

ENERLAC

Edición 2011 - Año III Vol. 3

**Perspectivas de desarrollo
energético en AL&C**
*Energy development
prospects for LA&C*

La conquista de energía.
The conquest of energy.

¿Ciudades Solares?
Solar Cities?

La situación del **Biogas** a partir de
reellenos sanitarios en Argentina
*The situation of **Biogas** from landfills in Argentina*

**El Derecho de Consulta a los Pueblos
Indígenas para las Actividades Minero
Energéticas en Perú**

*The Right of Consultation to the Indigenous
Peoples on Energy Mining Activities in Peru*

Peak Oil,

se acaba, ¿o hay millones de
hidrocarburos por producir?

*Does it end here, or are there more
billions of hydrocarbons to be produced?*

olade

Organización Latinoamericana de Energía
Latin American Energy Organization
Organisation Latino-américaine d'Énergie
Organização Latino-Americana de Energia

olade

Organización Latinoamericana de Energía
Latin American Energy Organization
Organisation Latino-américaine d'Énergie
Organização Latino-Americana de Energia

COMITÉ EDITORIAL



Dr. Victorio Oxilia
SECRETARIO EJECUTIVO



Dr. Néstor Luna
DIRECTOR TÉCNICO



Dr. Fernando Ferreira
DIRECTOR DE INTEGRACIÓN



Alicia Vallejo
COORDINADORA DE CAPACITACIÓN



Gabriela Martínez
TRADUCCIÓN



Verónica Luna
CONSULTORA DE COMUNICACIÓN
Y RELACIONES INSTITUCIONALES



Ana María Arroyo
CONSULTORA DE DISEÑO

Agradecemos la labor realizada por el personal de OLADE, quienes actuaron en calidad de revisores de la presente edición.

Mentor Poveda
Byron Chilibingua
Eduardo Noboa
Lennys Rivera

Así como de las personas que facilitaron los datos expuestos en el artículo de OLADE.

Fabio García
Pablo Garcés

Los criterios expresados en los artículos presentados en esta revista son de responsabilidad del autor y no comprometen a la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE).

Se autoriza la utilización de la información contenida en este documento con la condición de que se cite la fuente.

We thank all the staff members who collaborated in reviewing the present edition.

*Mentor Poveda
Byron Chilibingua
Eduardo Noboa
Lennys Rivera*

As well as the technical staff members who provided the data presented in OLADE's article.

*Fabio García
Pablo Garcés*

The criteria expressed in the articles included in this magazine are responsibility of the authors and do not compromise the views of the Latin American Energy Organization (OLADE).

The use of this information contained here in is authorized, provided the source is cited.



**Arturo Augusto Fernández
Cano**
*Magister en Derecho
Constitucional / Master in
Constitutional Law*

Acerca del Autor: Es abogado peruano, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en derecho minero y de la energía, a nivel nacional y el extranjero, con experiencia en el sector minero privado y el Poder Judicial (se desempeñó como Magistrado, a cargo de procesos constitucionales), contando con el Grado de Magíster en Derecho Constitucional.

En la actualidad labora en la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Energía y Minas y como Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a cargo del dictado y coordinación de cursos de su especialidad, en el nivel de postgrado, con incidencia en la normatividad constitucional. Asimismo, además de contar con una segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, está culminando un postgrado en la Universidad de Negocios ESAN, referido a la gestión de hidrocarburos.

fernandez.aa@pucp.pe; afernandez@minem.gob.pe

About the author: Arturo Augusto Fernandez Cano is a Peruvian lawyer, graduated from the Pontificia Universidad Catolica del Peru, specialized in mining and energy law, nationally and abroad, with experience in the private mining sector and the Judicial Power (he was Judge , in charge of constitutional processes), with a Master's Degree in constitutional Law.

Currently he works at the Legal Advise General Office of the Ministry of Energy and Mines as Professor at the Pontificia Universidad Catolica del Peru, teaching and coordination specialty courses at graduate level, with an impact on constitutional norms. He also has a Minor in Environmental Law and Natural Resources. Mr. Fernandez Cano is completing a graduate degree at ESAN Business University, in management of hydrocarbons.

fernandez.aa@pucp.pe; afernandez@minem.gob.pe

El Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas en Perú y su inciden- cia en las inconstitucionalidades por omisión normativa.

**Alcances sobre la
STC N° 5427-2009-PI/TC**

The Right of Consultation to the Indigenous Peoples on Energy Mining Activities in Peru, and its impact on the unconstitutionality due to regulatory omission.

