

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LAS SENTENCIAS DEL ESTADO PERUANO

por Maciste Huanay Ramirez

Fecha de entrega: 03-nov-2022 09:36a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 1943444975

Nombre del archivo: INFORME_FINAL_HUANAY-TITO_3.docx (223.04K)

Total de palabras: 41546

Total de caracteres: 227448

1
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



INFORME FINAL DE TESIS

**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA MOTIVACIÓN DE
LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LAS SENTENCIAS DEL
ESTADO PERUANO**

Para Optar : El Título profesional de abogado

Autores : Bach. Maciste Huanay Ramirez
Bach. Sandra Maricela Tito Muñoz

Asesor : Mg. Esmelin Chaparro Guerra

Línea de Investigación Institucional : Desarrollo humano y derechos

Área de Investigación : Ciencias sociales

1
Fecha de Inicio y de Culminación : 06-06-2022 a 06-10-2022

**HUANCAYO – PERÚ
2022**

HOJA DE REVISORES DOCENTES

Dr. LUIS ALBERTO POMA LAGOS

Decano de la Facultad de Derecho

Dra. Miriam Rosario Córdova Mayo

Docente Revisor Titular 1

Mg. Luis Alfredo Calderón Villegas

Docente Revisor Titular 2

Mg. Héctor Arturo Vivanco Vásquez

Docente Revisor Titular 3

Mg. José Godofredo Gomero Quinto

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A mis entrañables padres Alejandro y Constantina por ser inspiración de lucha permanente y honestidad indiscutible, imagen de perseverancia y progreso, claro ejemplo a seguir; a la memoria de mi querida abuela Virginia Montes Ramos Q.E.P.D.; y de manera muy especial a mis adorados hermanos y maestros de las universidades de la vida Jhony y Yovana por ser soporte y fuente de mis éxitos y que me condujeron por la senda de la victoria en el transcurso de mi corta existencia.

Bach. Maciste Huanay Ramirez.

A los amores de mi vida, mi madre Marisela y hermana Valeria, por ser ellas mi fortaleza e inspiración para lograr todo lo que me proponga y seguir adelante con mis proyectos, por ellas y para ellas, claro ejemplo de amor incondicional. Y a la memoria de mis adorados abuelos, Luis y Julia, quienes fueron el mejor ejemplo de vida, que, aunque no sé encuentren presentes, sé que guían cada paso que doy.

Bach. Sandra Tito Muñoz.

AGRADECIMIENTO

Nuestro eterno y sinceros agradecimientos a nuestros docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la magna casa de estudios universidad peruana los andes, por las majestuosas enseñanzas impartidas en nuestras vidas de estudiantes universitarios.

A nuestros amigos y hoy colegas que hicieron de la vida universitaria un júbilo diario de alegrías y conocimientos.

Los autores

CONTENIDO

HOJA DE REVISORES DOCENTES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONTENIDO	v
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xi

CAPÍTULO I**DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA**

1.1. Descripción de la realidad problemática	14
1.2. Delimitación del problema	17
1.2.1. Delimitación espacial	17
1.2.2. Delimitación temporal	18
1.2.3. Delimitación conceptual	18
1.3. Formulación del problema	18
1.3.1. Problema general	18
1.3.2. Problemas específicos	18
1.4. Justificación de la investigación	19
1.4.1. Justificación Social	19
1.4.2. Justificación Teórica	19
1.4.3. Justificación Metodológica	19
1.5. Objetivos de la Investigación	20
1.5.1. Objetivo General	20
1.5.2. Objetivos Específicos	20
1.6. Supuestos de la investigación	20
1.6.1. Supuesto General	20
1.6.2. Supuestos Específicos	20
1.6.3. Operacionalización de Categorías	21
1.7. Propósito de la investigación	22
1.8. Importancia de la investigación	22
1.9. Limitaciones de la investigación	23

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación	24
2.1.1. Nacionales	24
2.1.2. Internacionales	32
2.2. Bases teóricas de la investigación	42
2.2.1. La Consulta Previa	42
2.2.1.1. Normas sin rango constitucional sobre la Consulta Previa	44
2.2.1.2. El derecho a la consulta previa y el consentimiento libre	47
2.2.1.3. Los principios de la Consulta Previa	48
2.2.1.4. Etapas del Procedimiento de Consulta Previa	51
2.2.1.5. Obligaciones respecto al proceso de consulta previa	54
2.2.1.6. Derechos fundamentales sobre la consulta previa	56
2.2.1.7. La consulta previa de medidas urgentes	58
2.2.1.8. Los titulares de la Consulta Previa	59
2.2.1.9. Ámbito de aplicación de la Consulta previa	60
2.2.1.9.1. Consulta Previa en las actividades de hidrocarburos	60
2.2.1.9.2. Consulta previa en Transporte y Comunicación	62
2.2.1.9.3. Consulta previa en actividad forestales y de Fauna	63
2.2.1.10. El reconocimiento de la identidad étnica y cultural	65
2.2.1.11. Derecho comparado sobre el derecho a la consulta previa	68
2.2.1.11.1. La consulta previa en Bolivia	68
2.2.1.11.2. La consulta previa en Colombia	69
2.2.1.11.3. La consulta previa en Ecuador	70
2.2.2. La motivación de las resoluciones judiciales	72
2.2.2.1. La motivación Judicial y sus cualidades necesarias	74
2.2.2.1.1. Tiene que ser expresa	74
2.2.2.1.2. Tiene que ser clara y precisa	75
2.2.2.1.3. Tiene que ser completa	76
2.2.2.1.4. Tiene que ser legítima	76
2.2.2.1.5. Tiene que ser coherente	77
2.2.2.2. Funciones de la motivación	77
2.2.2.3. Requisitos básicos de la Motivación como justificación	79
2.2.2.3.1. La motivación como justificación interna	80
2.2.2.3.2. La motivación como justificación externa	81
2.2.2.4. Una Motivación suficiente de decisiones interpretativas	81

2.2.2.4.1. Argumentos de Primer grado, segundo grado y valoraciones.....	81
2.2.2.4.2. La dialéctica en la argumentación interpretativa.	82
2.2.2.5. La motivación como exigencia constitucional.	83
2.2.2.5.1. La jurisdicción como aplicación de la ley.	83
2.2.2.5.2. La interdicción de la arbitrariedad.	84
2.2.2.5.3. La presunción de inocencia.	84
2.2.2.5.4. La tutela judicial efectiva.	85
2.2.2.6. Razonamiento lógico jurídico.	85
2.2.2.6.1. Principios lógicos.	87
2.2.2.6.2. Formas elementales del pensamiento.	88
2.2.2.6.3. Concepto de la inferencia y sus variables.	89
2.2.2.7. Lógica dialéctica.	90
2.2.2.7.1. Motivaciones judiciales basadas en argumentos singulares.	92
2.2.2.7.2. Presupuestos para una argumentación judicial válida.	93
2.2.2.8. Argumentación de las Resoluciones Judiciales.	93
2.2.2.8.1. Los Métodos de Interpretación.	94
2.2.2.8.2. Los argumentos de la Dogmática.	95
2.2.2.8.3. Las reglas de los argumentos.	96
2.2.2.8.4. Argumentos Principales simples o complejos.	98
2.2.2.8.5. Los presupuestos de la Argumentación.	99
2.2.3. Marco conceptual.	100

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.....	103
3.2. Metodología.	105
3.3. Diseño metodológico.	106
3.3.1. Trayectoria del estudio.	106
3.3.2. Escenario de estudio.	106
3.3.3. Caracterización de sujetos.	107
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	107
3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.	107
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.	107
3.3.5. Tratamiento de la información.	108
3.3.6. Rigor científico.	109
3.3.7. Consideraciones éticas.	110

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados	111
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del primer objetivo específico.	111
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del segundo objetivo específico.....	115
4.2. Contrastación de los supuestos	118
4.2.1. La Contrastación del primer supuesto específico.....	118
4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.	121
4.2.3. Contrastación del supuesto general.	124
4.3. Discusión de los resultados.....	126
4.3.1. Discusión de resultados del primer supuesto específico.	126
4.3.2. Discusión de resultados del segundo supuesto específico.....	129
4.4. Propuesta de mejora.....	132
4.4.1. Proyecto de ley de modificación.	134
CONCLUSIONES	137
RECOMENDACIONES.....	138
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	139
ANEXOS	144
Anexo 1: Matriz de consistencia.....	145
Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías	146
Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo cualitativo empírico)	146
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos	146
Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico).....	147
Anexo 11: Declaración de autoría	148

1 RESUMEN

La presente investigación tiene como **problema general** ¿De qué manera la omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano?, tema que se ha planteado debido a que en nuestro país aún no se encuentra reconocido constitucionalmente el **derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas**, sólo existen disposiciones normativas sin rango constitucional que generan una serie de interpretaciones y sentencias contradictorias, cuando se plantean demandas sobre el mencionado derecho, a pesar de que a partir de 1995 el Perú ha ratificado el **Convenio 169 de la OIT**, que reconoce los **derechos fundamentales de los pueblos indígenas**, es por ello es que se ha planteado como **objetivo general**: Determinar de qué manera la omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano, por consiguiente se ha formulado el **supuesto general** de la siguiente manera: La omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye negativamente en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano; en ese orden, se aplicó en el enfoque metodológico de la investigación, una investigación de enfoque cualitativo teórico y en la metodología paradigmática, se aplicó una investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo, con un diseño del método paradigmático, en el que se aplicó la interpretación exegética, a fin de analizar el artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT; asimismo, para el procesamiento y análisis de datos se aplicó la hermenéutica jurídica y para procesar dichos datos se aplicó la técnica del fichaje, con lo que se concretó la aplicación metodológica.

Palabras Claves: Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, motivación de las resoluciones judiciales, Convenio 169 de la OIT, derechos fundamentales, normas sin rango constitucional, razonamiento lógico jurídico, argumentación jurídica.

1 ABSTRACT

The present investigation has as a general problem: How does the omission of the right to prior consultation of indigenous peoples in the Constitution influence the motivation of the judicial resolutions of the sentences in the Peruvian State?, an issue that has been raised due to that in our country the right to prior consultation of indigenous peoples is not yet constitutionally recognized, there are only normative provisions without constitutional status that generate a series of interpretations and contradictory sentences, when demands are raised on the aforementioned right, despite that since 1995 Peru has ratified ILO Convention 169, which recognizes the fundamental rights of indigenous peoples, which is why it has been set as a general objective: Determine how the omission of the right to prior consultation of indigenous peoples in the Constitution influences the motivation of the judicial resolutions of the sentences in the Peruvian State, therefore, the general assumption has been formulated as follows: The omission of the right to prior consultation of indigenous peoples in the Constitution negatively influences the motivation of the judicial resolutions of the sentences in the Peruvian State; in that order, it was applied in the methodological approach of the investigation, a theoretical qualitative approach investigation and in the paradigmatic methodology, a legal theoretical investigation with propositional typology was applied, with a design of the paradigmatic method, in which it was applied the exegetical interpretation, in order to analyze article 3 numeral 1 of the ILO Convention 169; Likewise, for the processing and analysis of data, legal hermeneutics was applied and to process said data, the signing technique was applied, with which the methodological application was specified.

Keywords: Right to prior consultation of indigenous peoples, motivation of judicial resolutions, ILO Convention 169, fundamental rights, norms without constitutional status, legal logical reasoning, legal argumentation.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación intitulada “El derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”, tuvo como propósito analizar si ⁵ el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, se encuentra amparado en la Constitución Política del Perú, ya que existen sentencias en los juzgados y el Tribunal Constitucional contradictorias o disímiles, que amparan el mencionado derecho y otras que rechazan señalando que no tienen amparo constitucional.

⁷¹ El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, reconoce a los pueblos indígenas la prioridad de ser consultados sobre las políticas y programas de proyectos de explotación y otras actividades que puedan desarrollarse en dichos pueblos, antes que el Ejecutivo o el Congreso emitan leyes sobre la ejecución de las mencionadas políticas y programas antes indicados.

En la actualidad, se puede advertir la intromisión del Estado en los ¹⁴ territorios de los pueblos indígenas, para llevar a cabo la extracción y modificación de los recursos naturales de dichas tierras, sin haber llegado a ⁵² un acuerdo o tener el consentimiento de los pueblos indígenas, siendo lo correcto que se lleve a cabo una ⁵⁵ consulta previa con las autoridades o representantes de los pueblos indígenas, antes de ejecutar programas de ⁴⁸ explotación de los recursos de los mencionados territorios.

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, les da la oportunidad de que sus representantes participen en los acuerdos que beneficie con utilidades de ⁵ las actividades de explotación de los recursos de sus tierras, sin embargo, en la actualidad no existe la seguridad jurídica de dichos pueblos, ya que últimamente mediante el expediente N° 03066-2019-PA/TC, publicado el 2 de marzo del 2022, se ha rechazado la demanda de proceso de amparo planteada ⁹ por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, contra el Ministerio de ⁹ Energía y Minas, con el fundamento de que el derecho a la consulta previa no se encuentra

reconocido en la Constitución Política, a pesar que, existen Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y que mediante el Convenio N° 169 de la OIT, reconocen el derecho de consulta a los pueblos indígenas.

El problema generado en nuestro país sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, ha sido materia de análisis mediante el enfoque cualitativo teórico de corte propositivo de un trabajo de investigación, lo que nos brindó la oportunidad de plantear las modificaciones de ley correspondientes.

En el presente trabajo de investigación en el Capítulo I, en lo pertinente a la determinación del problema se desarrolló la descripción de la realidad problemática, la delimitación y formulación del problema; de igual manera la justificación, objetivos y supuestos de la investigación, en el que se explicó el propósito, la importancia y limitaciones de la investigación.

De igual forma en el Capítulo II, en lo referido al marco teórico, se analizaron los antecedentes nacionales e internacionales relacionados a nuestro tema de investigación sobre el derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales, en ese sentido, se desarrollaron las bases teóricas de las categorías y subcategorías referidas a los temas de investigación antes indicados, desarrollando el marco conceptual de cada una de las categorías de estudio.

En lo que se refiere al Capítulo III, correspondiente a la metodología, se justificó el enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica de conformidad a la naturaleza de la investigación, de igual manera se desarrolló dicha metodología en mérito a una investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo, en el que desarrolló el diseño metodológico, tomando en cuenta la trayectoria, escenario y caracterización tanto del estudio y los fenómenos jurídicos, en ese orden de ideas, se aplicaron las técnicas e instrumentos de recolección de datos

con su respectivo tratamiento de información, en el que se trató sobre el rigor científico y las consideraciones éticas.

Para concluir, en el Capítulo IV correspondiente a los resultados, se arribó ¹ a la descripción de los resultados, contrastación de los supuestos, discusión de resultados y se emitió una propuesta de mejora, con la finalidad de dar solución al problema planteado. Siendo una contrastación de los supuestos más importantes la siguiente: “Después de haber determinado que las normas emitidas en el Perú desde el año 2000 sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas son simplemente declarativas, las mismas que no precisan los mecanismos idóneos a fin de que los pueblos indígenas hagan valer sus derechos fundamentales, asimismo que no determinan las responsabilidades de las autoridades sobre el cumplimiento de las mencionadas normas, y que además no garantizan los estudios del impacto ambiental, dejando en libertad a las empresas para que exploten los recursos naturales, en que no participa de los beneficios económicos los pueblos indígenas de dicho territorio”.

Se debe precisar que se arribó a una importante conclusión de la siguiente manera: “Las normas sin rango constitucional y la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú, afectan la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias, al omitir el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas”.

Esperamos que el presente trabajo de investigación, brinde el alcance académico y comprensión del problema planteado, para posteriores investigaciones jurídicas.

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

El presente trabajo de investigación, denominado “El derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”, tuvo como propósito analizar si en la Constitución Política del Perú, se encuentra prescrito el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y que puedan ser consultados antes que el Ejecutivo o el Congreso emitan decisiones de políticas y programas que son pertinentes a dichos pueblos.

En la actualidad se presentan sentencias judiciales disímiles respecto a las pretensiones que plantean los representantes de los pueblos indígenas a fin de que se no se puedan aplicar las resoluciones que conciernen a la intromisión del Estado en sus respectivos territorios sin haber logrado acuerdos o consentimientos mediante procedimientos idóneos para llevar a cabo la extracción y modificación de los recursos naturales que existe en sus tierras, sin haber determinado si los intereses de dichos pueblos serán perjudicados, antes de ejecutar programas de prospección o explotación de los recursos que existen en sus territorios.

De manera que, las autoridades o representantes de los pueblos indígenas tengan el derecho a participar en los acuerdos que puedan beneficiar las utilidades que se puedan obtener de las actividades antes indicadas o de lo contrario percibir indemnizaciones de forma

equitativa o proporcional por el daño que puedan sufrir en la ejecución de la prospección o explotación de sus recursos.

El problema detectado, en el presente trabajo de investigación, es que no existe seguridad jurídica en cuanto a los pueblos indígenas del Perú, ya que, al no existir de forma expresa en la Constitución Política del Perú, el reconocimiento, el derecho a la consulta previa se vulneran derechos fundamentales; a pesar, que se encuentra establecido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano a través de la Resolución Legislativa N° 26253, la misma que se encuentra en vigencia desde el 02 de febrero de 1995.

Si bien es cierto, que el Poder Ejecutivo en la década de los años 90, emitió disposiciones para desarrollar en derecho a la consulta previa, estas evidencian falencias sobre el concepto de consulta previa que mantiene el Convenio 169, además de la falta de mecanismos para efectivizar el mencionado derecho, ya que las disposiciones normativas que se emitieron llegaron a ser solo declarativas.

Podemos citar como ejemplo la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, emitida por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en el que no se determina algún mecanismo que pueda hacer valer el mencionado derecho. De igual manera, el Reglamento de la Ley Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 038-2001-AG de 22 de junio del 2001, emitido por el Ministerio de Agricultura, sector donde no se presentan controversias al respecto, en ese orden se emitieron otras disposiciones normativas por el Ministerio de Energía y Minas y otras entidades del Estado, que solo fueron normas declarativas, ya que no establecieron las responsabilidades de las autoridades que controlen el cumplimiento de dichas normativas.

Como se puede evidenciar, se han emitido normas que no han certificado que los estudios de impacto ambiental se puedan ejecutar idóneamente, además de que, dichas normas

dejaron en manos de las empresas que tengan la finalidad de explotar los recursos naturales, ya que debió ser realizado por otras entidades de manera imparcial y peor aun cuando no reconocen ⁸ con claridad el derecho de los pueblos indígenas para que puedan participar de los beneficios económicos de la explotación de recursos naturales en sus propias tierras.

Esto ha ido generando graves conflictos en nuestro país, por no reconocer el derecho de consulta a los ⁴⁴ pueblos indígenas, en concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana. En ese contexto, la Defensoría del Pueblo desde octubre del 2009, mantiene un reporte mensual de los conflictos que surgen por la falta de consulta previa, en los que se informa que aproximadamente en 44% de los conflictos activos y latentes son por la falta de ⁸ consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú.

Entonces, ²⁷ el problema detectado es que no se respeta el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, por lo que hasta la fecha no se logra un desarrollo equilibrado e igualitario en la sociedad, por lo que, es necesario que nuestra Legislación adopte las medidas pertinentes, siendo el de mayor importancia que, se incluya en la ⁵ Constitución Política del Perú, de forma expresa el derecho a la consulta previa, modificando el artículo 67, que es el propósito del presente trabajo de investigación.

Podemos mencionar, con preocupación que, ⁷⁶ el derecho a la consulta previa no es respetado y reconocido hasta por el propio Tribunal Constitucional, quién mediante el voto de tres de los seis magistrados declararon ⁹ improcedente la demanda de amparo interpuesta por las Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, contra el Ministerio de Energía y Minas y otro, en el expediente N° 03066-2019-PA/TC, publicado el 2 de marzo del 2022, fundamentando que el ⁹ derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por nuestra Constitución, en ese sentido, señalaron que ⁹ no puede ser considerado como un derecho fundamental ni que puede reclamarse su tutela a través de un proceso de amparo.

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo, manifestó lo siguiente:

“Constituye un grave retroceso en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas, que es contraria a la Constitución Política, a los tratados internacionales y se aleja injustificadamente de los estándares previamente establecidos a lo largo de su jurisprudencia”.

Debemos agregar, que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en los que el Perú es parte, mantiene un rango Constitucional, en mérito a la Sentencia N° 0025-2005-PI/TC, fundamento 26, de manera que, la consulta previa forma parte del ordenamiento normativo de nuestro país, en concordancia con el artículo 55 de la propia Constitución Política, constituyendo entonces, a la consulta previa como un derecho fundamental.

Por las razones antes expuestas, es de necesidad vital, llevar a cabo la presente investigación, a fin de incorporar en la Constitución Política del Perú, el reconocimiento a la consulta previa de los pueblos indígenas, modificando el artículo 67 de la Constitución y de esa manera evitar los conflictos internos en nuestro país en donde solo son beneficiadas las empresas que explotan los recursos naturales de los pueblos indígenas, vulnerando impunemente derechos fundamentales con el conocimiento de las propias autoridades del Estado, hasta llegar al punto de los conflictos sociales que sucedieron en Bagua y Utcubamba, en la región de Amazonas en el año 2009, dejando como saldo la muerte de ciudadanos mediante hechos de violencia.

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

El presente trabajo de investigación tuvo como delimitación espacial el ordenamiento normativo de nuestro país en lo referido a las disposiciones normativas y jurisprudencias acerca del derecho a la consulta previa.

1.2.2. Delimitación temporal.

El presente trabajo de investigación estuvo orientado y analizado durante el año 2022, mientras se encuentren en vigencia los dispositivos normativos referidos a la consulta previa, a fin de modificar el artículo 67 de la Constitución Política del Perú, incorporando el reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

1.2.3. Delimitación conceptual.

Se encuentra establecido la delimitación conceptual mediante las categorías derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales, así como de los temas y subtemas y conceptos que forman parte de dichas categorías en el que podemos señalar el derecho a la consulta previa, naturaleza delictiva de los actos discriminatorios, elementos del tipo penal, razonamiento lógico jurídico, interpretación jurídica y otros conceptos materia de estudio de la presente investigación.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

- ¿De qué manera la omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano?
- ¿De qué manera la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación Social.

El desarrollo del presente trabajo de investigación benefició a una parte de la sociedad específicamente a los pueblos indígenas más afectados como son: Amazonas, Ancash, Apurímac, Cuzco, Puno, etc., de manera que, si la Constitución Política del Perú, reconoce su derecho a la consulta previa, en el artículo 67, se evitarán conflictos y el surgimiento de resoluciones judiciales disímiles. Además, de que, mediante reglas transparentes puedan beneficiarse económicamente de la explotación de los recursos naturales de sus tierras.

1.4.2. Justificación Teórica.

El presente trabajo de investigación brindó como aporte fundamental al derecho Constitucional a través de la aplicación de la teoría de los derechos fundamentales que con urgencia deben ser reconocidos en sede Constitucional en concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y de la Corte Interamericana, de manera que, mediante disposiciones normativas en concordancia con la Constitución, puedan brindar los mecanismos necesarios para la ejecución del derecho a la consulta previa, a fin de alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva y evitar la inseguridad jurídica.

1.4.3. Justificación Metodológica.

Al ser la presente investigación de enfoque cualitativo teórico, en el que se aplicó el método hermenéutico jurídico, al hacer uso del análisis documental y recabar los datos correspondiente mediante las fichas textuales y de resumen, para lograr el cumplimiento de los objetivos trazados a fin de contrastar los supuestos de la investigación sobre el derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales, que podrán ser útiles para las posteriores investigaciones, que se llevaron a cabo acerca de los temas tratados y de esa manera respetar los derechos humanos y fundamentales de los pueblos indígenas de conformidad a los estándares internacionales de protección y tutela jurisdiccional.

