

# UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

## Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

### Escuela Profesional de Derecho



**UPLA**  
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

### TESIS

## LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL RESGUARDO DE LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL ESTADO PERUANO

Para optar	:	El título profesional de abogado
Autor	:	Bach. Castillon Morales Edinson Juver
Asesor	:	Bach. Herrera Puga Silvana Ninoska Mg. Vivanco Núñez Pierre M.
Línea de investigación institucional	:	Desarrollo humano y derechos
Fecha de inicio y de culminación	:	23-01-2020 a 01-01-2021

HUANCAYO – PERÚ

2022

## **HOJA DE JURADOS REVISORES**

**DR. LUIS POMA LAGOS**

Decano de la Facultad de Derecho

**ABG. GARCIA DE LA CRUZ RUBEN WALTER.**

Docente Revisor Titular 1

**MG. PAZ VELA MARIANO MAXIMILIANO.**

Docente Revisor Titular 2

**DR. CHIPANA LOAYZA PIERRE.**

Docente Revisor Titular 3

**ABG. BRAVO CONTRERAS JACOB ELIAS**

Docente Revisor Suplente

## **DEDICATORIA**

Los dedico a mis padres quienes con tanto amor y ahínco hicieron lo posible para darme una profesión, a mis tías Ruby y Eli que son grandes ejemplos de la vida, lo dedico a mis hermanos (as) quienes con su paciencia y amor me apoyaron todo el tiempo, a mi hijo Teo quien con su sonrisa me inspira a seguir adelante a Adriana por tener un amor inmenso y mucha fe. Los amo a todos.

La dedico con todo mi corazón a mi madre, quien siempre me acompañó y protegió a lo largo de mi vida con sus bendiciones, pues sin ella no lo habría logrado, asimismo a mi tía Ruth puga y mi hermosa hija Alexandra quien me acompañó en este sendero. Por esto doy mi trabajo en ofrenda por todo lo recibido.

## AGRADECIMIENTO

A nuestros maestros quienes nunca desistieron en sus enseñanzas depositando su esperanza en que mejoraríamos cada día.

Agradecemos también a los doctores quienes nos ayudaron a desarrollar la tesis alentándonos día a día para no perder el camino ni la esperanza.

Asimismo, agradecemos al doctor Vivanco quien nos ayudó grandemente con su asesoría para terminar la tesis y darle más importancia para ayudar a los pueblos ancestrales que son olvidados por el Perú capitalista.

## CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xi

### CAPÍTULO I DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema	14
1.2. Delimitación del problema	20
1.2.1. Delimitación espacial	20
1.2.2. Delimitación temporal	20
1.2.3. Delimitación conceptual	20
1.3. Formulación del problema	21
1.3.1. Problema general	21
1.3.2. Problemas específicos	21
1.4. Propósito de la investigación	21
1.5. Justificación	22
1.5.1. Social	22
1.5.2. Teórica	22
1.5.3. Metodológica	23
1.6. Objetivos	23
1.6.1. Objetivo general	23
1.6.2. Objetivos específicos	23
1.7. Importancia de la investigación	24
1.8. Limitaciones de la investigación	24

### CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación	25
2.1.1. Internacionales	25
2.1.2. Nacionales	30
2.2. Bases teóricas de la investigación	37
2.2.1. La seguridad jurídica	37

2.2.1.1. Elementos de la seguridad jurídica	38
2.2.1.1.1. Corrección Estructural	39
2.2.1.1.2. Corrección Funcional	41
2.2.1.1.3. Certeza del Derecho	42
2.2.1.2. La seguridad jurídica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	43
2.2.1.3. Importancia de la seguridad jurídica	45
2.2.2. La consulta previa	46
2.2.2.1. Marco normativo aplicable al derecho a la consulta previa	49
2.2.2.1.1. Convenio N° 169 de la OIT	50
2.2.2.1.2. Ley de la Consulta Previa	53
2.2.2.2. Naturaleza jurídica de la consulta previa	55
2.2.2.3. Derecho de consulta y consentimiento	58
2.2.2.4. Objeto de consulta	60
2.2.2.5. Pueblos indígenas u originarios	62
2.2.2.6. Principios que orientan el derecho a la consulta previa	63
2.2.2.6.1. Principio de oportunidad	63
2.2.2.6.2. Principio de interculturalidad	63
2.2.2.6.3. Principio de buena fe	64
2.2.2.6.4. Principio de flexibilidad	66
2.2.2.6.5. Principio al plazo razonable	66
2.2.2.6.6. Principio de ausencia de coacción o condicionamiento	67
2.2.2.6.7. Principio de información oportuna	68
2.2.2.7. Etapas del proceso de consulta previa	69
2.2.2.7.1. Etapa de identificación de la medida legislativa o administrativa objeto de consulta	69
2.2.2.7.2. Etapa de identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados	70
2.2.2.7.3. Etapa de publicidad de la medida	71
2.2.2.7.4. Etapa de información	72
2.2.2.7.5. Etapa de evaluación interna	74
2.2.2.7.6. Etapa de diálogo	76
2.2.2.7.7. Etapa de decisión	78
2.2.2.8. Elementos de la consulta previa	80
2.2.2.9. Seguridad jurídica en el marco de la protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios	81

2.3. Definición de conceptos	83
------------------------------	----

### **CAPÍTULO III METODOLOGÍA**

3.1. Metodología	85
3.2. Tipo investigación	86
3.3. Nivel de investigación	86
3.4. Diseño de investigación	87
3.5. Escenario de estudio	88
3.6. Caracterización de sujetos o fenómenos	88
3.7. Trayectoria metodológica	88
3.8. Mapeamiento	89
3.9. Rigor científico	90
3.10. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	90
3.10.1. Técnicas de recolección de datos	90
3.10.2. Instrumentos de recolección de datos	91

### **CAPÍTULO IV RESULTADOS**

4.1. Descripción de los resultados	92
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno	92
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos	97
4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres	99
4.2. Teorización de la unidades temáticas	101
4.2.1. Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa	101
4.2.2. Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa	106
4.2.3. Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa	109
<b>DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS</b>	<b>112</b>
<b>PROPUESTA DE MEJORA</b>	<b>116</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>117</b>
<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>119</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>120</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>125</b>
Anexo I Matriz de consistencia	126
Anexo II Instrumentos	127

Anexo III Proceso de transcripción de datos	128
Anexo IV Proceso de codificación	130
Anexo V Proceso de comparación de entrevistas, observación y análisis documental	132
Anexo VI Compromiso de autoría	133

## RESUMEN

La presente tesis tiene como **objetivo general** analizar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de las etapas del proceso de consulta previa en el Estado peruano, es así que, la **pregunta general** de investigación sea: ¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de las etapas del proceso consulta previa del Estado peruano?; esto debido a que, al ser las medidas objeto de consulta tendientes a intereses de ciertos grupos económicos, existen vacíos en la norma para el resguardo a estos pueblos indígenas u originarios al momento de las etapas, estando susceptibles de cualquier tipo de artilugio e incluso coacción a fin de que acepten sin más la medida y con ello culminar en ocasiones de forma prematura el proceso de consulta previa; ahora bien, la presente investigación además guarda un **método de investigación** de enfoque cualitativo, con un método general denominado la hermenéutica; por otro lado, será de un tipo de investigación básico o fundamental, con un nivel explicativo y de diseño observacional – teoría fundamentada. Por último, la tesis, dada a su naturaleza expuesta, utilizará la técnica del análisis documental de leyes, códigos y libros de doctrina que serán procesados mediante la argumentación jurídica a través de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen que se obtengan de cada libro con información relevante. El **resultado** más destacado de la investigación fue que el derecho a la consulta previa no constituye un derecho de veto. La **conclusión** más destacada fue que la seguridad jurídica se desarrolla de manera deficiente para el resguardo de las etapas en el proceso consulta previa del Perú. Finalmente, la **recomendación** más importante fue: La incorporación del artículo 3-A en la Ley 29785.

**Palabras clave:** Seguridad jurídica, consulta previa, pueblos indígenas u originarios, diálogo intercultural.

## ABSTRACT

The general objective of this thesis is to analyze the way in which legal security is developed for the protection of the stages of the prior consultation process in the Peruvian State, thus, the general research question is: In what way is it developed? legal security for the protection of the stages of the prior consultation process of the Peruvian State ?; This is due to the fact that, since the measures subject to consultation tend to the interests of certain economic groups, there are gaps in the norm for the protection of these indigenous or native peoples at the time of the stages, being susceptible to any type of device and even coercion. so that they accept the measure without further ado and with it, on occasions, prematurely culminate the prior consultation process; However, the present investigation also keeps a qualitative approach research method, with a general method called hermeneutics; on the other hand, it will be a basic or fundamental type of research, with an explanatory level and observational design - grounded theory. Finally, the thesis, given its exposed nature, will use the technique of documentary analysis of laws, codes and books of doctrine that will be processed through legal argumentation through data collection instruments such as the textual and summary file that are obtained from each book with relevant information. The most outstanding result of the investigation was that the right to prior consultation does not constitute a right of veto. The most outstanding conclusion was that legal certainty is poorly developed to safeguard the stages in Peru's prior consultation process. Finally, the most important recommendation was: The incorporation of article 3-A in Law 29785.

**Keywords:** Legal security, prior consultation, indigenous or native peoples, intercultural dialogue.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis tiene por título: “La seguridad jurídica en el resguardo de las etapas del proceso de consulta previa en el estado peruano”, cuya finalidad es la incorporación de un artículo dentro de la Ley de Consulta Previa a fin de materializar la obligación de resguardo que merecen los pueblos indígenas u originarios **durante** ciertas etapas del proceso de consulta previa, teniendo en cuenta que son grupos susceptibles a diferentes formas de engaños u otras formas de viciar su voluntad con la finalidad de que estos acepten sin más la medida administrativa o legislativa objeto de consulta.

A pesar que el Convenio N° 169 en su artículo 4.1. indique que se debe de adoptar medidas especiales que se precisen necesarias para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados, se denota que no existe una norma que instaure una protección concreta ante diversas situaciones que pueden suscitarse durante las etapas de información, evaluación interna y diálogo.

En realidad, si se mantiene esta deficiente seguridad jurídica dentro de las etapas antes indicadas, lo que podría generarse son procesos de consulta previa deficientes, falsos o direccionados por ciertos grupos de interés de la medida objeto de consulta; asimismo que, podría generarse un quebrantamiento irremediable entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios.

En ese sentido es que, la presente investigación es una muestra de cómo podría mejorarse el resguardo en las etapas de la consulta previa, a fin de llegar a un buen puerto, en donde se haya podido plantear propuestas libres y tal vez llegarse en base a esas a un acuerdo con el Estado, y, evidentemente todo esto llevado en un proceso transparente.

En ese entendido, para lograr todo este cometido, se ha decidido sistematizar la investigación en cuatro capítulos. Mediante este ejercicio, se comprenderá mejor la tesis.

En el **primer capítulo** denominado: “Determinación del problema”, habiéndose desarrollado en este, el problema de investigación. De la misma manera, se ha realizado la descripción del problema, así como la delimitación, objetivos, justificación y limitaciones de la tesis.

El problema general es: ¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de las etapas del proceso de consulta previa del Estado peruano?

Además, como objetivo general se tiene al siguiente: Analizar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de las etapas del proceso de consulta previa en el Estado peruano.

Ahora, en el **capítulo segundo** denominado: “Marco Teórico”, se han consignado los antecedentes tanto nacionales como internacionales relacionadas a la investigación. Además, se desarrollaron distintas unidades temáticas a fin de una mejor comprensión del tema de tesis.

En el **capítulo tercero** denominado: “Metodología”. En este capítulo se describieron las características metodológicas de la presente investigación. Así es que, se indicó que la presente tesis de esa manera como método general al hermenéutico y como específico al método hermenéutico jurídico y subsidiariamente al sistemático-lógico. Por otra parte, la tesis es de tipo básico y alcanza un nivel explicativo de diseño observacional y de enfoque cualitativo. Finalmente, la técnica utilizada es la del análisis documental, en el que se revisan documentos y se realizan fichas.

En el **cuarto capítulo** denominado: “Resultados”, en este capítulo evidentemente se plasmarían los resultados arribados en la tesis. De esta forma llegándose a sistematizar y ordenar los datos del marco teórico con miras a una próxima teorización de conceptos. Realizándose así un examen académico del contenido de la tesis. Siendo los resultados más destacados fueron:

- El derecho a la consulta previa no constituye un derecho de veto.

- El Perú en 1994 ratificó el Convenio N° 169 de la OIT, estando vigente de esta forma desde el año 1995, pero no es hasta el 2011 que el Perú recién promulga la Ley de Consulta Previa.
- La seguridad jurídica es la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho.
- Las exigencias de la seguridad jurídica implican exigencias tanto objetivas como subjetivas.

Por otra parte, también se ha teorizado sobre las unidades de análisis cuyas conclusiones fueron:

- Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa.
- Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa.
- Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa.

En el apartado denominado **Análisis y la discusión** de los resultados se ha sometido a una discusión con los antecedentes de investigación.

Es así que, el trabajo de investigación llegó a ciertas **conclusiones y recomendaciones** para que la tesis tenga un buen alcance académico y un mejor entendimiento.

# **CAPÍTULO I:**

## **DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1. Descripción del problema**

El título del presente proyecto de tesis llevo por título: “La seguridad jurídica en el resguardo de las etapas del proceso de consulta previa en el estado peruano”, cuya finalidad es la incorporación de un artículo dentro de la Ley de Consulta Previa a fin de materializar la obligación de resguardo que merecen los pueblos indígenas u originarios durante ciertas etapas del proceso de consulta previa, teniendo en cuenta que son grupos susceptibles a diferentes formas de engaños u otras formas de viciar su voluntad con la finalidad de que estos acepten sin más la medida administrativa o legislativa objeto de consulta.

En las últimas décadas, se puso en manifiesto el combate contra la discriminación de los pueblos indígenas u originarios; sugiriendo una mayor la participación de estos, es así que, el Convenio N° 169 de la OIT viene a constituir un instrumento internacional que desarrolla justamente este tema, que por cierto el Perú ratifica en el año de 1994 y que entró en vigencia desde el año siguiente al antes mencionado.

Al parecer, el Estado peruano a pesar que entró en vigencia dentro del Perú desde 1995 el convenio antes indicado, no incorporó ninguna legislación específica o especial que vaya a regir dentro de su territorio hasta el año 2011, en realidad ello muestra un desinterés por parte de éste en la tarea de combatir la discriminación de los grupos indígena u originarios.

Asimismo, se tiene que partir de una idea, muchas de las medidas legislativas o administrativas, tienen una gran repercusión económica, es por ello que, no es descabellado pensar que existen muchos grupos en interés sobre la aprobación de aquella medida de forma célere y sin mayores costos adicionales.

Aquellos grupos de interés pueden ser empresas privadas directamente conectadas con la medida y también las indirectamente beneficiadas, pero también creemos que el Estado cuenta con un gran interés, pues muchas de esas medidas van a sumar en las arcas del mismo.

Ahora, aunque el derecho a la consulta previa no constituya un derecho de veto, ello no quiere decir que no genere mucho tiempo, dinero y esfuerzo el promover la consulta previa, pues no es una labor sencilla, porque lo que se pretende es entablar un correcto diálogo intercultural a fin que estos pueblos puedan manifestar sus opiniones, consultas, sugerencias y demás, respecto a las medidas que les vayan a afectar.

Es así que, los pueblos indígenas u originarios son susceptibles de diferentes formas de engaños, coacción o en general cualquier forma que haga que estos acepten la medida sin más, es decir, ser direccionados a fin que acepten sin opinar ni proponer ninguna cuestión que tal vez dentro un proceso de consulta previa efectivo se pudiese sugerir, y, por ende, ser materia de diálogo.

A lo que están expuestos es gravísimo, porque el proceso de consulta previa podría acabar incluso después de la evaluación interna, es decir, sin llegar a la etapa de diálogo, y mucho menos se podría redactar en el acta de consulta ningún desacuerdo, facilitando la aprobación y ejecución de la medida.

Ahora, lo que podría suscitarse después podrían ser procesos judiciales o administrativos largos o distintas formas de protestas sociales, siendo este aspecto de igual forma muy grave, porque en principio supone el quebrantamiento de las relaciones pacíficas que debiera ser entre Estado y los pueblos indígenas.

Por otro lado, por el principio de seguridad jurídica se pretende brindar a las personas de una expectativa razonablemente fundada de la aplicación de un derecho determinado.

La seguridad jurídica tiene elementos o exigencias, los mismos que son tantos objetivos y subjetivos, por los primeros se pretende que existan normas claras, suficientes, coherentes, que obedezcan a su naturaleza y en general se centra a la correcta formulación y promulgación de estas normas.

Asimismo, la otra implicancia de la seguridad jurídica donde su exigencia objetiva es que se apliquen la normas correctamente por los operadores del derecho; y, ahora, sumado al elemento subjetivo que es la certeza del derecho (expectativa razonablemente fundada) se puede señalar con acierto que una persona cuenta con seguridad jurídica.

Por otro lado, por las etapas de la consulta previa, en realidad estos son todas aquellas como su mismo nombre lo indica, etapas para recabar de forma correcta la consulta a los pueblos indígenas u originarios sobre medidas administrativas o legislativas que les vayan a afectar directamente.

Ahora bien, el derecho a la consulta previa puede ser definida como: “(...) el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. (...)” (Herrera, 2018, p. 59). Es decir, con este derecho se pretende hacer partícipe (consultándolos) a los pueblos indígenas sobre medidas que le vayan a afectar, y la Ley de Consulta Previa, no nace desde un evento aislado o idea propia del Estado peruano, sino que se deriva ciertamente de instrumentos internacionales.

Las etapas de la consulta previa son la siguientes: la identificación de la medida objeto de consulta, identificación de los pueblos a consultar, publicidad de la medida, información de la medida, evaluación interna de los pueblos indígenas u originarios, etapa de diálogo y por último la etapa de decisión.

Pero cabe resaltar, **las etapas en donde se denota esta falta de protección, lo tenemos en la etapa de información, de evaluación interna y del diálogo;** el primero

de ellos se menciona porque, en realidad se debería verificar la información que se brinda a los pueblos indígenas con respecto a la medida que les vaya a afectar directamente.

La etapa de evaluación interna justamente indica todo lo que podría acontecer, pues, como bien se indicaba al ser las medidas objeto de consulta de interés para grandes sectores económicos, lo lógico es que aquella quisieran la celeridad en la aprobación de la medida y su ejecución, sin embargo, podrían llegar en algunos supuestos a tratar de confundir, coaccionar o en general ocasionar cualquier otra forma en que se pueda llegar a viciar su voluntad, a fin que dentro de su evaluación interna lleguen a puertos queridos por aquellos grupos.

Similar situación se podría acaecer en la etapa de diálogo, pues, incluso en la misma fase en que el Estado y pueblo indígena tratar de llegar a acuerdos podrían seguir malinformado o manipulando a los representantes de los pobladores, a fin que estos no expongan sus propuestas, o se declinen de las mismas e incluso podrían llegar un acuerdo en sí no tan favorable para todo el pueblo indígena.

Y, en realidad estos problemas no solo son propios del Perú, pues, otros países de Sudamérica también tienen ciertas deficiencias respecto a la consulta previa, pues, el país evidentemente no fue el único que ratificó el Convenio N° 169 de la OIT y no es el único además de tratar de lidiar con aquellas presiones internacionales, barreras interculturales y demás.

