueva figura procesal constitucional, que implicaría en realidad la participación legislativa para modificar la estructura procesal vigente, conformada por la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional.

2. El tratamiento de los procesos constitucionales vigentes genera la necesidad de un nuevo planteamiento, para efectos de considerar aspectos referidos a las inconstitucionalidades por omisión, de tipo total o parcial, siendo dicha situación preferente a que se tenga una vía alterna por parte de una jurisprudencia de desarrollo de las omisiones inconstitucionales.

3. Al haberse optado por una posición de los precedentes constitucionales vinculantes, basada en una especificación de los puntos que deben considerar los Jueces como puntos de necesaria

aplicación, es inconveniente que se varíen las reglas que estos precedentes han previsto para los procesos constitucionales.

4. La opción legislativa nacional sobre el proceso de cumplimiento, reforzada con el precedente de la STC N° 168-2005-PC/TC, ha otorgado los alcances precisos sobre el tratamiento de las pretensiones que son susceptibles de análisis con dicho proceso constitucional, por lo que cualquier variación de esta estructura consensuada, a nivel de legislación, doctrina y jurisprudencia, requiere indubitablemente la emisión de un nuevo precedente constitucional vinculante o de la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional.

5. Las formalidades procesales deben constituirse en mecanismos para la emisión de una sentencia justa y si bien se admite doctrinariamente que cabe la interpretación de las normas previstas en los Códigos Procesales, debe tenerse una adecuada regulación sobre los límites y contenidos. En tal sentido, siendo adecuado que el proceso de cumplimiento sea utilizado para alcanzar la eficacia de las leyes y actos administrativos, no puede generar un mega proceso de cumplimiento que legitime la reglamentación de normas constitucionales de cualquier tipo. En tal sentido, debe atenderse en todo momento a que "es bueno jalar pero no romper" 🚧