1.5. Objetivos de la Investigación

1.5.1. Objetivo General.

- Determinar de qué manera la omisión ²⁰ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias ¹ en el Estado peruano.

1.5.2. Objetivos Específicos.

- Determinar de qué manera las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano.
- Determinar de qué manera la falta de reconocimiento de los derechos ³⁹ fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 ³⁰ numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado ¹ peruano.

1.6. Supuestos de la investigación

1.6.1. Supuesto General.

- La omisión ⁷⁰ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución **influye negativamente** en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias ¹ en el Estado peruano.

1.6.2. Supuestos Específicos.

- Las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa **influyen negativamente** en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano.
- La falta de reconocimiento de los derechos ³⁹ fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 ³⁰ numeral 1 del Convenio 169 de la OIT **influye negativamente** en

la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano.

1.6.3. Operacionalización de Categorías.

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	INDICADORES
Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas (Concepto jurídico número uno)	Normas sin rango constitucional	<p>1</p> <p>La tesis al mantener un enfoque cualitativo teórico, en el cual se debe analizar las propiedades de instituciones jurídicas</p> <p>1</p> <p>través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPÍRICOS</p>
	Reconocimiento de derechos fundamentales	
Motivación de las resoluciones judiciales (Concepto jurídico número dos)	Razonamiento lógico jurídico	
	Argumentación jurídica	

El concepto 1: “Derecho a la consulta previa”, con sus dimensiones se ha correlacionado con las dimensiones del concepto 2: “Motivación de las resoluciones judiciales” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Normas sin rango constitucional) de la Categoría 1 (Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas) + Subcategoría 1 (Razonamiento lógico jurídico) de la Categoría 2 (Motivación de las resoluciones judiciales).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 (Reconocimiento de los derechos fundamentales) de la Categoría 1 (Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas) + Subcategoría 2 (Argumentación jurídica) de la Categoría 2 (Motivación de las resoluciones judiciales).

¹ Se debe precisar que cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3.2. del presente proyecto de tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Categoría 1 ⁴ (Derecho a la consulta previa) y la Categoría 2 (Motivación ¹ de las resoluciones judiciales), por ello es que la pregunta general del presente proyecto de tesis es:

¿De qué manera la omisión ²⁰ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye en la motivación ⁷ de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano?

1.7. Propósito de la investigación

El propósito del presente trabajo de investigación, fue determinar si las disposiciones normativas vigentes y las jurisprudencias respectivas son materia de aplicación idónea en los conflictos acerca de la ⁷ consulta previa de los pueblos indígenas, que ocasiona una serie de sentencias disímiles.

Siendo el propósito principal, la inclusión del reconocimiento del ⁷ derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas modificando el artículo 67 de la Constitución Política del Perú, de forma expresa a fin de que se encuentre en concordancia con el ¹⁶ Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, a fin de alcanzar la congruencia constitucional entre estas legislaciones que, evitarán los conflictos internos en nuestro país y de otorgar la ¹ seguridad jurídica en un Estado de derecho democrático y moderno.

¹ 1.8. Importancia de la investigación

La importancia del desarrollo del ¹ presente trabajo de investigación, estuvo referido a evitar que en la actualidad, en un ²⁴ Estado de derecho democrático moderno se desconozca a través de sus propias autoridades el ⁴ derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, con el pretexto de que en la Constitución Política del Perú, el derecho de la consulta previa no se encuentra reconocida de forma expresa o tácita, señalando que no es un derecho fundamental,

el mismo que no puede ser reclamado mediante el proceso de amparo, a pesar de la existencia del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo y últimamente el ¹⁴ 19 de mayo del 2010, el Congreso promulgó la Ley sobre el derecho a la consulta previa, a los pueblos indígenas u originarios, ²² así como la Convención de Viena del derecho de los Tratados, señala que “los Estados, no pueden invocar disposiciones de su derecho interno para desconocer sus obligaciones internacionales”.

¹ 1.9. Limitaciones de la investigación

En el desarrollo de la presente investigación, se presentó limitaciones en la búsqueda de la información debido a que existe escasa y casi nula investigación o tratado ²⁷ sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú, por lo que se ha hecho los esfuerzos necesarios a fin de obtener la información respectiva, de textos originales, siendo otra limitación la suspensión de actividades por estado de emergencia sanitario en todo el país.

¹ CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Nacionales.

Arango (2019), desarrolló la tesis titulada: “*La consulta previa y su valoración en la toma de decisiones*”, sustentada en Lima, ¹¹ para optar el Grado de Maestro en Derecho Constitucional, por la Universidad Nacional Federico Villareal; la cual tuvo como objetivo determinar “cuál es el propósito fundamental de las consultas previas que busca la participación de la población en el proceso de toma de decisiones que podría afectarles”; de ¹ tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “La consulta previa, es un derecho que poseen los pueblos o comunidades indígenas. La misma que ha obtenido una gran aceptación en todo lo que concierne al proceso que debe existir para que haya un acuerdo entre el Estado y estas poblaciones. Sin embargo, debemos tener en cuenta la existencia de conflictos respecto a los temas ambientales dentro del margen legal, donde por no llegar a un acuerdo justo para ambas partes, se puede vulnerar los derechos de dichos pobladores”.
- “Por lo que el Estado, antes de implementar las medidas legales o administrativas, que pudieran afectar de manera directa o indirecta los derechos a dichas

comunidades, se debe de buscar bajo todas las ratios la aprobación de parte de la comunidad, o al menos de la mayoría”.

- “La consulta previa reconoce aquellas justificaciones de lo que se quiere llevar a cabo. Por lo mismo, versará todos aquellos planteamientos que el Estado quiere realizar, así como las consecuencias, tanto positivas como negativas que todo proyecto tiene para con los pueblos indígenas, todo ello determinado a cierto modo en el Estudio de Impacto Ambiental”.

La metodología utilizada en la presente investigación corresponde a un tipo de investigación descriptiva – correlacional, ¹ conforme se puede ver del link utilizado en las referencias bibliográficas.

⁴⁷ La tesis citada, se relaciona con la presente investigación porque en ambos, el Estado quien debe verificar todos aquellos derechos de los pobladores indígenas, para cuando llegue el momento de acordar una decisión, respete desde el comienzo esos derechos; teniendo en cuenta el deber del Estado frente a su población, como garante de los derechos fundamentales de las personas o sectores de mayor vulnerabilidad.

Lizana (2018), desarrolló la tesis titulada: “*Los actos administrativos de concesión minera otorgadas en la Región de Ayacucho, en el periodo 1995 al 2011, en el marco del Derecho a la Consulta Previa*”, ¹ sustentada en Ayacucho, para optar el Título de Abogado, por la Universidad Nacional San Cristóbal De Huamanga; la cual tuvo como objetivo determinar “la validez de los actos administrativos de concesión minera, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta”; ¹ de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “El derecho a la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento para institucionalizar el dialogo, asegurar procesos de desarrollo

incluyentes y prevenir y resolver conflictos, enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y los pueblos indígenas y que constituye la piedra angular del Convenio 169; cuyo tratado internacional de derechos humanos, aprobado por nuestro Congreso Constituyente Democrático, no sólo conforman nuestro ordenamiento jurídico sino que, además, ostentan rango constitucional, asumiendo todas las características de la Constitución, entre ellas el criterio de validez sustancial de toda decisión del Estado, lo que conlleva por una sencilla consecuencia práctica, de que todas sus normas o disposiciones, incluyendo el derecho a la consulta en mención, son vinculantes a todo el aparato estatal, a los operadores públicos y en general a todas las personas naturales y jurídicas, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo y exigible desde el año 1995”.

- “Las concesiones mineras otorgadas con inobservancia del proceso de consulta previa, pese a que el Estado al suscribir las disposiciones del Convenio 169 de la OIT se obligó entre otros a que las concesiones, como actos administrativos en los que se encuentran comprometidos derechos de pueblos indígenas, fueran otorgadas previa la consulta y el consentimiento, libre e informado de los pueblos indígenas afectados; devienen en inválidos y nulos en términos jurídico constitucionales, porque lesionan derechos fundamentales, razón por la cual corresponda a las autoridades jurisdiccionales la determinación de esta nulidad por vía del Proceso Constitucional de Amparo”.
- “La actual normativa sobre derecho a la consulta previa no se salva, en especial la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley No 29785, que tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995

al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevisables, todo esto en perjuicio de los pueblos indígenas afectados, la cual resulta abiertamente inconstitucional. La misma suerte de inconstitucionalidad corre el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC”.

- “Las encuestas como técnica de campo, ha permitido corroborar que las poblaciones involucradas en los 19 expedientes administrativos de concesiones mineras, emitidos en el periodo 1995 al año 2011, fueron Pueblos Indígenas Quechuas del departamento de Ayacucho, llamados formalmente como comunidades campesinas, como la Comunidad Campesina de Licapa, Chumpi, Píhccachuri, Tintay y Andamarca, que se encuadran perfectamente en el ámbito de protección del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a sus derechos colectivos e individuales, porque sencillamente reúnen los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, en la Ley y el Reglamento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios”.
- “Finalmente el elemento subjetivo que es la autoconciencia de la identidad, que en el presente caso solo se auto identificaron como pueblos indígenas el 21%, pero este no quiere decir que el 79% no sean indígenas, sino simplemente estas poblaciones debido a la carga de discriminación racial histórica con la que a veces se relaciona este término, no optan por denominarse como pueblo indígena, prefiriendo autodefinirse como comunidad campesina, comunidad alto andina, comunidad quechua, e incluso pueblos originarios. Para evitar dudas cabe mencionar la distribución de la población indígena en el Perú, según el criterio lingüístico,

resultados del Censo de 1993, donde se observa que Ayacucho tiene más de 70% de población indígena”.

En la presente tesis el método utilizado fue el descriptivo explicativo y el diseño de investigación es de carácter no experimental, dogmático, documental y bibliográfico, conforme se puede ver del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada se relaciona con la presente investigación, porque en ambos se analiza que la consulta es un instrumento que puede servir para garantizar derechos de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la vida, a la identidad étnica y cultural, a la igualdad, no discriminación, a la paz, a la tranquilidad, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado desarrollo de su vida.

Narvaez (2021), desarrolló la tesis titulada: “*El derecho a la consulta previa en la Comunidad Campesina de Huaquirca, provincia de Antabamba y departamento de Apurímac: Caso Proyecto minero Anama*”, sustentada en Cusco, para optar el Título de Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco; la cual tuvo como objetivo “identificar los factores que determinan la vulnerabilidad del derecho a la consulta previa libre e informada y del modelo de desarrollo que desean los pueblos indígenas en su territorio, tomando el caso del Proyecto Minero Anama, en la Comunidad Campesina de Huaquirca”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Existen factores que no permiten una adecuada implementación del proceso de consulta previa en la Comunidad Campesina de Huaquirca, entre ellas: el Gobierno y la Comunidad Campesina están en una situación de asimetría. Por un lado, la comunidad no tiene la suficiente información, no tienen el tiempo necesario, no tienen el nivel de asesoría necesaria, no existe el principio intercultural, y por otro lado el gobierno procede la implementación del proceso de consulta previa con un equipo de expertos imponiendo presión y plazos ajustados. Que, los talleres

informativos realizados en asamblea general propiamente no constituyen propiamente un proceso de consulta previa, ya que no cumplieron con las exigencias y los estándares internacionales, como es el carácter previo, libre, informado, de buena fe y con el objetivo de llegar a un consentimiento”.

- “En el caso concreto de la Comunidad de Huaquirca, la consulta previa se está realizando de manera posterior, incumpliendo los plazos establecidos de acuerdo a la ley, es más, el Ministerio de Energía y Minas fijo los plazos sin verificar el calendario de actividades de la comunidad”.
- “El Gobierno Peruano prioriza la promoción de la inversión privada vulnerando los derechos colectivos de la Comunidad Campesina de Huaquirca”.
- “Otro de los factores que provocaron un proceso de consulta previa no exitoso en Huaquirca es que, existe entre los y las comuneras disconformidad y desconfianza que genera el Gobierno en dicho proceso, así mismo, por el desconocimiento que la mayoría de la población tiene respecto de este proceso”.

En la presente tesis la metodología utilizada es con la técnica de investigación bibliográfica, de archivos, legislativo, jurisprudencial, de investigación directa o de campo, y técnica de testimonio oral y escrito, ¹ conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con la presente investigación, porque en ¹² ambos se analiza que, en el proceso de consulta previa, en una población determinada no hubo acuerdo o consentimiento, y por ende se viola el derecho a la consulta previa, como también al territorio, autonomía y la integridad cultural como comunidad.

Hidalgo, ¹ (2020), desarrolló la tesis titulada: “*La inimpugnabilidad de la iniciativa propobotia del juez en la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano*”, sustentada en ¹ Trujillo, para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Civil con

mención empresarial, por la Universidad Privada Antenor Orrego; la cual tuvo como objetivo determinar “cuáles son los fundamentos jurídicos por el cual las partes podrían impugnar la iniciativa probatoria del juez en la actuación de la prueba de oficio en el marco del proceso civil peruano”, de ¹ tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Qué, los fundamentos jurídicos por los cuales las partes inmersas en un proceso de carácter civil pueden impugnar la iniciativa probatoria del juez en la actuación de la prueba de oficio, se basan en el derecho constitucional a la pluralidad de instancia, la insuficiente motivación de la resolución que la ordena y el derecho de defensa, en el marco del proceso civil peruano”.
- “Qué, la regulación jurídica de la iniciativa probatoria del juez en la actuación de la prueba de oficio a nivel de nuestro ordenamiento procesal civil es limitativa en la medida que no desarrolla los diversos supuestos de impugnabilidad que corresponden a las partes en un contexto procesal si consideran una afectación a sus intereses, a pesar de un marco constitucional aplicable, los razonamientos jurídicos de la especialidad y la legislación comparada”.

En la presente tesis se ha utilizado el tipo de estudio básica, por su profundidad es descriptiva – explicativa, con un método inductivo, deductivo, analítico, sintético, estadístico, y método doctrinario, exegético, ¹ conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con la presente investigación, porque en ambos se trata de analizar que ⁷ se puede impugnar la iniciativa probatoria del juez en la actuación de la prueba de oficio, por la insuficiente motivación de la resolución que la ordena y el derecho de defensa de las partes.

Aya, (2020) desarrolló la tesis titulada: “*Razón suficiente en la motivación de las resoluciones judiciales: Análisis conceptual de los criterios establecidos por el Tribunal*”

Constitucional peruano (2002-2020), sustentada en Arequipa, para optar el Título de Abogado, por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa; la cual tuvo como objetivo analizar “el vínculo inmanente entre el principio de razón suficiente y la motivación”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “La Razón Suficiente o Principio de Razón Suficiente, de acuerdo a los filósofos modernos abordados en el presente estudio, es un principio lógico, ontológico y gnoseológico que consiste en brindar los fundamentos determinantes, centrales y esenciales, enlazados y conectados racionalmente, que a través de los mismos permiten el conocimiento de las cosas, esto es, informar y explicar los objetos materia de estudio o de comprensión. Dicho principio, por ende, es constitutivo de toda materia cognoscible”.
- “La motivación de las resoluciones judiciales es aquella garantía constitucional – artículo 139° numeral 5 de la Constitución Política del Estado peruano que dispone a todo órgano jurisdiccional a exponer una fundamentación suficiente y adecuada acerca de las razones y argumentos (tanto jurídicos, de hecho y probatorios) que sustentan la decisión que adoptan, puesto que obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, suficiente y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos asegura que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley”.
- “Así, pues, es evidente que toda motivación de una resolución judicial debe satisfacer la razón suficiente del caso concreto que se resuelve. Una motivación suficiente de las resoluciones judiciales es una motivación debidamente justificada. Si es que no se satisface dicha suficiencia, entonces se trasgrede la garantía constitucional de obtener una resolución debidamente motivada”.

- “La razón suficiente en la motivación de las resoluciones judiciales debe constituirse como la justificación fundamentada y determinante del tema central o principal de controversia que se resuelve, tanto con respecto a las cuestiones centrales de hecho o de derecho discutidas, expresando la fundamentación de todas aquellas implicancias hasta dónde sean meritorias desarrollar y exponer argumentativamente. Cumplida dicha exigencia, se verificará que dicha motivación es suficiente y, por ende, satisface la garantía constitucional de obtener una resolución debidamente motivada”.

En la ¹ tesis no se indica la metodología de investigación, conforme se puede corroborar en el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con la presente investigación, porque en ambos se analiza el ¹⁹ ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, y, el presupuesto de validez para que se efectivice y materialice el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a través de una sentencia judicial es la motivación y fundamentación de la misma.

2.1.2. Internacionales.

Figuroa ¹ (2020), desarrolló la tesis titulada: “*La motivación jurídica en la admisibilidad probatoria a partir del Código Orgánico General de Procesos (Cogep)*”, ¹ sustentada en el país de Ecuador, para optar el Grado de Maestría en Derecho Procesal, por la Universidad Andina Simón Bolívar; la cual tuvo como objetivo “reforzar los conocimientos de los juzgadores para que sus decisiones sobre la admisibilidad probatoria sean motivadas de acuerdo a los requisitos puntualizados en la norma jurídica”; de ¹ tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “En nuestro país, a partir del 22 de mayo de 2015 se promulgó el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, Cogep). El Código Procesal vigente responde a la evolución y a la modernización del derecho procesal. Estas modificaciones también

inciden en el tratamiento de la prueba dentro del proceso, en procura de efectivizar esta garantía constitucional y la valoración del juez para alcanzar la certeza sobre los hechos controvertidos sometidos por las partes”.

- “En este modelo procesal por audiencias requiere que el juez en forma imparcial dirija el debate probatorio que le permita aceptar o rechazar los medios probatorios, con argumentos válidos para que se cumpla el mandato del artículo 89 del Cogep, que garantiza la demostración motivada de la verdad procesal del conflicto sometido a su juzgamiento”.
- “La teoría desarrollada en este trabajo de investigación, permite entender que, en un Estado constitucional de derecho y justicia, las decisiones judiciales deben ser respaldadas con argumentos jurídicos apegadas a las normas que contiene el Cogep y los derechos fundamentales, por lo tanto, es una obligación del operador de justicia garantizar al ciudadano la tutela judicial efectiva para evitar la arbitrariedad y la nulidad. Las normas procesales que contiene el Cogep y el Código Procesal de Uruguay, son derivaciones del Código modelo procesal para Iberoamérica”.
- “Sin embargo, en el tratamiento de admisibilidad probatoria Uruguay incluye como un acto procesal a cumplirse la fijación del objeto de la prueba basada en el enlistamiento de los hechos controvertidos, y de aquellos no controvertidos, para excluirlos del objeto de la prueba. Igual situación acontece con la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Esto facilita la tarea del juzgador al momento de realizar la motivación sobre la admisibilidad y el rechazo de prueba. Este limitante en nuestra legislación hace que los jueces no cuenten con los insumos adecuados para realizar una correcta motivación. Debido a la importancia de este aporte de la legislación uruguaya y española se hace referencia a este tema en tratamiento del objeto de la prueba”.

- “Las falencias de la motivación en la admisión y rechazo de los medios probatorios responden a varias causas, entre ellas, la falta de conocimiento de las formas como se operacionalizan las normas relacionadas a este aspecto, y, la falta de un acto procesal previo a la admisibilidad que es fijar el “objeto de la Prueba”. De la teoría investigada y del derecho comparado en particular con la Ley de Enjuiciamiento Civil española permite concluir que en el Cogep falta incluir un medio de impugnación horizontal frente a la decisión judicial de rechazo de los medios probatorios, antes de optar por el recurso vertical de apelación que es a otra instancia superior. Este recurso que, en la legislación española, se le conoce como de “reposición” consiste en que el mismo juez revise su decisión de rechazo de pruebas a solicitud del afectado”.
- “Además, se debe resaltar que la correcta administración de justicia se fundamenta en las normas jurídicas que regulan el presente tema, como el artículo 89 del Cogep; y, el artículo 160 que estipula: “Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad”.
- “La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal”. De esta manera se entrega las razones jurídicas que sostengan su tesis, dotándola de validez y evitar la nulidad y la posible apelación”.

¹ En la presente tesis no se indica la metodología de investigación, como se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con la presente investigación, porque en ambos se analiza que el juez frente a los argumentos del recurrente realice un acto de reflexión y autoevaluación de su decisión que posibilita el cambio de la misma sin acudir a otro órgano superior,

beneficiando la celeridad del proceso, ahorro de tiempo y dinero de las partes, y por supuesto la decisión de fondo estaría apegada a la verdad procesal.

Tovar (2019), desarrolló la tesis titulada: “*El derecho a la consulta previa, alcances y efectos en el ordenamiento jurídico Colombiano*”, sustentada en Colombia, para optar el Grado de Magister en Derecho Público por la Universidad Santo Tomás; la cual tuvo como objetivo general identificar “los avances en el marco jurídico internacional e interno que protege el derecho fundamental a la consulta previa y sus efectos e impactos en relación con las obligaciones del Estado y el modelo político – económico establecido en la constitución política”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Nuestro país ha adoptado normas internas que desarrollan el postulado de protección de la consulta previa y que dan cumplimiento a las obligaciones generadas por medio del control de convencionalidad, donde se ha establecido que los Estados se encuentran obligados a adoptar en sus ordenamientos jurídicos, las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la protección de los territorios ancestrales y el derecho de participación, el cual de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo debe hacerse exigible cuando se desarrollen proyectos que afecten la propiedad colectiva, sino desde el momento de la formulación de los planes de desarrollo, lo que garantiza la eficacia de este derecho fundamental”.
- “Los retos más grandes para el Estado Colombiano, en relación con la garantía de la consulta previa, nacen en el derecho internacional, de este marco normativo surgen obligaciones como la de adelantar los procesos de titulación de los territorios a las comunidades indígenas y llevar a cabo la consulta previa en la etapa de elaboración de los planes de desarrollo, con el fin de este proceso no se realice cuando se estén ejecutando los proyectos por parte del Estado”.

- “Esto implica que al existir una tensión entre los derechos de los pueblos indígenas, con el interés general –seguridad o desarrollo económico, exista también una tensión entre el modelo político y el modelo económico establecido en la Constitución de 1991, ya que de una parte, la carta política, busca garantizar los derechos de las comunidades étnicas, su participación y la protección de sus territorios, pero por otra parte, la misma Constitución Política, establece el derecho del Estado al desarrollo de su modelo económico, lo que nos permite concluir que el alcance de la consulta previa, se adapta al modelo político del Estado, pero su materialización genera dificultades en el modelo económico”.
- “Esta problemática, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, tiene una solución, cuando se logra aplicar un método de ponderación de derechos, que busque un equilibrio, que permita al Estado, desarrollar sus políticas y planes de desarrollo económico, sin desconocer los derechos de los pueblos originarios, ni afectar el derecho de subsistencia de las comunidades étnicas, postulado que materializa, un verdadero proceso de concertación”.
- “La jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, en especial la sentencia de unificación SU-123 del año 2018, ha establecido nuevos lineamientos en materia de acuerdos, que permiten que sea el Estado y el agente económico, quienes adopten las decisiones finales, en los casos en que la consulta previa se haya desarrollado sin lograr un acuerdo, lo anterior implica, que su decisión sea motivada y que respete los derechos de la comunidades étnicas; no obstante esta disposición del tribunal constitucional, no está garantizando el derecho de participación de las comunidades y está desconociendo una de las etapas más importantes del proceso de consulta, que es la concertación”.

- “Por lo que, se establece la necesidad de que el Gobierno Nacional, trabaje conjuntamente en la creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales, imparcial, independiente con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que proteja los derechos de las comunidades indígenas afrodescendientes raizales y Rom”.

En la ⁶ presente tesis no se indica la metodología de investigación, tal como se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con la presente investigación porque en ambos se trata que, mediante la inspección, vigilancia, control y el ejercicio de la función jurisdiccional, se ⁴⁰ garantice los derechos de participación de estas comunidades de forma equitativa, basada en los postulados de justicia e igualdad, logrando así la eficacia de este derecho fundamental.