**Scope of the
STC No. 5427-2009-PI/TC**

RESUMEN

El artículo tiene por finalidad efectuar un análisis sobre el origen de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano (STC N° 5427-2009-PI/TC), que obligó al Estado, específicamente al Ministerio de Energía y Minas, a emitir un reglamento de aplicación exclusiva para las comunidades indígenas susceptibles de afectación por actividades de minería y energía.

Esta sentencia es generada al interior de un “Proceso de Cumplimiento”, que si bien está con-

SUMMARY

The article intends to conduct an analysis of the origin of the statement issued by the Peruvian Constitutional Court (STC N° 5427-2009-PI/TC), which forced the State, specifically the Ministry of Energy and Mines, to issue a regulation applied exclusively to indigenous communities susceptible of being affected by mining and energy activities.

This statement is generated within a “Compliance Process”, which, although it has been considered in the category of constitutional process with proce-

siderado en la categoría de proceso constitucional, con las limitaciones procesales y de actuación que dicha calificación amerita, ingresa a la examinación de una materia que está reservada exclusivamente a otros escenarios procesales. De hecho ha sido el propio Tribunal Constitucional, en diversas sentencias previas, quien configuró los alcances limitados en la utilización del proceso de cumplimiento. Más aún, una de las sentencias que ha servido para tener mayor conocimiento sobre las restricciones de esta figura procesal, tiene los alcances de precedente constitucional vinculante, es decir, tiene la naturaleza de una sentencia cuyos alcances deben ser respetados por todos los magistrados en sede nacional peruana y por el mismo Tribunal. Sin embargo, para el caso analizado en el artículo el Tribunal Constitucional, para emitir su STC N° 5427-2009-PI/TC, no tuvo en cuenta sus alcances previos, a pesar de su rasgo de sentencia con precedentes vinculantes.

Esta situación es la que lleva al autor al análisis de diversos escenarios que aún no resultan pacíficos en el campo peruano legal y que van a seguir generando espacios de maduración procesal y de argumentación, vinculados a la protección de derechos colectivos a través de procesos constitucionales, sobre todo cuando están de por medio las actividades extractivas de recursos en predios pertenecientes a comunidades indígenas.

Debe señalarse que en base a la exigencia contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional, el Ministerio de Energía y Minas emitió el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, que aprueba el Reglamento del procedimiento para la aplicación del derecho de consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas, siendo oportuno precisar que el 24 de agosto de 2011 se ha aprobado en el Congreso de la República del Perú la Ley de Consulta Previa, que al entrar en vigencia (con posterioridad a su promulgación por el Presidente de la República y reglamentación), generará la derogatoria del Reglamento antes mencionado, configurando un nuevo escenario en este tema que vincula a las actividades de minería y energía con las comunidades indígenas peruanas.

I. EL AVATAR PERUANO

1. El cambio de modelo económico peruano 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

dual limitations and qualifications such action calls for, it entered into the examination of a matter that is reserved for other procedural settings. In fact, it has been the Constitutional Court, in several previous decisions, who set up the limited scope in the use of the compliance process. Moreover, one of the statements that served to have more knowledge about the procedural restrictions of this figure, is the extent of binding constitutional precedent, i.e., it has the nature of a sentence whose scope must be respected by all the judges in Peruvian national venue and by the same court. However, for the case analyzed in the article the Constitutional Court, to issue its STC N° 5427-2009-PI/TC, it did not considered previous achievements, despite his previous sentence with feature binding.

This situation is what leads the author to the analysis of various scenarios that are not peaceful in the Peruvian legal field and that will continue to generate spaces of trial and maturation of argument relating to the protection of collective rights through constitutional processes, especially when it's a stake resource extraction activity on land belonging to indigenous communities.

It should be noted that based on the requirement contained in the Constitutional Court, the Ministry of Energy and Mines issued the Supreme Decree N° 023-2011-EM which approves the regulation of the procedure for implementing the right of consultation with indigenous peoples for mining- energy activities, being necessary to clarify that on August 24, 2011 it was approved at the Congress of the Republic of Peru, the Law of prior consultation, that once it goes into effect (after its promulgation by the President of the Republic and regulation) will generate the repeal of the above Regulation, setting a new stage in this area linking the mining and energy activities with indigenous communities in Peru.

I. THE PERUVIAN AVATAR

1. The change in the Peruvian economic model that brings the Constitution of 1993 allows the State to set aside its former role as entrepreneur, promoting the entry of private actors to economic activities, especially those relating to the use of natural resources of mining and energy source (oil and electricity).