Es por ello que, **el diagnóstico** de esta situación problemática como se pudo haber dado cuenta, es grave, si no se prestan las debidas observancias, porque lo menos que se quiere es que no se lleve un proceso de consulta previa, libre e informada, es decir, un proceso de consulta previa adecuado; quebrantando tal vez de forma irremediable las relaciones pacíficas del Estado con aquellos pueblos indígenas.

Si la consulta previa se lleva en torno a estos problemas como desinformación, manipulación de la información o de los representantes de las comunidades indígenas; solamente se califica un escenario poco adecuado para el resguardo de los derechos colectivos de estos pueblos.

Muestra de ello, por ejemplo, tenemos al famoso caso Conga en donde se puede ver el quebrantamiento de las relaciones Estado-pueblos indígenas, y aunque no se haya llevado una consulta previa es menester denotar los atropellos a estos grupos; y muestran claramente los intereses sobre todo económicos que se juegan de por medio.

Así como también se puede denotar del caso antes señalado, la desidia del Estado de promover la consulta previa, e incluso en aquellos años desidia, en incorporar una ley de consulta previa, es así que, solo nos muestran el poco interés o dejadez del Estado por sumarse a la lucha contra la discriminación de estos grupos.

Y, ahora, **el pronóstico** será también grave si en realidad el diagnóstico tiende a serlo, pues, en caso de que siga la problemática que en realidad puede o no darse, pero si se incorporan la solución que se indicará más adelante, se pondrá en manifiesto la preocupación del Estado por la seguridad de estos pueblos, afianzando de esta forma sus relaciones.

Porque si aún no se considera una protección real a estos pueblos, pasará lo que se indicaba, en principio serían los atropellos a los derechos de estos pueblos, pudiendo llegar a tener litigios con el Estado; asimismo, lo común serían también las protestas en masa y, por último, se quebrantaría de forma irremediable la relación Estado y pueblo indígena.

La solución que se propone es la intervención del Ministerio Público, para que pueda controlar o vigilar las etapas antes descritas, pues creemos que éste al ser un órgano autónomo y especializado podrá verificar que se lleve de forma correcta la consulta previa

durante esta, para no tener que intervenir recién cuando se puedan haber suscitado las consecuencias, pues, como se indicó en muchos casos son irremediables.

Ahora bien, se tiene la siguiente a nivel internacional; en principio tenemos la que lleva por título: “La conflictividad de la consulta previa en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro Secure - Tipnis”, por Laura (2018), en donde se desarrolló los problemas de la consulta previa en los lugares que describe el mismo título; asimismo, tenemos la investigación titulada: “Derecho a la consulta previa, libre e informada en el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS): Regulación nacional e internacional y su eficacia en la realidad boliviana”, por Mamani (2017), donde se desarrolló un análisis referente a si fue correcta la consulta previa realizada a los pueblos de TIPNIS, analizando así si se cumplió con los estándares o principios internacionales.

Asimismo, a nivel nacional tenemos la titulada: “La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas”, por Valdivia (2017), desarrollo acerca de los problemas que se suscitan en la aplicación de la consulta previa desde una perspectiva de los roles del Estado; por último, se tiene a la investigación siguiente: “Las comunidades campesinas y el derecho a la consulta previa de acuerdo con el derecho a la identidad cultural y étnica”, por Vela (2019), donde se hace un desarrollo interesante acerca de las comunidades campesinas y sus características en aras de que se les reconozca como sujeto de consulta previa.

Habiendo señalado las anteriores investigaciones se tiene que indicar que en todas tratan de realizar estudios a fin de determinar si la consulta previa fue aplicada correctamente o no en un caso específico, o tratando de realizar diversos estudios a fin de mejorar esta institución desde otros aspectos, sin embargo, no llegaron a estudiar estos supuestos de resguardo de las etapas de consulta previa.

Estando a lo mencionado, en la presente tesis se formuló la siguiente pregunta: ¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de las etapas del proceso consulta previa del Estado peruano?

## **1.2. Delimitación del problema**

### **1.2.1. Delimitación espacial**

Referente a la delimitación espacial de la presente investigación, primero se tiene que indicar que, al ser de enfoque cualitativo, y que se enfocará en el análisis de la seguridad jurídica y en las etapas de la consulta previa, es en ese sentido que, el análisis se realizará de la normativa que regula a la consulta previa en el Perú y jurisprudencia y otros textos que regula a la seguridad jurídica, pero todo esto enmarcado dentro de la legislación peruana. Por lo tanto, el espacio de la investigación es el Perú, en concreto el ordenamiento jurídico de este.

### **1.2.2. Delimitación temporal**

Con respecto a la delimitación temporal, se vuelve a indicar en primer lugar, que este trabajo de investigación tiene un enfoque cualitativo, por lo que, se analizarán las instituciones antes mencionadas, por lo tanto, toda la normativa respecto a estos es hasta el año 2021, recalcando asimismo que no se sufrió derogación, modificación o cambio de la concepción de estas categorías hasta el año antes mencionado.

### **1.2.3. Delimitación conceptual**

Asimismo, en la presente investigación se desarrollará los conceptos indicados desde una perspectiva positivista, a través de un análisis dogmático; es así que, las instituciones en estudio deben de guardar coherencia y sintonía entre ellas y frente a otras figuras o principios del ordenamiento jurídico. Es en ese

sentido que, se usará la teoría *ius-positivista*, así como la interpretación jurídica positivista.

### **1.3. Formulación del problema**

#### **1.3.1. Problema general**

- ¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de las etapas del proceso consulta previa del Estado peruano?

#### **1.3.2. Problemas específicos**

- ¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa del Estado peruano?
- ¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa del Estado peruano?
- ¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa del Estado peruano?
- ¿De qué manera influiría la inconstitucionalidad de la irrevocabilidad de la representación cuando es otorgado en interés común del representado y un tercero en el Estado peruano 2021?

### **1.4. Propósito de la investigación**

El propósito de la presente investigación reside en la incorporación de un artículo dentro de la Ley 29785, en donde se consigne el resguardo durante ciertas etapas del proceso de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, para así evitar litigios posteriores; llegándose así a respetar a estos grupos en cuanto al establecimiento de sus propuestas de forma libre, asimismo, siendo beneficioso para el Estado, pues, la relación

entre este y los pueblos indígenas u originarios no se vería quebrantada por futuras afectaciones, porque evidentemente se reducirían o evitarían completamente.

## 1.5. JUSTIFICACIÓN

### 1.5.1. Social

La presente investigación se justifica a nivel social en el sentido que ayudará a identificar si realmente la normativa vigente en el Perú que regula a la consulta previa, sobre todo a las etapas de este, otorga seguridad jurídica a los pueblos indígenas u originarios; pues, el país a través de los diferentes tratados ratificados que versan sobre la protección de estos pueblos, que en el fondo supone la lucha por la disminución o erradicación de la discriminación hacia estos grupos, dieron origen a la promulgación de la normativa en el Perú, en específico en lo que atañe a la consulta previa la Ley N° 29785. Es así que, la presente tesis se justifica a nivel social pues se pretende proponer formas de resguardo a los pueblos indígenas u originarios **durante** las etapas de la consulta previa, a fin de que no sean manipulados o en general constreñidos a tomar decisiones que no quieren o que, por error, violencia u otra forma de viciar su voluntad fueron inducidos a realizar.

### 1.5.2. Teórica

A nivel teórico la presente investigación se justifica, pues se determinará si la Ley 29785 y su reglamento brindan seguridad jurídica a los pueblos indígena u originarios durante las etapas de consulta previa, teniendo en cuenta que existen muchos sectores con interés en la aprobación de estas medidas objeto de consulta,

y sobre todo si aquella aprobación se realiza de forma celer, por lo que, podrían realizar por ejemplo artilugios a fin de buscar la aceptación de la medida sin más, y de esa forma acelerar la aprobación de la medida sin más, habiendo tal vez omitido propuestas importante por estos pueblos. Es por ello que, desde un nivel teórico se pretende determinar si la normativa que regula la consulta previa en el Perú otorga seguridad jurídica.

### **1.5.3. Metodológica**

Por último, desde la perspectiva metodológica la presente investigación se justifica pues, se utilizará como método de investigación a la hermenéutica jurídica para analizar tanto a las etapas del proceso de consulta previa y la seguridad jurídica; además, los instrumentos de datos serán tanto la ficha bibliográfica, de resumen y textual para las dos categorías; asimismo, la investigación estará bajo un nivel explicativo, para poder llegar a un análisis de las subcategorías establecidas; finalmente, se utilizó un procesamiento de datos a la argumentación jurídica, para poder teorizar los conceptos. Es así que, la justificación de la presente investigación reside en la utilización de toda esta metodología.

## **1.6. Objetivos**

### **1.6.1. Objetivo general**

- Analizar la manera en que la inseguridad jurídica influiría en las etapas del proceso de consulta previa en el Estado peruano.

### **1.6.2. Objetivos específicos**

- Identificar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.
- Determinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.

- Examinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.

### **1.7. Importancia de la investigación**

En realidad, la presente investigación importa mucho para el Estado, pues, en principio como se indicó, evitaría quebrantar la relación Estado y pueblos indígenas u originarios, aparte que además reafirma la protección del Estado hacia estos pueblos, y no solo porque pueda existir obligaciones internacionales de por medio; además, brindar seguridad jurídica por el Estado a todas las personas es una prioridad, pues es un principio con protección constitución. Y, por último y no menos importante, se reduce o se evita totalmente la injerencia de ciertos sectores en las decisiones de estos grupos, es decir, se debe de respetar y resguardar las consultas que de forma **libre** estos propongan.

### **1.8. Limitaciones de la investigación**

Para finalizar este capítulo, la presente investigación tiene como limitación la falta de acceso a expedientes judiciales y administrativos para observar detalladamente cómo tratan y fundamentan los casos cuando se está de por medio un pueblo indígena u originario, pues, los jueces son recelosos y herméticos con dichos expedientes. Finalmente, otra limitación es que no se encontraron textos debidamente especializados con referencia a la consulta previa en el Perú.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes de la investigación

##### 2.1.1. Internacionales

Para empezar, se tiene a la investigación que lleva por título: “La conflictividad de la consulta previa en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro Secure - Tipnis”, por Laura (2018), ante la Universidad Mayor de San Andrés; la investigación ahora citada desarrolla o describe algunos problemas que se presentan en el marco del proceso de consulta previa. Se relaciona con la presente investigación pues, los dos tratan de observar aquellos problemas que se presentan o se podrían suscitar dentro del proceso de consulta previa, poniendo en manifiesto las deficiencias aún de la norma en mención, tras ello tratar de aportar con propuestas para su mejoría y de esa forma mejorar en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Y, lo más resaltante de la conclusión a la que llega podemos indicar lo siguiente:

- Se comprobó y demostró la hipótesis, confirmando así por consenso y unanimidad de las comunidades el rechazo definitivo de la intangibilidad y aceptación de la construcción de la carretera, ratificando las medidas de protección y prohibiciones con relación a los límites del TIPNIS y anunciando sus necesidades y preocupaciones de su propia realidad y hábitat.

La investigación citada tuvo la siguiente metodología según indicación contenida en el mismo trabajo: La investigación se encuentra dentro el marco de la enseñanza académica científica, acompañado de instrumentos empíricos; en general, la investigación fue una de campo, en donde se tomó en cuenta la observación y la participación activa del tesista y el indígena de cada comunidad.

Ahora bien, tenemos a la investigación titulada: “Análisis de los procesos de consulta previa desarrollados con las comunidades indígenas del Resguardo de Ipiales y el Cabildo de Tangua, Departamento de Nariño, sur occidente colombiano 2016 – 2019”, por Leva (2021), ante la Universidad Andina Simón Bolívar; lo que desarrolló la investigación fue analizar los mecanismo y variables que se presentan en los proceso de consulta previa llegados a acuerdo o desacuerdo, dentro de la comunidad indígena que su mismo título indica. Se relaciona con la presente investigación en el sentido en que los dos buscan analizar el desarrollo de la consulta previa, pero en esta investigación se pondrá énfasis en la libertad de estos pueblos al momento de realizar sus propuestas; y, los más resaltante de la conclusión a la que arriba podemos mencionar que:

- Analizar a la consulta previa permite identificar distintos y nuevas formas de acción colectiva del movimiento indígena con relación a posibilitar procesos encaminados al ejercicio de vetar políticas Estatales en los territorios de las comunidades.
- Los procesos de democratización permiten la posibilidad de consultar a las comunidades acerca de las políticas que se han de implantar, aunque el Estado ahora sea claro en que la consulta previa excluye el consentimiento libre e informado en referencia evidentemente a la ejecución de las políticas de desarrollo.

La investigación antes citada guarda la siguiente metodología: Se adoptó el método de rastreo de procesos, por tratarse de un caso empírico; asimismo, el enfoque metodológico suministrado por McAdam, Tarrow y Tilly, además, como

parte del diseño metodológico se recurrió a un trabajo de campo, a fin de obtener información de los actores involucrados.

Por otra parte, tenemos a la investigación titulada: “Derecho a la consulta previa, libre e informada en el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS): Regulación nacional e internacional y su eficacia en la realidad boliviana”, por Mamani (2017), ante la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí; en la investigación antes citada se desarrolló un análisis referente a si fue correcta la consulta previa realizada a los pueblos de TIPNIS, analizando así si se cumplió con los estándares o principios internacionales. Se relaciona con la presente investigación en el sentido en que los dos tratar de analizar la efectividad de la consulta previa o en sumo analizar las situaciones o supuestos que coherentemente se puedan suscitar; y, dentro de las conclusiones a las que arriba la tesis citada podemos señalar las siguiente por su relación e importancia para la presente tesis:

- La normativa internacional ha indicado que antes de realizarse la consulta, los pueblos indígenas tuvieron que haber participado en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación o evaluación en los planes, políticas y proyectos de desarrollo nacional o regional que pudiera afectarlos. Cumplida su participación, se pasa a la consulta previa y de buena fe, evidentemente antes que el Estado ejecute medidas legislativas o administrativas.
- El Estado boliviano realizó en el 2012 la consulta en las comunidades indígenas de TIPNIS, en el mismo que no se cumplió con los estándares internacionales del derecho a la participación, consulta previa y de buena

fe y al consentimiento previo, libre e informado, ni tampoco se contactó con los representantes de aquellos pueblos y no fue llevado a cabo de acuerdo a sus propios procedimientos.

El trabajo de investigación que antecede carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para verificar que lo ahora indicado.

Ahora bien, se tiene a la investigación titulada: "Parámetros para el ejercicio de la consulta previa en el marco de la realización de proyectos que generan impacto a nivel ambiental", por Rodríguez (2019), ante la Universidad del Desarrollo; en la investigación se desarrolló un análisis a la norma legal de la consulta dentro de Chile y Colombia, para así identificar los parámetros fijados para el desarrollo de este derecho y como también los fijados jurisprudencialmente. Se relaciona con la presente investigación pues, los dos parten de situaciones en las que el ordenamiento legal de la consulta previa resulta tener ciertos vacíos para la tutela o protección de este derecho; es así que, las cuestiones más resaltantes de la conclusión a la que arriba son los siguientes:

- Los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana han servido para resolver problemas jurídicos que se acaecen tras la implementación de este derecho; mientras que, las limitaciones legales respecto a su procedencia y su interpretación por la Corte Suprema de Chile se puede indicar que en este último país los estándares internacionales están lejos de cumplirse.
- Asimismo, la experiencia en Colombia es que, a pesar de contar con reblas o criterio de orden constitucional, este país se encuentra lejos de resolver materialmente las controversias por la implementación de este derecho.

El trabajo de investigación que antecede carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para verificar que lo ahora indicado.

Por último, se tienen a la investigación titulada: “La consulta previa versus el consentimiento previo, libre e informado en la legislación ecuatoriana”, por Araujo (2016), Universidad Nacional de Loja; el trabajo de investigación ahora citado en realidad hace un análisis de la importancia de la aplicación del derecho a la consulta previa, así como también realizar un análisis del consentimiento previo. Se relaciona con la presente investigación pues, los dos abordan a la consulta previa como un tema importante que merece delimitación o mejoramiento con respecto a su tratamiento nacional; es así que, dentro de las conclusiones más relevantes que se puede indicar, tenemos a las siguientes:

- La consulta previa y el consentimiento previo son instituciones diferentes, con fundamentos, alcances y supuestos de igual forma, distintos.
- La consulta previa constituye un derecho de las minorías étnicas, el mismo que los permite ser partícipes de las decisiones que les vayan a afectar, para así preservar su integridad étnica y cultural, siendo asimismo una forma de promover la inclusión.

Respecto a la metodología, la investigación indica lo siguiente: Se empleó métodos teóricos, basados en revisión bibliográfica y métodos empíricos; asimismo, empleó el método analítico, sistemático, inductivo, deductivo y exegético; con respecto a técnica fue la observación y en cuanto al instrumentos se usó el fichaje y la entrevista.

### 2.1.2. Nacionales

En primer lugar, tenemos a la investigación titulada: “La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas”, por Valdivia (2017), la tesis presentada ante la Universidad Ricardo Palma; en la investigación citada se hace un desarrollo acerca de los problemas que se suscitan en la aplicación de la consulta previa desde una perspectiva de los roles del Estado, los mismos pueblos indígenas u originarios y las empresas privadas. Es así que, se relaciona con la presente investigación en el sentido en que los dos tratan de enfocar ciertas falencias que tiene el Estado al momento de promover la consulta previa; y, dentro de algunas conclusiones a las que arriba la citada investigación podemos indicar a las siguientes:

- El Convenio N° 169 de la OIT “es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 1989”, el mismo que fue ratificado por el Perú en el año 1994 y teniendo un cumplimiento obligatorio a partir del año siguiente; este tratado busca que los pueblos indígenas mantengan y fortalezcan su cultura, formas de vida así como también, como también formar instituciones propias para que puedan participar en las decisiones que les puedan afectar; asimismo, también se busca que estos pueblos puedan decidir o participar cuando exista algún hecho que vaya afectarlos, alejándose así de una posible discriminación o marginación.
- El Estado cuenta un rol importante dentro de la consulta previa; este mismo cuenta con una debilidad institucional, pues, le ha costado dar el cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT ratificado en 1994; es así que, se demuestra con el poco interés del Estado por hacer partícipe a estos

pueblos del desarrollo del nacional. Así es que, la Ley promulgada por el Estado fue criticada tanto por las comunidades indígenas, y se generaba una reacia aceptación por algunas entidades del Estado, generando así mayor desconfianza entre estas dos partes (Estado y comunidad). El correcto rol del Estado en la consulta previa es garantizar su cumplimiento; y, así, el incorrecto de su rol es debido a su debilidad institucional, el poco interés en que la consulta previa sea llevada adecuada le conlleva a delegar funciones a un tercero interesado, causando así conflictos con los pueblos indígenas.

La citada tesis indica que es de un enfoque cualitativa, asimismo, la técnica utilizada fue la técnica de investigación documental, habiéndose revisado los siguientes materiales: análisis doctrinario, de la legislación, informes, artículos y las fichas académicas para la administración de la información.