Granados (2018), desarrolló la tesis titulada: “*El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: Análisis de casos*”, sustentada en Costa Rica, ¹ para optar el Título de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica; la cual tuvo como objetivo analizar “si existió una violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas por parte del Estado de Costa Rica en dos casos específicos, tomando como parámetro los presupuestos del derecho internacional de los derechos humanos y la normativa interna”; de ¹ tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Que, existe un marco jurídico lo suficientemente sólido que reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Costa Rica, tanto en su parte sustantiva como procedimental. Sin embargo, al analizar casos concretos se identifica que su implementación es deficiente o no cumple del todo con dichos estándares”.
- “En relación a la revisión de las metodologías de consulta de los Estados de Colombia, Perú y Costa Rica; es interesante determinar que independientemente del tipo de instrumento que regula la consulta (sea una ley, reglamento o directriz) se

falla en los mismos aspectos medulares como, por ejemplo, omitir su carácter previo o que no sea lo suficientemente participativa”.

- “Otro aspecto importante de resaltar en el análisis de la violación del derecho a la consulta, es que depende en gran medida del control de convencionalidad que realicen los tribunales constitucionales latinoamericanos”.
- “En los Casos de Costa Rica y Colombia, se denota la adopción de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Mientras en Perú, se sigue interpretando de una manera restrictiva. Por último, del análisis realizado al Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y el Proyecto de Ley de Autonomía Indígena se determina que ambas medidas promovidas por el Estado de Costa Rica, no cumplen con los estándares internacionales y nacionales en materia de consulta previa. Cabe aclarar que los dos casos se dieron en momentos históricos distintos y es comprensible que hoy en día exista una mayor movilización de los indígenas y no indígenas por el reconocimiento de sus derechos”.

En la presente tesis, la metodología utilizada en la ⁵⁷ investigación, se basó en una recopilación documental de información que determinó el estado actual del tema a nivel de doctrina y jurisprudencia, conforme se ¹ puede corroborar del link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con la presente investigación porque en ambos se analiza ⁴⁵ que se reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Costa Rica, tanto en su parte sustantiva como procedimental.

Rodríguez, (2019), desarrolló la tesis titulada: “*Parámetros para el ejercicio de la consulta previa en el marco de la realización de proyectos que generan impacto a nivel ambiental, Análisis de la implementación de la Consulta Previa Indígena en Colombia y Chile y los principales fallos judiciales proferidos por los jueces de estos países*”, ⁶ sustentada

en Chile, para optar el Grado de Maestría en Derecho de Medio Ambiente por la Universidad del Desarrollo; la cual tuvo como objetivo realizar un “análisis comparativo de los parámetros que se han establecido a nivel legal y judicial en Colombia y Chile, sirviendo este análisis para identificar las diferencias en el tratamiento de la CPI en estos países, los conflictos que se han generado y las decisiones judiciales que han emitido como respuesta a los problemas jurídicos que se desprenden y que se encuentran relacionados con este derecho”; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Como se evidenció a través de lo expuesto en este documento, Colombia y Chile son países que, pese a compartir similares conflictos a nivel socioambiental, se encuentran en extremos respecto a las fórmulas aplicadas para la solución de estos”.
- “A la luz de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana y que han servido para resolver los problemas jurídicos que se desprenden de la implementación del proceso de consulta, las limitaciones legales respecto a la procedencia de la consulta y su consecuente interpretación por parte de la Corte Suprema de Chile nos llevan a concluir que en este último país los estándares fijados por el derecho internacional se encuentran lejos de cumplirse”.
- “Por otro lado, la experiencia de Colombia es reveladora si se considera que pese a contar con unas reglas robustas de orden constitucional, este país se encuentra lejos de resolver materialmente los conflictos que se generan en el territorio por la implementación de este derecho”.
- “Las controversias generadas por la implementación del derecho parecieran no tener un punto de salida y esto es entendible, si se considera que en el fondo de este debate lo que se discute son dos posturas difíciles de armonizar, la postura que considera la consulta como una facultad de las comunidades de tomar decisiones sobre todos los asuntos que le afectan y que en estas últimas encuentran sustento en el derecho de

autodeterminación y, la postura respecto a la legitimidad del Estado respecto a establecer limitaciones a los derechos por razones de interés público y general”.

⁶ En la presente tesis no se indica la metodología de investigación, como se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con la presente investigación, porque en ambos se trata sobre ⁵⁰ que el principio de proporcionalidad fijado por la Corte Constitucional puede ser un criterio razonable en escenarios donde no existan consensos, no obstante, su aplicación per se, siempre va a generar un grado sacrificio de los intereses en tensión.

¹ Ugarte (2018), desarrolló la tesis titulada: “*El rol de la narración en la motivación de las sentencias*”, sustentada en Chile, para optar el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile: la cual tuvo como objetivo “demostrar que la narración, además de la argumentación legal, tiene efecto sobre la motivación de las sentencias y por eso no debe ser obviada como componente del discurso jurídico”; de ¹ tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “A nivel judicial, el nuevo fundamento del poder político y la importancia asignada a la ley como manifestación de la voluntad general impactaron profundamente en el sistema judicial. La autoridad del juez ya no provenía de su calidad de delegado del monarca, sino del pueblo, y como tal debía ceñir su actuación a lo que las leyes – expresión de la voluntad general– mandaban. La exigencia de motivación de las sentencias se constituyó así no solo en una reacción contra el ejercicio arbitrario de la autoridad judicial que se percibía en la ausencia de fundamentos de la sentencia, sino también en garantía del principio de legalidad. El juez debía sujetar su decisión a lo que mandaban las leyes. Las ideas de la Revolución Francesa penetraron a tal punto en la sociedad que, a pesar de la derrota de Napoleón y el fin del proceso iniciado por la revolución, se expandieron por toda 67 Europa continental y también

por Iberoamérica, donde influyeron en la legislación de diversos países, como es el caso de Chile”.

- “Doctrinariamente, se reconoce a la motivación de las sentencias una función endoprocetal y una extraprocetal. La primera dice relación con la comunicación de la decisión a las partes y al tribunal para su impugnación o revisión. La segunda, que trasciende a la relación procesal y se vincula con una concepción democrática del poder, da cuenta del hecho de que la decisión del juez es importante para toda la comunidad y no solo para las partes del proceso. Así, el juez debe comunicar –tanto a las partes como a la sociedad– lo justo y atendible del fallo que emite con el objeto de restablecer la paz social quebrantada, y dar cuenta a la comunidad del ejercicio del poder del que esta lo ha imbuido”.
- “En razón de las funciones que doctrinariamente se reconocen a la motivación de las sentencias y al origen histórico de esta institución, la contribución del principio de motivación de las sentencias se puede sintetizar en lo siguiente: en primer lugar, servir para asegurar coherencia lógica entre la decisión y el sistema jurídico, esto es, que la decisión se extrae de las leyes; y en segundo término, propender a la paz social, en el sentido de que el juez debe dar con una solución que sea aceptable tanto para las partes como para la sociedad”.
- “Esto significa que la narración es un modo discursivo mucho más asequible al entendimiento humano que la argumentación, sobre todo cuando –como ocurre en el ámbito de las sentencias– las razones suministradas utilizan un lenguaje técnico específico. Si para quienes desconocen el lenguaje técnico jurídico es más fácil comprender lo narrado que lo argumentado, entonces, la narración puede ser la forma de acercar el lenguaje de la sentencia a la sociedad. Si la narración puede dar cuenta, conforme a una perspectiva tópica de la realidad, de lo justo o injusto, de todo aquello

sentencias del Tribunal Constitucional. Tanto las normas nacionales e internacionales son de aplicación obligatorio para el Estado.

La entidad responsable, es decir, el Estado no podrá ejercer el programa o proyecto en el ámbito legislativo o administrativo sin lograr ²⁹ agotar el procedimiento adecuado que busca el consentimiento o tener un acuerdo consolidado con los diligentes de los pueblos indígenas, ya que según las normativas vigentes se requiere de una consulta previa para la toma de una decisión.

Los actos administrativos y legislativos de invalidez, se genera cuando no se realiza la consulta previa, es decir, cuando se quiebra el derecho de los pueblos indígenas, generándose de esta manera un vicio de la nulidad, siendo suspendido ²⁹ hasta que ese proceso se lleve a efecto, por lo tanto, carece de validez legal ya que el Estado es la ⁷ entidad encargada de realizar la consulta, siendo responsable de los daños que pueda generar la obligación que tenía contra los pueblos indígenas y a las terceras personas que están involucradas, sobre este punto la ²⁷ Constitución Política del Perú en el artículo 31 señala que: “Es nulo y punible todo acto que prohíbe o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”.

⁴ El derecho a la consulta permite que los demás derechos que tengan relación, puedan ejercerse la defensa; como por ejemplo el derecho al territorio. Sobre este punto la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2945-2003, en el fundamento once afirma que: “Todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e invisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí”.

Como lo señalamos en párrafos anteriores ⁷⁶ el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los Estados se encuentran en la obligación de proteger y desarrollar normativamente los derechos de los pueblos indígenas, que se encuentran consagrados en la normativa en mención.

Queda claro que la ²⁹ consulta lo realiza el Estado mas no las empresas privadas, ya que actualmente estas empresas realizaron varios procesos de consulta, y de acuerdo a la normativa en mención, además no tendría valor de consulta y, por lo tanto, el Estado no se encuentra exonerado de cumplir con la obligación de consultar.

En el Perú, aun no se realizó un proceso debido para realizar la consulta y tampoco hay propuestas para su regularización. Pero solo se puede prever la consulta de medidas generales o administrativas con rango de ley, así como también la autorización de proyectos o actividades que puedan adecuar directamente con los pueblos indígenas. Por último, el pueblo se encuentra en la facultad para poder ser partícipe de en los asuntos que les corresponden, ya sea en el ámbito político o planes nacionales, regionales y locales, es por eso que el Estado ya tiene una estructura de los representantes del pueblo indígena.

2.2.1.1. Normas sin rango constitucional sobre la Consulta Previa.

El Poder Ejecutivo a partir de los años 90, emitió disposiciones normativas sin rango constitucional referidas al derecho a la consulta previa, sin embargo, mantienen falencias sobre el concepto de consulta previa concordante ³ con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por otro lado, la falta de mecanismos para efectivizar el indicado derecho, ya que las normas que se emitieron llegaron a ser solo declarativas.

En ese contexto se encuentra la “Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, puesta en vigencia por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social”, en el que no se determina mecanismos que puedan hacer valer ²² el derecho a la consulta previa. Asimismo, el “Reglamento de la Ley Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 038-2001-AG de 22 de junio del 2001, emitido por el Ministerio de Agricultura”, sector donde no se presentan controversias sobre consulta previa, en ese orden se emitieron otras disposiciones normativas por el ³ Ministerio de Energía y Minas y otras entidades del Estado, que solo fueron normas declarativas, ya que “no

establecieron las responsabilidades de las autoridades que controlen el cumplimiento de dichas normativas”.

Como se puede advertir, se han emitido normas que “no han certificado que los estudios de impacto ambiental se puedan ejecutar idóneamente, además de que, dichas normas dejaron en manos de las empresas que tengan la finalidad de explotar los recursos naturales, ya que debió ser realizado por otras entidades de manera imparcial” y peor aun cuando no reconocen ⁸ con claridad el derecho de los pueblos indígenas para que puedan participar de los beneficios económicos de la explotación de recursos naturales en sus propias tierras.

Se debe precisar, que la consulta previa, se desarrolla mediante un procedimiento administrativo, medio que permite tener un dialogo y la posibilidad de una conciliación con la población en general que creció con paradigmas foráneos, es decir, con personas que tiene su propia cultura, el Estado será quien estable los parámetros para desarrollar el dialogo con la finalidad de alcanzar el bienestar general, desde lo intercultural hasta la exclusión, durante ese proceso se busca tomar decisiones firmes y beneficios.

Según Ameller, et al. (2012) indica: “En el Perú el Convenio de la OIT fue aprobado mediante Ley N° 26253 el 2 de septiembre de 1993. Siendo Ratificado por el Congreso el 17 de enero de 1994, entrando en vigencia el 2 de febrero de 1995”.

El 2 de febrero de 1995 que entro en vigencia el convenio 169 de la OIT, se exige que todo Estado se encuentra en ⁵ la obligación de ⁴ respetar el derecho a la consulta previa, ya que cada vez que se evidencia la afectación de los derechos colectivos de las poblaciones indígenas, tales como, el derecho al territorio, derecho al ambiente entre otros derechos que se encuentra respaldado por normas nacionales e internaciones se aplica una consulta previa, caso contrario el acto que se ejecute seria ilegítimo e inconstitucional ya que al ser la OIT un tratado forma parte del cuerpo de la Constitución Política del Perú.

Según la ⁴³ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú vigente (1993) consagra que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

Desde ⁵ la entrada en vigencia de la ⁶⁷ del Convenio 169 de la OIT, hasta el año 2011, no ⁷ se aplica la consulta previa, generando perjuicios en el ⁶⁷ derecho a la propiedad comunal generándose ⁷ la partición de los terrenos, asimismo se violentaba la condición de inembargabilidad, e inajenabilidad, estos derechos se encontraban respaldados ⁷ por la Constitución Política del Perú vigente del año 1919. Agregando que el perjuicio ocurre ante la desaparición del ⁷³ Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y afroperuano (INDEPA), que contaba ⁷³ con 9 representantes de ⁷³ los pueblos indígenas, andinos, amazónicos y afroperuano, con fecha 5 de junio de 2009 se empezó a realizar la implantación mediante leyes y reglamentos.

La ley N° 29785, ⁶⁹ Ley del Derecho a la Consulta Previa, la ley ⁶⁹ en mención, es ⁶⁹ la primera ley ⁶⁹ que opto por implementar ⁶⁹ la consulta previa mediante normas de rango inferior a través de las cuales se reglamentó dicho derecho. Se regulo debido a la exclusión y discriminación que se había generado en nuestro país, es por ello que ⁶⁹ se hizo necesario aprobar una ley ante la fuerte resistencia de parte de los inversionistas nacionales, organismos públicos ³ y un sector de ³ las fuerzas políticas del parlamento.

Por los distintos desaciertos y contradicciones que hay en la norma, ⁵¹ el derecho a la ⁵¹ consulta ⁵¹ nace ⁵¹ con la nueva ley ⁵¹ vigente desde ⁵¹ el año 2011 lo que no impide que judicialmente se exija desde el 2 de febrero de 1995. La aprobación de esta norma por unanimidad en el Pleno del Congreso genero un alto costo que hasta la actualidad se sigue pagando con creces, ya que

esa ley presentaba limitaciones, ya que impedía ⁵ garantizar un proceso de consulta previa genuino y auténtico.

² 2.2.1.2. *El derecho a la consulta previa y el consentimiento libre.*

El ² derecho a la consulta previa es conocido como un derecho colectivo en el que se lograra materializar por un acto administrativo cuya validez y legitimidad va depender necesariamente de la voluntad de la entidad Estatal, el acto que se desarrollara tiene que ser de buena fe para alcanzar acuerdos y al consentimiento libre e informado que está relacionado directamente con las poblaciones indígenas. Las medidas que se adopten por el gobierno central, regional o local, se debe emitir en beneficio de la colectividad, como el derecho a la propiedad comunal, la salud intelectual, la entidad étnica y cultural, la defensa del derecho al ambiente, el desarrollo del agua potable, entre otros derechos inherentes de toda persona.

La ley N^o 29785 de la consulta previa posee un comportamiento racionalista para el Estado, es decir, son actitudes que sirven para poder escuchar los argumentos críticos y lograr tener una idea concreta, como asumir tu equivocación o tener toda la razón, y de ello obtener una conclusión veraz.

Según el doctrinario Popper (1994) indica: “Mediante la argumentación y la observación cuidadosa, a algún tipo de acuerdo con respecto a múltiples problemas de importancia, aun cuando las exigencias e intereses unos y otros pueden hallarse en conflicto, a menudo es posible razonar (...)” (p. 392).

⁷⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia emitida el 12 de agosto de 2008, en el caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam, ⁷ en el fundamento 17 indica: “(...) El Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe y con el objeto de llegar a un acuerdo, la cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto (...)”.

La descomposición de la estructura de la consulta previa nos accederá descentrarlo para lograr identificar las condiciones idóneas de dialogo que serán útiles para materializar el consentimiento libre e informado del pueblo indígena, solo aquellas medidas administrativas o legislativas que se requiere implementar, pero se requiere ser aprobado teniendo en cuenta que se variara su entidad étnica y cultural para que pueda actuar la entidad del Estado peruano, siendo este acto legítimo y constitucional.

Cabe precisar que la racionalidad del acto administrativo, es el objeto esencial de la consulta previa y para cumplir con la finalidad se requiere cumplir con los mecanismos de diálogo intercultural que permitirá conocer los impactos socioculturales, medios que sirve para la toma de decisión estatal y obtener un acuerdo con los afectados directos para que no se siga generando perjuicios, es por ello que se requiere ejecutar el acto administrativo con el consentimiento libre e informado de las poblaciones indígenas impactadas.

³ 2.2.1.3. *Los principios de la Consulta Previa.*

Los principios que emanan de la Ley N° 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u originarios, que se encuentra reconocido por el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo. Los principios que señala la ley poseen objetivos, primero informar sobre un propósito, es su propio fundamento y por último es medio donde el operador debe aplicar la ley.

Asimismo, los principios actúan como fuente supletoria en aquellos casos donde no hay una previsión legal expresa, permitiendo una adecuada aplicación de la ley, permitiendo de esta manera que los operadores puedan implementar el procedimiento administrativo. Según el doctrinario Carhuatocto (2019) precisa que: “(...) los principios son postulados que buscan asegurar la efectiva de una institución jurídica y respetar el contenido implicancias de un derecho constitucional como en este caso sería la consulta previa a los pueblos indígenas” (p. 71).

La finalidad que tiene el procedimiento de la consulta previa es: dialogo intercultural, búsqueda de acuerdos y, por último, el consentimiento libre e informado de toda la población indígena, pero para cumplir con esos requisitos mínimos, se debe cumplir con los requisitos que detallaremos a continuación:

- **Principio de Oportunidad:** El artículo 4 de la ley N° 29785, indica que el proceso de consulta se realiza antes de emitirse medidas administrativas o legislativas que son adoptados por las entidades estatales.

Se debe tener en cuenta el objeto sustancial de la consulta que se basa en la aprobación anticipada de una decisión gubernamental que en su desarrollo pueda afectar a los pueblos indígenas por no realizar en su debido momento el dialogo que tiene por finalidad buscar acuerdos basados en la buena fe y de esta manera evitar los futuros conflictos.

- **Principio Interculturalidad:** El proceso de consulta previa se ejecuta cuando se llega a adaptarse las distintas exigencias entre las culturas, así como también contribuyendo al reconocimiento y el valor de cada uno de estas. La adaptación que se pretende ejecutar es para brindar un mayor conocimiento a los pueblos indígenas, que podrá ser promovida por la autoridad rectora, así como también por las universidades e institutos que operan en aquellos lugares donde están los pobladores indígenas.

Mediante este principio se logró elaborar ciertas guías y metodologías que ayudara a realizar un verdadero diálogo intercultural respetuoso de las culturas originarias o nativas.

- **Principio de Buena Fe:** según Carhuatocto (2019) indica: “(...) el Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas y originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas” (p. 74). Este principio nos da a conocer que las partes tienen la buena intención de llegar acuerdos y mediante la

consulta que se realiza obtener el consentimiento del pueblo indígena, sin hacer uso de mecanismos fraudulentos.

Asimismo, se tiene que ³⁴ aplicar el principio de la buena fe en los costos de transporte, alimentación y el traslado de las poblaciones indígenas que permitirá el desarrollo del procedimiento administrativo que serán aquellas personas que asumen las defensas de la comunidad indígena.

- **Principio de Flexibilidad:** cabe resaltar que la consulta previa se debe realizar mediante aquellos procedimientos apropiados ya sea de tipo administrativo o legislativa, estos procedimientos deben estar basados de acuerdo a sus características especiales ¹⁸ de los pueblos indígenas u originarios.

El principio de flexibilidad del procedimiento de la consulta previa permite tomar en cuenta en su estructura el ámbito socio cultural. El doctrinario Carhuatocto (2019) afirma: “La flexibilidad implica contar con un plazo razonable que deberá ser puesta a prueba según la complejidad de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta previa (...)” (p. 75).

- **Principio de plazo razonable:** ⁴ El procedimiento de la consulta previa se realiza a través de los plazos que estableció aquellas instituciones u organizaciones que son ¹⁴ los representantes de los pueblos indígenas, para que puedan realizar propuestas para su mejora del proyecto o programa.

El plazo razonable se tomará de acuerdo a la naturaleza de la medida con la finalidad de realizar de las medidas adoptadas.

- **Principio de información oportuna:** ⁴⁶ Es uno de los principios fundamentales ya que los pueblos indígenas tienen el derecho de adquirir la información que requieran ya sea en el ámbito legislativo y administrativo de parte de las entidades estatales.

Como lo señalamos ¹⁴ el Estado tiene la obligación de brindar información clara, precisa y completa sobre el inicio del ⁷ procedimiento de la consulta previa, más que nada la solicitud

de información se realiza en la etapa de elaboración del plan de consulta previa donde se realiza la planificación de la complejidad de la consulta a realizar.

³⁵ 2.2.1.4. *Etapas del Procedimiento de Consulta Previa.*

⁵⁴
De acuerdo al Convenio 169 de la OIT en el artículo 8 sobre las etapas de proceso de consulta se indica que: “Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta”:

- a) “Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta”.
- b) “Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados”.
- c) “Publicidad de la medida legislativa o administrativa”.
- d) “Información sobre la medida legislativa o administrativa”.
- e) “Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente”.
- f) “Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios”.
- g) “Decisión”.

De acuerdo a la normativa citada y su Reglamento el proceso de consulta tiene siete etapas, que es obligatorio su cumplimiento para el debido ejercicio ¹⁷ del derecho de consulta en el marco de la Ley y deben ser desarrollados en el plazo de ciento veinte días, en este plazo la entidad que es proponente de la medida que se consultará y deberá ser acompañado por el viceministro de interculturalidad. Se debe tener en cuenta que solo el recurso de apelación se utiliza de forma excepcional.

La primera etapa sobre identificación de la medida legislativa o administrativa, lo realiza la entidad estatal quien tiene el propósito de realizar una consulta previa de la medida

administrativa o legislativa, asimismo realiza una verificación ⁵⁹ si afecta directamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Las identificaciones de los actores son posiblemente ellos: la autoridad responsable, el órgano técnico, el Comité Técnico Asesor, el facilitador, los representantes de organizaciones y productivas, las autoridades tradiciones o indígenas y por último el público que está interesado.

La segunda etapa, es la identificación de los pueblos indígenas u originarios, son las entidades promotoras que van acudir con la asistencia técnica del VMI, siendo las personas que identifican a los pueblos indígenas que deben ser consultados tal como establece el Convenio N° 169 de la OIT y las normas nacionales. El procedimiento de consulta previa se encuentra establecido, primero por la planificación de la medida a consultar y después se tiene que identificar si dichas medidas afectan a la población indígena y si fuera así se tiene que solicitar al Viceministro de Interculturalidad del Ministro de Cultura, quien realizara la verificación de los datos sobre la población indígena tanto nacionales y regionales, este órgano para realizar la recopilación de datos necesariamente debe visitar la zona para adquirir los datos.

Mientras la tercera etapa que trata ⁷ sobre la publicidad de la medida legislativa o administrativa, el Estado que viene hacer la entidad promotora será quien comunica y entrega ¹² a los pueblos indígenas la propuesta de la medida que se consultará juntamente con el plan de consulta. Una vez que entra en vigencia el plan de consulta previa se va requerir identificar aquellas personas que serán participes y para ello se requiere realizar la publicidad indicando la hora y lugar donde se desarrollara el programa previsto. Por lo tanto, en la etapa de publicidad lo que se quiere realizar es visibilizar el documento de manera oficial ante la sociedad en general.