2. However, if it is true that the current Economic Constitution of the private sector has tools to obtain, by the State, the relevant operating licenses (through mining concessions; contracts and licensing for hydrocarbons services; concessions/licenses for the generation, transmission and distribution of electricity), it also remains true that we are immersed, as mandated by the basic text, in a Social Market Economy, where there is growing pressure from indige-

Estado, los títulos habilitantes pertinentes (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 alcances y puntos de vista ante las empresas que van a emprender las actividades extractivas autorizadas por el Estado.

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 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 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

1 Una adecuada lectura de la STC N° 5427-2009-PC/TC se obtiene 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 el decreto legislativo fue promulgado 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 señalar los alcances sobre el derecho a la consulta de las comunidades indígenas.

nous communities to express their views and scope to companies that will undertake mining activities authorized by the State.

3. Under the above background it is intended, through this article, to outline some preliminary thoughts on the decision issued by the Constitutional Court in File No. 5427-2009-PC/TC¹ from a particular perspective: the relevance of the compliance process to give substance to the claim the Court has accepted in its ruling, allowing such procedural mechanism to demand from the executive branch, specifically from the Ministry of Energy and Mines, to regulate an international instrument, in spite of the fact that the Court itself has provided, with binding character of constitutional precedent, how the scope of the compliance process must be understood.

4. Since the analytical framework of the constitutional ruling has been set, it is clear that certain subjects, such as right to consultation and extraction of mineral resources and energy in areas of indigenous communities, will not lead to a thorough analysis in this work, due to the above limitation.

II. FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL PROCESS

A. WHAT PROVISIONS HAVE BEEN MADE TO PROTECT THE NATIONAL CONSTITUTIONAL RIGHTS?

1. Under the described scenario is understood that there is a huge probability of collision between two fundamental rights: (i) freedom of enterprise for extractive activities related to mining and energy, (ii) the coverage constitutional rights indigenous peoples have recognized related to the query². In this scenario, which in itself has aspects of complexity, it is important to add three variables that generate more tensions among stakeholders: business, State and indigenous communities.

1 A proper reading of the STC No. 5427-2009-PC/TC is obtained if a complementary analyzing is done on the scope of the STC No. 022-2009-PI/TC linked to the constitutional claim against the Legislative Decree 1089, ruled by the Special Temporary Regime of formalization and titling of rural properties. This petition is mainly alleging that the Legislative Decree was enacted without complying with the right to prior consultation and informed by the Convention 169 of the International Labour Organization. While the lawsuit was dismissed, it allowed the Constitutional Court to note the scope of the right to consultation with indigenous communities.

2 While the right to consultation is not expressly recognized in the current constitutional text, its configuration must be seen through international instruments, which form part of domestic law in the maximum range - the Constitutional, as the Constitutional Court's jurisprudence.

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

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 forman 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 que 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

2. First, the right to consultation is provided in Convention No. 169 of the International Labour Organization, hereinafter Convention 169³, which has a booster on the right international policy outlined above⁴. Second, the protection of fundamental rights has a dual structure in national headquarters, with constitutional processes that, depending on the various settings that are configured in reality, can generate the pronouncement of decisions of the Judicial Branch and the Constitutional Court. Finally, from the entry into force of the Constitutional Procedural Code, hereinafter the CpCo, approved by Law No. 28237, it has been planned the regulation of jurisprudence and constitutional precedents binding on matters relating to the two fundamental that are in constant conflict.

B. HISTORICAL PROTECTION MODELS FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS

1. Whereas the purpose of the constitutional procedural law is the study of constitutional processes and they are divided into two main groups: (i)

3 Through the Legal Basis No. 10 under the STC No. 0022-2009-PI/TC, the Constitutional Court has declared that Convention 169 is constitutional and is part of the parameter or block of constitutionality, with the consequent possibility of not only resisting violations from infra-constitutional sources (passive force), but to innovate the legal system, incorporating the rights recognized by the international instrument, in terms of constitutional rights (active force).

4 In an interview held between César Landa and Peter Häberle on November 27, 1995, we see the following story from the question number eight:

Question: “The incorporation of human rights treaties into domestic law, mean that constitutional judges have to use international law in its rulings, but in case of incompatibility between the Constitution and international treaty, Can the judges choose either one or other standard or is there a hierarchy between them?”