Ahora, tenemos a la investigación que lleva por título: “Las comunidades campesinas y el derecho a la consulta previa de acuerdo con el derecho a la identidad cultural y étnica”, por Vela (2019), ante la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo; el trabajo citado hace un desarrollo interesante acerca de las comunidades campesinas y sus características en aras de que se les reconozca como sujeto de consulta previa. Es así que, se relaciona la presente investigación con la citada en el sentido en que los dos parten del problema del Estado al momento de incorporar normas de este tipo en donde se reconocen derechos o se trata de erradicar la discriminación a ciertos grupos; y, dentro de las conclusiones a las que arriba podemos mencionar a las siguiente:

- En el Perú los pueblos indígenas luchas por el reconocimiento de sus derechos colectivos; ahora, estos fueron reconocidos mediante instrumentos nacionales como internacionales, de la misma manera, el

Estado ha elaborado una Base de Datos para consignar en ella a las comunidades campesinas y nativas del territorio, con la finalidad de poder aplicar la consulta previa. Las comunidades campesinas son indígenas, es por ello que buscan la reivindicación de sus derechos y también es por eso que el Estado debe garantizarles soluciones a ciertos problemas que cuentan.

- A nivel internacional los derechos colectivos e individuales de estos pueblos está reconocido por el Convenio N° 169 de la OIT, pero no es hasta el 2011 que el Perú adoptaría una normativa interna específica para el caso de la consulta previa, ni mucho menos el Estado había identificado a los pueblos indígenas, ni si quiera campesinas o nativas; es así que, el Estado está desarrollando un registro de aquellos pueblos con antecedentes históricos, así es que, después del registro se debe tomar en cuenta a las comunidades campesinas como sujetos de derechos colectivos.

El trabajo de investigación que antecede carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para verificar que lo ahora indicado.

Asimismo, tenemos a la investigación titulada: “La implementación de la ley de consulta previa en el Perú respecto de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas”, por Castillo (2018), antes la Universidad Continental; esta tesis citada desarrolla como su mismo título da a entender, la manera en cómo el Perú cumple con los estándares internacionales respecto a la consulta previa promovida evidentemente por este. Es así que, la citada investigación se relaciona con la presente, pues, los dos

pretender analizar a esta figura desde la forma en cómo el Perú incorporó las exigencias internacionales para garantizar el derecho de los pueblos indígenas, como también para tratar de erradicar la discriminación sobre estos; y, dentro de las conclusiones a las que arriba la citada investigación podemos señalar a las siguientes:

- El Estado peruano no adopta o recoge todos los criterios esenciales para protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, por ejemplo, no acoger otra fuente más diferente al Convenio N° 169 de la OIT, considerar que procede la consulta previa cuando se puedan suscitar afectaciones directas, debiendo considerarse todas las afectaciones a estos pueblos y demás.
- La Ley de Consulta Previa acoge algunos criterios, sin embargo, también se denota que los ha cambiado e incorporó otros criterios que contravienen los estándares internacionales, así como la lengua y las tierras comunales como criterios para la identificación de un pueblo indígena, para así ser reconocido como sujeto o titular del derecho a la consulta previa.

La tesis citada tiene como metodología la siguiente: utilizó al método científico como método general y como método específico al descriptivo, asimismo, es de un nivel descriptivo y de un diseño descriptivo simple, utilizándose como población a la normatividad internacional y nacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios, y como muestra al Convenio N° 169 de la OIT; por último, como técnica de recolección de datos a la lista de cotejo.

Por otra parte, tenemos a la investigación titulada: “El impacto de los derechos ambientales en referencia de la consulta previa”, por Huamán (2018), ante la Universidad Autónoma del Perú; el trabajo ahora citado se desarrolló los derechos ambientales y su impacto tras la consulta previa. Se relaciona con la presente investigación pues, los dos enfocan a la consulta previa como una institución que aún merece de estudio, para por ejemplo proponer mejoras en relación a su impacto en los derechos ambientales, los mismos derechos de los pobladores indígenas y demás; y, dentro de las conclusiones a las que arriba la investigación tenemos a las siguientes:

- Se concluye si existe un grado de impacto en los derechos ambientales que ya fueron adquiridos y este impacto está referido a la consulta previa la cual al momento de darse la actualización afectaría los derechos ambientales ya adquiridos. (p. 46)
- La consulta previa guarda un impacto sobre los derechos ambientales, esto debido a que, esta institución no tiene una debida regulación
- La consulta previa tiene impacto sobre los derechos ambientales puesto que, al no estar debidamente regulada, esta permite que tanto, el mismo que puede ser vulnerados por las mismas comunidades indígenas como por los inversionistas.

La investigación antes citada contó con la metodología siguiente: fue de un enfoque cuantitativa, de tipo descriptivo, así como también fue de naturaleza básica, de diseño no experimental; asimismo, tuvo como población y muestra por operadores del derecho ambiental y constitucional.

Por último, tenemos a la investigación titulada: “La consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de electricidad en el departamento de Puno – 2018”, por Fhon (2019), presentado ante la Universidad César Vallejo; la tesis antes citada explica el cumplimiento de la consulta previa para el caso de los proyectos eléctricos, en el departamento de Puno, concordando con los estándares internacionales exigidos. Tesis citada se relaciona con la presente en el sentido en que los dos buscan el análisis de la consulta previa, con respecto a su efectividad de esta misma, tratando de evidenciar la suficiencia en la protección de los derechos de estos pueblos. Y, dentro de las conclusiones arribadas por la investigación citada podemos indicar a las siguientes mayor relevancia para la presente investigación:

- La oportunidad del MINEM por implementar una consulta previa no cumple con el criterio de que esta misma sea previa a la medida susceptible de afectar directamente a los pueblos, así como no es se implementa en un momento oportuno en donde se podría incorporar los acuerdos posiblemente resultantes de la consulta previa.
- El análisis o identificación de las medidas que son pasibles de afectación directa a los pueblos indígenas u originarios es fundamental para determinar si corresponde consulta previa y para la ver quiénes son los sujetos a consulta. Asimismo, este análisis permite que en la consulta se informe, evalúe y dialogue de las afectaciones a fin de adoptar las medidas correspondientes respetuosas a sus derechos colectivos.

La tesis citada tuvo un enfoque cualitativo, como escenario de estudio al departamento de Puno, la muestra estuvo conformada por los servidores públicos que participaron en el proceso de consulta previa de las Centrales Hidroeléctricas

Anto Ruiz III y IV en el departamento de Puno, y la obtención de datos fue realizada principalmente mediante la entrevista.

## 2.2. Bases teóricas de la investigación

### 2.2.1. La seguridad jurídica

Ciertamente la seguridad jurídica es un tema muy señalado por los diferentes juristas, sin embargo, definirlo no es una labor sencilla, pues, evidentemente como un principio o valor que inspira a la Constitución requiere de una cierta delimitación, es por ello que, estos apartados servirán para definirlo y delimitarlo.

Es en ese sentido que, Cea (2004) lo define como: “(...) la situación psicológica de la persona que, en cuanto sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, conoce el ordenamiento objetivo que debe cumplir, sabe que este sistema normativo es generalmente observado y confía en que así continuará ocurriendo” (p. 47). Es interesante la definición que el autor ahora citado realiza, pues, de este mismo se puede denotar sus propias implicancias.

Así es que, seguridad jurídica está relacionada con dos elementos, el primero ubicado en el plano de la psique o simplemente al interior de las personas y el otro ubicado más que nada al ordenamiento jurídico en sí y su aplicación, sin embargo, estos elementos se analizarán más adelante.

Ahora bien, también Aida Kemelmaier lo va a definir como: “(...) la **expectativa razonablemente fundada** del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho” (El resaltado es nuestro) (c.p. Arrázola, 2014, p. 6). Entonces, un ordenamiento jurídico lo suficientemente coherente y suficiente, sumado a la correcta aplicación del mismo genera esa expectativa razonablemente fundada en las personas que se aplicará en el caso en concreto determina norma jurídica y por tanto se pueda predecir razonablemente las consecuencias.

Es por ello que, la seguridad jurídica esté relacionado al principio de predictibilidad, pues, en los dos importa que predecir las consecuencias en base a lo que anteriormente se indicó, un ordenamiento jurídico claro, sin contradicciones e inclusive suficiente.

Ahora bien, la seguridad jurídica debe de ser explicado por una expectativa razonablemente fundada y no en una certeza absoluta, pues, el ordenamiento jurídico es más que claro que podría ser rebasado por la realidad.

Lo anteriormente señalado se comparte de lo señalado también por el jurista Espinoza-Saldaña (2016), pues, indicaría lo siguiente: “La seguridad jurídica se refiere así a la previsibilidad, y no a una «completa certeza jurídica»” (p. 45). Es claro que en ocasiones no podemos explicar las cosas de forma siempre absolutas.

Pues, siguiendo con el autor anteriormente citado, la seguridad jurídica no pretende una certeza absoluta (pues sería imposible garantizarla), es por ello que, se debe garantizar una expectativa razonablemente fundada; asimismo, con este principio (seguridad jurídica), se debiera considera como un valor utilitarista, es decir, como aquel mediante el cual se permita perseguir otros fines, como el resguardo de la autonomía de las personas y el desarrollo de la justicia. (Espinoza-Saldaña, 2016, pp. 45-46)

Es por todo lo indica que, la seguridad jurídica es un principio importante, y este mismo es reconocido para todas las personas, pues en esencia este principio tiene protección constitucional, es decir, a todas las personas incluido a aquellas perteneciente a los pueblos indígenas u originarios se les reconoce del mismo.

#### **2.2.1.1. Elementos de la seguridad jurídica**

Anteriormente se hacía referencia a los elementos de la seguridad jurídica, básicamente implica dos elementos, tanto uno subjetivo como otro

objetivo; es así que, para el presente caso los elementos objetivos serán la corrección estructural y funcional, y en cuanto al elemento subjetivo, será la certeza del derecho.

Como en el acápite anterior se indicó, la seguridad jurídica implica una expectativa razonablemente fundada de saber cómo se ha de aplicar una norma en determinadas situaciones, ello implica sin duda en sentido extenso correctas normas y correcta aplicación del mismo (elementos objetivos), que finalmente originarán la certeza del derecho (elemento subjetivo).

La siguiente digamos que subclasificación fue establecida por Pérez (2000).

#### **2.2.1.1.1. Corrección Estructural**

Este primer elemento está referido a las normas, pues, en principio se supone que estas estén formuladas y promulgadas de forma correcta y coherente; este elemento objetivo supone que en realidad el primer paso para que se pueda hablar de seguridad jurídica, es decir, desde la misma formulación de su contenido debería de ser lo suficientemente coherente y suficiente para generar expectativa razonablemente fundada en las personas.

Lo que se quiere indicar es que una norma debe de ser clara, coherente, lo suficientemente previsible y sobre todo guardar lógica; pues, por ejemplo, una norma que se contradice con otra, evidentemente no genera seguridad jurídica, es por ello que, su incidencia de este principio en general supone todos estos aspectos.

En realidad, toda esta coherencia en la formación de las normas es un paso primordial para poder señalar las siguientes condiciones que Pérez (2000) indica y son las siguientes: *lex promulgata*, *lex manifesta*, *lex plena*, *lex stricta*, *lex previa* y *lex perpetua* (p. 28-29).

Ahora, la *lex promulgata* se refiere básicamente al correcto procedimiento para su promulgación, evidentemente hasta llegar a su correcta también publicación y por tanto cognoscibilidad de la misma por las demás personas; mientras que la *lex manifesta* se refiere a la claridad de la propia norma, a fin de evitar interpretaciones arbitrarias solo por dar un ejemplo. (Pérez, 2000, p. 28)

Asimismo, se tiene a la *lex plena* que se puede llegar a entender con la siguiente cita que el mismo autor realiza: “(...) Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución, con arreglo a Derecho, a los casos que plantea la convivencia humana. (...)” (p. 29).

Es justamente lo que se denota en la presente investigación, la Ley de Consulta Previa ni el Reglamento prevé de forma objetiva un verdadero resguardo o solución a lo que plantea la convivencia humana o la misma realidad, pues, es evidente que los pueblos indígenas u originarios estén en un estado vulnerable o mejor dicho susceptible a triquiñuelas u otras

formas de manipulación e incluso coacción a fin de que estos sin más acepten las medidas objeto de consulta.

Finalmente, solo por mencionar a la *lex stricta*, *lex previa* y *lex perpetua*, en general se refieren al carácter perpetuo (en un sentido no absoluto, sino relacionado a la estabilidad de la norma), precisión de la norma (sobre todo con respeto a la jerarquía normativa) y previa calculabilidad respectivamente. (Pérez, 2000, p. 29)

#### **2.2.1.1.2. Corrección Funcional**

Ahora bien, este principio no merece una explicación muy amplia, pues, básicamente implica que la norma sea de forma correcta aplicada por todo operador del derecho, sobre todo funcionarios.

En ese sentido, Bolás indica que, dentro de los elementos objetivos de la seguridad jurídica solo está conformada por la ley aplicable correspondiente, pero también indica ciertos aspectos que se deben de tener en cuenta, en el que encontramos al siguiente: “(...) 5) Que la aplicación de la ley esté garantizada por una Administración de Justicia eficaz...” (c.p. Arrázola, 2014, p. 10)

Como se puede denotar, los elementos ciertamente siguen un proceso, pues, se inicia propiamente con la conformación correcta de las normas, seguidamente del cumplimiento adecuado de las mismas (elemento ahora analizado) y por último

se sigue con la certeza del derecho que en el siguiente acápite se desarrollará.

#### **2.2.1.1.3. Certeza del Derecho**

La certeza del derecho es el último elemento de la seguridad jurídica, siendo este el elemento subjetivo, pues, implica una interiorización o mejor dicho, genera propiamente dicho esa situación de seguridad en las personas; sin embargo, como se indicó anteriormente, no se puede señalar a esta certeza como una absoluta, sino como una expectativa razonablemente fundada.

Es así que, Pérez (2000) indica lo siguiente referido a este elemento:

(...) se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. (...). Gracias a esa información realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. (p. 29)

Es decir, ya estando la norma debidamente publicidad y conocida por las personas, este elemento supone que las personas sepan y confíen en que aquella norma se aplicará de una forma establecida, es por ello que, como se indicó se relaciona con la predictibilidad, pero aquella predictibilidad no es una absoluta.

Por último, se debe de volver a indicar que, no cabe la posibilidad de pensar en una certeza absoluta, porque la norma fácilmente puede ser rebasa por la realidad.

#### **2.2.1.2. La seguridad jurídica en la jurisprudencia del Tribunal**

##### **Constitucional**

La seguridad jurídica como se va indicado es un principio que es protegido constitucionalmente, es por ello que, en ciertas ocasiones se llega al Tribunal Constitucional tras alegar la supuesta vulneración de este, y es en este apartado en que se analizará cómo es que lo define este colegiado en algunas de sus sentencias.

Cabe acotar, si bien es cierto, no es un principio reconocido de forma expresa en la Constitución, sin embargo, es un principio que inspira al mismo y en realidad a cualquier Estado de Derecho, es en ese sentido que, por ejemplo, la Constitución española lo reconoce de forma expresa dentro de su texto.

En primer lugar, el Caso de la intervención notarial en el arrendamiento financiero, sentencia recaída en el expediente N° 00010-2020-PI/TC, en ese sentido, el fundamento 49 de esta indica algo que no se había tal vez mencionado anteriormente: “(...), la seguridad jurídica garantiza que los actos de los poderes públicos no incurran en supuestos de arbitrariedad, que impliquen cambios en las reglas de juego o en el marco normativo, que contravengan los mandatos constitucionales.”

Entonces, se tiene que resaltar que un aspecto ventajoso de la seguridad jurídica es que ayudará a combatir contra la arbitrariedad, pues

dará menos cabida a que el operador del derecho tenga cierta discrecionalidad desmedida.

Asimismo, el TC también refiere que si bien es cierto no fue un principio aludido expresamente por el constituyente, pero su contenido fue plasmado en diversos artículos de la Constitución como el artículo 2 inciso 24, todo esto lo refiere en su fundamento 47.

Por último, la sentencia recaída en el expediente N° 0016-2002-AI/TC, indica en su fundamento 3 respecto a este principio lo siguiente:

(...). Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5).

Es así que, se contrasta lo que se decía, no está recogido en el Perú de forma expresa este principio dentro de la Constitución, sin embargo, en el caso español es diferente y muestra de ello que al parecer el TC utiliza o se nutre en este aspecto de jurisprudencia o doctrina española. Asimismo, en el mismo fundamento de la misma sentencia sigue indicando lo siguiente:

(...) no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, (...), sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu qua, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, **o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones**, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Es así que, también implica como se indicó las debidas modificaciones, y ello debido muchas veces a la falta de claridad o precisión de las normas, o tal vez porque se suscitó un supuesto que antes no había sido previsto por el legislador y que guarda suma relevancia.

### **2.2.1.3. Importancia de la seguridad jurídica**

Ahora bien, la importancia de la seguridad jurídica radica en que las personas requieren de normas coherentes, suficientes, lógicas y demás; pues, la seguridad jurídica constituye un elemento dentro de lo que se conoce como seguridad humana ello implica necesariamente seguridad tanto interna y externa de un país. (Cea, 2004, p. 47)

En ese mismo sentido, Cea (2004) desarrollando la relación entre seguridad jurídica y sociedad civil indica que se debe de tener en cuenta dos aspectos, el primero de ellos refiere al respeto por todas las personas de las garantías o derechos reconocidos. (p. 52)

Asimismo, con respecto al segundo aspecto Cea (2004) indicaría lo siguiente:

(...) la seguridad que la pobreza o miseria, la desesperanza en corregir la desigualdad de oportunidades, la discriminación de los sectores sociales infra protegidos, y otros fenómenos parecidos, no quedarán indefinidamente entregados a la desidia o el egoísmo. Trátase de la seguridad jurídica en conexión con el goce de los derechos de la segunda generación o derechos sociales, (...) (p. 52)

En realidad, es cierto que la seguridad jurídica tiene una importancia para el respeto de sus derechos reconocidos, no solo de aquellos de segunda

generación, pues se hace extensivo a todo el ordenamiento jurídica, derecho reconocido o que debería reconocerse.

Cuando se quiere hablar de seguridad jurídica, después de todo lo estudiado se cree que debe de existir dos factores, el primer destinado al reconocimiento o aplicación de un derecho, pues bien, genera seguridad si un ordenamiento es lo suficientemente claro y no contradictorio consigo mismo, y gracias a ello se aplica aquella norma sin más.

Por otro lado, cuando existen vacíos o insuficiencias de la norma, evidentemente no genera en sí seguridad jurídica, pues en ciertos casos llenar los vacíos de la misma genera incertidumbre, pero en algunos casos no está permitido ni llenar aquellos vacíos y sin más produce inseguridad jurídica e insatisfacción, porque un supuesto en interés que no esté regulado genera zozobra en las personas.

Es así que, en aquellos casos en donde se requiera incorporaciones legislativa o modificaciones, merecen de importancia o relevancia para la seguridad jurídica, es justamente ese el segundo aspecto, porque es evidente que algunos supuestos merecen de un desarrollo normativo claro.

### **2.2.2. La consulta previa**

Básicamente, la consulta previa es un derecho que cuentan ciertos sectores sociales para ser consultados previamente a una medida administrativa o legislativa con el fin de llegar a acuerdos entre el Estado y dichos grupos sociales, aunque en ocasiones no se llegue a uno.