La cuarta etapa, sobre Información sobre la medida legislativa o administrativa. Se encuentra a cargo de del Estado, quien de manera transparente debe brindar la información que

esté relacionado con ²² la medida que es objeto de la consulta que es una de las finalidades fundamentales del procedimiento administrativo.

³ La quinta etapa, sobre la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les pueda afectar directamente. ⁸ La columna vertebral del derecho a la consulta son las organizaciones de los pueblos indígenas de la adecuada información brindada y cada uno de los asesores de estas comunidades tienen el rol de explicar la medida adoptada.

³ La sexta etapa sobre el proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas y originarios. El diálogo intelectual, no es fácil de aplicar ya que, ya que el Estado se encuentra ausente en estos pueblos, según el doctrinario Carhuatocto (2019) indica que: “El diálogo intelectual es el momento más importante de la consulta previa donde encontramos a los representantes de los pueblos indígenas (...) tratando de dialogar mientras el Viceministro de Interculturalidad a través de funcionarios de la Dirección de Consulta previa (...)” (p. 90).

Una vez realizado la propuesta a los pueblos indígenas, deben solicitar el plazo correspondiente para evaluar la propuesta con sus asesores, el plazo en su totalidad que dura la consulta previa en su totalidad es de 120 días, incluyendo a la etapa de decisión.

Por último, la séptima etapa sobre la ³ decisión de parte de la entidad proponente, para que se pueda tomar una decisión de ejecutar el proyecto o programa debe tener las actas del diálogo, las alegaciones vertidos por los asesores, la opinión técnica del sector de cultura y por último los informes de las observaciones del proceso de los partícipes ³ como la Defensoría del Pueblo y otras instituciones.

³⁵ El derecho a la consulta previa se encuentra respaldado por normas nacionales e internacionales, es por ello que el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02420-2012 en el fundamento 39 establece que: “No avala interpretaciones que incorrectamente sostengan o

promuevan el incumplimiento de tratados internacionales, en general, y el Convenio 169 (...) este Tribunal ha emitido resoluciones en las que se ha establecido firmemente el respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (...)

Por lo tanto, la consulta previa su ejecución tiene la finalidad de llegar a un acuerdo y el consentimiento de la población indígena, asimismo, este tipo de acto constituye un derecho procesal que está diseñado para proteger otros derechos indígenas como, por ejemplo; el derecho de autodeterminación, derecho a la entidad étnica y cultural, con la finalidad que el Estado no pueda transgredirlo y en caso suceda se estaría configurando una arbitrariedad.

2.2.1.5. Obligaciones respecto al proceso de consulta previa.

Las entidades del Estado son los encargados de emitir medidas legislativas o administrativas que necesariamente tienen relación con los derechos de los pueblos indígenas y originarias, ellos son competentes para realizar y ejecutar el proceso de consulta previa. Pero el problema que presenta esta obligación la entidad es que es el encargado de aprobar la medida que fue objeto de consulta. Por lo tanto, el Estado es el responsable de ejecutar el procedimiento administrativo de consulta previa.

Siendo la única institución en decidir si se ejecuta o no, generando dicha acción conflicto de intereses en la experiencia de los procedimientos administrativos de consulta previa como, por ejemplo; en el ámbito de hidrocarburos, minería, transporte y los lugares que se encuentran protegidos.

El deber que tiene las entidades estatales es de garantizar los recursos que demande el proceso de consulta, este deber tiene la finalidad de asegurar la participación de los pueblos indígenas u originarios. Dentro del proceso de consulta también hay funciones del Órgano Técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, como lo señala el artículo 19 de la Ley de Derecho a la consulta Previa a los pueblos Indígenas u Originarios:

a) “Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta, b) brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas ordinarios (...) c) mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas (...)”.

Para evitar conflictos para ejecutar la consulta previa por parte de las instituciones estatales el organismo ⁴ técnico especializado en pueblos indígenas tiene que acompañar todo el proceso, así como también debe emitir una ⁴ opinión técnica previa a la toma de una decisión, tal como lo realiza ¹⁶ el servicio de Áreas Naturales protegidos por el Estado, cuando se trata de lugares protegidos.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo, tiene el deber de proteger y ³² defender los derechos constitucionales y fundamentales de cada persona y de la comunidad, así como también supervisar el debido cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía de acuerdo al artículo 162 de la Constitución Política del Perú, bajo esa misma postura la ⁴³ ley N° 16520 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en el artículo 9 del numeral 3 indica que: “iniciar o participar, de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad”.

Por último, también tiene el deber de apoyar en la asistencia técnica a los pueblos indígenas, el órgano técnico especializado en pueblos indígenas, para ello deben tener a su disposición el apoyo de profesionales para orientar a las comunidades indígenas, así como también aceptar las propuestas del apoyo ya que esto será pagado con los recursos del tesoro público.

2.2.1.6. *Derechos fundamentales sobre la consulta previa.*

Es necesario señalar que a nivel latinoamericano se ha reconocido los derechos fundamentales que el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 3 numeral 1 señala lo siguiente: “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

Como se puede observar, el mencionado artículo reconoce ¹³ los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en los que se debe considerar el derecho a la consulta previa, sin embargo, en nuestro país hasta la fecha no existe un reconocimiento ¹³ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución Política vigente, desde el año 2000 se han puesto en vigencia disposiciones normativas que llegaron a ser solo declarativas hasta la emisión de la Ley N° 29785, denominada Ley de Derecho a la Consulta Previa, sin embargo, esta ley no tiene un amparo Constitucional, lo que trae como consecuencia una serie de interpretaciones y sentencias disímiles.

En ese sentido, el gobierno peruano debe adecuar su legislación interna sobre todo en la Constitución Política del Estado el reconocimiento ⁸¹ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, a fin de lograr ⁴⁴ el gozo pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Además, el artículo 6, establece la obligación que tiene la entidad estatal de consultar a los pueblos indígenas, para ello se debe configurar lo siguiente:

¹⁷ Primero, las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe, es decir, debe realizarse un dialogo verdadero entre el Estado y el pueblo indígena, el dialogo debe tener las características empatía, respeto mutuo y obtener un acuerdo y consentimiento de la población indígena, si en la conclusión no se llega a un acuerdo servirá como aporte y

enriquecimiento brindado por la entidad estatal que debe estar incorporado en el Acta de Consulta.

La consulta que se realizara al pueblo indígena debe ser transparente e indicar el impacto negativo y positivo, así como también incluir a las comunidades que lo soliciten, pero de acuerdo a los plazos establecidos en cada uno de las etapas.

Segundo, deben establecerse mecanismos apropiados, se debe realizar la consulta de acuerdo a las circunstancias y las particularidades de cada pueblo indígena, es por ello que se debe realizar en las propias comunidades que son afectadas, es decir, no pueden alejar a sus líderes de su territorio ni de las actividades socio económicas.

Tercero, las consultas deben realizarse a través de los representantes, las comunidades indígenas tienen organizaciones representativas y de acuerdo a su estructura su representante quien forma parte de los afectados se le debe brindar traductores, así como también asesor técnico legal.

Cuarto, la consulta se debe realizar con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la medida administrativa o legislativa propuesta, es decir, la entidad estatal debe tener la intención de llegar a un acuerdo con las comunidades indígenas afectadas por aquella medida que está siendo propuesta y de esa forma obtener su consentimiento.

Quinto, el derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, esta característica es viable ya que busca por todos los medios posibles y legítimos llegar a un acuerdo. Si no resulta favorable la entidad promotora tiene la facultad de dictarla, pero de acuerdo a las medidas adoptadas, que debe garantizar los derechos colectivos, como el derecho a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Sexto, el proceso de consulta se debe realizarse de acuerdo a los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley de consulta previa, es decir, las entidades estatales tienen el deber de respetar a sus autoridades de la comunidad indígena, así

como su forma de adoptar decisiones, mecanismos interculturales de comunicación, así como compartir experiencias comunales como parte del proceso de consulta, como ejemplo ingerir masato antes de iniciar la sesión de una etapa de dialogo o pintarse la cara ya que forma parte de su tradición.

Por último,⁸ los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, la evaluación que desarrolla la comunidad es libre, durante esta etapa solo deben estar los que forman parte de la comunidad indígena y sus asesores que no deben tener ninguna relación con la entidad proponente. Cabe resaltar que la consulta previa son documentos de carácter público, los que se encuentran disponibles en el portal de las entidades promotoras.

³ 2.2.1.7. *La consulta previa de medidas urgentes.*

La octava disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Ley N° 29785 que se aprobó mediante el ³ Decreto Supremo N° 001-2012-MC, sobre medida administrativas con carácter urgente, es considerado uno de los mecanismos que se aplica para aprobar temas de interés general sin la realización de un debate nacional y tampoco sin la participación ciudadana, algunos doctrinarios consideran que es un acto de corrupción que es aplicado de manera directa por el gobierno de turno, configurándose arbitrariedad.

La ley en mención sobre consulta previa de medidas urgentes indica: “En caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificada, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos contemplados”.

El plazo es de 120 días, cabe indicar que nace en esta posición una excesiva discrecionalidad cuando se tiene que determinar la urgencia que tiene la realización de la medida administrativa o legislativa ya que se vulnera ciertas etapas del proceso. El plazo que se establece ⁴ para la realización de la consulta previa puede ampliarse, ya sea por la complejidad

del procedimiento y ⁴ de los pueblos indígenas, por ejemplo, en el proyecto de sobre forestación y fauna para la realizar de consulta a los pueblos indígenas duro un aproximado de un año.

2.2.1.8. Los titulares de la Consulta Previa.

De acuerdo al artículo 7 ³ del Reglamento de la Ley N° 29785 indica que: “El o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa”.

En ese sentido el doctrinario Carrión (2012) afirma que: “Por mandato constitucional, los sujetos consultados son las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas (...)” (p 27). ⁷² Son los principales titulares del derecho a la consulta previa, por lo tanto, se debe aplicar a ⁵ los pueblos indígenas u originarios y tribales, que son los afectados directos por la decisión del Estado a continuación detallaremos en que consiste cada uno de ellos:

- ⁶⁹ **Los pueblos indígenas:** son aquellos que van a descender de poblaciones que residen en el país antes de la conquista o antes de la delimitación de las fronteras que actualmente tiene cada Estad, cada uno de estos pueblos tiene ⁷⁵ sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas como, por ejemplo: su propia lengua, sus autoridades que son elegidos por ellos y sus propias costumbres.
- **Los pueblos tribales:** son aquellos que se distinguen de su condición social, cultural y económica de otros sectores de la colectividad nacional. Tiene si propia legislación especial.

⁵⁴ El artículo 8 de la Ley de Consulta Previa otorga facultades a las entidades estatales para identificar a los sujetos de derecho, pues consagra que: “La entidad promotora identifica al o a los pueblos indígenas que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial”.

Cabe indicar que esta facultad que establece el articulado citado no corresponde a la entidad promotora sino al Viceministerio de Interculturalidad, ya que se encarga de proteger a la población indígena. Mientas el Estado es el encargado ²² de realizar el proceso de consulta previa. En las normas nacionales se instala que es entidad pública que plantea una medida.

Por lo tanto, la ⁵³ consulta que realiza el Estado, como sujeto legítimo consultante a los pueblos indígenas o los pueblos tribales, que son loa consultados. Se debe realizar de acuerdo a las instituciones propias u organizaciones representativas, tal como establece el mandato constitucional y las normas internacionales. Entonces el Estado no tiene ninguna facultad de ⁵³ imponer un modelo de institución ni tampoco ⁵³ determinar de manera unilateral las organizaciones por donde se realizará la consulta, sino los propios pueblos tienen la facultad ⁵³ de definir las instituciones representativas que gozan de legitimidad para realizar la consulta.

²⁰ 2.2.1.9. *Ambito de aplicación de la Consulta previa.*

Mediante ⁷² el procedimiento de la consulta previa se busca tener un dialogo entre el Estado y los pueblos indígenas con la finalidad de llegar acuerdos y el consentimiento de aquellas medidas que va afectar sus derechos, identidad o su calidad de vida, como en las actividades de hidrocarburo, trasporte y comunicaciones, forestales y de fauna o en la identidad étnica y cultural, a continuación, detallaremos cada uno de ellos:

³⁵ 2.2.1.9.1. *Consulta Previa en las actividades de hidrocarburos.*

La consulta previa es aplicada por la entidad estatal en la medida administrativa o legislativa, que va impactar en el presente y a futuro en los pueblos indígenas, en ese sentido la actividad de hidrocarburos crea imparto socio ambiental que se afecta al ambiente y a la población local es por ello que cuando se ubica un territorio se debe consultar, primero la suscripciones del contrato de concesión , segundo ⁴ aprobación del estudio de impacto y por ultimo aprobación del instrumentado gestión ambiental de cierre de la actividad. Pero estos tres

momentos es obviado por el ⁶⁴ Ministerio de Energía y minas ya que solo permite la consulta de los contratos de concesión.

Según Carhuatocto (2019) afirma que: “Los procesos de consulta previa en el sector de hidrocarburos fueron la primera experiencia de esta institución en el Perú, (...). Aquellos vinculados a la medida consultada y los relacionados a necesidades de las poblaciones indígenas (...)” (p. 238).

El primer acuerdo, se buscar enmarcar al derecho de consulta previa como un acto administrativo. Mientras el segundo acuerdo se debe realizar una connotación social y política ³ del derecho colectivo.

La consulta previa en la actividad de hidrocarburos fue evolucionando, de estar en un contrato inamovible a una etapa intermedia que se puede modificar y, por lo tanto, volverse obligatorio los acuerdos de consulta previa al concesionario. Mientras en la tercera etapa se obtiene el ⁴⁶ derecho a los beneficios económicos por la ventaja obtenida de los recursos naturales obtenidos en la comunidad indígena, en esta etapa también se agregan los acuerdos que no se indicaron al inicio. Mientras en la última etapa se presentan los acuerdos obtenidos en la primera etapa que trata sobre participación ciudadana previa ya que es fundamental para la licitación y el proceso de consulta que ente las bases para el diálogo intercultural que da origen a un acta. Asimismo, se aprueba la suscripción del contrato de concesión de los hidrocarburos, para ello ⁶⁰ se debe contar con la presencia de tres representantes del pueblo indígena y los representantes de la entidad estatal para la negociación que beneficia al pueblo indígena.

En conclusión, la consulta previa en las actividades de hidrocarburos que se realizaron hasta la actualidad tiene beneficios, así como no tiene beneficio siendo precedente para su aplicación en caso de vulneración de los derechos colectivos. Se puede aplicar en los demás sectores. Como se sabe la consulta previa no solo involucra al ente proponente, sino que da la posibilidad de involucrar a otras entidades para llegar acuerdos de acuerdo a su competencia.

2.2.1.9.2. Consulta previa en Transporte y Comunicación.

En la consulta previa en la actividad de transporte, el Viceministro ingreso a las comunidades indígenas para la realización de un dialogo sobre la construcción y mantenimiento de infraestructura para que se pueda realizar la provisión de servicios de transporte y comunicaciones fundamentando dicha decisión en base a la Décima ¹³ **Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa y la Resolución** Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC, que se aprobó mediante la Directiva N° 001- 2016-VMI/MC.

Por ejemplo, en el ¹ **caso de la Hidrovia Amazónica, en** el año 2015 **se realizó** un debate con distintas comunidades con la finalidad de consultar el contrato de concesión del diseño financiamiento, construcción, la realización del mantenimiento del proyecto Hidrovia amazónica que está conformado por el rio marañón, rio Huallaga, rio Ucayali y los lugares aledaños, el debate se realizaba con la finalidad de limpiar el rio y esta manera se pueda crear un canal por donde puedan transitar sin ninguna dificultad las embarcaciones .

El impacto que generaba la limpieza del rio, afecta directamente a la alimentación de las dichas comunidades ya que ellos se alimentan de la caza de pescados. Este proceso de Hidrovia Amazónica genera mejorar en el proceso de consulta previa cuando se establece ⁴ **los términos de referencia del estudio de impacto ambiental**, es fundamental su realización ya que busca neutralizar los impactos negativos del proyecto a las poblaciones indígenas y al propio ambiente. Es por esa razón que se realiza la modificación del contrato de concesión para establecer nuevas reglas al concedente, al regulador y al concesionario frente a la relación que tiene con los catorce pueblos indígenas. Siendo los dos grandes mecanismos protectores a los ⁴⁶ **derechos de las comunidades indígenas**, conseguidos mediante **el proceso de la consulta previa**.

Otro de los casos que tuvo relevancia jurídica fue el caso de las carreteras y su impacto en los derechos colectivos indígenas. El Ministerio de Cultura lo reconoce mediante la ⁵⁸ **Ley N°**

30723, ley que declara de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en el departamento de Ucayali, donde se consagra el impacto que genera las carreteras en zona indígena:

- a) “Interrupción de prácticas de subsistencia y por lo tanto problemas para conseguir sus fuentes de alimentos que provienen de la fauna silvestre (...).
- b) “Encuentros directos o contratos forzados con terceros ajenos a las tierras que ocupan”.
- c) “Procesos de migración masiva y de llegada de foráneos a territorios indígenas, colonización de la zona e incremento de actividades ilícitas”.

Se debe realizar en la consulta previa la revisión de la ley que va promover la construcción de la carretera, el impacto ambiental que va generar a la comunidad indígena ya que de ello dependen, así como también compensación e indemnización para salvaguardar la vida y el ambiente de los pueblos indígenas.

2.2.1.9.3. Consulta previa en actividad forestales y de Fauna.

Con fecha 5 de junio de 2009, se llevó a cabo un suceso histórico, el conflicto socio ambiental que genero perjuicios a las comunidades indígenas, es por ello se realizó huelgas por el derecho a la consulta previa, ya que el Congreso derogo la ley forestal y fauna silvestre mediante el Decreto Legislativo N° 1090, que es conocido como la ley de la selva.

Es por esa razón que se promulga con fecha 22 de julio de 2011 la Ley N° 29763, ley sobre forestal y fauna silvestre, que paso por consulta previa irregular, fue la primera ley, pero conto con varios errores y vacíos legales. Ello dio origen a la primera consulta en la historia del Perú bajo el marco de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento que convoco a las comunidades indígenas andinas y amazónicas del Perú que aportaron 6 reglamentos forestales y fauna silvestre, que se fusionaron en 4 con el debido aporte de las comunidades indígenas.

La Ley Forestal y de Fauna silvestre (consultada)- Baguazo, es considerado una de las normas que más menciones tiene a los pueblos indígenas, ya que es debido a la participación ciudadana y la consulta previa realizada, mediante los aportes al enfoque intercultural del procedimiento administrativo ambiental.

La ley en mención en el artículo 2 establece a los primordiales aplicables al mandato forestal y de fauna silvestre, como al Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los demás tratados internacionales.

El objetivo que tiene la ley forestal y de fauna silvestre, es garantizar la participación efectiva de todos los actores que tengan interés, ya sea las comunidades nativas y campesinas, de forma individual o colectiva. El principio fundamental en la consulta previa libre e informada con la finalidad de llegar a un acuerdo de la medida que se está presentado, todo ello se debe realizar de acuerdo al convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas, que trata sobre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas. El enfoque que tiene la ley es ecosistémico, es decir, busca alcanzar una comprensión adecuada y gestionar los ecosistemas forestales, pero se debe realizar respetando los factores ambientales, ecológicos, económico, sociocultural, y el factor económico.

Según Carhuatocto (2019) indique que la normativa consagra lo siguiente: “El manejo forestal de los bosques comunales que realizan las comunidades nativas se efectúa con autonomía, conforme a su cosmovisión y con planes de manejo, de acuerdo a los lineamientos aprobados por el SERFOR, que incorporen sus valores culturales, (...)” (p. 286).

Mediante el Decreto Supremo N° 021-2015-MINAGRI, se establece el Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna silvestre en comunidades nativas y comunidades campesinas, la finalidad que tiene el reglamento es promover la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible de los recursos forestales y de la fauna silvestre pero dentro de

las comunidades nativas y campesinas, su aplicación es para personas naturales o jurídicas, posee un relación estrecha con la ³⁷ gestión forestal y de fauna silvestre, al servicio de los ecosistemas de vegetación que son realizados en las distintas comunidades.

Mediante el Decreto Supremos se regula por primera vez un régimen especial ⁸ para el debido aprovechamiento de los recursos naturales que se dan dentro de las comunidades indígenas, como, por ejemplo; la participación de las comunidades nativa, campesinas e indígenas, que tiene relación con el Convenio 169 del OIT, así como también con los principios de la ¹⁶ Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, participaran de acuerdo a la organización representativa, quienes velaran por los derechos colectivos de la comunidad.

Asimismo, ¹⁴ reconoce el derecho de la consulta previa de acuerdo a la ley N° 29785 y el ⁴⁸ convenio 169 de la OIT, que se ejercerá antes de aprobar una medida que afecte los ³⁷ derechos colectivos de las comunidades, nativas, campesinas e indígenas. El doctrinario Carhuatocto indica: “El desbloqueo consiste en el retiro de cobertura forestal mediante cualquier método que conlleve la pérdida del estado natural del recurso forestal, en áreas para el desarrollo de actividades productivas que no tengan como fin su manejo forestal (...)” (p. 290).

Al mismo tiempo se da la creación de la Unidad de Manejo Forestal Comunitario (UTMFC) estas unidades se crearon con la finalidad de ³⁷ brindar atención y servicio eficiente y de calidad a las comunidades de acuerdo a las competencias que tenga. Son establecidas por las ARFFS para ³⁷ fortalecer las capacidades y de esa manera brindar asistencia técnica a los miembros de las comunidades campesinas, nativas e indígenas, respetando sus costumbres.

³⁵ **2.2.1.10. El reconocimiento de la identidad étnica y cultural.**

La identidad en términos generales se entiende como cada cosa es igual a sí mismo, entonces la entidad personal consiste en ser uno mismo y no aparentar ser otro, por lo tanto, la identidad personal es definido como el conjunto de atributos y características que se distingue de la sociedad en general, es decir, las creencias que tienen, los valores, su posición personal

frente a la realidad. En el ámbito jurídico, es respaldado en el derecho de que toda persona se le debe respetar su proyección en la vida social, es decir que la sociedad lo debe respetar tal y como es, sin alterar su verdad personal.

Mientras la etnia es el grupo humano. Es decir, de una comunidad que comparten rasgos comunes generando una unidad cultural. Cabe resaltar que no siempre que cultura y etnia no siempre deben coincidir, ya que la unidad cultural no equivale como un total homogéneo sino se trata de una compleja estructura que comparte diversos niveles y registros como; económico, artístico, entre otros.

El derecho de la entidad cultural es definido ³⁹ por la Organización de las Naciones Unidas de la siguiente manera: “El conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.

Mientras la ⁵⁶ cultura tradicional y popular se conceptualizo por la Unesco (1989) con la finalidad de salvaguardar, lo indica de la siguiente manera: “El conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes”.

El doctrinario Biesanz (1990) indica que: “La cultura implica una configuración de pautas de comportamiento aprendidas y compartidas, referentes al significado y valor de las cosas, emocionales y acciones (...)” (p. 163).

Bajo esa misma postura el jurista García (2021) afirma que: “Cada sociedad humana tiene una cultura diferente, es decir, un sistema de modelos de vida históricamente derivado” (p. 340).

En otras palabras, la cultura tradicional es ⁵⁶ parte del patrimonio universal de la humanidad y es un conector adecuado para acercarnos a los pueblos y grupos sociales y de afirmación a su entidad cultural. Mientras la entidad cultural se ha definido como el conjunto de referencias culturales mediante el cual una persona o un grupo anhela ser conocido que va implicar a la libertad de la dignidad de la persona.