Answer: “In the unlikely event of a conflict between the national and international fundamental laws, even today the national judge should give precedence to international law, in my opinion. This is based on the idea, developed in Germany, of an open state or the “state of cooperative law.” While this appreciation would consider the effects of international instruments in national headquarters, it should not involve a “reconfiguration” of the procedural mechanisms existing in a national court; if in between there is a set procedure which itself may have similar implications. That is, the reconfiguration of a procedural mechanism is more suitable if you have previously adapted some mechanism from an existing one, in procedural rules in the Constitution. See: LANDA ARROYO, Caesar. The Role of Constitutional Courts to contemporary conflicts. In Constitución y Fuentes del derecho. Lima. Palestra. Año 2006. Page 569

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. AUTONOMÍA 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 DECISIÓN: 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 mo-

delongation (seeking to protect those against third parties) and (ii) organic (aiming at tutelary power between public entities), it is accepted without question that historically there are two models of constitutional justice, namely the American model and the European model

2. Also, there are four variables that differentiate these historical models:

A. HOW TO APPLY THEM: The American model applies the “fuzzy control” by the judges and in general, while the European model has a “concentrated control,” exclusively used by an independent body.

B. AUTONOMY OF THE PROCESS: In the American model is set up an “incidental income” because the court ruling application originates within a process that originally did not discuss constitutionality, while the European model has a “main entrance” from a process whose specific object is the control of constitutionality.

C. SCOPE OF THE DECISION: the American model has a “special outreach” because the decision specifically reached the litigants, while the European model generates a “general scope” for the entire community.

D. EFFECTS OF JUDGEMENT: American model has a “declaratory effect,” going back to the causes of the incident (type *ex tunc*), while the European model configures “constitutive effects,” ie , forward (type *ex nunc*).

C. MIXED MODEL TO PROTECT CONSTITUTIONAL RIGHTS

1. The historical models in the version above mentioned, are no longer chemically pure, encouraging the setting of a “mixed model”, based on combining some traits of both systems, so now each country adopts its own system far from those historical models, generating various forms of mixed model, in consideration to the options for each situation envisaged by the legislator.

2. At South American level, two graphics examples may be cited: First, the case of Argentina, with a judicial power that controls the constitutionality of the regulations through independent processes, with general effects. Also, Colombian case with a Constitutional Court with a member of the Judicial Branch (equivalent to our judiciary power), under the Constitution of 1991, but without this situation impeding their autonomy neither hampering to position itself as one of the more established constitutional courts at South American level.

les ante los conflictos contemporáneos. En: Constitución y Fuentes del derecho. Lima. Palestra. Año 2006. Página 569

delo 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, 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. DUAL MODEL USED IN PERU

1. For the Peruvian case the legislature has provided a “MODEL OR DUAL SYSTEM”, in which there isn’t a single agency in charge of solving processes related to the protection of constitutional rights, because the legislature has considered appropriate to have two entities responsible for providing the constitutional justice, through a “distribution” of constitutional processes without competing with one another. In our legislation there are two types of constitutional processes:

a) **EXCLUSIVE:** These are the processes in which knowledge, processing and resolution are exclusive to a single organ (Judiciary Power or Constitutional Court). Example: the unconstitutional and jurisdictional processes (to the Constitutional Court) and popular action (for the Judiciary).

b) **SHARE:** Knowledge, processing and resolution have sequence shared between the judiciary power and the Constitutional Court. Example: habeas corpus, appeal for legal protection, habeas data and compliance process, begin and end in the judiciary power, although it is possible that through constitutional tort action for these are known and culminated in the Constitutional Court building.

sien

Sistema de Información Energética Nacional
National Energy Information System

Herramienta de / A tool by:
olade

Gestión de estadísticas
Statistics management

Procesos de cálculo
Calculation processes

Los siguientes módulos permiten integrar, validar y publicar la información de manera dinámica

The following modules dynamically integrate, validate and publish the information

Administración
Administration

Control de calidad
Quality control

El Sistema de Información Energética Nacional permite la sistematización de cifras e indicadores de las principales variables energéticas y económicas a nivel nacional, facilita el trabajo de diagnóstico y planificación de las actividades energéticas.

Beneficios

- Sistema de configuración flexible.
- Permite la integración de la información del sector energético.
- Balances energéticos automáticamente.
- Proporciona información de cifras e indicadores sobre las principales variables energéticas, económicas.
- Facilita a los Ministerios de Energía las tareas de diagnóstico, planificación y definición de políticas referidas a las actividades de dicho sector.

The National Energy Information System allows the sistematization of data and indicators of major energy and economic variables at national level, making the energy activities diagnosis and planning, easier.

Benefits

- Flexible configuration system.
- Enables energy sector's information integration.
- Automatically provides energy balances.
- Provides information on data and indicators on key energy and economic variables.
- It facilitates the Energy Ministries with the diagnostic work, planning and policy making, concerning the activities of that sector.