La Ley de Consulta Previa (Ley 29785) lo define como:

(...) el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten

directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia, física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

Entonces, se puede llegar a señalar que aquella consulta está destinada a impedir, reducir e incluso solamente consentir las medidas que podrían afectar los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

De la misma forma el Ministerio de Cultura a través de sus diferentes manuales de consulta lo llega a definir por ejemplo de la siguiente manera: “La consulta previa es un derecho colectivo que tienen los pueblos indígenas u originarios. La consulta previa consiste en un diálogo intercultural entre el Estado y estos pueblos” (Ministerio de Cultura, p. 10). Entonces, de lo que se trata es de un derecho colectivo de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados **previo** a la adopción de una medida legislativa o administrativa que los vaya a perjudicar.

Asimismo, la misma ley antes referida indica que la finalidad de la consulta previa es justamente llegar a un acuerdo o consentimiento entre el Estado y aquellos grupos sociales, a fin de tomar medidas para no afectar sus derechos; así es que, el mismo artículo 3 de la misma Ley en análisis indica que esta consulta será llevada a cabo a través de un **diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado.**

Asimismo, la misma norma estableció ciertas etapas que deben de seguirse dentro de este proceso de consulta, los mismo que se deben de llevar direccionados bajo el respeto irrestricto de ciertos principios y el evidente respeto a los derechos de estos grupos que son reconocidos por el Estado y sobre todo por instrumentos internacionales.

Al respecto Bregalio, Ocampo & Olivera (2012) indica con referencia al porqué de la consulta a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarlos:

El derecho a la consulta es esencial para poder asegurar muchos de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que es el mecanismo mediante el cual se busca proteger la voluntad real de estos grupos y proteger su derecho a una vida digna. (p. 33)

Ello se debe a que históricamente los derechos de estos sectores sociales fueron vulnerados injustificadamente, es decir, ni se les consultó y por ejemplo se les llegaba a quitar parte de sus tierras incluso a exterminarlos, entonces, he ahí la razón que ahora se reconozca un derecho a ser consultados ante dichas medidas.

Por otra parte, también se tiene que tener en consideración que lo vinculante en la consulta previa no es propiamente dicho las consultas, sino aquellas a las que se llegó a un acuerdo.

Según el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, es decir la Ley 29785, define al acta de consulta como: “Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural (...)”. En otras palabras, los acuerdos llegados entre las partes se llegarán a plasmar en un acta, el mismo que será suscrito por los representantes correspondientes, el mismo que será vinculante.

Por último, tanto en la Ley de Consulta Previa y su Reglamento se establece que la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento referente a las medidas que puedan vulnerarlos, sin embargo, se indica que si no se alcanza ninguno no se

vulnera el derecho a la consulta previa, pues su mismo nombre indica que el derecho consiste en ser consultado.

#### **2.2.2.1. Marco normativo aplicable al derecho a la consulta previa**

En principio, el marco normativo que en general se fue impulsando fueron en pro de la protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, habiendo tenido todo un proceso denotado histórico detrás, pues, evidentemente estas se generan en un clima de desprotección de estos grupos.

Es justamente el atropello y olvido de los pueblos indígenas u originarios, y muestra de tal detalle se relata el siguiente caso de los años setenta:

Augusto Willemsen relata que el 21 de mayo de 1971, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) autorizó a la antigua Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías elaborar dicho estudio. El 18 de agosto de ese mismo año, esta Subcomisión nombró al Sr. José Ricardo Martínez Cobo como Relator Especial a cargo de esta tarea. El informe final del “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” (c.p. Herrera, 2018, p. 5)

Dentro de algunos de los problemas que se expusieron en dicho informe se refiere básicamente a la invasión de los terrenos de aquellos grupos con la finalidad de extracción de los recursos naturales, sin embargo, la autora anteriormente citada indica una cuestión asumida por el estudio realizado el mismo que refiere que, aquella extracción de los recursos no

siempre se puede llegar a evitar, pero sí se deben de buscar formas de minimizar las consecuencias de aquella actividad. (c.p. Herrera, 2018, p. 6)

Es así que, se iba poniendo sobre el tapete la cuestión de negociación, comunicación o diálogo con los pueblos indígenas ante estos tipos de situaciones; y, aunque si bien es cierto existieron mucho más hechos y convenios de la OIT como la 107 y 104 relevantes para el reconocimiento de la consulta previa *per se*, sin embargo, el más relevante es el Convenio 169 de la OIT que se pasará a explicar y de las normas a nivel nacional en donde se encuentra plasmado este derecho de los pueblos indígenas.

#### **2.2.2.1.1. Convenio N° 169 de la OIT**

Cuando se revisa el Convenio 169 de la OIT se indica dentro de su presentación que éste mismo tiene dos lineamientos centrales, los mismos que son los siguientes: “(...) el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, **y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan.** (...)” (El resaltado es nuestro) (p. 8). Efectivamente, este Convenio pretende que se respeten a los pueblos indígenas u originarios, es decir, eliminar formas de discriminación hacia estos.

Ahora bien, en este Convenio 169 tiene relevancia, pues, gracias a este se sigue poniendo en manifiesto el problema que arraiga en los Estados con respecto a la discriminación o exclusión de los pueblos indígenas, es más los países incluido el Perú se obligaron a adaptar sus legislaciones en aras de esta

protección a estos grupos, y es en esa consideración que se promulgarían posteriormente la Ley de Consulta Previa y su respectivo Reglamento.

Siguiendo con el análisis de este Convenio 169, en su artículo 6 indica justamente lo que nos concierne (la consulta previa), es así que señala lo siguiente:

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) **consultar a los pueblos interesados**, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...) (p.26)

Además, también cabe indicar que en este convenio de cierta forma se pone en manifiesto esa vulneración de estos pueblos, por ende, se exhorta brindar los medios adecuados para evitar cuestiones estas cuestiones dispares, así también como resultaba ser evidente el respeto por su cultura y lenguaje es un elemento fundamental al momento de realizar estas acciones.

En realidad, es muy amplio lo indicado en el Convenio 169 de la OIT, sin embargo, como se indicó el país asumió la incorporación de normas y mecanismos en concordancia a este convenio; y, aunque pueda ser muchas veces cuestionado la norma de consulta previa, pues es lo que nos atañe en estos momentos, lo cierto es que es un avance por tratar de erradicar la

discriminación, el abandono, exclusión y desinformación que muchas veces se ven sometidos estos pueblos ante diferentes situaciones.

Respecto a la vigencia de este Convenio para el Perú el Congreso de la República del Perú, Comisión Multi partita encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígena (2011, pp. 164-165), indica:

(...), el antiguo Congreso Constituyente Democrático aprobó su ratificación el 26 de noviembre de 1993, mediante la Resolución Legislativa N° 26253, la misma que fue publicada el 5 de diciembre. El 2 de febrero del siguiente año se efectuó el registro internacional respectivo ante la OIT, por lo que el Convenio No. 169 se encuentra vigente en Perú a partir del 2 de febrero de 1995 (...). (c.p., Herrera, 2018, p. 99)

Es justamente debido a que, la ratificación es presentada en el año 1994, sin embargo, como el artículo 38 inciso 2 y 3 del Convenio en mención entra en vigor a los doce meses después de la ratificación del Estado miembro, es por ello que, la autora anteriormente citada indica con acierto que esta norma entró en vigor a partir del año 1995.

Sin embargo, como se pasará a detallar más adelante, recién en el 2011 se promulgaría la Ley de la Consulta Previa, es decir, tuvo que pasar más de una década para que el Perú

redactara una norma específica para la regulación de este derecho.

#### **2.2.2.1.2. Ley de la Consulta Previa**

Como se iba señalando anteriormente, las normas relacionadas al tema de la protección de los pueblos indígenas u originarias fueron produciéndose de cierta forma por exigencias internacionales, pues, al respecto el Convenio N° 169 de la OIT fue ratificado por el Estado peruano en el año 1994, sin embargo, la específica (la ahora conocida Ley 29785) recién se daría en el año 2011, pero como bien se sabe, los tratados forman parte del derecho internos desde su ratificación, aunque sin duda era necesario adaptar las indicaciones internacionales al contexto nacional.

Era necesario establecer procedimientos claros para el desarrollo efectivo de este derecho, pues, por ejemplo, en esta norma se desarrollan principios, reglas y etapas importantes que se han de respetar, y cualquier norma que se olvide de este detalle es inconstitucional.

El derecho a la consulta previa es un derecho colectivo, pues, lo titulares de este derecho son los pueblos indígenas u originarios, con la finalidad siguiente según el artículo 3 de la mencionada Ley ahora estudiada: “La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios (...), a través de un diálogo Intercultural (...)”. Sin embargo, no siempre se puede llegar a un

acuerdo de cierta forma la norma prevé esa situación, pero en tales casos se genera la obligación de garantizar los derechos colectivos de estos grupos.

Ahora bien, para que pueda existir el derecho a la consulta previa en realidad hay ciertas condiciones que más adelante también se explicarán, sin embargo, una de ellas que ahora se pueden indicar es que se requiere que se esté ante una medida legislativa o administrativa, el artículo 2 de esta Ley lo indica de la siguiente manera: “Es el derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser consultados de forma previa **sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos**, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.” (El resaltado es nuestro)

Entonces, aquellas medidas a implantarse han de poner en peligro de afectación sus derechos colectivos, siendo más preciso aún lo norma, se pudiera correr el riesgo de su propia existencia física o cambiar su misma identidad cultural y demás cuestiones anotadas; sin duda, se trata de un avance por el reconocimiento y respeto de los derechos de estos grupos.

Asimismo, el mismo artículo 2 indica lo siguiente: “(...) También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos (...)”. Entonces, también abarca la consulta en estas situaciones citadas.

Por último, Escala (2018) manifiesta referente a las medidas administrativas y legislativas lo siguiente:

Las medidas legislativas son las normas con rango de ley. Mientras que las medidas administrativas son las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin (...). (p. 16)

Es así que, en todas estas medidas será necesario la consulta previa para poder llevar a cabo la medida de forma efectiva, y es así que más adelante se analizarán muchas más cuestiones referentes a esta Ley de Consulta Previa, pero antes de ello se analizará su reglamento.

Ahora bien, el reglamento fue aprobado un año después de salido a la luz de la Ley de Consulta Previa. De forma interesante delimita como es natural, cuestiones que no se tenían claras en la ley, conceptualiza, por ejemplo, términos como “derechos colectivos” y “buena fe”. Asimismo, precisa de mejor forma cómo se ha de llevar a cabo las etapas de la consulta previa, así como establecer ciertas funciones del Viceministerio de Interculturalidad sobre el Derecho a la Consulta Previa.

#### **2.2.2.2. Naturaleza jurídica de la consulta previa**

Al analizar la naturaleza jurídica de la consulta previa se debe de enfocar evidentemente a esta figura como derecho; en ese sentido, Angles Yanqui citado por Rivera (2018) indica respecto a este tema lo siguiente:

“(…), el derecho de consulta previa es de naturaleza colectiva, enmarcándose dentro de los derechos fundamentales de tercera generación [derechos difusos], y protege a estos grupos minoritarios identificados como pueblos indígenas” (p. 117)

Asimismo, sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-PI del Tribunal Constitucional, se indica lo siguiente respecto al derecho a la consulta previa en su fundamento 24:

De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, **no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo.** (...) (El resaltado es nuestro) (s.p.)

Es decir, el Tribunal Constitucional (En adelante TC) es consciente que no se trata de un derecho concerniente a preguntar a los pueblos indígenas u originarios si se llega o no la medida legislativa o administrativa, sino que, es un derecho de ser consultados y que en el mejor de los casos llegar a consentir sin más la medida o en todo caso llegar a acuerdos con el fin de reducir el impacto negativo.

Si bien es cierto que en el artículo 3 de la Ley de Consulta Previa indica lo siguiente: “La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, (...)”. Sin embargo, no siempre se llega a un acuerdo y no

siempre el consentimiento de los pueblos condicionará la ejecución de la medida.

Es por lo antes señalado que, el TC indica que el artículo 3 se debiera referir al objetivo y no finalidad *per se*, pues, en un hipotético si fuera así como indica el artículo antes señalado en caso de no llegar a algún acuerdo o en caso de no prestar el consentimiento se podría cuestionar todo el proceso.

En contraste al artículo 3 de la Ley de Consulta Previa, el segundo párrafo del artículo 15 indica lo siguiente:

(...) En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, Integridad y pleno desarrollo.

Del artículo antes citado se desprende que de cierta manera el legislador es consciente que el derecho de consulta previa no implica un derecho de veto, sin embargo, lo que se tiene que realizar es que, en caso de no llegarse a algún acuerdo la entidad promotora deberá de adoptar las medidas necesarias para el resguardo de los derechos señalados en la parte final de la cita realizada.

De la misma forma, el artículo 5 literal d) del reglamento indica que por el hecho de alcanzarse la finalidad no implica afectación a este derecho, porque en esencia no estaría dentro del contenido constitucionalmente protegido de este derecho.

Por último, cabe indicar el contenido constitucionalmente protegido en este derecho indicado por el TC en la sentencia recaída en el expediente

N°022-2009-AI en su fundamento 37 indica los que lo conforman: El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa:

i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

Es así que, el TC vuelve a indicar que el veto de la medida no constituye el contenido constitucionalmente protegido, pues, este es un derecho a ser consultado en aras de que en principio se les comunique y puedan plantear propuestas u otras cuestiones a fin de evitar el impacto en ellos de la medida.

### **2.2.2.3. Derecho de consulta y consentimiento**

El derecho a la consulta previa no constituye un derecho de veto, es decir, no es un derecho que se le concede a los pueblos indígenas u originarios a que desautoricen la medida, solamente se les consulta, y estos pueden aceptar o presentar propuestas que ayuden a reducir el impacto de las medidas.

Sin embargo, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indican algunos supuestos en donde se requiere el consentimiento de estos pueblos.

El artículo 16.2. del Convenio 169 de la OIT indica lo siguiente: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado

libremente y con pleno conocimiento de causa. (...)” (p. 39). Básicamente, el supuesto antes realizado tiene que ver cuando la medida suponga un traslado de aquellos pueblos, es en ese caso en donde sí se requiere el consentimiento.

Sin embargo, el citado artículo de dicho Convenio posteriormente indica que, si en caso no puede obtener el consentimiento de los pueblos, el traslado y reubicación se dará al término de los procedimientos adecuados; en realidad, este caso sí es controvertida, pues, se cree que en estas situaciones el consentimiento de los pueblos sea determinante para la realización de la medida.

Otra muestra de la relevancia del consentimiento por ejemplo se encuentra plasmado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 10: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, (...)” (p. 6). Y, aunque también se ponga en realce el consentimiento también se debe de determinar o acordar sobre una indemnización y tomarse en cuenta el regreso a sus tierras; sin duda, a pesar de ello también se podría llevar a cabo la medida, por lo que lo opinado anteriormente con respecto a este tipo de medida aún se mantiene.

Finalmente, el Reglamento de la Consulta Previa reconoce la importancia del consentimiento en la séptima disposición complementaria, transitoria y finales. Pues, en principio, reconoce la aplicación del artículo 16 del Convenio N° 169 de la OIT al que anteriormente se hizo referencia,

sin embargo, también indica el siguiente supuesto: “No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas. (...)”. Es así que, para el caso de manejo de materiales peligrosos sobre las tierras de estos pueblos se requiere de su consentimiento.

#### **2.2.2.4. Objeto de consulta**

En principio, no toda medida legislativa o administrativa será objeto de consulta, solamente aquellas que puedan afectar directamente los derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

Al respecto, Herrera (2018) indica lo siguiente con respecto a la medida objeto de consulta: “Las normas citadas no restringen la consulta a las medidas estatales que afecten en términos negativos, por lo que, también podría tratarse de una afectación positiva. (...)” (p. 73). Es decir, se tiene que realizar la consulta tanto en medidas que se vislumbre afectación tanto negativa o positiva a los pueblos indígenas u originarios.

Por último, Herrera (2018) citando a la Corte Interamericana, respecto a su pronunciamiento en el Caso Saramaka, indica lo siguiente que se tiene que considerar sobre los asuntos que se deben de consulta de la medida objeto de consulta:

[...] (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo [indígena o tribal]; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo [indígena o tribal] el reconocimiento legal de la

capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo [indígena o tribal] a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo [indígena o tribal] a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo [indígena o tribal], particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio [del pueblo indígena o tribal] (2008, párrafo 16, seis notas al pie omitidas) (p. 77)

Entonces, con precisión la entidad promotora debe de tomar en cuenta al momento de promover la consulta, aunque la citada posteriormente indique con acierto que efectivamente no siempre las medidas puedan versar sobre territorio y recursos naturales, aunque estos sean los más comunes, pero sin duda, se debiera de aplicar cuestiones razonables para determinar los asuntos materia de consulta de acuerdo a cada caso.

### **2.2.2.5. Pueblos indígenas u originarios**

Desde el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa se denota que los pueblos indígenas u originarios son materia de calificación o de identificación, es decir, no existe una lista de pueblos como tal, sino que, es materia de identificación.

El artículo antes mencionado nos señala dos criterios, tantos objetivos y subjetivos; en cuanto al primer criterio se debe de tener en cuenta lo siguiente:

- a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias,
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

Y, por otro lado, el otro criterio, es decir, el subjetivo como bien la norma lo indica: “El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria”. Ahora, y todos estos elementos se tiene que tener en cuenta en la segunda etapa de la consulta previa, en donde la entidad promotora identificará a aquellos pueblos a los que se les consultará.

Es importante resaltar en este aspecto, pues, si bien es cierto este aspecto es una calificación de las entidades promotoras, pero se tiene que reconocer que estos son susceptibles o vulnerables a presiones a fin de por

ejemplo aceptar sin más las medidas legislativas o administrativas que los vayan a afectar.

Si bien es cierto se podrían manifestar diferentes sanciones ante aquellas coacciones o formas en las que se ha podido viciar la voluntad de los pueblos, se podría requerir resguardo y capacitaciones para poder identificar y evitarlas durante las etapas y no solo sancionarlas cuando evidentemente se haya generado un daño.

#### **2.2.2.6. Principios que orientan el derecho a la consulta previa**

##### **2.2.2.6.1. Principio de oportunidad**

Básicamente, este principio supone que la consulta sea justamente anterior a la adopción de la medida administrativa o legislativa (previa), pues de nada serviría consultar en base a algo que ya está determinado que tiene efectos muchas veces catastróficos para los grupos indígenas u originarios.

Este principio como todos los otros que en el presente trabajo de investigación se desarrollarán grosso modo están consignados en la Ley de Consulta Previa (Ley 29785); en ese sentido, el artículo 4 de la ley antes referida señala con respecto a este principio lo siguiente: “El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales”.

##### **2.2.2.6.2. Principio de interculturalidad**

Referente a este principio el artículo 4 de la Ley 29785 señala que: “El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las

culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”. Pues, básicamente, lo que implica la consulta previa en muchas situaciones es un contacto con una cultura diferente, es por ello que, el reconocimiento y el reconocimiento aquellas diferencias culturales es una prioridad.

#### **2.2.2.6.3. Principio de buena fe**

A pesar que siempre resulte tedioso definir “buena fe” en el presente apartado se tratará de analizar lo que se pueda entender por la misma, basada en lo que la Ley de Consulta Previa ha establecido.

Seguimos indicando al artículo 5 de la ley antes referida que indica con respecto a este principio lo siguiente:

Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.

En principio, dicha cita anteriormente realizada nos hace mención de una primera cuestión que, refiere que todas las entidades participantes con relación a la consulta previa, tienen que valorar la posición y actuar de forma honrada para con los pueblos indígenas u originarios.