La ⁵⁶ protección de la identidad cultural en el derecho internacional de los derechos humanos, aún se encuentra en permanente construcción y acata de los derechos culturales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos que se aprobó mediante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, fue la primera normativa que regulo los derechos culturales de la persona de forma individual o grupal. El artículo 27 dispone que:

1. “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.
2. “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

El pacto Internacional de Derechos Económicas, Sociales y Culturales consagra los derechos culturales en el artículo 15, que indica: “1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural (...). 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura (...). 4. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen

los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

El desarrollo del concepto del derecho de cultura se fue fortaleciendo también por el ⁷⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala en el artículo 27 lo siguiente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Las normativas citadas establecen en concepto claro y respaldo del derecho de cultura que posee toda persona que forma parte de un Estado quien se encarga de garantizar el debido respeto del derecho cultural de la comunidad y velar por sus intereses. Pero criticamos que la falta de una norma Constitucional y normas de internación con falencias que guardan relación con el tema de la consulta previa de los pueblos indígenas, no puedan remediar todos los males, ya que el derecho de igualdad, seguridad ciudadana y demás están regulados hace mucho pero su aplicación no es eficaz.

⁴ 2.2.1.11. Derecho comparado sobre el derecho a la consulta previa.

2.2.1.11.1. La consulta previa en Bolivia.

Una vez analizado las normas de carácter nacional e internacional, desarrollaremos como se aplica la ⁴² consulta previa en el vecino país de Bolivia. Este país es el primero ⁴⁶ en ratificar al Convenio de la OIT en el año 1991 mediante la Ley 1257. Asimismo, fue el primero que reconoce la Ley sobre ⁴ Declaración de las Naciones Unidas que trata sobre los derechos inherentes de los pueblos indígenas mediante la Ley N° 3760.

El ³ gobierno boliviano trató de regular en su ordenamiento jurídico el derecho a la ⁴² consulta previa, de las dos leyes sobre hidrocarburos y la ley del Régimen Electoral. La primera fue aprobada por la ley N° 3058 que tiene relación directa con el Reglamento de Consulta y

Participación para las distintas actividades de Hidrocarburíferas, en la ley en mención se inserta la obligación de realizar la consulta a las comunidades y pueblos indígenas de manera previa y oportuna cuando se quiere realizar un proyecto que pueda causar impacto socio ambiental o afectar los derechos de dicha comunidad.

Según Carrión (2012) indica que: “(...) Esta fase implica que los resultados de la consulta deben ser ratificados por la comunidad a través de la firma de un convenio, siendo vinculante con la licencia ambiental (...)” (p. 14).

Por su parte la Ley N° 26 sobre Régimen Electoral se aprobó en el año 2010, en el artículo 2 se reconoce que la interculturalidad boliviana debe tener como base a la democracia directa y participativa por medio de la consulta previa. En el capítulo IV señala que el proceso de la consulta previa es un mecanismo constitucional que se aplica para tomar una decisión cuando se pretende realizar un proyecto o actividad donde se realizara la explotación de recursos naturales.

La consulta previa de Bolivia es muy diferente a lo nuestro, ya que aún no cuenta con una ley específica donde se pueda consagrar todos los conceptos, procesos y mecanismos de protección de los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a la relación que se tiene con el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas.

2.2.1.11.2. La consulta previa en Colombia.

En el territorio colombiano se encuentra regulado por la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en el año 1991, pero se implementó el derecho a la consulta previa en varias normas, no tiene como Perú una norma consolidada; a continuación, detallaremos en las normas donde se consagra al derecho a la consulta previa:

La primera ley que regula al derecho de la consulta previa fue en el año 1993 mediante las Leyes N° 99 y 70 que regulan: “La explotación de recursos debe hacerse previa consulta con los representantes de las comunidades y afrodescendientes”.

Mediante dicha normativa se incorporó a ⁷ las comunidades negras como un grupo étnico, otorgándole ciertas facultades como proteger su identidad cultural, así como también participar en estudios sobre el impacto ambiental. A mediados del año 1996 el gobierno colombiano emitió dos Decretos el N° 1397 y el N° 1320, que permitieron la creación de la ¹⁸ Comisión Nacional de Territorios indígenas y la Mesa Permanente de Concentración con los pueblos y Organización indígena.

Por último, se llega a emitir la Directiva Presidencial N° 001 en el año 2010 y el Decreto Legislativo N° 2893 al siguiente año, el primero regula los mecanismos y el proceso para la realización de la ⁷ consulta previa de acuerdo a lo establecido en la Convención N° 169 de la OIT, mientras el Decreto Legislativo en el artículo 5 inciso 2.5 sobre la Dirección de Consulta ¹⁸ Previa en el Ministerio del Interior indica que: “Encargada de asesorar, dirigir los procesos de consulta previa que se requieran conforme a Ley”.

Como podemos evidenciar el gobierno colombiano regula a la consulta previa en diferentes normativas, generándose un avance bastante productivo, pero el problema se genera cuando este derecho es insertado en distintas normativas de forma unilateral, mas ⁴² no en el marco del Convenio 169 de la OIT. Es decir, no hay un trabajo conjunto con las comunidades indígenas para la proyección de dicha normativa generando rechazo por parte de las comunidades.

⁶¹ 2.2.1.11.3. *La consulta previa en Ecuador.*

El derecho a la consulta previa en Ecuador, se asemeja al gobierno de Colombia y Bolivia ya que aún no cuenta con una ley para el debido cumplimiento de la consulta, pero si es importante indicar que ratifico el ⁶⁸ Convenio 169 de la OIT en el año 1998 incorporando a la consulta previa en su Constitución en el artículo 84 inciso 5 que consagra lo siguiente:

“El estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la Ley, el respeto al orden público y a los derechos

humanos los siguientes derechos colectivos: (...). El ser consultado sobre 59 planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio ambientales que se les cause (...).”.

Como se puede evidenciar la Constitución ecuatoriana incorpora al derecho de la consulta previa, pero el problema se generó ya que no indica las consecuencias que suscita en los casos que afecta directamente a las comunidades indígenas, es por ello que es implementado en su Constitución actual del año 2008 ya que ahora sí guarda relación con el Convenio 169 de la OIT. El artículo 57 inciso 7 y 17 que consagra:

“Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos.(...) **La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable,** sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (...). **La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna.** Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procede conforme a la Constitución y la Ley. (...) A ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (...).”.

Ahora si podemos observar que el artículo en mención reconoce ³ el derecho a la consulta previa, así como también indica quienes se encuentran obligados (autoridades competentes). En el territorio peruano solo se reguló ³⁷ a la consulta previa mediante la Ley N° 29785 del año 2011, pero no se encuentra regulado en la Constitución Política vigente.

2.2.2. La motivación de las resoluciones judiciales.

La motivación de las Resoluciones Judiciales, está compuesta por un conjunto de razonamientos de hechos y de derechos que necesariamente debe estar realizado por el juzgador, mediante el cual indicara su decisión, es decir, realizara una motivación en un plano procesal, que deben que debe modificar, exponer los distintos argumentos facticos y jurídicos que sustentara su decisión. Según Atienza (1993) indica que la motivación: “No equivale a la mera explicación o expresión de las causas del fallo, sino a su justificación razonada, es decir, a poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión (...)” (p. 31).

Uno de los ejemplos sería, una causa para la toma de decisión de un juez para que ¹⁵ declara fundada la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios, sea la precaria situación que tiene del demandante, por lo tanto, no servirá ya que no es una justificación jurídica, ya que solo sería una motivación en apariencia.

De conformidad al ²³ Diccionario de la Real Academia Española, la motivación también significa dar o explicar la razón que se tuvo para realizar una cosa, en el ámbito de las resoluciones judiciales, la motivación de estas, es de suma importancia la explicación las razones que tuvo en ²³ consideración para resolver el caso en concreto de distintos intereses de uno u otro sentido.

El doctrinario Ferrer (2011) establece que: “(...) la motivación concebida como expresión de los motivos, las causas, de una decisión es un discurso lingüístico descriptivo. Como tal, no es capaz de justificar la decisión, puesto que la justificación pertenece al ámbito de lo normativo (...)” (p. 90).

Según Carrión (2007) indica: “La argumentación jurídica, que constituye el contenido de la motivación de una resolución jurídica, explicara y justificara la decisión jurisdiccional que adopte el juez” (p. 193).

Asimismo, Ghirardi (1999) indica: “La motivación es un deber de los órganos jurisdiccionales y un derecho de los justiciales, y su importancia es de tal magnitud que la doctrina la considera como un elemento del debido proceso” (p. 477).

Para lograr fundamentar las Resoluciones es necesario que debe ser justificado ¹⁵ racionalmente, es decir, que sea la conclusión de una inferencia o sucesivo inferencias formales correctas, que deben estar relacionados por los principios y las reglas lógicas, cabe indicar que su observancia no busca limitarse a ¹⁵ extraer la conclusión de las premisas predispuestas ya que también se requiere de una metodología racional en la fijación de aquella justificación externa, es por ello que las premisas deben ser materializadas en verdaderas o validez, con la finalidad de viabilizar la transmisión de los atributos en la conclusión.

La palabra motivar presenta dos grandes concepciones la psicologista y la racionalista, la primera consiste en lograr identificar los motivos que llevaron a tomar una decisión, mientras el segundo, comprende a la motivación como justificación, es decir, ³⁸ una decisión motivada, es una decisión que cuenta con las razones que la justifican. Cabe resaltar que el realismo jurídico, el norteamericano, fue quien tomo importancia a los mecanismos causales que motivan las decisiones judiciales, indica que las normas generales no tienen un lugar privilegiado como muchos lo ven, sino también el juez toma como causa de motivar una decisión, su propia ideología, el contexto social, prejuicios, cultura jurídica, entre otros. son las mismas acciones que realiza todo ser humano para la toma de una decisión.

La concepción racionalista de la motivación indica, que toda decisión que tome el juez necesariamente debe estar justificada, por tal razón, la emisión de una sentencia motivada, necesariamente debe estar justificada, generándose dos posibilidades: según Taruffo (2002) señala: “En primer lugar, una decisión puede considerarse justificada si hay razones suficientes que la funden; o, en segundo lugar, puede considerarse justificada no sólo si hay tales razones, sino, además, si esas razones han sido analíticamente formuladas”. (p. 307).

Consecuentemente, la motivación es aquel discurso lingüístico, oral o escrito, que es justificaría a una decisión, es por esa razón que está ³⁸ compuesto por razones que fundamentas esa decisión mas no por los factores causales que dan lugar a ella, por lo tanto, la conclusión del razonamiento está justificada de manera interna y externamente.

2.2.2.1. La motivación Judicial y sus cualidades necesarias.

La argumentación jurídica, que forma parte de la ²³ motivación de las resoluciones judiciales y también de las sentencias, deben estar conformadas con el conjunto de razonamientos y de derechos que deben estar generados por el juzgador, ya que será donde apoya su decisión, y esta se encuentra en la parte considerativa de la resolución.

Un juez para que pueda tomar una decisión debe pensar, reflexionar, buscar las distintas razones y obtener una decisión, de los hechos y de los elementos probatorios que son aplicables al caso por el ordenamiento jurídico, es por esa razón que existe una estrecha relación entre el razonamiento y la situación en que razona el juez pensante.

Según Castillo et al (2006) señala que: “La decisión, además, debe basarse en razones comunicables, esto es que puedan ser atendibles adecuadamente por sus destinatarios, y en razones convincentes, es decir, que lleven en si el poder de formar opinión (...)” (p. 449).

El razonamiento que aplica el juez llegara hacer aceptable y correcto, si se aplica los principios lógicos y toma en consideración las condiciones personales y los distintos factores externos. La motivación debe tener cinco cualidades importantes, asimismo debe respetar ³⁸ las máximas de la experiencia y sobre todo los principios de la lógica formal, tales como:

2.2.2.1.1. Tiene que ser expresa.

Según Castillo et al (2006) precisa que: “Cuando un juzgador expide un auto una sentencia debe consignar taxativamente las razones que lo condujeron a declarar admisible o inadmisibile, (...), una demanda, excepción, medio impugnatorio, cuestión probatoria, acto procesal de parte (...)” (pp. 449-450).

La motivación de una resolución jurídica en su estructura tiene que ser expresa, por lo que el juzgado debe indicar en su resolución las distintas razones que le condujeron a tomar dicha decisión, ya sea condenado o absolviendo al condenado, ya que la persona que lo visualice pueda identificar los fundamentos que tuvo el juez para tomar la decisión que adoptada.

Finalmente, es de suma importancia que, en las resoluciones judiciales, no solo que llegue a describir los fundamentos de hecho y de derecho que en su momento se utilizó por el juez para resolver una controversia, ya que es necesario que este expresado lo indicado por el juez en la sentencia, el razonamiento lógico utilizado para que pueda emitir la resolución, asimismo deberá indicar bajo que fundamento realizó la valoración de los medios probatorios.

2.2.2.1.2. Tiene que ser clara y precisa.

La motivación de las resoluciones judiciales también debe ser *clare loqui* o hablar claro y preciso, es decir, el razonamiento plasmado del juez debe ser mediante un lenguaje accesible, con la finalidad para que pueda ser comprendido por quien lo lea y puede entender la decisión que tomo el juez en base a la evaluación de los medios probatorios que se incorporaron al proceso y la correcta aplicación de la norma, todo ello debe ser utilizado para evitar proposiciones oscuras, ambiguas o imprecisas.

El doctrinario Carrión (2007) indica: “Lograremos que nuestro pensamiento sea claro y preciso si nos dejamos conducir por la ambigüedad o la confusión (...)” (p. 196).

De la misma forma el Tribunal Supremo Español en la sentencia N° 10 citado por Asis (1995) señala: “(...) que esta declaración debe ser clara, nítida, diáfana, sin prolijidad, excesiva y sin borroquismo o frondosidad superfluos, pero sin laconismo o hermatismo exagerado y sin insuficiencia narrativa (...), sin inducir en dudas, vacilaciones, indecisiones o empleo de expresiones equivocadas”. (p. 150).

Si las motivaciones de las resoluciones judiciales carecen de semánticas gramaticales o las sintácticas, lo que impedirá un buen análisis de la justificación jurídica que en ella se contenga constituida un caso de ausencia de motivación. La claridad en el ¹⁰ marco de un proceso de comunicación el emisor legal debe enviar un mensaje al receptor, pero sabiendo que no cuenta con un entrenamiento legal en la utilización de los términos, por lo tanto, el emisor debe tener un lenguaje con ciertas pautas para que el receptor no legal comprenda el mensaje.

2.2.2.1.3. Tiene que ser completa.

⁷ La motivación de las resoluciones judiciales debe ser completas, pero no solo debe contener argumentos necesarios y suficiente para el caso que debe tener una decisión jurisdiccional, sino que debe abarcar cada uno de los extremos de la controversia y cada uno de ellos debe tener una fundamentación, con la finalidad que no se omita cualquiera de los puntos de la resolución.

Rua (1968) comenta sobre este punto: “La motivación para ser completa debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las conclusiones a que arribe el tribunal sobre su examen, sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal (...)” (p. 46).

Las decisiones que son adoptadas que son adoptadas en el proceso, deben estar debidamente motivadas, así como también debe incluir la quaestio iuris la quaestio facti. En la actualidad se evidencia que la motivación se hizo extensivo hasta los tribunales ya que con ello se busca que se realice un análisis completo y no se vulnere ningún derecho.

2.2.2.1.4. Tiene que ser legítima.

⁷ La motivación de las resoluciones judiciales también debe ser legítima, ya que tiene que apoyarse de la validez intrínseca de los medios probatorias que se aportaron al proceso como consecuencia al debate judicial, cabe decir que la decisión que tome el juzgado debe sustentarse en ⁶⁷ elementos probatorios que se adoptaron legalmente en el proceso y que estén

regulados en la norma para que se evidencie la eficacia jurídica, ya que en ello el juzgador va cimentar su convicción sobre la verdad de los hechos en controversia ya que mediante ello emitir su resolución.

Muchos realizan la siguiente pregunta ¿Por qué el juez debe motivación la resolución? Ante ello cabe indicar que el juez tiene el deber de procesal de investigar la verdad de los hechos enunciados que son materia del proceso, asimismo la motivación debe ser el resultado del razonamiento jurídico que efectuara el juzgador sobre la base de los hechos que se acreditaron y la aplicación del derecho objetivo.

2.2.2.1.5. Tiene que ser coherente.

Por último, la motivación de las resoluciones jurídicas tiene que ser coherente, ya que es uno de los factores indispensables para realizar una buena argumentación, ya que, si nos alejamos de las reglas de la lógica, estamos propensos a llegar a la contradicción generando una motivación inconsistente.

Uno de los ejemplos transcendentales sobre este punto, se da en el sistema casatorio ortodoxo, como en la apreciación de los elementos probatorios que son aportados al proceso y a las conclusiones fácticas que ha llegado el juez que no deben ser discutidos en casación, pero se requiere que deben estar sujetos a un control casatorio donde el juzgado aplica su razonamiento.

Se debe aplicar la lógica ya que es considerado un instrumento indispensable de conocimiento humano y no solo porque podemos alcanzar un número de verdades que la observan de forma directa sino porque las relaciones lógicas permiten conseguir un juicio coherente aplicando los conocimientos auténticos.

2.2.2.2. Funciones de la motivación.

Los jueces no tienen la obligación de darle la razón a la parte pertinente, pero tiene aquella obligación de indicar las razones de sus fundamentos, es decir, el fallo tiene que estar

basados en apreciaciones fácticas y jurídicas. Pero hay que tener en cuenta que ²³ es una garantía para la prestación de justicia que se genera de dos principios; imparcialidad e impugnación privada. Según Peyrano (1978) indica: “El principio bajo estudio se relaciona con el principio de imparcialidad, pues la fundamentación de una resolución es el único rastro que posibilita comprobar si el juzgador ha resuelto imparcialmente la contienda”. (p. 165).

¹⁰ La motivación de las resoluciones judiciales, permite que los justiciables puedan conocer las causas de las pensiones que fue restringida o denegada, esta acción faculta al agraviado impugnar la decisión, generando la posibilidad del control de los órganos judiciales superiores y el derecho de defensa.

Las funciones de la motivación surgen de la finalidad extra e intra procesal, la primera, se desarrolla cuando el juez comunica a los ciudadanos las razones de su fallo ya que del pueblo surge la justicia que ejerce, también deben respetar la santidad de la cosa juzgada quienes no intervienen. Mientras la intra procesal ¹⁰ va otorgar a las partes la información que sea necesaria, con la finalidad que si se consideran agraviados con la decisión no definitiva pueden impugnarla.

Según Castillo et al. (2006) indica que: “La motivación retroactúa así sobre el propio iter de la decisión que esta se efectúe conforme a criterios susceptibles de ser comunicados razonablemente, en desmedro de aquellos elementos de convicción propias de convicción propias de la corazonada o la intuición” (p. 373).

La actividad tendiente a realizar la motivación de las resoluciones judiciales tiene aquella finalidad de coadyuvar a un autocontrol del propio juez, pero las decisiones emitidas solo tienen que ser justificadas, para identificar la motivación indicado en el documento y la motivación como actividad, las que detallaremos a continuación:

- **La motivación plasmada en el documento:** Tiene la finalidad de permitir el control ex post de la decisión.

- **La motivación como actividad:** Impone al juez ex ante en concordancia con el fallo.

Para determinar ⁴¹ la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, solo importara los resultados que se indica en el documento, es decir, en la resolución judicial. El ⁴¹ deber de motivar las resoluciones judiciales constituye una garantía contra la arbitrariedad. Ya que les suministra a las partes procesales la constancia de que sus pretensiones han sido examinadas, asimismo, sirve para que los cuidados puedan vigilar si los jueces si utilizan su función de forma arbitraria o abusiva.

En la casación N^o 912-1999-Ucayali, publicado el 12 de noviembre de 1999 donde indica los fines de la motivación a los siguientes:

“a) Que, el juzgado ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y la comunidad en conocerlas; b) Que, puede comprobar que la decisión judicial adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del derecho. C) Que, las partes tengan la información necesaria para recurrir, en su caso, la decisión y, d) Que los tribunales de revisión tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del derecho”.

A las finalidades indicadas es necesario incluir otros de carácter accesorio, como constituir doctrina jurisprudencial, integrar el derecho, entre otros que sirven para la ⁴¹ debida motivación de las resoluciones judiciales.

2.2.2.3. Requisitos básicos de la Motivación como justificación.

Anteriormente señalamos los requisitos procesales que sirven para calificar la debida motivación de una resolución judicial, ²³ ya que, en la argumentación de las controversias jurídicas, los jueces deben realizar basado en un razonamiento que esté asentado en hechos y normas legales, ²³ para que nos puedan guiar por la lógica seguida por el juzgador para la solución del caso en concreto.

No hay normativa alguna que indica los requisitos básicos de la motivación como justificación, pero la piedra angular se encuentra en la justificación interna y externa, la primera se basa en un juicio donde se haya realizado de forma correcta de acuerdo a las premisas que lo sustentan, lo que interesa es la corrección de la inferencia, es decir, no importa si son o no correctas las premisas. Mientras la justificación externa de un juicio consiste en justificar las premisas que lo fundamentan.

A continuación, realizaremos un análisis de la motivación como justificación interna y externa:

2.2.2.3.1. La motivación como justificación interna.

Según Igartua (2009) precisa que: “Lo primero que ha de exigirse a la motivación es que proporcione un armazón argumentativo racional a la resolución judicial (...)” (p. 25). Sobre este punto centraremos en la sentencia, conocido como decisión final va precedido de algunas decisiones sectoriales, es decir, la sentencia es culminación de una cadena de opciones preparatorias, acorde con los criterios a elegir para cuantificar la consecuencia jurídica.

Asimismo, Igartua (2009) indica: “(...) La buena andanza de la motivación pasa, necesariamente, por presentar la decisión final como el resultado de unas decisiones antecedentes que funcionarían como premisas” (p. 25).

De lo mencionado por el doctrinario, cuando las premisas son admitidas por las partes procesales y por el juez, es suficiente la justificación interna, pero en la realidad de los hechos los ciudadanos no se querellan para que los jueces pueden aplicar la norma, probar los hechos y concluir ya sea con la condena o la absolución.

Finalmente, la motivación ha de asignar con la debida justificación de las premisas, que permitirá conducir a la decisión, es decir conducir a la justificación externa, ya que ambos sirven para la debida motivación de las resoluciones judiciales de acuerdo a la justificación.

2.2.2.3.2. La motivación como justificación externa.

La motivación como justificación externa, para que se configure las premisas no deben ser oponibles, dudadas u objetivas de controversia, se aplicara como remedio que aportara una justificación externa, para ello se debe seguir los nuevos rasgos del discurso motivatorio, las que detallaremos a continuación:

- **La motivación debe ser congruente:** Para ello debe realizarse una justificación adecuada de las premisas, para que puedan ser recíprocamente compatibles todos los argumentos que componen la motivación.
- **La motivación tiene que ser completa:** Los argumentos que son vertidos por las partes procesales, tienen que ser motivados ya sea de forma directa o indirectamente para que la decisión final sea debidamente motivada.
- **La motivación tiene que ser suficiente:** Sin contradecir al párrafo anterior, no se trata de defender una serie infinitas de los porqués, sino solo basta con la suficiencia contextual. Sino de emitir una motivación suficiente que va de la mano de la normativa legal, el hecho y el razonamiento lógico del juzgador.

2.2.2.4. Una Motivación suficiente de decisiones interpretativas

La motivación suficiente de las decisiones interpretativas, no es aplicable en la actualidad ya que existe insuficiencia, considerado el producto de celo que expone los tribunales en ocultar las opciones ejecutadas y las valoraciones subyacentes. Para adquirir la suficiencia adecuada se requiere de ciertos parámetros, los que detallaremos a continuación:

2.2.2.4.1. Argumentos de Primer grado, segundo grado y valoraciones.

El juez se encuentra facultado de aplicar distintos argumentos interpretativos y de diversos rangos, pero se generan ciertas molestias, primero; que los argumentos puedan ser desarrollados de distinta manera, de acuerdo a la realidad social hay interpretaciones contrarias ya que va depender de la situación para que puedan ser relevantes. Segundo que no todos los

argumentos, así como también los situados en el mismo nivel jerárquico reman en la misma dirección, es decir, es viable el sentido propio de las palabras ya que sirven para tomar una decisión interpretativa, mientras la finalidad que tiene la norma se da para respaldar una decisión interpretativa contraria.