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 una 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. ANALISIS 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 que cumpla con el Convenio

2. For the Peruvian case the law provides that the protection of constitutional rights is based on a dual rate system for constitutional processes, with autonomic pathways during startup and processing, making possible that under certain circumstances these parallel pathways cross, causing the Constitutional Court, especially in the constitutional processes of freedom, to issue the final ruling on the violation referred to in the complaint, this situation applies to cases in which the demand affects constitutional rights of indigenous communities including the right to consultation.

III. ANALYSIS OF THE STC N° 5427-2009-PI/TC

A. BACKGROUND AND SEQUENCE OF SENTENCES

A.1. JUDGMENTS IN COURT

1. The discussed ruling was issued by the Constitutional Court based on a claim of compliance filed on August 3, 2007, by the Association for the Development of the Peruvian Forest, hereinafter AIDSESP, against the Ministry of Energy and Mines to comply with Convention 169, adapting the rules, regulations and directives to the Convention on issues of right to consultation, land, territory and natural resources.

2. The central argument of the demand is that the Ministry defendant has failed to adapt their internal regulations to Convention 169, although it has been signed by the State and ratified by the Congress through Legislative Resolution No. 26253⁵, it has made a regulatory scheme generally applicable to all the population in general, where is necessary to issue specific regulations specifically aimed at indigenous peoples.

5 Enacted and published in the official gazette El Peruano on December 2, 1993.

El cambio de modelo económico peruano 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.

The change in the Peruvian economic model that brings the Constitution of 1993 allows the State to set aside its former role as entrepreneur, promoting the entry of private actors to economic activities, especially those relating to the use of natural resources of mining and energy source.

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 AIDSESEP 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.

5 Promulgada y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de diciembre de 1993.

- First, the 66th Civil Court of Lima declared the demand as inadmissible, considering that the review of the demand follows a conflict of interpretation of existing legal system, without the proper use of the compliance process. This ruling is appealed and overturned by the Fifth Superior Civil Court of Lima Room, on the grounds that the judge erred in dismissing the request as preliminary.

- The 59th Civil Court of Lima accepts the request, declaring it unfounded in its ruling on the basis that the mandate compliance with which is sought is controversial, requiring the administration of evidence, adding that there are other special procedures under the Convention for infringements of the States parties, so these options are configured as satisfactory procedural ways.

- The Fifth Division of the Civil Superior Court upholds the sentence, believing that the verification of alleged infringement on the State warrants a comparison of the regulations issued on the subject, which cannot be done in a constitutional process as compliance.

A.2. JUDGEMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT

In view of the constitutional tort action presented by AIDSESEP against the refusal to appeal, the Constitutional Court issues the STC No. 5427-2009-PI/TC, addressing the following points:

1. It declares the claim founded, since it evidenced the partial failure of the Ministry of Energy and Mining on its duty to regulate the right to consultation of indigenous peoples recognized in the Convention 169.

2. It directs the Department of Energy and Mines that within the framework of its powers to issue special regulations to develop the right to consultation of indigenous peoples, according to the principles and rules laid down in Articles 6.1, 6.2 and 15.2 of Convention 169, according to the Legal Ground Analysis No. 60 of the sentence⁶.

3. To urge the Congress, within the framework of its powers set out in Article 108 of the Constitution and immediately, to culminate the process of enacting the “Law of the right to prior consultation with the Indigenous or Native peoples recognized in the Convention No. 169 of the International Labour

6 El mandato del Tribunal Constitucional (emisión de un reglamento especial) fue cumplido por el Ministerio de Energía y Minas a través de la aprobación del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Reglamento del procedimiento para la aplicación del derecho de consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas.

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 sentencia⁶.

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.

⁶ El mandato del Tribunal Constitucional (emisión de un reglamento especial) fue cumplido por el Ministerio de Energía y Minas a través de la aprobación del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Reglamento del procedimiento para la aplicación del derecho de consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas.

Organization,” hereinafter, the Law of Consultation, which was approved at its regular meeting dated May 19, 2010.

4. To declare the demand as inadmissible to the referred obligation of the Ministry of Energy and Mines to adapt its regulations to Convention 169, in matters of land rights, environment and natural resources, since it is not a matter of its competence.

B. RELEVANT MATTERS IN THE JUDGEMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT

For a proper analysis of the decision issued on the basis that a more thoughtful examination of all legal advocacy issues that are generated far exceeds the scope of extension of the present article, we consider appropriate to make relevant scope the following aspects resulting from the reasoning of the supreme interpreter of the Constitution:

B.1. BABEL OR CONFUSION OF TERMS: HAS A COMPLIANCE SUPERPROCESS BEEN BORN?