En realidad, es un principio que orienta a todo el desarrollo de la consulta previa, el mismo que tiene que ser acatado por ambas partes; el artículo 3 del reglamento de la Ley de Consulta Previa, indica que lo siguiente:

El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

- i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.
- ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.
- iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta.
- iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
- v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.
- vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.

La presente tesis está de acuerdo con todas estas situaciones, sin embargo, lo que debe de buscar es la protección durante las etapas del proceso de consulta previa y no cuando ya se ocasionaron tal vez coacciones o daños propiamente dicho, pues, tal vez las consecuencias pueden ser nefastas para los pueblos indígenas y las relaciones entre Estado y aquellos grupos.

#### **2.2.2.6.4. Principio de flexibilidad**

Mediante este principio se pone en realce la necesidad de optar por procedimientos lo suficientemente adecuados que permitan un dialogo intercultural de forma adecuada, para así poder conseguir los objetivos o finalidad que se pretende con la consulta previa.

Básicamente, lo que se pretende es que todo proceso de consulta previa debe de ir en respeto de la cultura o condiciones especiales de los pueblos indígenas y originarios, y sumado a las demás condiciones y demás forma de apoyo que se les brinda para un correcto diálogo, se espera el mejor escenario de los posibles, es decir, llegar a acuerdos y que los mismo sean evidentemente obligatorios para las partes.

La Ley de Consulta Previa indica lo siguiente referente a este principio: “La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados”. Así pues, el respeto por su cultura se pone en evidencia, manifestada en la adecuación del procedimiento.

#### **2.2.2.6.5. Principio al plazo razonable**

El artículo 4 de la Ley de Consulta Previa, indica referente a este principio lo siguiente: “El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las

instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta”.

Este principio se pondrá en manifiesto con mayor énfasis en ciertas etapas, pues, por ejemplo, en el diálogo interno entre los mismos pobladores se les debe de conceder un tiempo razonable para que puedan analizar las medidas, aunque si bien es cierto las etapas según la Ley de Consulta Previa y su reglamento tienen plazos establecidos o reglas para determinar este, pero ello, justamente son reflejo de este principio.

#### **2.2.2.6.6. Principio de ausencia de coacción o condicionamiento**

En realidad, este es uno de los principios que en ciertos casos se debiera observar más, es decir, prestar más atención en la coacción que se ejerce sobre los pueblos indígenas u originarios, lo que es óptimo sería proporcionar resguardo y orientaciones acerca de las formas de coacción que podrían sufrir o evidentemente también lo referido a la forma en cómo podrían condicionarlos aquellas entidades o tal vez las instituciones del propio Estado.

Ahora bien, la ley refiere acerca de este principio lo siguiente: “La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno”. Claro evidentemente ello indica la norma sin embargo más adelante se expondrá la forma

en cómo se pone en manifiesto en las etapas de la consulta previa, para así denotar si es ilusoria o deficiente.

#### **2.2.2.6.7. Principio de información oportuna**

Este principio tiene conexión evidentemente con todos los demás, pero sobre todo con el principio del plazo razonable, pues, se requiere que los pueblos indígenas u originarios tengan en principio la información adecuada, completa y oportuna para que puedan manifestar su punto de vista, todo enmarcado en un plazo razonable para analizar lo que se les informa.

Otra vez, en ese mismo sentido, la ley refiere acerca de este principio lo siguiente:

Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

En las primeras etapas de la consulta previa es en donde se brinda y publicita la información respetiva a los pueblos indígena, es en ese sentido que, según este principio aquella información tiene que ser la necesaria y suficiente, y sumado a que tiene que ser entregada oportunamente.

## 2.2.2.7. Etapas del proceso de consulta previa

### 2.2.2.7.1. Etapa de identificación de la medida legislativa o administrativa objeto de consulta

Ahora, la primera etapa es propiamente dicha la identificación de lo que será sometido a consulta, en ese sentido se puede denotar ciertas cuestiones, pues, indefectiblemente solamente serán sometidas a consulta aquellas medidas que afecten a los derechos colectivos, existencia física, identidad cultural y demás, de los pueblos indígenas u originarios, *contrario sensu* no serán sometidas a consulta aquellas que no afectan, e incluso algunas más previstas en la norma.

Asimismo, las entidades siguientes elaboran un texto referente a la consulta previa en algunos países de la región: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA) y Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) (2014); en dicho texto indican lo siguiente con respecto a este tema y evidentemente para el caso peruano: “La ley no ha incluido una lista detallada de tipos de medidas legislativas o administrativas que deben ser consultadas.” (p. 99)

Las medidas en realidad son distintas, y sería de cierta forma contraproducente establecer una lista cerrada, es en ese sentido que, las entidades tienen la labor, **bajo responsabilidad**, de identificar aquellas medidas que vayan afectar a los pueblos indígenas u originarios.

Además, cabe mencionar que si bien es cierto es labor de la entidad la identificación de la medida y del pueblo indígena u originario como tal a ser consultado, pero nada obsta a que estos mismos grupos (a través de las instituciones u organizaciones representativas de estos) puedan solicitar la consulta previa.

Es así que, Herrera (2018) indica lo siguiente respecto a lo mencionado en el párrafo antecedente:

(...) las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar a la entidad promotora la implementación del proceso de consulta respecto de la medida que consideren que les afecta directamente. Con este fin, podrán ejercer el **derecho de petición**, derecho reconocido constitucionalmente (...).  
(p. 152)

Por lo tanto, también estos grupos si creen que pueden ser afectados con las medidas pueden solicitar a la entidad que se les incluya o se les realice la consulta previa, todo en el marco de los plazos respectivos que el reglamento ha establecido para este.

#### **2.2.2.7.2. Etapa de identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados**

La descripción de esta etapa será breve, pues, anteriormente se desarrolló lo referente a los criterios que deben de tener en cuenta al momento de calificar a un grupo humano como pueblo indígena u originario, y, por ende, con el derecho a ser consultado.

Los pueblos calificados como indígenas u originarios siguiendo los lineamientos que el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, es decir, seguir los criterios objetivos y subjetivos que la misma norma ha previsto, incluso las comunidades campesinas o andinas, las nativas o pueblos indígenas también pueden ser calificados como tal, evidentemente para efectos de ser consultados.

Es así que, la ley indica referente a esta etapa lo siguiente:

La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, (...).

Entonces, la determinación de pueblo indígena es una labor a determinar, por lo que, cualquier forma de exclusión arbitraria de un pueblo indígena que haya cumplido todos los requisitos previstos será pasible de responsabilidad.

#### **2.2.2.7.3. Etapa de publicidad de la medida**

Lo que se espera en las primeras etapas como se puede denotar es la identificación tanto de la medida y los pueblos a consultar, para así poder informar y publicitar la medida, lo que indica la norma es que la entidad debe de entregar a los representantes de los pueblos la propuesta de las medidas y el Plan de Consulta.

Esta etapa se denomina de publicidad pues básicamente lo que se pretende es justamente facilitar o entregar lo que se indicó en el párrafo antecedente, para que tal detalle pueda llegar a constar en el portal web de la entidad promotora.

Al respecto, Herrera (2018) señala que:

(...), la entidad promotora tiene el deber de poner en conocimiento la propuesta de medida a las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultadas. Hará entrega de la propuesta de medida y del Plan de Consulta, **mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados**, (...) (El resaltado es nuestro) (p. 156)

Evidentemente, una de las dificultades que *a priori* se podrían distinguir es justamente la dificultad que es la comunicación con aquellos pueblos, y sobre todo en la siguiente etapa de información; pues, aquellos pueblos cuentan con un diferente idioma y cuentan con diferente cultura en muchos de los casos. El Estado en identificación de este detalle es que les garantiza los medios adecuados.

#### **2.2.2.7.4. Etapa de información**

Siguiendo a la ley de consulta previa y su reglamento, esta etapa inicia cuando se hace entrega a las organizaciones representativas de los pueblos a consultar de las medidas per se y del Plan de Consulta, recordando como se indicó que esta misma se haya publicado en la página web de la entidad.

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa indica lo siguiente referente a esta etapa: “Corresponde a las entidades promotoras brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, **sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias** de la medida legislativa o administrativa. (...)”

En realidad, la situación de estos pueblos indígenas u originarios resulta ser especial, pues, están en una situación de vulnerabilidad, es por ello que de cierta forma el Estado pretende equiparar esa situación, muestra de ello es que se les debe de informar en su idioma o establecer que la entidad promotora aiente la asistencia técnica para la mejor comprensión de las medidas por parte de estos grupos.

Debe de ser importante el resguardo de los pueblos indígenas u originarios durante todo el proceso de consulta previa, pues, en realidad, lo grupos económicos en interés de estas medidas son tal que podrían realizar artimañas con la finalidad de que se agilice el proceso de consulta previa.

Ahora bien, según la Guía Metodológica para la Facilitación de Procesos de Consulta Previa durante esta etapa se puede apreciar dos momentos, el primero de ellos consisten en la elaboración de los materiales que servirán para dar a conocer la medida o proyecto, posteriormente, el segundo momento consistente en dos talleres informativos en donde se expone acerca de la medida. (Herrera, 2018, p. 158)

#### **2.2.2.7.5. Etapa de evaluación interna**

Esta una etapa fundamental propia del mismo grupo indígena u originario, pues, de forma interna se deberá de analizar la medida para formular sus propuestas respectivas y puntos discordantes que serán llevados a la siguiente etapa para poder ver si los mismo se convierte en un acuerdo propiamente dicho.

Antes de analizar las situaciones que se pueden presentar que el reglamento recoge, podemos señalar en principio dos aspectos importantes, el primero de ellos es el plazo razonable para el análisis de las medidas de consulta, y la misma norma señala que el plazo máximo es de 30 días calendario, sin embargo, algunas por la naturaleza del proyecto o medida que se prevea que va a afectar es compleja, por tanto, posiblemente en ocasiones tienda a ser corto el tiempo.

El otro aspecto importante a considerar son los costos del apoyo logístico que se brinda a los pueblos indígenas u originarios, en realidad, fuera del costo *per se*, atención merece que ciertamente se les brinda apoyo logístico, sin embargo, se considera necesaria el seguimiento a todos estos aspectos, incluso verificar la selección o instrumentos con los que se les apoyará, pues, podría existir actos que pudieran desviar o engañar, con la finalidad evidentemente que por ejemplo el pueblo a través de sus representantes acepten sin más aquella

medida, cuando en el fondo posiblemente pueda ser mucho más dañino.

Es en ese sentido que, Herrera (2018) indica con acierto lo siguiente:

Debe subrayarse que esta etapa corresponde únicamente a los pueblos indígenas, ni si quiera el Estado puede influir o intervenir en el sentido de su decisión. (...) **los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección en un marco de plena autonomía**, sin interferencia de terceros ajenos a ellos, respetando su voluntad colectiva. (El resaltado es nuestro) (p. 159)

Es justamente por ello que se debe de incidir en la protección de aquella autonomía, porque además son un grupo vulnerable a las presiones de los grupos económicos en interés, las empresas privadas y no quisiéramos pensar que por el mismo Estado mismo.

Ahora, pueden suceder varias cuestiones como antes se había indicado que el propio reglamento hace referencia; al momento de presentar el documento escrito y firmado o en la forma correspondiente indicada por la ley, la decisión de estos grupos puede ir en el sentido de aceptar la medida, no acetarla totalmente o presentar modificaciones, aportes o propuestas, siendo esta última materia de diálogo en la siguiente etapa.

En la primera situación antes indicada, la norma indica que, si aceptan la medida sin más, termina el proceso de consulta previa; en el caso de los dos supuestos que en el párrafo anterior se indicó respecto a que el pueblo indígena u originario presenta propuestas y demás o que simplemente se niegan a la medida, en ese caso con estos detalles se pasa a la etapa de diálogo.

Por último, existe otro supuesto, cuando los representantes de los pueblos indígenas u originarias no presentan los resultados de la evaluación interna, en ese caso se considera o presume el abandono y se pasa a la etapa de decisión, evidentemente ya no pasaría a la etapa de diálogo pues, no existiría sobre qué dialogar.

#### **2.2.2.7.6. Etapa de diálogo**

Esta es una de las etapas más decisivas del proceso de consulta previa pues, en este se redactará el Acta de Consulta, el mismo que es exigible a las partes, evidentemente en este se plasmará los acuerdos arribados; sin embargo, el reglamento en el artículo 3 del mismo lo define de la siguiente forma: “Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. (...)”

Sin embargo, antes de la suscripción del acta es necesario señalar algunos aspectos de esta etapa en general; en principio, se llega a esta etapa para discutir los aspectos discordantes entre

el pueblo indígena u originario y la entidad promotora, por lo tanto, este diálogo debe de girar en torno a ello, todo en base a la buena fe y a una constante de querer llegar a acuerdos.

Fuera de las reglas para la determinación del lugar donde se desarrollará y demás cuestiones, es importante tener en cuenta que estos pueblos indígenas u originarios tienen el derecho de usar su propia lengua nativa o el idioma oficial y que esta etapa de igual forma tiene un plazo máximo de 30 días calendario, salvo razones justificadas y por acuerdo entre las partes.

Ahora, también la norma ha previsto situaciones en donde se puede suspender o pueda suceder que el pueblo desista o abandone, en todo caso se optará por formas de continuar con el diálogo, caso contrario igual se pasará a la decisión, evidentemente realizando un informe detallado de este aspecto.

Por último, la suscripción del acta es un paso importante para culminar esta etapa, pues, en esta se estaría plasmando los acuerdos a los que se hayan llegado, y en caso contrario, es decir, si lo la hay, se explicará el porqué del desacuerdo parcial o total, debiendo constar la firma de los representantes de los pueblos indígenas u originarias y del funcionario debidamente autorizado de la entidad promotora, y en caso que el primero mencionado no firme se considera en desacuerdo a la medida y por tanto se pasa a la etapa de decisión.

### 2.2.2.7.7. Etapa de decisión

Básicamente, la última etapa de la consulta previa según el artículo de la Ley N° 29785 señala que la misma consiste en:

**La decisión final** sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano. (...)

Entonces, lo que básicamente se tiene que tener en consideración es que la entidad correspondiente consulta todo lo referente al impacto de las medidas legislativas o administrativas que les vayan a afectar, con la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento, en aras del respeto del derecho colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Sin embargo, a lo largo del trabajo se llegó a señalar que propiamente la consulta no es una solicitar autorización, sino solamente a ser consultado, y justamente la entidad en esta última etapa debe de decidir lo referente a la aprobación de la medida que se observa que puede vulnerar a estos grupos, y si se llegó a

acuerdos previos, pues, lo que queda es respetarlos, porque de lo contrario podrían ser exigidos de acuerdo a las vías correspondiente.

A veces se cree que este derecho es equiparable al consentimiento, pues no lo es, porque en este caso solo se recogen las consultas para evitar en lo más posible las vulneraciones que tal vez a priori no son detectados, y, por otro lado, hacer más participativo a aquellos grupos sobre todo en las medidas que pudieran amenazarlo.

En ese sentido, Rivera (2018) señala haciendo referencias al Decreto Supremo N° 001-2012-MC y recalando que esto también está indicado en la misma norma:

(...). Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Entonces, aunque la finalidad sea de llegar a acuerdos, no es un impedimento para adoptar la medida legislativa o administrativa el que no se haya llegado a ninguno, pues de todas formas podrá adoptar la medida, sin embargo, como señala la cita anterior, se deberá resguardar los derechos correspondientes a los pueblos indígenas u originarios.

### 2.2.2.8. Elementos de la consulta previa

Partiendo desde las indicaciones generales de los diferentes instrumentos internacionales que rigen esta materia y fueron ratificados por el Perú, como el Convenio N° 169 de la OIT, que si bien es cierto tardó un buen tiempo en adoptarse una legislación propia o específica que rigiera para el caso peruano, lo cierto es que, a pesar de ya contar con esta, lo que no se debe de dejar de lado son los elementos esenciales de la consulta previa.

Es en ese sentido que, Herrera (2018) haciendo un análisis de este tema indica: “(...) cada uno de los Estados podrá implementar la consulta conforme sus propias condiciones, pero no deberá apartarse de los elementos esenciales que hacen una consulta válida y en armonía con los estándares internacionales. (...)” (p. 78). Entonces, estos mismos detalles son esenciales para la consulta previa, es decir, estos elementos constituyen el estándar internacional.

Estos elementos o características son los siguiente, reconocidos en el mismo Convenio N° 169 de la OIT: la consulta previa, informada, de buena fe, libre y consulta culturalmente adecuada.

Y, estas características o elementos se enmarcan en los principios ya analizados, pues, la consulta de la medida supone que se previa a su aprobación y ejecución; informada, pues, se debe de brindar evidentemente la información necesaria para la comprensión del impacto de la medida.

Asimismo, buena fe, en realidad como se indicó anteriormente es un principio amplio que fue analizado, pero que debe ser observado por ambas partes, y, libre, es un aspecto al que se quiere llegar con la presente

investigación, pues, al ser muchas de las medidas de interés de ciertos grupos económicos, de las mismas empresas privadas e incluso del mismo Estado, pudiera suceder que se llegue a viciar de alguna forma la voluntad de los aquellos grupos, por lo tanto, merece un adecuado tratamiento frente a esto.

Y, por último, la consulta culturalmente adecuada, supone brindar y adoptar todas las medidas correspondientes para entablar una correcta consulta, ello supone, por ejemplo, adoptar medidas frente al lenguaje propio de los pueblos indígenas u originarios; y, en general adoptar todas las medidas correspondientes a fin de respetar su cultura y así entablar una consulta adecuada.

#### **2.2.2.9. Seguridad jurídica en el marco de la protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios**

Este acápite será breve. En este se muestra una pequeña relación entre seguridad jurídica y la protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

Es evidente que muchas de las medidas legislativa o administrativas que dan lugar a la consulta previa son en esencia de un gran interés para ciertos grupos económicos, no solo refiriéndonos a la entidad promotora propiamente dicho.

Ahora, al tratarse de un proceso en donde se interactúa con un pueblo indígena u originario, que ciertamente creemos que es un grupo vulnerable o susceptible a diversas formas de engaños u otras formas de viciar su voluntad libre, es por ello que creemos que su protección y resguardo durante las etapas de consulta previa debe de ser cualificada.

Si bien es cierto, reconocemos los avances en el respeto de estos pueblos, muestra de ello es esta misma ley y todos los alcances técnicos u otro tipo de facilidades que se les reconoce en esta misma normativa, pero lo cierto es que a veces no es suficiente, es por ello que, la participación del Estado en la supervigilancia de las etapas es necesaria.

Todo ello se menciona pues, como se indicó en los anteriores acápite, si bien es cierto, la consulta previa no implica un derecho de veto, pero ciertamente si estos pueblos aceptaran sin más estas medidas por algún artilugio de ciertos grupos, la consulta finalizaría posterior a la evaluación interna por parte de estos pueblos, en ese caso éstos no habrían propuesto su verdadero punto de vista y se habría sometido al interés económico.

### 2.3. Definición de conceptos

Ahora bien, la definición de los siguientes conceptos ayudará a la comprensión de la presente tesis; en ese sentido, se obtuvieron de diferentes fuentes incluso de la misma normativa que regula a la consulta previa en el Perú.