No es suficiente la aplicación de argumentos de primer grado, es decir, argumentos que justifican una decisión interpretativa, sino que se requiere de argumentos de segundo grado, que sirven para justificar porque se usan los argumentos interpretativos (primer grado) y no se incluya a los argumentos de procedimiento o los de preferencia (segundo grado), siendo objeto de disputa es por ello que se recurre argumentos de carácter desnudamente valorativo. Es por ello que Prieto (1987) indica que: “El juez que no forma parte de una comunidad lingüística perfecta y homogénea (...), cuando adscribe un significado ejecuta un acto lingüístico no asertivo, sino directivo, que no puede ser justificado por referencia a hechos, sino a valores” (p. 92).

2.2.2.4.2. La dialéctica en la argumentación interpretativa.

Cabe precisar que la estructura de un proceso judicial es la dialéctica ya que se funda en las contraposiciones entre dos posiciones, se le conoce a esta dimensión como contradictorio. Pero esta estructura que tiene llamado también dialogo del proceso afecta a los argumentos judiciales, ya que los efectos se visualizan en las partes.

De igual manera, en el proceso judicial funciona dos principios el iuxta alligata et probata, relacionado a los hechos y el iura novit curia, concierne a los derechos, dejando traslucir las distintas situaciones de lo actuado por las partes. Pero Ezquiaga (2000) afirma: “(...) cuando el juez ejerce los poderes se confiere el iura novit curia y se aparta de las propuestas interpretativas de una o de varias partes, continua vigente el contradictorio, el cual impone al juez la obligación de argumentar (...)” (p. 36).

Si la interpretación estuviera en los distintos textos legales, el magistrado no tendría la obligación de dialogar con las partes procesales, pero cabe indicar que ²interpretar es otorgar un significado en función de las convenciones imperantes que permitirá justificar las distintas justificaciones atribuida, es decir, que exista ²diferentes decisiones interpretativas.

Al juez no se le será suficiente exponer que hay argumentos interpretativos que mantienen su decisión interpretativa sino tendrá que manifestar también que sus argumentos son superiores que los argumentos que afirman otras decisiones interpretativas. Si el juez no realiza una comparación con los argumentos vertidos por las partes estaría actuando arbitrariamente, ya que está en la obligación de comprar sus propios ²argumentos con los argumentos de las partes, es decir, dialogar con ellos.

2.2.2.5. La motivación como exigencia constitucional.

Para la realización de ³³motivación de las resoluciones judiciales se requiere la configuración de los preceptos constitucionales, que sirve para complementar la racionalidad aplicada por el juez, a continuación, detallaremos algunos de ellos:

2.2.2.5.1. La jurisdicción como aplicación de la ley.

²La jurisdicción consiste fundamentalmente en la aplicación de la ley ya que es un pilar de la administración de justicia, puesto que su característica es el consentimiento basado en la administración de la ley.

Según el doctrinario Igartua (2009) afirma que: “La motivación no es como suele decirse, un instrumento de control sobre la aplicación del derecho sino elemento constitutivo de la aplicación del derecho (...)” (p. 16).

Ya que la mayoría de las veces no es normal ²decir que el legislador aplica la constitución, sino que sea eficiente que la constitución sea compatible con la ley, con la finalidad de que exista ²una contradicción entre ambas y pueda la ley ser declarada

inconstitucional. Cabe indicar que cuando nos referimos a la aplicación de una norma se está haciendo uso de un razonamiento, ya que es un fundamento para la toma de una decisión.

Por lo tanto, la debida motivación de una decisión judicial, es parte fundamental de una sentencia, la expresión de jurisdicción es considerado, es aquella soberanía del Estado que se manifiesta a través del poder absoluto de juzgar, el juez quien esta investido de autoridad es la única persona que está autorizado de emitir un pronunciamiento y una vez que estén ejecutadas va adquirir el valor de cosa juzgada, es decir, es una decisión inmodificable y absolutas.

2.2.2.5.2. La interdicción de la arbitrariedad.

Cabe precisar que los jueces gozan de ciertos márgenes para su discrecionalidad que directamente está establecido por la ley, como por ejemplo la delegación al juez de la concretización concreta de la pena de un máximo a un mínimo, también puede ser indirectamente consentida por ella.

Sobre la discrecionalidad, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional emitida el 25 de febrero de 1987 indica: “El uso motivado de las facultades de arbitrario no había de confundirse con la arbitrariedad caracterizada por la no motivación del uso de las facultades discrecionales”.

Cuando hay mayor discrecionalidad va existir una buena motivación ya que la necesidad de motivar es proporcional a la posibilidad de elegir, ya que si no habría márgenes de decisión no tendríamos una buena motivación.

2.2.2.5.3. La presunción de inocencia.

La presunción de inocencia tiene una relación estrecha con la motivación de las sentencias, la doctrina realiza la exigencia de una motivación fáctica, pero no exige los requisitos que van a servir en la motivación en materia de hechos que se aplican para ablandar la presunción de inocencia.

El doctrinario Igartua (2009) sobre la presunción de inocencia afirma: “Sirve fundamentalmente, además de para asignar el onus probando para fijar el quantum de la prueba, la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable (...)” (p 18).

Cabe precisar que la presunción de inocencia se encuentra establecido en la Constitución Política del Perú en el artículo 2 inciso 24, asimismo lo consagra el Código Civil, considerado como una de las garantías fundamentales que tiene toda persona que se le está procesando por la comisión de una acción, pero con esta garantía se le considera inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad.

2.2.2.5.4. La tutela judicial efectiva.

Mediante el derecho a la tutela judicial efectiva toda persona por ser parte de una sociedad tiene el derecho de ¹¹ acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con la finalidad que sea atendida a través de un proceso.

El jurista Igartua (2009) indica: “El derecho a la tutela judicial efectiva no connota el obtener una decisión judicial conforme con las pretensiones hechas valen en el proceso sino el derecho a que se dicte una resolución judicialmente fundada” (p. 18).

⁶ Por lo tanto, el derecho a la tutela jurisdiccional posee tres momentos distintos, el primero el acceso a la justicia, segundo que se posibilita la ⁶ defensa y poder obtener solución en un plazo razonable, por ultimo una vez dictada la sentencia, la efectividad de sus pronunciamientos, tales como acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.

2.2.2.6. Razonamiento lógico jurídico.

La lógica formal y jurídica son conocidos como la lógica del silogismo o lógica silogística, cabe precisar que la teoría del silogismo judicial señala que la decisión jurisdiccional es el resultado de los hechos bajo el supuesto factico de la norma jurídica. El esquema que requiere la lógica formal, cuenta con la premisa mayor que se da por la norma

jurídica que indica un hecho y debe tener determinadas consecuencias, mientras la premisa menor es considerada como una proposición fáctica ya que el hecho tuvo lugar un determinado momento, lugar y conoce los hechos que suscitan en la premisa mayor y por último la conclusión que debe estar vinculada con las conclusiones jurídicas, lo mencionado es la fórmula del silogismo de la subsunción.

A continuación, señalaremos un caso en concreto donde se aplica la lógica silogística:

Premisa mayor: El artículo 1970 del Código Civil señala: “Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a repártalo”

Premisa menor: El caso concreto se trata que don Fernando de la Cruz que conducía su vehículo con placa de rodaje N° CO-2022 el 31 de diciembre del 2021 en la avenida Huancavelica y el jirón Parra de Riego en la provincia de Huancayo, atropello al menor Pedrito Pérez, causándole la fractura de su pierna derecho, a causa de la gravedad los médicos cirujanos procedieron a la imputación, a efecto del accidente el menor ha sufrido la imputación de su pierna derecha.

Conclusión: el hecho suscitado se subsume en el artículo 1970 del CC indicando en la premisa mayor que don Fernando de la Cruz está obligado a indemnizar al menor Pedrito Pérez y aplicar la normativa legal del Código Penal.

Según Carrión (2007) considera que: “La lógica formal se ocupa de los pensamientos exclusivamente, considerándolos en sí mismos, como si fuera objetos reales, el pensar como actividad mental y el sujeto (...) quedan excluidos del ámbito de la lógica (...)” (p. 203).

Para adquirir un pensamiento eficaz se requiere de la coherencia entre sus elementos, pero se requiere la concesión con ²⁶ otros pensamientos. La tesis es saber si esta coherencia y esta bifurcación obedecen a algún principio o a alguna ley a la cual debe someterse todo pensamiento, cualquiera que sea su contenido.

2.2.2.6.1. Principios lógicos.

Sobre los principios lógicos el doctrinario Fingermann (1974) indica: “(...) si existe algún principio o alguna ley que rige las relaciones lógicas y que nos asegure la validez de nuestro razonamiento. Si estas leyes existen, debemos saber cuáles son (...) por simple reflexión (...)” (p. 179).

Los principios lógicos que se aplican son; el de ²⁶ identidad, el de no contradicción, tercero excluido y el de la razón suficiente, los tres primeros principios se realizaron por los griegos mientras el último por Leibniz, estos principios conocidos como principios lógicos clásicos, a continuación, detallaremos cada uno de ellos:

I. Principio de Identidad: Este principio significa que una idea es igual a esa idea y que va cambiar cuando se piensa, es decir toda cosa es idéntica a sí misma, su simbolización es $A \text{ es } A$ o $A=A$. sobre el principio en mención el autor Fingermann (1974) afirma que: “El principio de identidad bajo la fórmula $A \text{ es } A$ será completamente infecundo si los dos términos del juicio, el sujeto y el predicado repitiese lo que dice el sujeto (...)” (p. 180).

En ese sentido el predicado debe señalar algunas cualidades que son inherentes al sujeto, como por ejemplo el poder judicial es independiente o que tiene en principio la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional, las características indicadas son coincidentes con el predicado. Cuando hay estas equivalencias es necesario realizar sustituciones como el ejemplo.

⁴⁹**II. Principio de no contradicción:** Significa que dos juicios que son opuestos entre sí, contradictorios que no pueden ser ambos verdaderos. Como por ejemplo si señalamos que Pedrito Gómez es ocupante precario del inmueble, por otro lado, señalamos que Pedrito no es ocupante precario del inmueble, es imposible que ambos sean verdaderos a la misma vez.

También hay la posibilidad que dos juicios puedan ser verdaderos, es decir, que ²⁶uno afirma y el otro niega una cosa, es decir, son juicios contradictorios, como, por ejemplo, algunos abogados son leales a sus patrocinados mientras otros abogados son desleales a sus patrocinados, ambos son verdaderos ya que no se trata de un solo sujeto.

III. ²⁶ **Principio del tercero excluido:** Este principio señala que cuando tenemos dos juicios opuestos entre sí, como por ejemplo A es A y A no es A, pues se puede evidenciar que no hay una tercera posibilidad, ya que cualquiera de estos juicios puede ser verdadero.

Por ejemplo, el Código Civil peruano contiene normas que regula la conducta del sujeto, y el Código Civil no contiene normas que regula la conducta del sujeto, por tanto, uno de ellos es verdadero, pero ambos no pueden ser negados.

IV. ⁴⁹ **Principio de la razón suficiente:** Con este principio se busca que todo juicio para que pueda ser verdadero va requerir de una razón suficientemente, que va justificar lo que en juicio se afirma o niega con la idea de que sea verdadera.

Un ejemplo claro sería que, en un proceso de desalojo, se configura cuando el demandado ocupa precariamente el inmueble, obteniendo una serie de razones, como el hecho de que el demandado no aportado ningún título que justifique la tenencia del predio, dicha afirmación es suficiente para fundamentar sobre la ocupación precaria.

2.2.2.6.2. Formas elementales del pensamiento.

Como se detalló en párrafos anteriores el objeto que tiene la lógica son los pensamientos que se consideran en diversas formas, como su concepto, el juicio y el raciocinio, estos pensamientos son parte elemental de la lógica formal. Sobre el concepto jurídico Mixan (1992) afirma que: “permite reflejar, en síntesis, según el caso, las características tanto esenciales como secundaria de aquello que es objeto y sujeto, receptivamente de la regulación jurídica e

igualmente permite reflejar la trayectoria histórica lógica del conocimiento jurídico (...)” (p. 114).

El concepto jurídico se encuentra vinculado como el instituto de la propiedad, como por ejemplo la persona natural, demandar la declaración del dominio, prohibición de quebrantar a propiedad, entre otros. cabe indicar que el concepto jurídico posee un solo significado, pero también hay casos que una palabra expresa varios significados, como acción que tiene varios significados.

La forma típica que tiene el pensamiento es el juicio jurídico, que tiene dos ideas fundamentales es el concepto sujeto y el concepto predicado. El juicio jurídico tiene una estructura, tales como la hipótesis, la copula y la consecuencia jurídica. la primera está dada por el supuesto factico que se encuentra establecido en la norma. El segundo que es la copula jurídica llamado también nexo jurídico, se aplica para enunciar el juicio, es decir, sirve para determinar el sentido de la imputación normativa.

Por último, la consecuencia jurídica según Mixan (1992) indica: “(...), prevé en que debe y puede correlativamente consistir la conducta sobreviviente como efecto de la realización de la hipótesis jurídica. en otras palabras, la consecuencia jurídica prevé la conducta prohibida, debida, permitida, etc. (...)” (p. 169)

La consecuencia jurídica es aquel efecto que la norma jurídica le atribuye al sujeto que haya ejecutado, es decir, que su acción se encuentre establecido en la norma, el juzgador tiene la función que en la comprobación del proceso indique la consecuencia jurídica al autor.

2.2.2.6.3. Concepto de la inferencia y sus variables.

La inferencia es aquel proceso mediante el cual se derivan distintas conclusiones que se generan de las premisas establecidas, la inferencia es el objeto principal que estudia la lógica ya que mediante ellos se investiga los fundamentos del porque son aceptados. Para obtener una

conclusión eficiente requiere distinguir tres tipos de inferencias; las deductivas, las inducciones y las abducciones. Los cuales detallaremos a continuación:

Sobre la inferencia deductiva el doctrinario Mixan (1992) precisa que: “(...) para lograr una idónea inferencia jurídica constituye un prerequisite el uso de inferencias según la lógica enunciativa a efectos de determinar previamente la verdad o falsedad del caso concreto que habrá de ser resuelto jurídicamente (...)” (pp. 180-182).

La palabra razonar desde la óptica deductiva consiste en inferir uno o varios juicios desconocidos que es la conclusión. Dentro de este tipo de inferencia se produce la inferencia por deducción, es por esa razón que es considerado como una operación lógica, generándose premisas y obteniendo una conclusión.

La inferencia por inducción, las conclusiones que se obtendrán serán en base a la información y los distintos argumentos disponibles, el resultado que se obtendrá será una verdad absoluta, como por ejemplo todos los canarios son amarillos, Juana tiene un canario en su casa, inferencia formulada solo es una posibilidad mas no una certeza. Mientras la inferencia por analogía, donde dos objetos tienen las mismas características comunes.

2.2.2.7. Lógica dialéctica.

La argumentación jurídica es uno de los temas fundamentas que se desarrolla en este punto, ya que consiste en esgrimir varios razonamientos que sirven para persuadir el destino sobre la ¹⁵veracidad o validez de una tesis propuesta. La finalidad que tiene la argumentación es que la tesis propuesta pueda ser admitida como válida por el interlocutor.

Mediante el tipo de razonamiento que es utilizado por la argumentación jurídica, ya que mediante la lógica formal que está conformado por esquemas, es considerado la forma más idónea para lograr un argumento eficaz. Para algunos doctrinarios para la argumentación no solo se requiere de la lógica formal, sino que se emplee un razonamiento dialectico, considerado elemento fundamental en la discusión.

En la argumentación judicial que es el contenido de la motivación, para su estructura se requiere, la configuración de tres partes esenciales: Primero de la tesis que es el objeto de la argumentación, segundo los fundamentos, es el argumento jurídico y factico, que tiene por finalidad la persecución. Los argumentos vertidos están dados por el razonamiento. Por último, la conclusión, es la misma tesis donde la probabilidad fue debidamente demostrada.

A la decisión judicial se le identifica como un silogismo tradicional o un silogismo dialectico, es decir, al lado de la lógica formal, está la lógica dialéctica, la lógica no formal que está conformado por los argumentos jurídicos. Por lo tanto, una decisión judicial no debe ser excluida de una deducción ya que no sería una verdadera decisión, sino solo una conclusión. Es por esa razón que el juez debe al momento de resolver un conflicto aplicar los argumentos razonables y suficientes.

Según Carrión (2007) sobre la lógica dialéctica indica: “En la argumentación jurídica en lo especial lo que persigue el juez aplicando el derecho no es tanto la formulación de perfectas deducciones lógico formales, sino la de persuadir y convencer de que la solución que propone el conflicto es la más razonable (...)” (p. 224).

Mientras para Rodríguez (1988). Sobre la lógica del razonamiento jurídico indica: “Todo razonamiento de los juristas consiste en argumentación y demostración. A juicio, en el quehacer propio del jurista, la argumentación es preponderante siempre. De ahí que sea gravemente peligroso descuidar la argumentación, esta no debe quedar fiada a lo irracional (...)” (p. 33).

Finalmente, la lógica dialéctica, es considerado una doctrina lógica ya que investiga las funciones lógicas, cognoscitivas de las leyes y categorías generales del desarrollo, guardando relación con los objetivos de la lógica dialéctica que estudia el proceso de formación y el desarrollo del conocimiento. Para obtener una decisión, se presentan distintas ideas o conceptos (tesis) que deben ser compuestos por distintos argumentos que es conocido como antítesis.

2.2.2.7.1. Motivaciones judiciales basadas en argumentos singulares.

Los jueces al realizar la motivación total o parcialmente de sus resoluciones judiciales requieren de argumentos típicos o singulares, a continuación, señalaremos argumentos que son empleados en los procesos judiciales.

Primero, argumentación analógica, el juez recurre a esta argumentación a *pari ratione*, siendo su *encarnación* propiamente dicha, es decir, la razón es la misma, por lo tanto, el derecho debe ser idéntico. Segunda argumentación a Fortiori, utiliza un argumento con mayor razón y sus variantes están constituidas por los argumentos *maiori ad minus* y por los argumentos a *minori ad maius*.

Tercero, argumentación a contrario, solo podrá acudir cuando la ley solo se promulga para un caso mientras para el resto es excluido, según Carrion (2007) afirma que: “(...) lo regulado por la norma legal excluyente su extensión hacia otros hechos no expresamente considerados en el supuesto de la norma con la misma consecuencia o recusa atribuir consecuencias distintas a las señaladas por la regla (...)” (p. 235).

Cuarto, argumentación absurda, se aplica para rechazar las interpretaciones de la norma legal que va generar consecuencias inexactas. Quinto, argumentación utilizando máximas de la experiencia, son resultados de percepción humana que existe en las relaciones entre premisas y conclusiones que se van ejecutar a través de un proceso de abstracción, configurando el análisis empírico sensorial, con autosuficiencia del objeto probatorio y autodeterminación casuística que su validez es contrastable. Por último, la argumentación utilizando falencias, se utiliza cuando el juzgador infrinja las reglas del razonamiento ya sea para inducir a error o llegar a una conclusión favorable para una de las partes.

2.2.2.7.2. Presupuestos para una argumentación judicial válida.

Para que la argumentación judicial sea realizada por el juez y pueda ser eficaz a sabiendas que es un soporte válido para una motivación jurisdiccional se debe configurar varios presupuestos, los cuales detallaremos a continuación:

Primero, dominio del objeto de la argumentación, para que el juez elaborar su argumentación judicial debe conocer el problema jurídico que es objeto del litigio, en el juez debe haber una convicción de los hechos que se acreditaron en el proceso, asimismo, debe tener plena seguridad del derecho objetivo que es aplicable al caso en concreto.

Segundo, ⁴⁹ conocimiento y aplicación de las reglas de la lógica, son actos que debe tener en cuenta el juez para resolver la causa, pero cabe resaltar, que el juez no debe ser un conocedor profundo de la lógica en general, pero si se requiere tener conocimientos elementales de la materia aplicable al derecho y necesarios en la estructuración ¹⁰ y redacción de las resoluciones judiciales.

Tercero, aplicación ^{de la} experiencia del juez, el juez en los conflictos que suscitan debe aplicar su experiencia personal en la decisión, por ejemplo: el juez tenga experiencia en materia de seguridad social, cuando resulta un conflicto relacionado a esta materia tendrá mejores elementos de juicio para que pueda argumentar adecuadamente.

Por último aplicación de su cultura especialmente en su cultura jurídica, se desarrolla cuando el juez elabora una argumentación con mayor vigor de convivencia, por ejemplo, cuando el juez posee conocimiento en la materia de psicología por los estudios especializados efectuado, cuando tenga que resolver un litigio tendrá los mejores elementos de juicio.

2.2.2.8. Argumentación de las Resoluciones Judiciales.

³¹ Desde el punto de vista deóntico, es decir, ^{deber ser jurídico}, la motivación de las resoluciones judiciales va constituir ^{un deber jurídico} que está conformado ^{por la norma jurídica} que son las máximas de experiencia en la nación. En la Constitución Política del Perú

en el artículo 139 numeral 5 señala que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Para que la argumentación de las resoluciones judiciales sea posible se requiere una infinidad de objetivos, es decir, se debe presentar la modalidad de elementos, tal como señala Atienza (2004) indica: “(...) la argumentación será necesariamente selectiva y en dos sentidos, pues hay que elegir tanto los elementos como la forma de presentarlos. La selección cumple por otro lado un efecto de atribuir presencia a estos elementos (...)” (p. 979).

La motivación de las resoluciones judiciales tiene como finalidad servir como garantías de la administración de justicia, y una vez concretizado el juez emitirá una resolución judicial que debe estar debidamente motivada.

2.2.2.8.1. Los Métodos de Interpretación.

Los métodos de interpretación son considerados una manifestación del respeto a la ley ya que a través de ellos se logrará determinar qué es lo que esta dice. Entonces los metidos de interpretación hacen referencia a los instrumentos interpretativos, con lo que se pretende formular una interpretación, llamado también enunciado interpretativo.

Según Gascón & García (2005) indica que son: “(...) Directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa. Ahora bien, con los métodos de interpretación no solo se pretende formular una interpretación, (...) los métodos de interpretación expresan argumentos con los que justifica esta” (p. 194).

Entonces, los métodos de interpretación no son normas jurídicas, ni tampoco buscan indica cómo se debe interpretar cada caso, sino son modos de argumentar de forma doctrinal y jurisprudencial y que vinculan al postulado metodológico del legislador racional, es decir, el

legislador realiza un uso correcto de una racionalidad lingüística adecuada a continuación señalaremos distintos argumentos especiales que se toman en cuenta en la praxis.

Primero. Métodos de interpretación según su resultado, para adquirir un resultado se requiere de distintos tipos de interpretación; interpretación declarativa, interpretación correctora, interpretación restrictiva, interpretación extensiva y la interpretación evolutiva, estos métodos de interpretación tienen finalidad describir el sentido que tienen los enunciados jurídicos.

Segundo, métodos de interpretación según los contextos interpretativos, se clasifican según a los distintos contextos en la que la interpretación se desenvuelve, como; contexto lingüístico, contexto sistemático y por último el contexto funcional. En los contextos en mención se identifica tres métodos de interpretación, la gramatical, funcional y la sistemática.

2.2.2.8.2. ²⁵ *Los argumentos de la Dogmática.*

Una decisión que es interpretativa está debidamente justificada por un argumento dogmático, es decir, ²⁵ los argumentos dogmáticos se pueden usar como razones para justificar una interpretación.