1. With the issuance of the STC No. 168-2005-PC/TC the Constitutional Court declared that the procedural criteria of compliance requirements provided for in the Fundamentals 14, 15 and 16 of the ruling, constituted immediate binding precedent, accordance with Article VII of the Preliminary Title of CpCo, so that from the day following its publication in the official gazette El Peruano, any claim of compliance, filed or pending, that does not meet these conditions should be declared inadmissible .

2. Now, to know the context, it is important to recall that these foundations specify the following points:

(...)

14. “In order that the compliance of the statute, the implementation of the administrative act and the order of issuance of a resolution become enforceable through the compliance process, as well as the reluctance of the officer or public authority, the mandate contained herein must have common the following minimum requirements.

a) To be an existing mandate.

b) To be a true and clear mandate, that is, it should undoubtedly be inferred from the law or the administrative act.

c) It should not be subject neither to complex dispute nor to different interpretations.

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 renuencia 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 dis-

- d) It should be inescapable and binding.
- e) It should be unconditional.

Exceptionally, it may be a conditional mandate, as long as its satisfaction is not complex and does not require proof performance.

Additionally, in the case of enforcement of administrative acts, besides the common minimum requirements above mentioned, in such acts it shall:

- f) Recognize an unquestionable right of the claimant.
- g) Allow to identify the beneficiary.

15. These minimum requirements are justified because the compliance process designed by our Constitution and the Constitutional Litigation, given its brief summary and is not appropriate to discuss the contents of general rules whose terms do not have the minimum requirements to which we have referred, or overlapping laws that refer to others, and these in turn to others, which involves a complex interpretive activity, that as a matter of fact should be carried out through specific procedural routes.

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

The historical models in the version above mentioned, are no longer chemically pure, encouraging the setting of a “mixed model”, based on combining some traits of both systems, so now each country adopts its own system far from those historical models, generating various forms of mixed model, in consideration to the options for each situation envisaged by the legislator.

16. Similarly, in this type of trial the officer or public authority has an absolute duty of compliance with the law or administrative act, where it is not possible any discretion on his part. Also, the applicant’s rights are virtually indisputable, so that proven reluctance and failure of the law or administrative act in accordance with the guidelines described in unavoidable compliance, the claim shall be defended.

crecionalidad 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

(...)”

3. From the proposed perspective, there is no doubt that for the Constitutional Court it was clear that from the STC No. 168-2005-PC/TC, the rules of procedure, linked to the constitutional processes of compliance, had been planned so strong where is appropriate to point out that under Article VII of the introduction of CpCo, when the Constitutional Court resolved away from the precedent, should express findings of fact and law supporting the decision and the reasons for which it departs from precedent. However, this has not occurred in Case File No. 5427-2009-PI/TC, despite the legal requirement and the change in procedural rules originally planned.

4. On the other hand, it's clear that from the outset at the level of constitutional doctrine, it was considered that the compliance process was derived from the writ of mandamus, an institution of common law that was later developed in the United States, referring to the orders from the monarch. This is shown in the mandates through letters, and orders during the XII century. Subsequently, the development of the judiciary Saxon system, the writ of mandamus takes the form of a provided judicial, through which the Court of King's Bench (jurisdiction for the processes of the king and his administration, issued

Estructura

Módulo de Demanda (MODDEM) Construye los modelos de carga en base a información histórica.

Módulo Hidrológico (MODHID) Analiza la disponibilidad del recurso hídrico para el período de estudio.

Módulo de Planificación Bajo Incertidumbre (MODPIN) Optimiza la expansión minimizando costos y maximizando confiabilidad.

Módulo Hidrotérmico (MODDHT) Encuentra la política óptima de operación del sistema hidrotérmico.

Módulo Financiero (MODFIN) Evalúa el impacto financiero de la ejecución del plan óptimo de expansión.

Módulo Ambiental (MODAMB) Evalúa el impacto ambiental de diferentes estrategias de expansión.

Actualmente se encuentra a disposición de los usuarios la versión 5.1 del modelo, compatible con MS Windows: XP, Vista y 7.

Structure

Demand Module (MODDEM) Builds the load models based on historical information.

Hydrological Module (DHMO) Analyzes water resources availability for the study period.

Planning Under Uncertainty Module (MODPIN) Optimizes the expansion minimizing costs and maximizing reliability.

Hydrothermal Module (MODDHT) Finds the optimal policy of operation of the hydrothermal system.