- **Acta de consulta:** “Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. (...)” (Artículo 3 literal a) del Reglamento de la Ley N° 29785)
- **Consulta previa:** “El derecho a la consulta previa es el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. (...)” (Herrera, 2018, p. 59)
- **Diálogo intercultural:** “(...) conlleva el compartir ideas y diferencias con la intención de desarrollar un entendimiento más profundo acerca de diferentes perspectivas y prácticas. (...)”. (Naciones Unidas)
- **Medidas administrativas:** “Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.” (Artículo 3 literal i) del Reglamento de la Ley N° 29785)
- **Medidas legislativas:** “Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.” (Artículo 3 literal j) del Reglamento de la Ley N° 29785)
- **Pueblos indígenas u originarios:** “Los pueblos indígenas u originarios son aquellos colectivos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, que tienen lugar en este país o región, conservan todas o parte de sus instituciones distintivas, y que, además,

presentan la conciencia colectiva de poseer una identidad indígena u originaria.”

(Ministerio de Cultura)

- **Seguridad jurídica:** “(...) la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho”

(El resaltado es nuestro) (Kemelmaier, c.p. Arrázola, 2014, p. 6)

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA

#### 3.1. Metodología

La presente investigación tuvo como método de investigación a la hermenéutica, es así que, respecto a este método Gómez Adanero y Gómez García (2006) refieren lo siguiente: "(...) no [se] rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)" (p. 203). Siendo este método uno de elección complicada pues, es un método no convencional.

Por otro lado, se tiene que desterrar la idea de los trabajos de investigación con un grado absoluto y con un extremo objetivismo, pues, de todas formas, los trabajos de investigación cuentan con un grado de subjetivismo, porque, además, la labor de la tesis es la interpretación bajo ciertos parámetros subjetivos, y tomando en cuenta que aquellos factores son externos al investigador que este no puede desconocer.

En ese sentido, Gómez y Gómez (2006) siguiendo su referido comentario a este método indican que: "(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas (...))" (Gómez & Gómez, 2006, p.201); por lo tanto, no es necesaria la separación entre lo subjetivo y objetivo, así también no sería necesario datos puramente objetos y evidentes.

También se tiene que considerar que la presente tesis al ser una investigación jurídica, se empleó evidentemente a la hermenéutica jurídica, junto a la exégesis como método específico, teniendo este último la finalidad de determinar la voluntad o finalidad de la norma; y, asimismo, como método complementario al método sistemático-lógico. (Miró-Quesada, 2003, p. 157).

Por lo tanto, se empleó como método general al método hermenéutico, y como métodos específicos a la interpretación exegetica y al método sistemático lógico; evidentemente serán usadas para el estudio de las categorías capítulos antes mencionados y su respectiva relación.

### 3.2. Tipo investigación

Ahora bien, con respecto al tipo de investigación, la presente investigación fue de **tipo básico o fundamental**, por ende, lo que se espera es el **incremento de los conocimientos, todo** esto gracias al estudio que se haga de las categorías antes indicadas, sin tener una incidencia directa en la realidad. (Carrasco, 2013, p. 49).

Asimismo, si bien es cierto la presente investigación pretendió el aumento de los conocimientos teóricos, pero también ayudará al debate jurídico, para mejorar ciertas instituciones, como en el presente caso, respecto a la consulta previa, pues es una institución importante que pretende la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

### 3.3. Nivel de investigación

La presente investigación por su parte fue de nivel **explicativo**, dando eso a entender como su mismo nombre lo indica, una explicación de los elementos de ciertas instituciones. (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82). Es decir, analizar la forma en cómo se desarrolla la seguridad jurídica en el resguardo de las etapas de la consulta previa en el Perú.

Como se habrá advertido, en este tipo de tesis de nivel explicativo, se pretender determinar o explicar la influencia o desarrollo de un concepto en otro que posiblemente pueden o no estar distanciadas o conciliadas, llegándose de esa forma a una verdad jurídica.

### 3.4. Diseño de investigación

Con respecto al diseño de la presente tesis fue **observacional o no experimental**, es decir, no se manipulará de forma directa el objeto de estudio, en ese sentido son contrarias a las investigaciones experimental pues en estas sí existe esa manipulación directa. (Sánchez, 2016, p. 109).

Por lo tanto, no se pretende determinar qué pasaría si se modifica una de las características o elementos de la variable o categoría, porque lo que se pretende es realizar un análisis a través de sus características ya propias, y analizar asimismo su potencialidad en la investigación.

Además, también fue transaccional, porque la recolección de datos fue efectuada en un solo momento. (Sánchez, 2016, p. 109); eso quiere decir que, los instrumentos de recolección de datos ayudarán a la recopilación de datos principales en un solo momento.

Asimismo, el diseño es descriptivo que se adecua más es el de una investigación es la de la **teoría fundamentada**, que según explica Strauss y Corbin citado por Gaete (2014):

(...) es una teoría derivada de datos recopilados, destacando que este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152).

Por lo tanto, tras la recolección de los datos de las diferentes fuentes, como: doctrina, jurisprudencia, legislación nacional y extranjera y demás; se podrá posterior a esta recolección conjeturar y teorizar respecto a las categorías seguridad jurídica y el resguardo de las etapas de la consulta previa.

### **3.5. Escenario de estudio**

Siendo la investigación cualitativa, y además de usarse un método propio de esta rama del saber, el escenario de estudio será el ordenamiento jurídico, pues, se analizó si las normas jurídicas, en este caso de las referidas a la consulta previa en el Perú brindan seguridad jurídica.

### **3.6. Caracterización de sujetos o fenómenos**

Ahora, otra vez indicando que la presente investigación es de enfoque cualitativo y al ser una investigación propositiva jurídica, el estudio fue de normas, posiciones doctrinarias con relación a las categorías siguiente: seguridad jurídica y resguardo de las etapas de consulta previa. Con la finalidad de determinar la compatibilidad de las misma, y poder así sugerir una modificación, incorporación o derogación normativa, que no se aparte evidentemente de lo racional.

### **3.7. Trayectoria metodológica**

Con respecto a la trayectoria, está en realidad se refiera a la forma en el procede desde plateada la metodología, pasando por una explicación de los datos de forma ordenada o sistemática; o mejor dichos holística de cómo se realizará la investigación.

Es así que, iniciando desde la determinación del método que como se indicó será el hermenéutico, que permitirá detallar los conceptos jurídicos, además, de usarse dentro de los instrumentos de recolección de datos a las fichas bibliográficas, de resumen y textual. Asimismo, a ser una investigación de nivel explicativo se estudiarán las características de ambos conceptos, con la subsiguiente utilización de la argumentación jurídica, que ayudará a responder las preguntas planteadas.

### 3.8. Mapeamiento

El mapeamiento se refiere a detallar la procedencia de los datos extraídos al momento de ejecutar la investigación, sin embargo, es necesario realizar una explicación respecto a la población, al respecto Nel Quezada (2010) refiere que estos vienen a ser el conjunto de elementos o características que tienen con referencia al objeto estudiado, esta misma pudiendo ser cosas, personas y demás. (p.95).

El citado autor también indica lo siguiente: “(...) representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o **datos**) que poseen características comunes (...)” [El resaltado es nuestro] (p. 95).

Es así que, la investigación al ser desarrollada bajo el método hermenéutico, la recopilación de datos se obtendrá a través de los textos, por lo tanto, el marco teórico se ha de estructurar en base a libros, jurisprudencia, leyes, etc.

Ahora bien, al ser la investigación de enfoque cualitativo no se usó instrumentos de recolección de datos en la realidad social, utilizándose instrumentos para el procesamiento y recolección de datos para el análisis documental correspondiente en base a categorías. Los mismo que constan de la siguiente forma:

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
Seguridad jurídica	Corrección funcional
	Corrección estructural
	Certeza del derecho
Etapas de la consulta previa	Etapas de información

	Etapa de evaluación interna
	Etapa de diálogo

### 3.9. Rigor científico

Con respecto al rigor científico de la presente investigación, estuvo denotada por su seriedad que se tendrá durante todo el proceso de recolección de datos y en general durante toda la investigación; pues, más aún si tras la divulgación de los datos se va a vulnerar algún derecho como el de intimidad. Pero cabe indicar que la presente tesis no ha de utilizar datos personas, tampoco adulterará la información recolectada, pues, la información que se ha de emplear es pública; pero también cabe indicar que en este tipo de investigaciones lo que importa es la consistencia de los argumentos.

### 3.10. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

#### 3.10.1. Técnicas de recolección de datos

Ahora, la técnica de investigación de la presente tesis fue el análisis documental, pues, como su mismo nombre lo indica se realizar un análisis de los diferentes textos, de los mismo que se sacará la información más relevante para la tesis.

Así es que, esta técnica al emplear (análisis documental), es una operación erigida en el conocimiento cognoscitivo, pues ayudará a un documento primar a través de diferentes fuentes, así, ayudará a la persona al acceso del documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis. (Velázquez & Rey, 2010, p. 183)

### **3.10.2. Instrumentos de recolección de datos**

Como ya se había indicado anteriormente, se utilizó a la ficha de resumen, textual y bibliográfica como instrumento de recolección de datos; es así que, de desarrollará un marco teórico lo suficientemente consistente.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1. Descripción de los resultados

##### 4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno

El primer objetivo ha sido el siguiente: “Identificar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.”; y sus resultados fueron:

**Primero.** – La seguridad jurídica viene a ser un principio con reconocimiento y protección constitucional, es así que, es principio viene a ser definida por Aida Kemelmaier como: “(...) la **expectativa razonablemente fundada** del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho” (El resaltado es nuestro) (c.p. Arrázola, 2014, p. 6).

Se habla de una expectativa razonablemente fundada debido a que, ciertamente los hechos pueden rebasar al derecho; teniendo ello en cuenta la seguridad que se proporciona es de una expectativa razonablemente fundada.

**Segundo.** - Asimismo, los elemento que deben de concurrir o exigencias que se debe de contar para poder hablar de seguridad jurídica, se pueden clasificar tanto en objetiva como subjetivas.

Por aquellas exigencias objetivas se refiere a que la misma norma debe de guardar coherencia, claridad y no debe de ser contradictoria a otra norma, mucho menos de aquellas que tengan mayor rango de aquella; asimismo, supone que la norma haya pasado todo el proceso adecuado desde su presentación hasta su publicación (corrección estructural).

La otra exigencia objetiva refiere a que esta norma tiene que ser acatada y respetada por los aplicadores del derecho, ello supone que, las personas puedan tener

una consecutiva certeza que se aplicará de una forma y no de otra el derecho (corrección funcional).

Por último, el elemento subjetivo es evidente que es la certeza del derecho, pero en los términos de una expectativa razonablemente fundada, pues como se indicó sería imposible brindar una certeza absoluta.

Con la concurrencia de todos estos elementos de forma copulativa se puede indicar que se garantiza la seguridad jurídica en las personas.

**Tercero.** – Ahora, de acuerdo a las sentencias del Tribunal Constitucional remarcan la importancia de este principio, muestra de ello lo tenemos en la sentencia recaída en el expediente N° 00010-2020-PI/TC, en ese sentido, el fundamento 49 de esta indica algo que no se había tal vez mencionado anteriormente: “(...), la seguridad jurídica garantiza que los actos de los poderes públicos no incurran en supuestos de arbitrariedad, que impliquen cambios en las reglas de juego o en el marco normativo, que contravengan los mandatos constitucionales.”

Es así que, este principio importa para garantizar que los poderes públicos no incurran en supuestos de arbitrariedad, es decir, si existen normas claras estas serán difícilmente cambiadas o tergiversadas a conveniencia de aquellos aplicadores.

Y, valga señalar que este principio es reconocido para todas las personas sin distinción, y tal vez en mayor medida en aquellos sectores que realmente lo requieran por su propia situación, como es el caso de los pueblos indígenas u originarios.

**Cuarto.** – Por otro lado, con respecto a la consulta previa y el resguardo a este se tiene que empezar con la definición de esta institución para clarificar la importancia del mismo.

Es así que, puede ser definida como: “(...) un derecho colectivo que tienen los pueblos indígenas u originarios. La consulta previa consiste en un diálogo

intercultural entre el Estado y estos pueblos” (Ministerio de Cultura, p. 10). Pero este derecho a ser consulta solo lo tendrán los pueblos indígenas u originarios cuando exista de por medio una medida legislativa o administrativa que vaya a afectarlos directamente.

**Quinto.** – Este derecho nació en el seno o en un contexto de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, así como también en una lucha contra la discriminación de estos pueblos.

Es así que a nivel internacional el Convenio N° 169 de la OIT constituye el pasó tal vez más importante para reivindicar sus derecho y lugar contra la discriminación por estos pueblos indígenas u originarios.

**Sexto.** – Si bien es cierto que, este convenio fue ratificado por el Perú en el año 1994, este entraría recién en vigor desde el año 1995, sin embargo, lo más preocupante es que recién en el año 2011 es Estado peruano adoptaría una norma específica en donde regule este derecho.

Tenemos que reconocer que, si bien los tratados ratificados por el Perú forman parte del derecho nacional, sin embargo, existía la obligación de adecuar la legislación nacional a dicho Convenio; teniendo más aún en cuenta que las acciones para este debieran haber sido de un desarrollo específico por la naturaleza ciertamente del derecho a proteger y/o promover.

**Séptimo.** – Ahora bien, antes de hacer las indicaciones respectivas sobre la consulta previa, se tiene que tener en cuenta ciertas cuestiones, como la naturaleza jurídica, al respecto Angles Yanqui citado por Rivera (2018) indica: “(...), el derecho de consulta previa es de naturaleza colectiva, enmarcándose dentro de los derechos fundamentales de tercera generación [derechos difusos], y protege a estos grupos minoritarios identificados como pueblos indígenas” (p. 117)

Es decir, es un derecho de naturaleza colectiva; asimismo, otro aspecto que se tiene que tener en cuenta es que este derecho no es uno concerniente a que los pueblos vayan a consentir o aprobar la medida legislativo o administrativa, es decir, ellos pueden emitir sus posiciones o propuestas a fin que algunas de ellas constituyan un acuerdo, es por ello que se señala que la consulta previa no constituye un derecho de veto.

**Octavo.** – Los principio que orientan al derecho de la consulta previa son los siguiente: principio de oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna.

En realidad, todos estos principios debieran estar presentes en todos los procesos de consulta previa que son llevado a cabo, y merece una mención el principio de ausencia de coacción o condicionamiento, pues, al considerar este principio el Estado es consciente de las posibles situaciones que se pudieran acaecer.

Supuestos de coacción o condicionamiento no son descabellados de acaecerse, pues, muchas de las medidas legislativas o administrativas moverán grandes capitales con grandes ganancias; es por ello que, incluso es lógico pensar que aquellos grupos de interés podrían realizar artilugios u otra clase de mañas a fin de agilizar la consulta, suponiendo ello incluso vulneración a los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

**Noveno.** – Los elementos de la consulta previa que se pueden indicar son los siguiente: que se una consulta previa, informada, de buena fe, libre y culturalmente adecuada.

**Décimo.** – A pesar que se puede definir a los pueblos indígenas u originarios como: “(...) aquellos colectivos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, que tienen lugar en este país o región, conservan todas o parte de sus instituciones

distintivas, y que, además, presentan la conciencia colectiva de poseer una identidad indígena u originaria.” (Ministerio de Cultura)

A pesar de la definición antes realizada, la determinación de que un grupo humano se indígena u originario es materia de calificación, pues, aquel debe de cumplir con los requisitos tanto objetivos como subjetivos que la misma norma indica para estos e incluso la segunda etapa de la consulta previa está destinada a esta identificación.

Dentro de los elementos objetivos que indica la Ley de Consulta Previa tenemos a las siguiente: que tenga descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, instituciones sociales y costumbres propias y patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

Y, en cuanto al criterio objetivo para la identificación de un pueblo indígena u originario tenemos al siguiente: que se tenga conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originario; con estos criterios se deberá de identificar a los pueblos indígenas u originarios.

**Décimo primero.** - Ahora bien, con respecto a la etapa de información, básicamente señalando que anterior a esta etapa se debió identificar a las medidas objeto de consulta como también a los pueblos indígenas consultados y además de publicitar la medida legislativa o administrativa.

Es así que, en la etapa de información lo que se debe de tener en cuenta es que corresponde ahora brindar la información por parte de la entidad promotora a los pueblos indígena u originarios, como indica la norma, “(...) **sobre los motivos,**

**implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.”**

Ahora bien, el reglamento de la ley de consulta previa indica que dura entre 30 y 60 días calendario, además, la entidad promotora deberá **alentar** que estos pueblos indígenas u originarios cuenten con la asistencia técnica que sea necesaria para la comprensión de la medida.

**Décimo segundo.** – Debemos de tener en cuenta que podemos calificar a los pueblos indígenas u originarios como grupos vulnerables o susceptibles de algún atropello a sus derechos, pues, en el diálogo intercultural que supone la consulta previa, ellos no cuentan con la especialidad muchas veces del tema que versa la medida objeto de consulta.

Y más aún en el tema de la información de la medida, pues, como indica la norma se debe de alentar que estos cuenten con asistencia técnica, pero el mismo tenor de aquella norma parece ser que es opcional este punto, por lo tanto, se complicaría en ocasiones la comprensión de la medida.

#### **4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos**

El objetivo dos ha sido: “Determinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.”; y sus resultados fueron:

**Primero.** – Referente a los considerandos primero al tercero del objetivo específico primero, se dieron a conocer o desarrolló la información imprescindible respecto al tema de seguridad jurídica; en ese sentido, ya no siendo necesario volver a incidir en esta figura, pues sería redundante volver a incidir en lo mismo.

**Segundo.** - Asimismo, referente a los considerandos cuarto al décimo del objetivo específico primero se dieron a conocer o desarrolló la información

imprescindible respecto a la consulta previa, incidiéndose en su connotación en líneas generales; en ese sentido, ya no siendo necesario volver a desarrollar los aspectos tocados de esta figura, pues sería redundante volver a incidir en lo mismo.

**Tercero.** – Ahora bien, con respecto a la etapa de evaluación interna, es una propia de los pueblos indígenas u originarios, pues en teoría ya habiéndoles informado de las medidas objeto de consulta, lo que naturalmente corresponde es que estos de forma interna evalúen la medida, y a nuestro entender aquí es donde se debe de incidir en la protección de la libertad, es decir, poner un verdadero énfasis en el principio de ausencia de coacción o condicionamiento.

Otro punto importante es que, evidentemente de forma interna se deberá de analizar la medida para formular sus propuestas respectivas y puntos discordantes que serán llevados a la siguiente etapa para poder ver si los mismo se convierte en un acuerdo propiamente dicho, sin embargo, pueden suceder algunos supuestos de acuerdo a la decisión que vayan a tomar.

**Cuarto.** – Ahora bien, la misma norma señala que el plazo máximo es de 30 días calendario para la evaluación interna, sin embargo, algunas por la naturaleza del proyecto o medida que se prevea que va a afectar es compleja, por tanto, posiblemente en ocasiones tienda a ser corto el tiempo, sin embargo, ese es el plazo previsto por la norma.

**Quinto.** – Seguidamente, Herrera (2018) indica con acierto lo siguiente respecto a esta etapa: “(...) los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección en un marco de plena autonomía, sin interferencia de terceros ajenos a ellos, respetando su voluntad colectiva. (p. 159)”, justamente, por ello se indicó que en esta etapa sobre todo se debe de resguardar o tomar medidas

especiales a fin que los pobladores realicen una evaluación y puedan decidir libremente.