Según Gascón & García (2005) afirma que: “La dogmática es un conjunto de enunciados de los juristas referentes a normas jurídicas y jurisprudencia que forman un todo coherente en el marco de una ciencia del Derecho que funciona institucionalmente (...)” (p. 210).

A continuación, detallaremos cada uno de ²⁵ los enunciados de la dogmática. Primero, son enunciados que formulan los juristas, es por esa razón que no son enunciados de las fuentes del Derecho sino enunciados de segundo orden. Segundo versan sobre normas jurídicas o jurisprudencia. Llegan a avanzar sus propuestas que no se pueden deducir ² directamente del derecho vigente.

Tercero, forman un todo coherente, que tiene un doble significado que no pueden ser contradictorios y que parece amoríos de inferencia entre los otros conceptos. Por último, se constituyen y se contiene en el marco de una ciencia del derecho que se desempeña institucionalmente.

Sobre las funciones de la dogmática, se debe tener en cuenta al momento de realizar una argumentación jurídica, es por ello que señalaremos una serie de funciones:

- **Función de control:** La dogmática lleva consigo una comprobación sistemática de los enunciados, estos podrán verificarse su compatibilidad con las normas jurídicas.
- **Función de estabilidad:** La respuesta que otorga la dogmática son por un largo tiempo, por lo tanto, no será necesario discutir cada vez que se alega un concepto. Pero eso no significa que no puede ser cambiante.
- **Función de progreso:** La dogmática cuando hay un marco institucional de discusión, se logrará facilitar el progreso de la misma. Aunque dependa de los cambios legislativos.
- **Función técnica:** La dogmática desarrolla una presentación simplificada y sistematizada de las normas jurídicas, mediante dicha función se facilita el aprendizaje de la materia jurídica y con ella su trasmisión.

2.2.2.8.3. Las reglas de los argumentos.

Las reglas de argumentación son esenciales ya que ayudan justificar una decisión, es por esa razón que se presupone la justificación de toda decisión exige apelar a una regla que se presenta.

Según Castillo et al (2006) indica que: “Son los enunciados que expresan una forma de comportamiento determinado o una condición por la cual debe pasar determinado acto para poder obtener un resultado querido” (p. 254).

Bajo esa misma postura Asis (2007) establece: “El propósito de este estudio es distinto. Describiré diferentes tipos de argumentos en los que se apoyan las decisiones con el propósito de analizar su presencia en el derecho y más concretamente en el ámbito de la decisión judicial (...)” (p. 20).

Las reglas de argumentación se descubrieron en el tiempo, es por ello que no son únicas y que no pueden ser vulnerados, de hecho, en los casos de falacias el juzgador las deja de lado es por esa razón que las reglas solo sirven cuando el juzgador las quiere. Las reglas al estar intrínsecamente relacionado y compuestas por las inferencias, a continuación, detallaremos las ocho reglas para una mejor comprensión.

¹⁵ Primera regla: los términos de la composición mínima deben ser tres, en el cuerpo antecedente puede haber más de dos premisas al mismo tiempo, más de una conclusión en el consecuente. De ello surge tres términos, los extremos de la conclusión y los elementos intermedios que son el medio entre la conclusión y el consecuente.

¹⁵ Segunda regla: los términos en la conclusión no deben tener mayor extensión que en las premisas; el término extensión son los elementos que serán agrupados en un conjunto que intervienen en la inferencia.

¹⁵ Tercera regla: el término medio no debe entrar en la conclusión, sobre esta regla los términos que no fueron útil en el enlace en forma de antecedente como una proposición, que son conocidos como consecuentes, es decir, los términos que no fueron útil en el enlace entre los conocidos y lo concluido no podrán ser incluidos en la conclusión ya que si se usan no se podrá avanzar en el proceso cognitivo.

¹⁵ Cuarta regla: el término medio debe ser al menos una vez universal. Quinta regla: de dos afirmaciones no se sigue una conclusión negativa, ambas partes de la argumentación y de los principios del silogismo positivo, ya que su parte de afirmaciones positivas no se puede

¹⁵ obtener una conclusión negativa.

Sexta regla: de dos negaciones no se sigue conclusión, esta regla está sustentado en el principio de conclusión imposible. Séptima regla: la conclusión sigue la peor parte, si en las premisas se obtiene afirmaciones y negaciones al mismo tiempo se obtendrá por conclusión una negación, solo se aplica cuando hay premisas diversas. Octava regla: de dos particulares no se sigue conclusión, es decir, de dos premisas negativas no se obtendrá una conclusión, ya que el argumento no genero conocimiento alguno.

2.2.2.8.4. Argumentos Principales simples o complejos.

Los argumentos principales simples son aquellos se presentan en un único tramo de razonamiento, y dentro de este tramo se logra evidenciar los argumentos con estructura necesaria y aquellos argumentos se conforman por una estructura probable. El primero que son de argumentos necesarios obtienen sus conclusiones ciertas por los argumentos que está compuesto. En el ámbito jurídico, fijaremos un ejemplo: quien decide afirma que un sujeto se ha aprovechado del estado de indefensión de otro ya que le ha causado la muerte mientras dormía



Dato = Caso: sujeto ha causado la muerte de otro sujeto mientras estaba durmiendo.

Regla: Si un sujeto genera la muerte de otro mientras estaba dormido, se presume el aprovechamiento de su estado de indefensión.

Resultado = Conclusión: sujeto se aprovecha del estado de indefensión.

Por lo tanto, este tipo de argumento está compuesto por dos premisas y una conclusión, asimismo puede identificarse como argumento y conclusión, la primera parte de una afirmación y pasa a ser justificada, mientras la conclusión se genera lógicamente de los hechos previos.

Los argumentos principales complejos según Asis (2007) señala: “(...) los constituidos por dos o más argumentos principales. En su configuración es posible cambiar las diferentes estructuras argumentativas vistas, ya sean estas probables o necesarios” (p. 49).

Por ejemplo, ¹⁰ **caballero de aire marcial tipo hombre de medicina, con color oscuro no natural, cara macilenta y brazo rígido**, del razonamiento complejo expuesto se obtiene que:

Dato = Caso: Caballero de aire marcial tipo hombre de medicina, con color oscuro no natural y **brazo rígido**.

Regla: Caballero de aire marcial tipo hombre de medicina, con color oscuro no natural y brazo rígido. Siendo este un sujeto que es médico militar que proviene de países tropicales, tiene el brazo herido y sufrió enfermedades.

Resultado = Conclusión: médico militar que proviene de países tropicales, tiene el brazo herido y sufrió enfermedades.

Caso = Resultado: médico militar que proviene de países tropicales, tiene el brazo herido y sufrió enfermedades.

Regla: médico militar que proviene de países tropicales, tiene el brazo herido y sufrió enfermedades. Entonces ha servido en Afganistán.

Resultado = Conclusión: ha servido en Afganistán

Por lo tanto, los argumentos complejos están conformados por una opinión que tiene más de un argumento.

2.2.2.8.5. Los presupuestos de la Argumentación.

Para que pueda existir argumentación se requiere de ciertas condiciones previas, tales como un lenguaje común que se debe usar en el proceso de la argumentación ya que dentro de

la argumentación se identifica tres elementos que se debe tener en cuenta; el discurso, el orador y el auditorio. Sobre el elemento de auditorio Perelman & Olbrecht (1989) indica que: “El conjunto de todos aquellas en quienes el orador quiere influir con su argumentación” (p. 55).

Dentro del tercer elemento se desarrollan tres géneros oratorios como el deliberativo, el judicial y el epidictico, para adquirir una buena argumentación no solo se requiere la adhesión del auditorio sino también acrecentarla el auditorio universal es uno de los conceptos más claros, ya que posee cuatro características fundamentales.

Primero; la argumentación en ²⁵ el auditorio universal es la norma de la argumentación **objetiva**; segundo, dirigido a un auditorio universal que se caracteriza por ser una argumentación filosófica, tercero el auditorio universal está compuesto por ² una cuestión de hecho sino de derecho; por último, el auditorio universal está compuesto por todos los seres de razón.

Una de las funciones que cumple lo señala Atienza (2004) indica que: “(...) entre persuadir y convencer. Una argumentación persuasiva, para Perelman, es aquella que solo vale para un auditorio particular, mientras que una argumentación convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón” (p. 94).

Por último, la argumentación se encuentra relacionado con la acción mediante el cual se pretende obtener un resultado favorable, es decir, lograr la adhesión del auditorio, pero mediante el lenguaje. Mientras en la práctica no se habla de objetividad sino de imparcialidad, formando parte con las reglas de justicia y con la de autoría universal.

¹ 2.2.3. Marco conceptual

Estos conceptos básicos van a servir para comprender mejor el proyecto de tesis, que desarrollaremos a continuación:

- **Argumentación de las resoluciones judiciales.** - “(...) la argumentación será necesariamente selectiva y en dos sentidos, pues hay que elegir tanto los elementos

como la forma de presentarlos. La selección cumple por otro lado un efecto de atribuir presencia a estos elementos (...)" (Atienza, 2004, p. 979).

- **Dogmática.** - "La dogmática es un conjunto de enunciados de los juristas referentes a normas jurídicas y jurisprudencia que forman un todo coherente en el marco de una ciencia del Derecho que funciona institucionalmente (...)" (Gascón & García, 2005, p. 210).
- **El derecho a la consulta previa.** - "Mediante la argumentación y la observación cuidadosa, a algún tipo de acuerdo con respecto a múltiples problemas de importancia, aun cuando las exigencias e intereses unos y otros pueden hallarse en conflicto, a menudo es posible razonar los distintos puntos de vista (...)" (Popper, 1994, p. 392).
- **Formas elementales del pensamiento.** - "permite reflejar, en síntesis, según el caso, las características tanto esenciales como secundaria de aquello que es objeto y sujeto, receptivamente de la regulación jurídica e igualmente permite reflejar la trayectoria histórica lógica del conocimiento jurídico (...)" (Mixan, 1992, p. 114).
- **Funciones de la motivación.** - "El principio bajo estudio se relaciona con el principio de imparcialidad, pues la fundamentación de una resolución es el único rastro que posibilita comprobar si el juzgador ha resuelto imparcialmente la contienda". (Peyrano, 1978, p. 165).
- **La tutela judicial efectiva.** - "El derecho a la tutela judicial efectiva no connota el obtener una decisión judicial conforme con las pretensiones hechas valen en el proceso sino el derecho a que se dicte una resolución judicialmente fundada" (Igartua, 2009, p. 18).

- **Las reglas en los argumentos.** - “Son los enunciados que expresan una forma de comportamiento determinado o una condición por la cual debe pasar determinado acto para poder obtener un resultado querido” (Castillo et al., 2006, p. 254).
- **Lógica dialéctica.** - “En la argumentación jurídica en lo especial lo que persigue el juez aplicando el derecho no es tanto la formulación de perfectas deducciones lógico formales, sino la de persuadir y convencer de que la solución que propone el conflicto es la más razonable (...)” (Carrión, 2007, p. 224).
- **Los titulares de la consulta previa.** - “Por mandato constitucional, los sujetos consultados son las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas (...)” (Carrión, 2012, p. 27)
- **Métodos de interpretación.** - “(...) Directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa. Ahora bien, con los métodos de interpretación no solo se pretende formular una interpretación, sino también justificarla. (...) los métodos de interpretación expresan argumentos con los que justifica esta” (Gascón & García, 2005, p. 194).
- **Motivación de las resoluciones judiciales.** - “(...) la motivación concebida como expresión de los motivos, las causas, de una decisión es un discurso lingüístico descriptivo. Como tal, no es capaz de justificar la decisión, puesto que la justificación pertenece al ámbito de lo normativo (...)” (Ferrer, 2011, p. 90).
- **Principios lógicos.** - “(...) si existe algún principio o alguna ley que rige las relaciones lógicas y que nos asegure la validez de nuestro razonamiento. Si estas leyes existen, debemos saber cuáles son y cómo es que la razón la encuentra por simple reflexión (...)” (Fingermann, 1974, p. 179).

¹ CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

A fin de **precisar** el enfoque metodológico del presente trabajo de investigación se debe definir qué se entiende por el enfoque cualitativo, es decir, a su nomenclatura como tal ²¹ (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 4) como aquellas investigaciones que: “(...) no se llega por procedimientos estadísticas u otro tipo de cuantificación (...)” (Aranzamendi, 2010, p. 100), sino que su alcance final es: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (p. 18); esto es que, el propósito de una investigación cualitativa es comprender el por qué sucede una determinada acción social o simplemente interpretar una determinada realidad teórica (el fenómeno complejo), a fin de poder mejorar o brindar una solución al problema analizado.

La presente investigación es de corte cualitativo teórico, porque acorde a ¹ Witker (c.p. García, 2015, p. 455) una investigación teórica-jurídica es: “(...) aquella que concibe el problema jurídico desde un perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real [esto es] que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión”; lo cual implica que éste tipo de investigación promueve el análisis de dispositivos normativos individuales o en su conjunto (ley).

En ese orden de ideas se analizaron y cuestionarán dispositivos normativos, juntamente con sus respectivos conceptos jurídicos, con la única finalidad de evidenciar las incoherencias interpretativas respecto a sus cualidades, la presente investigación analizará la Constitución Política del Perú.

Por tal razón, es necesario la delimitación conceptual con la finalidad de utilizar un lenguaje o discurso en base al iusnaturalismo (racional kantiano), de tal manera que, fundamentaremos el porqué de dicha postura epistemológica jurídica.

La escuela del iusnaturalismo ha tenido varios representantes y movimientos, siendo que incluso han existido dos tipos: (1) teológico y (2) racional, de los cuales, nos centraremos en el segundo, porque ello compete a los intereses de la investigación, asimismo, el (a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio se justifican a razón de que cada escuela jurídica debe tener en claro qué es lo que va a estudiar, cómo lo va a estudiar y finalmente, si esos dos elementos se ajustan a la finalidad o propósito de la escuela en mención (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

Así, el “(a)” del iusnaturalismo [racional] es la legislación externa, esto es cualquier norma, tratado, principio o propósito, mientras “(b)” realizar una valoración de correspondencia entre la legislación externa con la legislación interna (los deberes de cumplimiento según el imperativo categórico), para que finalmente el “(c)” que las personas y/o el Estado realicen acciones acordes a derecho por el deber ser (observando al hombre como un fin en sí mismo) (Kant, 2008, pp. 24 y 25, 39 y 40).

Por lo tanto, para los propósitos de la presente investigación “(a)” fue la Constitución Política del Perú, “(b)” valorar si existe una correspondencia del artículo analizado con el cumplimiento de los imperativos categóricos que es la legislación interna universal, esto es que la norma no haya sido instrumentalizada para fines políticos, egoístas u análogas, siendo que “(c)” sería llegar que tanto el Estado como las personas realicen acciones acorde al deber ser (sin instrumentalizar a nadie), es decir, que no se preste a vulnerar derechos fundamentales de

las partes procesales, al rechazar una demanda de amparo ²² sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

¹ 3.2. Metodología

Las metodologías paradigmáticas se dividen en investigaciones empíricas y teóricas, del cual, tras ya haber justificado porque será teórica utilizaremos la modalidad de metodología paradigmática a la investigación teórica jurídica [según Witker] con una tipología de corte propositivo.

De hecho, como ya se fundamentó porque es una investigación teórica jurídica líneas más arriba, lo que restó es justificar porque está dentro de una tipología propositiva jurídica, la cual no vino a ser otra cosa que: “(...) analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (Aranzamendi, 2010, p. 163; siendo que para ¹ nuestro caso estamos cuestionando una norma, pero desde un punto de vista o postura epistemológica iusnaturalista.

Tras lo mencionado, la relación entre el paradigma metodológico teórico jurídico con tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iusnaturalista (racional) es compatible y viable, ya que en ambos sistemas tratan de cuestionar y valorar una norma, que en éste caso vino a ser la Constitución Política del Perú, la cual es cuestionada por su valor intrínseco, pues al estar en miras de un Estado Constitucional de Derecho podemos anticipar que el artículo en cuestión, en la actualidad está dejando abierta la posibilidad de vulnerar el ¹⁸ derecho de consulta previa de los pueblos indígenas del Perú.

Lo cual implica que, ⁶⁴ los pueblos indígenas del Perú no participen directamente de los acuerdos adoptados ²⁸ para la explotación de sus recursos naturales y de participar en los beneficios económicos de dicha actividad, lo cual desde el imperativo categórico de Kant es totalmente reprochable, porque no se ajusta a los valores inmutables que el iusnaturalismo

promueve; por lo tanto, la premisa antes dicha es la que fue materia de investigación, el derecho constitucional peruano puede amparar la instrumentalización del reconocimiento ⁷¹ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas o de incorporar a la Constitución Política del Perú una norma que reconozca ³⁰ el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas como un derecho fundamental con cargo a poder interponer una demanda de amparo constitucional cuando se les vulnera el derecho ya indicado.

¹ 3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria del estudio.

Los procedimientos que utilizamos fueron el método hermenéutico a fin de indagar el sentido de las normas jurídicas y de las categorías básicas ⁸² del Derecho a la consulta previa y de ⁶ la motivación de las resoluciones judiciales, que se realizaron mediante el procedimiento de recolección de datos a través de fichas textuales y de resumen a fin de establecer el nivel correlacional de determinar de qué manera influye la aplicación ⁴ del derecho a la consulta previa en las causales distintas planteadas en la demanda de las resoluciones judiciales y a fin de explicar esta influencia, hicimos uso de la argumentación jurídica para contrastar los supuestos.

3.3.2. Escenario de estudio.

Siendo la naturaleza de nuestra investigación de enfoque cualitativo teórico donde aplicamos el método hermenéutico para analizar el sentido de las disposiciones normativas referidas al Derecho a la consulta previa y a la motivación de las resoluciones judiciales, especialmente el Convenio 169 de la OIT en sus artículos 3 numeral i y 6 numeral 1 literal a), el escenario de estudio se encuentra específicamente en una parte de la legislación constitucional, sobre todo en el artículo 67, no tomando en cuenta un ambiente físico debido a las razones ya expuestas.

3.3.3. Caracterización de sujetos.

La caracterización de sujetos en nuestra investigación no se encontró orientado a personas sino a las disposiciones normativas en relación a la legislación constitucional referidas a la aplicación del derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

En la presente investigación, hicimos uso del análisis documental, revisando las fuentes existentes en las bibliotecas. (Ramírez, 2010, p. 281).

Entonces, en la técnica de recolección de datos, se hizo uso de los libros jurídicos referidos a la aplicación del principio del Derecho a la consulta previa y de la motivación de las resoluciones judiciales, precisando que no se efectuó el trabajo de campo, porque nuestra investigación es analítica e interpretativa. De esta manera, pudimos señalar que el análisis documental fue considerado una operación cimentada en el conocimiento cognoscitivo, pues este permitió elaborar un documento primario por medio de otras fuentes, tanto primarias como secundarias; estas fuentes actuaron como una suerte de intermediario o instrumento que permitió que el usuario tenga acceso al documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis. (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

Como instrumento de recolección de datos hemos hecho uso de las fichas textuales y de resumen con los cuales hemos desarrollado los antecedentes de la investigación y las bases teóricas de las categorías de estudio, que hemos justificado mediante la argumentación jurídica, pues a partir de ellas realizamos un marco teórico sólido que se adecuó a nuestras necesidades conforme al decurso de la investigación, así como al enfoque e interpretación otorgada a la realidad y los textos (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.5. Tratamiento de la información.

¹ Si ya detallamos que la información fue recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no fue 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”, ²⁴ por ello, analizamos 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, ¹ se usó el siguiente esquema:

<p>FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>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.</p> <p>CONTENIDO: “.....” ”</p>
--

¹¹ Siendo parte de la información documental, necesariamente esta va a contener premisas y conclusiones, las cuales, a su vez, tuvieron un conjunto de propiedades, por ello, el procedimiento usado en nuestra investigación fue 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 plantea 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 fue 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 consiguió argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

¹ 3.3.6. Rigor científico.

El rigor científico se encuentra amparado en ¹ la lógica de la cientificidad del paradigma metodológico antes descrito, siendo que su cientificidad se respalda en lo dicho por Witker y Larios (1997) que en el método iusnaturalista: “Se trata de privilegiar los aspectos axiológicos y éticos de las instituciones y normas jurídicas, para lo cual recurre a los modelos epistemológicos más cercanos a lo metafísico y filosófico” (p. 193); de ¹ esa manera, es que se analizó la norma desde un punto de vista valorativo de Immanuel Kant con su postura de justicia deontológica (porque ciertamente pueden existir diversos filósofos iusnaturalistas como Platón, Santo Thomas de Aquino o cualquier otro contemporáneo con su esquema de valoración a la norma), la cual ha sido debidamente explicado en el apartado 3.1. del presente documento.

Entonces, para controlar si realmente se ha valorado en base a la deontología kantiana debe observarse en la argumentación de los resultados y sobre todo de la contrastación de los resultados que se tuvo que debatir sobre el impacto del fundamento o de los presupuestos de los imperativos categóricos ante ⁴ los presupuestos o razones de la Constitución Política del Perú;

¹ asimismo, que en la exposición de los argumentos o razones que ingresaron a debatir (tal como ocurre como en una sentencia, en la parte considerativa) es que arrojó una conclusión consistente y coherente, esto es que, desde los considerandos primigenios hasta los finales, incluido la conclusión que cumpla con los principios de la lógica jurídica, ¹ situación que el jurado o cualquier interesado pueda refutar el considerando que vulnera aquellos principios señalados o que observe la inconsistencia de los argumentos dados.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Al ser una investigación cualitativa teórica, no es menester presentar una “justificación para salvaguardar la integridad o el honor de algún entrevistado o encuestado” o cualquier otra modalidad fáctica-empírica.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del primer objetivo específico.

El primer objetivo específico ha sido el siguiente: “**Determinar de qué manera las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano**”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – Las normas sin rango ⁷ constitucional sobre el derecho a la consulta previa, tienen la característica ^{de} que no reconocen con claridad el derecho para que puedan participar los pueblos indígenas sobre los acuerdos y ²⁹ beneficios económicos de la explotación de los recursos naturales de sus tierras.

SEGUNDO. - En ese orden de ideas, las normas sin rango constitucional sobre la consulta previa que el Poder Ejecutivo emitió a partir de los años noventa son los siguientes: la “Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH”, puesta en vigencia ⁸ por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, ^{el} mismo que no precisa los mecanismos para que los pueblos indígenas puedan hacer valer su ⁸ derecho a la consulta previa. Del mismo modo, ^{el} “Reglamento de la Ley Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N° 038-2001-AG” de 22 de julio del 2001, puesto en vigencia por el Ministerio de Agricultura, sector donde no surgen las ²⁷ controversias sobre el derecho a la consulta previa.

TERCERO. – Asimismo, se pusieron en vigencia disposiciones normativas emitidas por el Ministerio de Energía y Minas y otras instituciones del Estado, las mismas que fueron solo declarativas, porque no determinaron las responsabilidades de las autoridades sobre el control del cumplimiento de dichas normas.

CUARTO. – En ese sentido, se han puesto en vigencia normas que no garantizan los estudios del impacto ambiental, asimismo, dejaron en libertad a las empresas a fin de que exploten los recursos naturales de manera imparcial frente a otras empresas, y, dejando de lado el derecho de los pueblos indígenas para que participen de los beneficios económicos de la explotación de sus recursos naturales extraídos de sus propias tierras.

QUINTO. – El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, se lleva a cabo a través de un procedimiento administrativo, en el que existe un dialogo con la aprobación de los pueblos indígenas a través de sus autoridades, en la que existe la posibilidad de entablar una conciliación con modelos que no son propios de su cultura, por lo que el Estado debe establecer los límites para entablar el dialogo, a fin de obtener un bienestar general, buscando tomar decisiones firmes.