Financial Module (MODFIN) Evaluates the financial impact of implementing the optimal expansion plan.

Environmental Module (MODAMB) It assesses the environmental impact of different expansion strategies.

Version 5.1 is currently available to users and it is compatible with MS Windows: XP, Vista and 7.

super

Sistema Unificado de Planificación Eléctrica Regional
Power System Generation and Inter-Connection Planning Model

El modelo SUPER-OLADE es una herramienta computacional que permite obtener planes de expansión de la generación y transmisión eléctrica, de mínimo costo económico y mínimo riesgo energético, brindando información fundamental para la toma de decisiones en el sector energético. Evalúa además el impacto financiero y ambiental de dichos planes.

"Planificar es garantizar el ahorro de recursos, asegurar el abastecimiento y proteger el ambiente."

OLADE-SUPER model is a computer tool that allows access to power generation and transmission expansion plans, of minimum cost and minimum energy risk by providing essential information for decision making in the energy sector. It also assesses the financial and environmental impact of such plans.

"Planning means guaranteeing resources conservation, ensuring supply and protecting the environment."

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 real⁷.

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 Judicial⁸, 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”:

(...)

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

8 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.

on behalf of the monarch and in favor of a subordinate, orders to any person, corporation or inferior court, requiring the fulfillment or performance of duty as determined by a real court.⁷.

5. At South American level, there is the “enforcement action” regulated in Colombia, through Article 87 of the Constitution promulgated in Colombia in 1991, noting that:

“Any person may appear before the judicial authority to enforce compliance of a law or an administrative act. In case of a successful action, the sentence shall order the reluctant authority the compliance with the omitted duty”

It is worth noting that through legislation and jurisprudence in the development process to the Judicial Branch⁸. The mechanism envisaged in the Constitution was called enforcement action.

6. Under this scope, it is disproportionate that the Constitutional Court, without considering the Theory of Precedent, rescinds its previous stance and stress that the interposition of compliance processes when generating unconstitutionality by omission it's viable, since this position completely disrupts the content of this procedural institution, ignoring the historical background that inspired its reception and configuration. However, despite the limitations of the contents of the compliance process, by its very origin, it was deemed appropriate to point out the following on the legal basis 23, in item 4.3, entitled “Adaptation of this compliance process to control the constitutionality due to posed default rules “:

(...)

23. “Once the obligation to comply with constitutional mandates has been set, specifically to develop normative constitutional provisions that require it, and also when it has been set the possibility of constitutional control of the unconstitutional policy gaps by the constitutional judge, what is left is to ask is whether the enforcement process is an appropriate procedural mechanism to review the commission of a unconstitutional law omission. At this point, this Court must recognize that it is not within its jurisdiction that the Constitution has entrusted it to regulate the qualification of processes or procedures

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

8 In Colombia, it is called the Judicial Branch to the equivalent of the Peruvian judiciary and while within its structure is the Constitutional Court, which would be the comparison of our Constitutional Court, this does not mean that the Colombian constitutional court to have less independence from the Branch judicial.

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 dé 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 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 (...).”

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 (...).”

to address certain legal situations of reality. This obviously is up to the constituent or, where appropriate, handled by the democratic legislature. It should this one, in every case, who amends through a constitutional reform, for example, the inconsistency noted here. However, it is also true that it is the duty of every justice in a concrete case, even in the absence of the law or due to its deficiency, as mandated by the Constitution in Article 139, paragraph⁸.

In this context, this Bar Association believes that stopping before the non configuration of the compliance process to control the unconstitutional training omission when there isn't any procedural mechanism to respond to the legal issues raised, it would be just like denying constitutional justice, which, as mentioned, is also banned by the Constitution. In the apparent solution other than to show two constitutional provisions (the first, which does not provide control of the policy gaps through the compliance process, and the second, forcing the judge to administer justice even if there is vacuum or deficiency in law), this court finds that it is its inexcusable duty to prefer the one that most favors the defense of the Constitution, and therefore, that which best protects their fundamental rights (...).”

7. As shown, it was more appropriate for the Constitutional Court, in order to be consistent with its efforts as supreme interpreter of the Constitution, to bring the relevance, to the legislative omission to regulate any specific mechanism for some unconstitutional omission that was relevant to take to the procedural means of protection, considering that it is feasible, as prescribed in Article 200 second paragraph 2) of the Constitution, in those cases:

“(...)There is an act or omission by any authority, official or person that violates or threatens other rights recognized by the Constitution (...).”