**Sexto.** – Por último, pueden suceder los supuestos siguientes tras la evaluación interna, los pobladores podrían aceptar la medida, no aceptarla totalmente o presentar modificaciones, aportes o propuestas, siendo esta última materia de diálogo en la siguiente etapa.

Evidentemente, si aceptan la medida, termina el proceso de consulta previa, siendo esto al parecer lo más conveniente a ciertos grupos, es por ello que, ellos preferirían que acabe de esa forma, sin tener que llegar a la etapa de diálogo en donde podrían ceder ciertas cuestiones a fin de llegar a un acuerdo.

#### **4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres**

El objetivo tres ha sido: “Examinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.”; y sus resultados fueron:

**Primero.** – Referente a los considerandos primero al tercero del objetivo específico primero, se dieron a conocer o desarrolló la información imprescindible respecto al tema de seguridad jurídica; en ese sentido, ya no siendo necesario volver a incidir en esta figura, pues sería redundante volver a incidir en lo mismo.

**Segundo.** - Asimismo, referente a los considerandos cuarto al décimo del objetivo específico primero, se dieron a conocer o desarrolló la información imprescindible respecto a la consulta previa, incidiéndose en su connotación en líneas generales; en ese sentido, ya no siendo necesario volver a desarrollar los aspectos tocados de esta figura, pues sería redundante volver a incidir en lo mismo.

**Tercero.** - La etapa de diálogo en principio, está diseñada para discutir los aspectos discordantes entre el pueblo indígena u originario y la entidad promotora,

por lo tanto, este diálogo debe de girar en torno a ello, debiéndose guiar siempre por la buena fe y a una constante de querer llegar a acuerdos.

Ahora, también la norma ha previsto situaciones en donde se puede suspender o pueda suceder que el pueblo desista o abandone, en todo caso se optará por formas de continuar con el diálogo, caso contrario igual se pasará a la decisión, evidentemente realizando un informe detallado de este aspecto.

**Cuarto.** – Un aspecto importante de la etapa de diálogo es que, si en caso se llegaron a acuerdos, estos deben estar o constar expresamente en el acta de consulta, ya sea si fueron totales o parciales, y si es que no se llegó a alguno, se debe de dejar constancia de las razones de la falta de acuerdo de toda la medida o de la que de forma parcial no llegaron a llegar a un acuerdo.

Asimismo, evidentemente esta acta será firmada por los funcionarios de la entidad promotora debidamente autorizado y de los representantes de los pueblos indígenas u originarios; en caso no firmar este último, se considerará manifestación de desacuerdo de la medida.

Por último, los acuerdos llegados son obligatorios para ambas partes; en ese sentido, el reglamento indico esto último para finalizar y solo por mencionarlo, aunque no se hayan llegado a acuerdo y la entidad haya dictado la medidas objeto de consulta, en ese caso le corresponderá adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida; señalado esto en el mismo reglamento de la ley de consulta previa.

## 4.2. Teorización de las unidades temáticas

### 4.2.1. Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa

El objetivo específico uno es la siguiente: “Identificar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa en el Estado peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una teorización que permita discutir su contenido.

**Primero.** – La seguridad jurídica es una institución que tiene mucha importancia, y justamente por ello merece que el Estado garantice en las personas este tipo de seguridad.

Como se indicó este principio supone generar en las personas una expectativa razonablemente fundada que se actuará de una forma y no de otra, respecto a la aplicación de las normas; sin embargo, para llegar a tal punto las mismas normas debieran de carecer en lo más posible de incoherencias o vacías.

Es por ello que, después de un análisis de este principio en contraste con la etapa de información de la medida, se pudo denotar que no existe la suficiente seguridad jurídica que permita el resguardo adecuado de esta etapa, y contrario a ello, se genera un panorama en donde las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios se pueda ver quebrantado.

**Segundo.** – La etapa de información de la medida en realidad es una etapa central pues, en esta se informará a los pueblos indígenas sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa; y se indica central porque en esta se pasarán a describir los detalles del proyecto y sus implicancias; sin embargo, el mismo reglamento de la ley de consulta previa indica que solamente se alentará para que estos cuenten con asistencia técnica.

Entonces, una de las situaciones peligrosas es la siguiente: quién garantiza en ese mismo instante que la información que se proporcione a los pueblos es la necesaria, la suficiente y sobre todo si es la verídica; y peor aún como la mayoría de información tiene un sustento técnico, cabría preguntarse si realmente entenderían las verdaderas implicancias, pues incluso la entidad promotora o un externo podría disfrazar el discurso (la información propiamente dicha).

Y, no sería acaso fácil corromper a los que proporcionan asistencia técnica, creemos que sí pues, como se indicó, en muchas de las medidas objeto de consulta se mueven grandes cantidades de dinero, y no sería descabellado pensar incluso que aquellas personas puedan ser sobornadas a fin de también proporcionar información falsa.

**Tercero.** - Asimismo, los pueblos indígenas u originarios dentro del proceso de consulta previa en general es la parte más vulnerable, pues, evidentemente según los criterios que la misma Ley de Consulta Previa establece para la identificación de estos, se da a entender que no todo grupo humano es originario o indígena, sino aquellos más enraizados con sus propias costumbres e historia.

Es así que, la consulta previa se hace en una situación de desiguales, aunque suene mal llamarlo así; pero lo cierto es que, debido a ello que, la normativa referida a este derecho trata de equilibrar esta situación, muestra de ello es todo el apoyo técnico que se puede destinar (facilitadores, intérpretes y asesores).

El mismo enfoque intercultural que se le da a este proceso es una muestra de ello, pues, el sentido de respeto hacia la cultura está orientada creemos más hacia el respeto hacia estos grupos, y no tanto de forma viceversa; porque son las medidas administrativas o legislativas que van a afectarlos las que originan o dan pie a la

consulta previa, es decir, no se origina de una intromisión o posible afectación de estos grupos hacia nosotros, sino que es todo lo contrario.

Por lo tanto, creemos que esas condiciones de desiguales se deben de seguir compensando, que incluso en ciertas ramas del derecho es común apreciar, por ejemplo, en el derecho administrativo o derecho laboral; y más aún si lo que se trata es de proteger de posibles afectaciones directas a los derechos colectivos, sobre su propia existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

**Cuarto.** – Ahora, el artículo 4.1. del Convenio N° 169 de la OIT, establece lo siguiente: “**Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas**, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.”

Y, si bien es cierto existe una Comisión Multisectorial para la aplicación del derecho a la consulta previa, pero en realidad con ello será suficiente para que se garantice o salvaguarde a las personas, creemos que no, porque estas comisiones dan seguimiento, es decir, su labor se visualiza prácticamente después de realizado la consulta, pero no existe un resguardo real durante el proceso.

Es por ello que señalamos que no existe seguridad jurídica en esta etapa de la consulta previa, pues, el Perú no adoptó o lo hizo de forma deficiente medida para la salvaguarda de las personas, que a nuestro entender implica, normas que verifiquen la información brindada hacia estos pueblos.

**Quinto.** - La información que se pueda brindar a los pueblos indígenas puede ser falsa, insuficiente o manipulada a fin de persuadir, es decir, por ejemplo, sin indicar las verdaderas implicancias de la medida; porque cuando se pase a la etapa de evaluación interna, estos pueblos valgan la redundancia evaluarán la medida en base a esa información proporcionada.

Esa información falsa puede conllevar a que estos pueblos no propongan ningún tipo de cuestionamiento o propuesta, lo que se coarta de esta forma la finalidad de la consulta previa y la misma voluntad de estos pueblos, pues, si la información hubiera sido la real y completa estos pudieran realizar una verdadera evaluación.

**Sexto.** - Una muestra del problema de la información lo tenemos en el caso de la Hidrovía Amazónica, en donde se realizó la consulta previa a 14 pueblos indígenas u originarios; en donde se realizó este proceso sin tener una información clara, incluso para el mismo Estado, del verdadero impacto que podría tener la ejecución de la medida, sin embargo, a pesar de ello se llegaron a acuerdos tratando de subsanar en algo estas cuestiones, acordando nuevas consultas previas en caso de identificación de los nuevos impactos.

Ahora cabe preguntarse si lo que se describió en el párrafo anterior es correcto; y, pues solamente nos queda por responder que evidentemente no; primero, al ser incierto el impacto que se estime originar, evidentemente es un peligro para estos pueblos, porque si el impacto es muchísimo mayor al esperado, entonces, se pone en un grave peligro a los pueblos indígenas u originarios.

Y, teniendo en cuenta que muchas de estas medidas como la mencionada, son materia de consulta porque en su mayoría van a incidir de forma negativa en el ambiente o lugar en donde residen estos pueblos; entonces, son medidas que en ciertos casos van a contaminar el agua que consumen o las tierras en donde viven, solo por dar un par de ejemplos.

Incluso, si se quiere tener una etapa de información que cumpla su objetivo, es decir, informar de los alcances de las medidas, sobre todo informando del impacto negativo causará la aprobación del mismo; lo que se requeriría en ese sentido es que

se verifique el cumplimiento eficiente de los recursos a utilizar durante la etapa de información, en sintonía de lo que se expresado en la Guía Metodológica para la Facilitación de Procesos de Consulta Previa.

Simplemente en aquellos casos en donde, por ejemplo, no se sepa el verdadero impacto o en donde se comparta información falsa o insuficiente, se debería de suspender o rechazar la medida de acuerdo a la gravedad de la situación.

**Séptimo.** – Si bien es cierto, lo ideal sería que se opten por acogerse a algún tipo de asesoría técnica, para la comprensión de la medida, en muchos casos; pero si es que estos pueblos deciden no tomar la asesoría, lo mínimo que se tiene que realizar es que la información y los distintos tipos de materiales que se vaya a presentar hacia estos pueblos, debe de ser una previamente evaluado referente al contenido del mismo.

Aquella evaluación debe de ser debidamente verificada, a fin de que se llegue a informar con claridad y suficiencia los impactos que va generar dicha medida; verificando, además, que estos mismos se den a conocer de forma fehaciente y también clara.

De esta forma se puede hablar de seguridad jurídica, pues, se estaría garantizando que en específico la etapa de información será la adecuada; y gracias a ello, conseguir o evitar que se quebrante las relaciones entre el Estado y pueblos indígenas, es así que, es necesario resguardar esta etapa durante y no después, porque como se indicó tal vez las consecuencias de no adoptar las medidas necesarias sea irreversible.

Así como también respondería a la necesidad de estos pueblos de contar con una supervigilancia, pues, estos dentro de un proceso de consulta previa son los más vulnerables o susceptibles. Brindando mayor extensión a la norma, en una suerte de

perfeccionamiento, para así mejorar la protección de los pueblos indígenas u originarios ante daños actuales y potenciales.

Es así que, se debe de tener en cuenta que la información de los pueblos consultados se encuentra en la página del Ministerio de Cultura [<https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>], donde se muestra información como: Lista de procesos de consulta previa, localidades consultadas y sobre todo la lista pueblos indígenas u originarios que fueron consultados, siendo estos últimos 28, sin embargo, como se indicó anteriormente a pesar que existen comisiones para el seguimiento posterior a la consulta la cuestión es un control durante el proceso de consulta previa, porque una cosa es que se pueda publicitar cualquier tipo de información pero que se lleve efectivamente cumpliendo lo acordado es diferente.

Por último, cabe indicar que en la página antes indicada se establece tanto procesos de consulta ya concluidos y en proceso, y como se ha indicado durante toda la investigación no todo grupo humano es pasible de consulta previa, solamente los que califican como tal de acuerdo a la norma,

En conclusión, **es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa**, porque no existe normativa dentro de la legislación del Perú que regula a la consulta previa, que garantice el resguardo de la etapa de información.

#### **4.2.2. Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa**

El objetivo dos es el siguiente: “Determinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa en el Estado peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

**Primero.** – Se tiene que partir de una situación, existen diferentes supuestos que pueden suscitarse en la etapa de evaluación interna; el primero de ellos, el más conveniente para los que beneficiaros de la medida, es que los pueblos indígenas u originarios acepten la medida, en ese caso sin más culmina la consulta previa.

El siguiente supuesto es que pueden presentar modificaciones, aportes o propuestas; es decir, no existir una aceptación directo de la medida o tal vez una aceptación de forma parcial, en cuyo caso se pasará a la etapa de diálogo en donde se discutirá de aquellos puntos no aceptados o las propuestas que sugieren los pobladores.

Y, además esta evaluación deberá de realizarse en un plazo máximo de 30 días.

**Segundo.** – Esta etapa es la que merece de un resguardo de los mismos pobladores y no se encuentra alguna normativa que resguarde esta, porque durante esos 30 días calendarios o el que se necesario para ellos, pero que no supere este plazo; ellos estarán en evaluación interna de la medida, quedando expuestos a diferentes formas de viciar su voluntad.

Es decir, durante todos estos días de evaluación los pueblos indígenas, algunos de ellos o los representantes de estos pueden ser coaccionados, presionados, intimidados y cualquier otra forma que suponga facilitar la aprobación de la medida sin proponer nada.

Lo que se indicó en el primer considerando es fundamental, pues, como se indicó la consulta previa podría acabar si es que los pueblos aceptan la medida, sin tener que llegar a la etapa de diálogo, que supone más tiempo antes de la aprobación de la medida y que podría suponer acuerdos que generen gastos u otro tipo de concesión a los pueblos.

Y, por lo tanto, podría suceder que los grupos en interés de la aprobación y ejecución de la medida pueda pretender cometer contra los pobladores este tipo de acciones, encaminadas indefectiblemente en coartar su libertad al momento de formar su voluntad.

**Tercero.** - No es descabellado pensar que muchas de las medidas atraen a diferentes sectores, y no solamente a una empresa privada o al Estado, pues, esos proyectos tiendan a favorecer a muchos sectores.

Los casos más ejemplares son cuando la medida pueda versar sobre temas mineros, pues, aunque estos generen impactos catastróficos a nivel ambiental, no es una mentira que mueven el interés no solo del Estado, debido a que, generan grandes cantidades de dinero.

Por lo tanto, puede que estos sectores de forma directa o indirecta realicen distintas artimañas a fin que los pueblos indígenas u originarios acepten en el mejor de los casos sin más las medidas administrativas o legislativas.

**Cuarto.** – De igual forma, el artículo 4.1. del Convenio 169 de la OIT indica que deben de adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar las personas; y, es aquí en donde se hace necesaria la intervención o materialización de este artículo, pues, no existe una norma que otorgue un tipo de resguardo durante estos días en donde los pueblos indígenas u originarios estén en evaluación de la medida.

En suma, no se tiene que desconocer la realidad, porque, es evidente que las medidas administrativas o legislativas en juego mueven a muchos sectores económicos que harán lo posible por acelerar el proceso de consulta previa y evitar llegar a acuerdos que puedan ser poco satisfactorias para ellos.

Peor aún si es que si desde la etapa de información no se tenía una idea clara de las verdaderas dimensiones de las medidas, ello solamente supone un engaño a estos pueblos.

**Quinto.** – Cabe precisar que es peligroso no acatar normas de resguardo para estos pueblos indígenas u originarios, pues de observar un caso de este tipo podrían generarse consecuencias a nivel nacional e incluso internacional.

Sin embargo, no se debe de esperar a la producción del daño, cuando se pueden incluir mecanismo de resguardo durante; porque si no se actúa antes de, lo que podría suscitarse es el quebrantamiento de las relaciones pacíficas entre Estado y pueblos indígenas u originario de forma irremediable del vínculo.

Asimismo, podría haber marchas en contra de la medida, como el caso Conga, en donde el Estado fue indiferente a los derechos de estos pueblos, a pesar que habían ratificado el Convenio N° 169 de la OIT en el año 1994.

En conclusión, **es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa**, por los motivos ya expuestos.

#### **4.2.3. Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa**

El objetivo tres es la siguiente: “Examinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita probar su contenido.

**Primero.** – A la etapa de diálogo solamente se llega cuando aún no existe anuencia en aceptar la medida, es así que, esta etapa está destinada a poder discutir esos motivos y en el mejor de los casos llegar a un acuerdo en el mejor de los casos.

Sin embargo, incluso hasta en esta etapa de podrían hacer extensivas las deficiencias de la etapa de información y de evaluación interna, porque de forma premeditada se podría haber establecido que se llegue hasta esta etapa, pero con el mismo resultado, suscribiendo un acta de consulta ventajosa para aquellos grupos de interés en la medida.

Los pobladores incluso en esta etapa podrían seguir condicionada o con coacción encima, todo con el mismo puerto, dejar de lado sus verdaderas cuestiones o propuestas con respecto a la medida, y solamente tocar temas o poco relevantes o simplemente ceder sin acuerdo alguno.

**Segundo.** – Asimismo, lo ideal sería que una vez culmine las etapas de evaluación interna, si en caso haber discrepancia y que motive la consecución del proceso de consulta previa, de todas formas, merecería que se ponga en análisis las repercusiones de lo que será materia de diálogo y que se contraste si lo informado sigue yendo en miras de la verdad a fin de llegar a acuerdos (si es que los hay coherentes).

Esta etapa de diálogo será decisiva para la posterior decisión de la adopción de la medida, pues, si bien es cierto el derecho a la consulta previa no supone un derecho de veto, pero sí supone que al momento de la etapa de decisión se motive y se tenga en cuenta las propuestas, recomendaciones u otra forma de sugerencia planteada por estos pueblos, y si estos son estos evidentemente insuficientes o casi irrelevantes, porque de por medio puedo haber existido algún tipo de amenaza, entonces, es necesaria la adopción de un seguimiento incluso en esta etapa.

**Tercero.** - Ahora bien, otro punto que puede suscitarse es la manipulación del Acta de Consulta, pues, podrían ser manipulados los acuerdos plasmados en él e

incluso podría modificarles o eliminarse los motivos por el que los pueblos hayan estado en descuerdo de la medida.

Evidentemente, esta acta importa porque en este se plasma los acuerdos que son exigibles vía administrativa o judicial, es así que, para mantener certera la probanza del acuerdo es menester que esta acta se suscriba en base a la verdad y que no sea modificada con motivos perversos.

En conclusión, es **deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa** por los motivos antes expuestos.

## DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

En el presente trabajo de investigación se ha llegado a demostrar que la seguridad jurídica se desarrolla de manera deficiente para el resguardo de las etapas de información, evaluación interna y diálogo en el proceso consulta previa del Estado peruano, pues, no existe la adopción de una norma que precise la protección de los pueblos indígenas u originarias durante el desarrollo de las etapas mencionadas; estando así estos pueblos expuestos a distintos tipo de presiones, engaños, coacciones u otro tipo de condicionamiento que limiten la adopción de acuerdos en pro de su propio bienestar.

Es así que, la Ley de Consulta Previa ni su reglamento garantiza la seguridad jurídica en la etapa de información, pues, no existe una ahora alguna forma en garantizar que la información brindada vaya a ser la suficiente y real, siendo ello así, se quedarían susceptibles a engaños, sobre todo teniendo en cuenta que el análisis merece en ciertos casos un conocimiento técnico.

Asimismo, en la etapa de evaluación interna y diálogo tampoco existe las medidas necesarias para que se pueda resguardar a estos pueblos y no sean víctimas de cualquier tipo de coacción o condicionamiento que hagan que estos no expresen su voluntad como realmente quisieran, y en consecuencia dejarse llevar así por aquellos grupos de interés que ejercieron este tipo de artimañas.

El mismo Convenio N° 169 de la OIT, en su artículo 4.1 dispone que, “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”; y el Perú sin duda no ha incorporado alguna para la salvaguarda durante el proceso.

Como se pudo apreciar en la investigación, el Estado peruano asumió obligaciones para la protección efectiva de los derechos de estos pueblos indígenas, y, se tiene que reconocer que

si bien es cierto no es una norma totalmente perfecta la Ley 29785, pero sin duda, con investigaciones como esta se podrá acerca a dar un cumplimiento efectivo de este derecho.

Por lo ya expuesto, las personas al deber serles garantizada la seguridad jurídica y sobre todo en este tipo de procesos, en donde se trate de proteger derechos colectivos de estos grupos ante medidas que les van a afectar directamente, y siendo que:

- Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa.
- Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa.
- Es deficiente la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa.

Sin duda, revestir de seguridad jurídica en las etapas ya indicada evitará litigios si es que se presentan cualquier forma de coacción o condicionamiento que haya perjudicado el camino correcto de la consulta previa; pero también lo que no se quiere es que se quebrante la relación entre los pueblos indígenas u originarios y el Estado, pues aquel quebrantamiento podría ser irreversible; sin embargo, lo más importante es que exista un correcto proceso de consulta previa en donde estos puedan manifestar todas sus sugerencias u otra clase de reclamo tal vez, que pueda ser materia de un acuerdo, porque tengamos en cuenta que existe una medida que pueda afectarlos directamente.

Por todo lo señalado hasta el momento se ha llegado a demostrar que la seguridad jurídica se desarrolla de manera deficiente para el resguardo de las etapas de información, evaluación interna y diálogo en el proceso consulta previa del Estado peruano, por lo que será necesaria la intervención de una entidad autónoma a fin de garantizar el correcto desenvolvimiento del proceso de consulta previa, y en ese sentido se sugiere que sea el

Ministerio Público especializado en materia ambiental, en conjunta coordinación con la Defensoría del Pueblo y la Policía Nacional del Perú.

Creemos que el llamado para tal fin es el Ministerio Público pues, este ente no solamente es el titular de la acción penal, sino también es el defensor de la legalidad, esto conforme al artículo 159 inciso 1 de la Constitución Política del Perú; y, justamente por ello en varias actuaciones éste está presente solamente para verificar la legalidad, mas no como un partícipe del acto *per se*, por ende, creemos que su intervención en los procesos de consulta previa será vital para que se dé en óptimas condiciones y de acuerdo a ley.

Además, la misma Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo 1 reconoce que esta entidad velará por la prevención del delito, y aunque evidentemente esta función es debidamente delimitada en aquella norma e incluso en las conexas a ella, pero sin duda se puede agregar y hacer entender que en los procesos de consulta previa en donde participe el Ministerio Público se está cumpliendo con esta función.

Ahora bien, lo sugerible creemos que es mejorar esta institución en base a los estándares internacionales y de acuerdo a la propia realidad, porque evidentemente cada país que ratificó el Convenio N° 169 de la OIT lo ha adaptado siguiendo ese mismo criterio, y aunque podría ser beneficioso en algunos casos identificar cómo otros países vienen trabajando, pero obviamente se puede caer en lo que pasa en diferentes ramas del derecho, es decir, traer diferentes figuras o supuestos mecanismos a implantar en el país que en realidad no van acorde a nuestra legislación, realidad o se torna casi imposible su ejecución por distintos factores tanto técnicos e institucionales que se pueden presentar.

Se tiene que reconocer que se pudo haber ahondado en otras normas internacionales que se orienta al resguardo de la protección de los derechos de estos pueblos indígena u originarios, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas e incluso algunas anteriores al Convenio N° 169 de la OIT.

Asimismo, se tiene las siguiente a nivel internacional; en principio tenemos la que lleva por título: “La conflictividad de la consulta previa en el territorio indígena Parque Nacional Isiboro Secure - Tipnis”, por Laura (2018), en donde se desarrolló los problemas de la consulta previa en los lugares que describe el mismo título; asimismo, tenemos la investigación titulada: “Derecho a la consulta previa, libre e informada en el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS): Regulación nacional e internacional y su eficacia en la realidad boliviana”, por Mamani (2017), donde se desarrolló un análisis referente a si fue correcta la consulta previa realizada a los pueblos de TIPNIS, analizando así si se cumplió con los estándares o principios internacionales.

Además, a nivel nacional tenemos la titulada: “La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas”, por Valdivia (2017), desarrollo acerca de los problemas que se suscitan en la aplicación de la consulta previa desde una perspectiva de los roles del Estado; por último, se tiene a la investigación siguiente: “Las comunidades campesinas y el derecho a la consulta previa de acuerdo con el derecho a la identidad cultural y étnica”, por Vela (2019), donde se hace un desarrollo interesante acerca de las comunidades campesinas y sus características en aras de que se les reconozca como sujeto de consulta previa.

Para finalizar, se sugiere el estudio del consentimiento en relación a los pueblos indígenas u originarios, a fin de determinar si es posible que en todas las medidas legislativa o administrativas el consentimiento de estos grupos humano importe para que se lleva adelante un proyecto.

### **PROPUESTA DE MEJORA**

- Se recomienda la incorporación de un artículo dentro de la Ley de Consulta Previa a fin de garantizar la seguridad jurídica de estos pueblos indígenas u originarios, cumpliendo además la obligación internacional de adoptar las medidas especiales que se requieran para el resguardo de estos grupos y en sí también de la misma finalidad de la consulta previa.

Por lo que se sugiere que se incorpore el siguiente artículo:

#### **ARTÍCULO 3-A:**

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deberán poner en conocimiento del Ministerio Público la realización de la consulta previa, con la indicación y fundamentación de los pueblos a consultar y el impacto de las medidas sobre estos. Verificando la información brindada a los pueblos indígenas u originarias.

A partir del conocimiento de esta medida, su presencia es imprescindible durante las etapas de información, evaluación interna y diálogo para salvaguardar cualquier interrupción o coacción de algún grupo de poder, a fin de que los pobladores puedan quejarse en el momento que consideren necesario.

## CONCLUSIONES

1. Se identificó que la seguridad jurídica se desarrolla de manera deficiente para el resguardo de la etapa de información en el proceso consulta previa, pues, no existe normativa que instituya alguna forma concreta para la verificación y control de la información que le será proporcionada a los pueblos indígenas u originarias.
2. Se determinó que la seguridad jurídica se desarrolla de manera deficiente para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso consulta previa, porque, otra vez no existe una normativa que instituya una verdadera protección a los pueblos indígenas u originarios, en ese sentido, son susceptibles de diferentes formas de viciar su voluntad por grupos con interés en la aprobación célere de la medida objeto de consulta.
3. Se examinó que la seguridad jurídica se desarrolla de manera deficiente para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso consulta previa, porque en definitiva no existe tampoco una normativa que instaure una forma en concreto para el resguardo de esta etapa, dejando así vulnerable a estos pueblos a las mismas presiones por los grupo en interés en la aprobación célere y sin costos adicionales de la medida objeto de consulta; llegando incluso a peligrar el contenido del mismo acta de consulta.
4. Se analizó que la seguridad jurídica se desarrolla de manera deficiente para el resguardo de las etapas en el proceso consulta previa del Perú, pues, como se fue indicando estas etapas son el de información, evaluación interna y diálogo, por los motivos antes señalados; no considerando la etapa de identificación de la medida y de los pueblos indígenas u originarios, pues, en aquel no existe una participación directa aún de aquellos grupos, por más que posiblemente pueda existir luego un derecho de petición; así como tampoco se consideró la etapa de decisión, porque es una etapa en donde

solamente decide a la entidad promotora, sin ya una participación de los pueblos indígenas u originarios.

## RECOMENDACIONES

- Ahora, se recomienda es la **difusión** de los resultados de la presente investigación a través de las diferentes plataformas electrónicas académicas, así como también la publicación en revistas jurídicas.

Se recomienda **incorporar** el artículo 3-A a la Ley de Consulta Previa peruana (Ley N°29785): “ARTÍCULO 3-A: “Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deberán poner en conocimiento del Ministerio Público la realización de la consulta previa, con la indicación y fundamentación de los pueblos a consultar y el impacto de las medidas sobre estos. A partir del conocimiento de esta medida, su presencia es imprescindible durante las etapas de información, evaluación interna y diálogo.”

- Se recomienda **a otros investigadores** a que puedan realizar nuevos estudios acerca de la posibilidad del consentimiento necesario de los pueblos indígenas para la aprobación de la medida legislativa o administrativa, para los casos de mucho impacto sobre sus derechos como las medidas relacionadas al tema minero.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araujo, E. (2016). La consulta previa versus el consentimiento previo, libre e informado en la legislación ecuatoriana (Tesis para optar el grado de Abogado, Universidad Nacional de Loja, Ecuador)

<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/10470>

Arrázola, F. (2014). El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de Derecho Público*, (32), pp. 1-27.

<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.32.2014.09>

ASIES, CEDA & SPDA (2014). El Derecho a la consulta previa, libre e informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú.

[https://spda.org.pe/?wpfb\\_dl=415](https://spda.org.pe/?wpfb_dl=415)

Bregaglio, R., Olivera, J. & Ocampo, D. (2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú & Fundación Konrad Adenauer.

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/111921>

Castillo, A. (2018). La implementación de la ley de consulta previa en el Perú respecto a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas (Tesis para optar el título de Abogada, Universidad Continental, Huancayo-Perú)

<https://hdl.handle.net/20.500.12394/4458>

Cea, J. (2004). La seguridad jurídica como derecho fundamental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo*, (24)1, pp. 47-70.

<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2147/2682https://doi.org/10.22199/S07189753.2004.0001>

Escala, I. (2018). Conga: ¿Y dónde quedó la consulta previa? (Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-Perú)

<http://hdl.handle.net/20.500.12404/13723>

Espinoza-Saldaña, E. (2016). El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones, *Revista peruana de derecho constitucional*, 9, pp. 23-58.

[https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista\\_peruana\\_der\\_consti\\_9-1.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_9-1.pdf)

Fhon, L. (2019). “La consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de electricidad en el departamento de Puno – 2018” (Tesis para optar el grado de Maestra en Gestión Pública, Universidad César Vallejo)

<https://hdl.handle.net/20.500.12692/38914>

Herrera, J. (2018). La posibilidad de implementar la consulta previa en el procedimiento de obtención de la certificación ambiental de los proyectos de la gran y mediana minería (Tesis para optar el título de Abogada, Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa-Perú)

<http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/8335>

Huamán, E. (2018). El impacto de los derechos ambientales en referencia de la consulta previa (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Autónoma del Perú, Lima)

<http://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/AUTONOMA/876>

Laura, J. (2018). “La conflictividad de la consulta previa en el territorio indígena parque nacional Isíboro Secure – tipnis” (Tesis para optar el título en Ciencia Política y Gestión Pública, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz-Bolivia)

<http://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/16520>

Leva, S. (2021). Análisis de los procesos de consulta previa desarrollados con las comunidades indígenas del Resguardo de Ipiales y el Cabildo de Tangua, Departamento de Nariño, sur occidente colombiano 2016 – 2019 (Maestría en estudios internacionales, mención en Relaciones Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar)

<http://hdl.handle.net/10644/8207>

Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la organización internacional del trabajo (OIT). (31/08/2011). Ley N° 29785.

<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Ley%2029785%20Consulta%20Previa%20pdf.pdf>

Mamani, S. (2017). Derecho a la consulta previa, libre e informada en el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS): Regulación nacional e internacional y su eficacia en la realidad boliviana (Tesis para obtener el grado de Maestro en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis de Potosí)

<https://repositorioinstitucional.uaslp.mx/xmlui/handle/i/5606>

Ministerio de Cultura (2015). Consulta previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios. Lima-Perú.

<https://repositorio.cultura.gob.pe/bitstream/handle/CULTURA/591/consulta-previa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ministerio de cultura (s.f.). Lista de pueblos indígenas u originarios. [Base de datos de pueblos indígenas u originarios]. Recuperado de:

<https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>

Naciones Unidas (s.f.). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf)

Naciones Unidas (s.f.). Dialogo Intercultural. Recuperado de:

<https://www.un.org/es/impacto-acad%C3%A9mico/di%C3%A1logo-intercultural>

Organización Internacional del Trabajo (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro->

[lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)

Pérez, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la facultad de derecho de la UNED*, (15), pp. 25-38.

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-2000-15-48a09575/pdf>

Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (02/04/2012). Decreto Supremo N°001-2012-MC

Rivera, C. (2018). La naturaleza jurídica de la consulta previa y su aplicación en el Perú (2011-2016) (Tesis para optar el título de abogado, Universidad Católica de Santa María, Arequipa-Perú)

<http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/8181>

Rivera, C. (2018). La naturaleza jurídica de la consulta previa y su aplicación en el Perú (2011-2016). (Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Católica de Santa María, Arequipa-Perú)

<http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/8181>

Rodríguez, L. (2019). Parámetros para el ejercicio de la consulta previa en el marco de la realización de proyectos que generan Impacto a nivel ambiental (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de Medio Ambiente, Universidad del Desarrollo, Santiago-Chile)

<http://hdl.handle.net/11447/3255>

Tribunal Constitucional (09/06/2010). Expediente N° 022-2009-PI/TC, disponible en:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional (10/06/2021). Expediente N° 00010-2020-PI/TC, disponible en:

[https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/00010-2020-AI\\_unlocked-LA-LEY.pdf](https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/00010-2020-AI_unlocked-LA-LEY.pdf)

Tribunal Constitucional (30/04/2003). Expediente N° 00016-2020-AI/TC, disponible en:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>

Valdivia, J. (2017). La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas (Tesis para optar el título profesional de Licenciado en Derecho, Universidad Ricardo Palma, Lima-Perú)

<http://repositorio.urp.edu.pe/handle/urp/1126>

Vela, C. (2019). Las comunidades campesinas y el derecho a la consulta previa de acuerdo con el derecho a la identidad cultural y étnica (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo)

<http://hdl.handle.net/20.500.12423/2084>

# **ANEXOS**

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de las etapas del proceso de consulta previa del Estado peruano?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Analizar la manera en que la inseguridad jurídica influiría en las etapas del proceso de consulta previa en el Estado peruano.</p>	<p><b>Categoría 1</b> Seguridad jurídica</p> <p><b>Subcategorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Corrección estructural</li> <li>• Corrección funcional</li> <li>• Certeza del derecho</li> </ul>	<p><b>Tipo y nivel de investigación</b> La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Explicativo” y un enfoque cualitativo</p> <p><b>Diseño de investigación</b> Observacional</p> <p><b>Técnica de Investigación</b> Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p><b>Instrumento de Análisis</b> Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p><b>Procesamiento y Análisis</b> Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación.</p> <p><b>Método General</b> Se utilizará el método hermenéutico.</p> <p><b>Método Específico</b> Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>
<p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b></p> <p>¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa del Estado peruano?</p> <p>¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa del Estado peruano?</p> <p>¿De qué manera se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa del Estado peruano?</p>	<p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <p>Identificar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de información en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.</p> <p>Determinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de evaluación interna en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.</p> <p>Examinar la manera en que se desarrolla la seguridad jurídica para el resguardo de la etapa de diálogo en el proceso de consulta previa en el Estado peruano.</p>	<p><b>Categoría 2</b> Las etapas del proceso de consulta previa</p> <p><b>Subcategorías:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Etapa de información</li> <li>• Etapa de evaluación interna</li> <li>• Etapa de diálogo</li> </ul>	

## INSTRUMENTOS

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

**FICHA TEXTUAL:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

“.....”

[Transcripción literal del texto]

**FICHA RESUMEN:** Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

**DATOS GENERALES:** Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

**CONTENIDO:**

..... [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

## PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera:

**FICHA TEXTUAL:** Característica de la seguridad jurídica

**DATOS GENERALES:** Espinoza-Saldaña, E. (2016). El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones, Revista peruana de derecho constitucional, (9), pp. 23-58. Página 45.

**CONTENIDO:** “La seguridad jurídica se refiere así a la previsibilidad, y no a una «completa certeza jurídica»”

**FICHA RESUMEN:** Corrección estructural

**DATOS GENERALES:** Pérez, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. Boletín de la facultad de derecho de la UNED, (15), pp. 25-38. Páginas 28.

**CONTENIDO:** La *lex promulgata* se refiere básicamente al correcto procedimiento para su promulgación, evidentemente hasta llegar a su correcta también publicación y por tanto cognoscibilidad de la misma por las demás personas; mientras que la *lex manifesta* se refiera a la claridad de la propia norma, a fin de evitar interpretaciones arbitrarias solo por dar un ejemplo.

Siendo parte de la información documental, necesariamente esta va a contener premisas y conclusiones, las cuales, a su vez, tendrán un conjunto de propiedades, por ello, el procedimiento a usar en nuestra investigación será la argumentación jurídica. Aranzamendi

(2010, p. 112). En ese sentido, respecto a las propiedades afirma que deben ser: (a) coherentemente lógicas, teniendo como base premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, pues a través de motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición; y (d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Por consiguiente, habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), así, se empleará la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para teorizar los conceptos.

## PROCESO DE CODIFICACIÓN

La codificación para una investigación cualitativa de especie jurídico propositivo (aunando con la explicación de la sección precedida), su codificación tiene que ver con la identificación de argumentos clave (saneamiento de puntos controversiales) que serán debatidos en la discusión de resultados, cuyos criterios se basan en una operacionalización de conceptos de forma sistemática, que además son el norte y direccionamiento del debate, de esa manera se compone así:

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
Seguridad jurídica	Corrección funcional
	Corrección estructural
	Certeza del derecho
Etapas de la consulta previa	Etapas de información
	Etapas de evaluación interna
	Etapas de diálogo

Los argumentos norte de debate del Concepto jurídico 1: “Seguridad jurídica” se ha relacionado con los argumentos norte de debate del Concepto jurídico 2: “Etapas de la consulta previa” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Conceto jurídico 1 (Seguridad jurídica) + Argumento debate 1 (Etapas de información) del Concepto Jurídico 2 (Etapas de la consulta previa).

- **Segunda pregunta específica:** Conceto jurídico 1 (Seguridad jurídica) + Argumento debate 2 (Etapa de evaluación interna) del Concepto Jurídico 2 (Etapas de la consulta previa).
- **Tercera pregunta específica:** Conceto jurídico 1 (Seguridad jurídica) + Argumento debate 3 (Etapa de diálogo) del Concepto Jurídico 2 (Etapas de la consulta previa).

Y cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

## **PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL**

Por la naturaleza de la investigación, esto es de ser una **investigación propositiva**, y de diseño de teoría fundamentada a través de textos jurídicos y siendo cualitativo, no se hizo trabajo empírico alguno.

## COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo **Edinson Juver Castillon Morales**, identificada con DNI N° 42121291, domiciliada en Jr. Lima N° 727 Huancayo, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL RESGUARDO DE LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL ESTADO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, de 08 JULIO del 2022



---

DNI N° 42121291  
**CASTILLON MORALES, Edinson Juver**

## COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo **Silvana Ninoska Herrera Puga**, identificada con DNI N° 20088189, domiciliada en la condominio el Prado H3 cuadra 25 San Carlos, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL RESGUARDO DE LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL ESTADO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, de 08 JULIO del 2022



---

DNI N° 20088189  
**HERRERA PUGA, Silvana Ninoska**