B.2. THE SECRET OF YOUR EYES: THE DUTY OF THE REGULATIONS AS A RESULT OF UNCONSTITUTIONAL OMISSIONS

1. Under the STC No. 5427-2009-PC/TC, the Constitutional Court considers it appropriate that there are three assumptions that shape the unconstitutional law omission in the analyzed process: (i) The existence of a constitutional mandate of normative regulation, (ii) A reasonable period of time, (iii) Unconstitutional effect of the omission or unconstitutional result

2. Of these three assumptions, the first one is the most important one, because it legitimizes the Court to indicate that based on the scope of Convention 169, the Ministry of Energy and Mines Convention 169 regulating, issued a special rule to develop

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”⁹.

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,

9 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

the right to consultation of indigenous peoples, according to the principles and rules set forth in Articles 6.1, 6.2 and 15.2 of the Convention. That is, it creates a regulatory duty on the basis of the distinction between what IS CONSTITUTIONALLY POSSIBLE AND NECESSARY, as it follows the legal basis No. 33 of the analyzed sentence.

3. However, the Court forgets that the minimum requirements that have been planned for the compliance processes are justified by their brief summary nature, where it is inappropriate to discuss the contents of general rules whose terms do not have these minimum requirements or overlapping legal rules that refer to each other, and they in turn to others, which “involves an complex interpretive activity, that in fact, should be carried out through specific procedural ways”⁹.

4. For the Constitutional Court an unconstitutional omission was set because various regulations “that were not proper” were issued required by the Convention 169, which was not necessary to have the total repeal of these regulations (for mining, hydrocarbons and electricity), it was enough to issue a special regulation, ie, one that suits Convention 169.

5. About the last thing it should be noted that the Legal Defense Institute has filed a lawsuit class action, before the Superior Court of Lima, placing the Ministry of Energy and Mines, against the Supreme Decrees 028-2008-EM and 012-2008-EM which approves the Regulations for Citizen Participation in Activities of Mining and Hydrocarbons, respectively, arguing that they undermine and distort the right to consultation recognized in the Convention 169.

6. In light of the ruling of the Constitutional Court, this process should lead to a declaration of invalidity of the claim, because the two challenged ordinances are part of the “legislative package” that suffers from unconstitutionality by omission, as expressed in the STC No. 5427-2009-PC/TC, so there’s a prior ruling by the supreme interpreter of the Constitution; it is not feasible to undertake a further analysis of the constitutionality of the rule set out (to be contrasted with Convention 169).

IV. LESS IS MORE. AS CONCLUDING REMARKS

1. The compliance process has many historical

9 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

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 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 la omisiones inconstitucionales.

references that allow knowing its scope and size, so any judicial interpretation which seeks reconfiguration cannot ignore the institutional background, in order not to generate a new constitutional procedure, which would actually imply legislative participation to change current process structure, formed by the Constitution and the Constitutional Procedural Code.

2. The treatment of existing constitutional processes creates the need for a new approach, to consider issues relating to the unconstitutionality by omission, total or partial type, with this preferred position to give you an alternative pathway by a jurisprudence development of unconstitutional omissions.

3. By opting for a position of constitutional binding precedent, based on a specification of items to be considered by judges as necessary points of application is inconvenient to vary the rules these precedents have planned to constitutional processes.

4. The national legislative option on the compliance process, reinforced by the precedent of STC No. 168-2005-PC/TC, has awarded the precise scope of the claims processing that are amenable to analysis with the constitutional process, so any variation of this structure agreed at the level of legislation, doctrine and jurisprudence, undoubtedly requires the issuance of a new binding constitutional precedent or the Constitution and the constitutional Procedural Code.

5. The procedural formalities must become mechanisms for issuing a fair sentence and if it is accepted the interpretation of the rules laid down in the Procedural Codes, it should be a proper regulation on the limits and contents. In this regard, since the compliance process is used to achieve the effectiveness of laws and administrative acts, is not suitable to generate a mega fulfillment process to the constitutional regulations of various kinds.



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 resulta adecuado que se genere un mega proceso de cumplimiento que ordene la reglamentación de normas constitucionales de diversa naturaleza.

V. BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

•CASTILLO CORDOVA, Luis. 2008 Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica.

•FERNANDEZ BARREIRO, Alejandrino. 1992 La tradición romanística en la cultura jurídica europea. Madrid: Ramón Areces.

•LANDA ARROYO, César. 2006 Constitución y Fuentes del derecho. Lima. Palestra



**Ministerio de
Recursos Naturales
No Renovables**

República del Ecuador



■ **Ahora
el petróleo
y la minería
son tuyos**



www.mrnrr.gob.ec