SEXTO. – Al haberse emitido normas sin rango constitucional sobre la consulta previa, estas normas no concuerdan con el Convenio 169 de la OIT que entró en vigencia el 02 de febrero de 1995, que prácticamente exige que “todo Estado se encuentra en la obligación de respetar el derecho a la consulta previa”, debido a que en la realidad se venía afectando los derechos colectivos de muchas poblaciones indígenas, en la que se afectaba el derecho al territorio y al ambiente, que se encuentran amparados en normas tanto internacionales como nacionales, donde se aplica el derecho a la consulta previa.

SÉPTIMO. – Sin embargo, en la realidad se venía afectando el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, a pesar que el Convenio 169 de la OIT ya formaba parte de nuestro ordenamiento normativo en el mismo nivel que la Constitución Política del Perú, que

en su **Cuarta Disposición Final y Transitoria**, taxativamente señala: “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

OCTAVO. – La primera ley que incrementó la consulta previa de forma taxativa fue la Ley N° 29785, denominada Ley del Derecho a la Consulta Previa, que tiene rango inferior frente a la Constitución, la misma que reguló limitando la discriminación a dichos pueblos indígenas, Ley que tuvo resistencia por inversionistas nacionales, organismos públicos y un sector del Parlamento, debido a que la ley genera problemas de interpretación y que no garantiza un auténtico proceso de consulta previa.

NOVENO. – Por otro lado, el razonamiento lógico jurídico aplicado por los operadores jurídicos toma en cuenta a la lógica formal y jurídica, mediante el silogismo compuesto por dos premisas y una conclusión, donde la premisa mayor es la norma jurídica, la premisa menor es el caso concreto que se presenta como una proposición fáctica y, la conclusión es la vinculación de las dos premisas.

DÉCIMO. – El razonamiento lógico jurídico que aplican los operadores jurídicos debe estar regido por los principios lógicos, que gobierna el pensamiento del ser humano, entre ellos tenemos al principio de identidad, cuya característica es que toda entidad es igual a otra, siempre que ambas tengan las mismas propiedades, sin embargo, se debe tener cuidado en la aplicación de la inferencia jurídica, ya que existen conceptos o términos que no tienen la misma simbología, pero que, tienen las mismas propiedades, y también existe términos o conceptos jurídicos que tienen la misma simbología o se escriben idénticamente, pero tienen, diferentes sentidos o propiedades.

DÉCIMO PRIMERO. – El segundo ¹ principio de la lógica jurídica es el principio de ¹ no contradicción que significa que dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos en un

mismo tiempo y en una misma realidad, regularmente en las resoluciones judiciales, sobre todo en las sentencias los jueces al redactar la parte considerativa emiten fundamentos, que son contradictorios con la parte resolutive, y de esa manera obtienen un razonamiento incorrecto.

DÉCIMO SEGUNDO. – Un tercer principio de la lógica jurídica, es el principio del tercero excluido, que señala que en dos juicios antagónicos no puede existir una tercera posibilidad, sin embargo, en las resoluciones judiciales regularmente se puede observar que los jueces optan por esa tercera posibilidad, la misma que se debe excluir, ya que mantiene un razonamiento incorrecto.

DÉCIMO TERCERO. – El cuarto y último ³⁸ principio de la lógica jurídica, es el principio de la razón suficiente que señala que toda decisión debe estar debidamente motivado, justificado o explicado, en donde se debe precisar las razones de porqué se tomó una decisión y las razones por las que no se tomó otra decisión, sin embargo, se observa que regularmente, las resoluciones judiciales carecen de esta motivación.

DÉCIMO CUARTO. – Los principios de la lógica jurídica antes indicados, se aplican en el silogismo o inferencia jurídica para dar solución a conflictos menos complejos, a diferencia de los conflictos de mayor complejidad, en los que se debe aplicar la lógica dialéctica, conformada por una serie de teorías del pensamiento dialéctico, como un sistema distinto al de la lógica jurídica.

DÉCIMO QUINTO. – Las teorías que se aplican en la lógica dialéctica, están centradas en los fundamentos que emiten los operadores jurídicos, ya sea en los considerandos o en los fundamentos de hecho de sus pretensiones, en las que se puede mencionar a la teoría de la tópica, la retórica y otras que consisten en emitir razonamientos con la finalidad de persuadir sobre la validez de una tesis propuesta o la invalidez de la tesis propuesta por la parte contraria, la que se desencadena en una argumentación con razones debidamente fundamentadas.

1
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del segundo objetivo específico.

El objetivo dos ha sido: “Determinar de qué manera la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – El reconocimiento sobre ⁷⁴ los derechos fundamentales sobre la consulta previa, se encuentra prescrito en el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 3 numeral 1, al señalar que los pueblos indígenas deben gozar plenamente de los derechos humanos fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, en ese orden de ideas los Estados deben adecuar en su Constitución el reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

SEGUNDO. – Asimismo, en el ²⁸ artículo 6 numeral 1 literal a) del Convenio 169 de la OIT señala: “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”, este numeral ² complementa el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

TERCERO. – De conformidad a lo antes mencionado, ⁷ las consultas previas deben ser formales y de buena fe, mediante un diálogo entre el Estado y los representantes y el pueblo en sí indígena, generando empatía, respeto mutuo para obtener un acuerdo y el consentimiento libre de la población indígena, en el supuesto caso que no se llegue a un acuerdo se incorporará en el Acta de Consulta que no se llegó a un acuerdo y que servirá como un aporte brindado por la entidad estatal.

CUARTO. – La consulta previa al pueblo indígena, debe ser transparente, señalando el impacto positivo y negativo, estableciendo mecanismos apropiados, la consulta previa se debe realizar de conformidad a las particularidades y circunstancias de cada pueblo indígena,

de manera que, se debe llevar a cabo en las propias comunidades que van a ser afectadas, con la participación de sus representantes en los temas socio económicos.

QUINTO. – Es importante que en el procedimiento de la consulta previa, se debe brindar traductores honestos a ⁵ los representantes de los pueblos indígenas, de igual manera, se les debe otorgar un asesor técnico legal para que analice conjuntamente con los representantes las medidas administrativas o legislativas propuestas, se debe entender que la entidad estatal debe tener el propósito de llegar a un acuerdo con las comunidades indígenas por las medidas que se tengan propuestas, a fin de obtener el consentimiento de dicho acuerdo.

SEXTO. – ⁸⁰ Los pueblos indígenas tienen el derecho a ser informados, escuchados y presentar sus propuestas, en un procedimiento tomando en cuenta los usos y tradiciones de dichos pueblos, de conformidad ⁵⁴ al artículo 5 de la ley de consulta previa consistente en respetar a las autoridades de la comunidad indígena y también respetar la forma de adoptar decisiones, compartir experiencias comunales.

SÉPTIMO. – Dentro de un marco de plena autonomía los pueblos indígenas deben llevar a cabo procedimientos internos para la toma de sus decisiones o elecciones, de forma transparente, de manera que la consulta previa se configura como documentos de carácter público, que se encuentran disponibles en el portal de las entidades promotoras.

OCTAVO. – En cuanto a las medidas urgentes, el Estado se ampara a la octava disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Ley N° 29785, ley que ³⁴ señala que se debe llevar a cabo o ejecutar obras en los territorios de los pueblos indígenas sin la participación ciudadana, por lo que en ese caso se configura la arbitrariedad.

NOVENO. – La argumentación jurídica está relacionada ³³ con la motivación de las resoluciones judiciales y para que dicha argumentación sea posible, es necesario el cumplimiento de una serie de objetivos, así lo afirma Manuel Atienza, al señalar que la argumentación debe ser ⁷⁸ selectiva y en dos sentidos, ya que se debe elegir los elementos como

la forma de presentarlos, y un segundo sentido por el efecto de atribuir presencia a estos dos elementos.

DÉCIMO. – En ese orden de ideas, la motivación de las resoluciones judiciales debe servir como garantía de la administración de justicia y si este se materializa, el juez emitirá una resolución judicial debidamente motivada, en la que se debe considerar una serie de presupuestos que fueron analizados.

DÉCIMO PRIMERO. – El primer presupuesto se debe tener dominio de la argumentación, por lo que el juez al argumentar judicialmente debe precisar el problema jurídico objeto del litigio y para ello, el juez debe tener convicción de los hechos que se acreditan en el proceso y tener la plena seguridad del derecho vigente aplicable al caso concreto.

DÉCIMO SEGUNDO. – El segundo presupuesto es tener conocimiento de las reglas de la lógica para aplicarlos correctamente a fin de resolver el caso concreto, por lo tanto, el juez no debe tener un conocimiento muy profundo de la lógica en general, pero sí, debe tener conocimiento elemental de la materia aplicable al derecho, ya que son de vital importancia en la estructuración y redacción de las resoluciones judiciales.

DÉCIMO TERCERO. – El tercer presupuesto, se refiere a la aplicación de la experiencia del juez, por lo que debe aplicar su experiencia personal, como por ejemplo tener experiencia en materia de seguridad social, por lo tanto, al resolver obtendrá mejores elementos de juicio a fin de argumentar adecuadamente.

DÉCIMO CUARTO. – El cuarto y último presupuesto, está referido a la aplicación de la cultura jurídica, en ese sentido, si el juez tiene conocimiento en materia de psicología por haber cursado esta asignatura en la Universidad, entonces, cuando resuelve un conflicto jurídico tendrá mayores elementos de juicio.

DÉCIMO QUINTO. – En cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, es una obligación plasmada en la Constitución Política del Perú, tanto en el artículo 139 numeral 5 que señala que las resoluciones en todas las instancias deben ser debidamente motivadas, salvo los decretos de mero trámite.

DÉCIMO SEXTO. – La argumentación jurídica, debe tomar en consideración a la interpretación y sus métodos, en la que se debe destacar que ²⁵ los métodos de interpretación no vienen a ser normas jurídicas, ni tampoco indica cómo se debe interpretar cada caso, por lo tanto, se debe argumentar de forma doctrinal y jurisprudencial que debe existir en un legislador racional.

¹ 4.2. Contrastación de los supuestos

4.2.1. La Contrastación del primer supuesto específico.

El primer supuesto específico es el siguiente: “Las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”. ⁶ Al respecto, surge la necesidad de iniciar una teorización que permita discutir su contenido.

PRIMERO. – Actualmente, ⁷ al estar vigente en nuestro país normas referidas al derecho a la consulta previa, que no reconoce de manera clara ¹⁷ el mencionado derecho y, sobre todo la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, la misma que no se encuentra amparada constitucionalmente, dan origen a una serie de interpretaciones y sentencias contradictorias, que resultan ser negativas para los pueblos indígenas de nuestra sociedad.

SEGUNDO. – Se debe precisar, que a partir de los años dos mil se pusieron en vigencia normas que simplemente fueron declarativas, ya que no reconocen con la debida claridad el derecho de participación ⁷ de los pueblos indígenas, además, sobre su participación en los acuerdos y ⁸ los beneficios económicos que puedan recibir en la explotación de los recursos

naturales extraídos de sus tierras, por lo que también se genera imprecisiones que perjudican la interpretación y razonamiento jurídico.

TERCERO. – Se puede evidenciar en la “Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH” que no precisa sobre los mecanismos para hacer valer los derechos a la consulta previa de los pueblos indígenas, en ese mismo sentido, el “Reglamento de la Ley Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N° 038-2001-AG”, ya que en dicho sector nunca ha surgido controversias sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, siendo este reglamento simplemente declarativo, sin eficacia jurídica.

CUARTO. – De igual manera, se han emitido otras disposiciones normativas como por ejemplo por el Ministerio de Energía y Minas y otras instituciones, donde no se determina la responsabilidad de las autoridades para ejercer el control para el cumplimiento de dichas normas, en ese sentido, también no se garantiza los estudios del impacto ambiental, dando libertad a las empresas para que explote los recursos naturales de manera imparcial frente a otras empresas, donde no se precisa el derecho de los pueblos indígenas en la participación de los beneficios económicos que extraen las empresas al explotar los recursos naturales en las tierras de los pueblos indígenas, siendo arbitraria estas disposiciones.

QUINTO. - Esta serie de normas simplemente declarativas y sin rango constitucional sobre la consulta previa de los pueblos indígenas, afecta el razonamiento lógico jurídico cuando se emite resoluciones judiciales en diferentes distritos judiciales del Perú, ya que las partes procesales en este caso el propio Estado es demandado por las autoridades o representantes de los pueblos indígenas, en la que existe una clara ventaja a favor del Estado, ya que los abogados defensores o procuradores tienen un equipo jurídico consolidado frente a los pueblos indígenas que no tienen recursos económicos.

SEXTO. – El razonamiento lógico jurídico aplicado por los magistrados de las diferentes Cortes Superiores, también se ve afectado, ya que en la mayoría de casos los

magistrados no tienen una debida preparación en la aplicación de la lógica jurídica, del silogismo o inferencia jurídica y solamente se limitan a declarar la improcedencia de las demandas interpuestas sobre la ⁷ consulta previa de los pueblos indígenas, con el razonamiento de que no existe un amparo constitucional respecto a ese derecho.

SÉPTIMO. – Si se aplicara correctamente el razonamiento jurídico, se tendría que tomar en cuenta el ²⁹ Convenio 169 de la OIT en concordancia con la IV disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, en el sentido de que se debe dar prioridad a los Tratados Internacionales que versen sobre los derechos fundamentales, entonces, de esta manera, se puede hacer valor el ⁵¹ derecho de los pueblos indígenas, sin embargo, en el mes de Febrero del año 2022, el propio Tribunal Constitucional ha declarado la Improcedencia de un ⁴ Proceso de amparo sobre la consulta previa de los pueblos indígenas, con el argumento de que dicho derecho no tiene amparo constitucional.

OCTAVO. – Como se ha podido apreciar, de las resoluciones que deniegan el ⁵ derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, no se ha aplicado de forma adecuada los principios de la ¹ lógica jurídica, tales como el principio de identidad, de no contradicción, del tercero excluido y de la razón suficiente, asimismo, no se han aplicado las teorías de la lógica dialéctica. En ese sentido, se afecta ⁶ el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales.

En conclusión, “Las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”, ya que dichas normas simplemente son declarativas e ineficaces, que afectan el razonamiento lógico jurídico que aplican los jueces en las resoluciones judiciales como en las sentencias, argumentando simplemente que no tienen amparo constitucional y con ello perjudican un derecho fundamental establecido universalmente a través del Convenio 169 de la OIT.

Por lo tanto, el primer supuesto específico que señala: **“Las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”**, SE CONFIRMA, ya que se ha determinado que las normas sin rango constitucional que en la actualidad se encuentran vigentes perjudican el razonamiento lógico jurídico de los jueces en las resoluciones de sentencia, ya que existen diferentes interpretaciones y sentencias contradictorias, debido a la inexactitud de las normas sin rango constitucional.

4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.

El segundo supuesto específico es el siguiente: **“La falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye negativamente en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”**. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

PRIMERO. – El ⁶³ **Convenio 169 de la OIT** que **fue ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253**, que entró en vigencia a partir del 02 de febrero de 1995, reconoce los ⁷³ **derechos fundamentales de los pueblos indígenas** en **el artículo 3 numeral 1** del mencionado Convenio, sin embargo, hasta la fecha el Estado peruano no adecúa de forma taxativa en la Constitución el ³ **derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas**, que faculta el indicado Convenio.

SEGUNDO. – De igual forma, ³¹ **el Estado peruano no adecúa constitucionalmente lo dispuesto en el artículo 6 numeral I literal a) del Convenio 169 de la OIT**, que se encuentra ⁷ **referido a la consulta de los pueblos interesados cuando se prevea medidas legislativas o administrativas que les pueda afectar directamente**, mediante este artículo muy bien se podría ³ **incorporar constitucionalmente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas**, sin ²⁷ **embargo**, hasta la fecha **el Estado peruano por intermedio del Legislativo omite esta**

disposición, con lo que existe una ³⁹ falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa establecido ⁷ en los artículos antes indicados del Convenio 169 de la OIT.

TERCERO. – Como se ha ido mencionando, el Perú a partir del año 2000 ha puesto en vigencia disposiciones normativas que son meramente declarativas y que finalmente mediante la Ley N° ⁶² 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, publicada el 07 de diciembre del 2011 y con vigencia desde el 07 de diciembre del 2011, ley que mantiene imprecisiones y que genera problemas de interpretación, por lo que no se garantiza un auténtico proceso de consulta previa, y más aún cuando no tiene un respaldo constitucional.

CUARTO. – La mayor vulneración a ⁷⁷ los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, se ha ⁷⁹ cometido mediante la sentencia emitida por el propio Tribunal Constitucional en el expediente N° 03066-2019-PA/TC, publicada el 2 de marzo del 2022, rechazando el proceso de amparo presentado ⁹ por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, contra el Ministerio de Energía y Minas, con el argumento de que el ⁴ derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no tiene un reconocimiento constitucional y si bien es cierto que se encuentra vigente la Ley N° 29785 antes indicada, la misma contiene imprecisiones y no se adecúa a los estándares internacionales sobre el mencionado derecho, no coadyuvó a la decisión tomada en mayoría por los magistrados del Tribunal Constitucional.

QUINTO. – Como se puede advertir, la falta del conocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución, perjudica a los pueblos indígenas de nuestro país, y en ese sentido afecta a la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias ⁸ sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, sin embargo, los magistrados deben ²⁴ adecuarse a las reglas de la lógica jurídica de manera que, al analizar el caso concreto deban emitir una argumentación jurídica correcta, siempre razonando en favor de los derechos fundamentales.

SEXO. – Los principios de la lógica jurídica que deben aplicar los magistrados para resolver los conflictos, son de suma importancia, entre ellos tenemos al principio de identidad que, en el presente caso, se debe tomar en cuenta, ya que el concepto jurídico derechos fundamentales establecido en el artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, debe ser interpretado a favor de hacer prevalecer el derecho a la consulta previa.

SÉPTIMO. – Del mismo modo, se debe aplicar el principio de no contradicción de la lógica jurídica, debido a que en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional publicada el 02 de marzo del año 2022, se vulnera este principio señalando en los fundamentos que el derecho a la consulta previa no tiene reconocimiento constitucional, sin embargo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú señala que se debe interpretar de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales, sobre las mismas materias ratificadas por el Perú, y en ese sentido el Perú desde 1995 mantiene un nexo normativo de nivel constitucional con el Convenio 169 de la OIT, por lo que, una vez más la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales de forma expresa en la Constitución, afecta a la argumentación jurídica de las resoluciones de sentencia, a pesar que los magistrados pueden hacer valer esos derechos, en mérito a lo antes indicado.

OCTAVO. – En cuanto al principio del tercero excluido y la razón suficiente, esta última debe ser aplicada para explicar las razones de la improcedencia al reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, sin embargo, los magistrados del Tribunal Constitucional rechazan el mencionado derecho, señalando que no tiene reconocimiento constitucional, sin analizar lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución, comprobándose una vez más que la falta de reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución afecta la argumentación jurídica de la sentencia en dicha materia.

En conclusión, “**La falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye negativamente en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano**”, ya que al no estar expresamente reconocido el ³⁴ derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en nuestra Constitución, se presta para una serie de interpretaciones y por lo tanto sentencias contradictorias aunado a la falta de la aplicación de los principios lógicos para un correcto razonamiento de los operadores jurídicos.

Por tanto, el segundo supuesto específico consistente en: “**La falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye negativamente en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano**”, SE CONFIRMA, ya que se ha determinado que la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales tratados en el artículo 3 ³⁰ numeral 1 del Convenio 169 de la OIT no ha sido adecuado de conformidad a los estándares internacionales ⁹ en la Constitución Política del Perú, a través de la consulta previa de los pueblos indígenas afectando a la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales.

4.2.3. Contrastación del supuesto general.

El supuesto general es el siguiente: “**La omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye negativamente en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano**”. ⁶ Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

PRIMERO. – Después de haber determinado que las normas emitidas en el Perú desde el año 2000 ⁴ sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas son simplemente declarativas, las mismas que no precisan los mecanismos idóneos a fin de que los pueblos indígenas hagan valer sus derechos fundamentales, asimismo que no determinan las responsabilidades de las autoridades sobre el cumplimiento de las mencionadas normas, y que

además no garantizan los estudios del impacto ambiental, dejando en libertad a las empresas para que exploten los recursos naturales, en que no participa de los beneficios económicos los pueblos indígenas de dicho territorio.

SEGUNDO. – En ese sentido, las normas sin rango constitucional antes mencionadas ¹² no concuerdan con el Convenio 169 de la OIT, que ⁴ entró en vigencia el 02 de febrero de 1995, por lo que al momento de resolver los conflictos de dicha materia surgen problemas de interpretación que afectan el razonamiento lógico jurídico de las resoluciones judiciales sobre todo en las sentencias, las mismas que vulneran el ⁵ derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

TERCERO. – El artículo 3 numeral ⁴⁴ 1 del Convenio 169 de la OIT, reconoce los derechos humanos y fundamentales de los pueblos indígenas, sin embargo, en el Perú no se eleva a la categoría constitucional, es decir, no se reconoce constitucionalmente ²⁹ los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, por lo que al momento de resolver los conflictos de esa naturaleza afectan a la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales.

CUARTO. – Del mismo modo, el ²⁸ artículo 6 numeral 1 literal a) del Convenio 169 de la OIT, señala que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, sin embargo, las instituciones del propio Estado peruano llevan a cabo acciones para que empresas particulares puedan ³¹ explotar los recursos naturales del territorio de los pueblos indígenas, sin antes consultarle previamente y sin que ellos participen de los beneficios económicos, es en ese sentido que, se afecta la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales que resuelven las pretensiones de ⁵² los pueblos indígenas, declarando la improcedencia de sus demandas.

En conclusión, el supuesto general referido a: **“La omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye negativamente en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano”**, ya que al existir

normas sin rango constitucional y ante la falta de conocimiento de ⁶⁷ los derechos fundamentales sobre la consulta previa de los pueblos indígenas se afecta la motivación de las resoluciones judiciales al resolver los conflictos de dicha naturaleza.

Por tanto, el supuesto general consistente en: **“La omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye negativamente en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano”**, SE CONFIRMA, porque se ha determinado que las normas sin rango constitucional vigentes y la falta de reconocimiento ²⁰ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución afecta la motivación de las sentencias que en su mayoría declara la improcedencia del mencionado derecho por su falta de reconocimiento constitucional.

¹ 4.3. **Discusión de los resultados**

4.3.1. Discusión de resultados del primer supuesto específico.

“Las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”, debemos mencionar que en el Perú se debe incorporar en la Constitución Política de forma taxativa ³ el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, ⁴ de manera que, las normas emitidas por el Ejecutivo de menor rango puedan ser eficaces, siempre y cuando se adecuen a los estándares internacionales sobre dicho derecho, al respecto debemos citar a la tesis internacional sustentada en Colombia, por Tovar (2019), quien desarrolló la tesis titulada: *“El derecho a la consulta previa, alcances y efectos en el ordenamiento jurídico Colombiano”*, que tuvo como objetivo “identificar los avances en el marco jurídico internacional e interno que protege el derecho fundamental a la consulta previa y sus efectos e impactos en relación con las obligaciones del Estado y el modelo político – económico establecido en la constitución política”, cuyas principales conclusiones son:

“Nuestro país ha adoptado normas internas que desarrollan el postulado de protección de la consulta previa y que dan cumplimiento a las obligaciones generadas por medio del control de convencionalidad, donde se ha establecido que los Estados se encuentran obligados a adoptar en sus ordenamientos jurídicos, las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la protección de los territorios ancestrales y el derecho de participación, el cual de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo debe hacerse exigible cuando se desarrollen proyectos que afecten la propiedad colectiva, sino desde el momento de la formulación de los planes de desarrollo, lo que garantiza la eficacia de este derecho fundamental”.

“Los retos más grandes para el Estado Colombiano, en relación con la garantía de la consulta previa, nacen en el derecho internacional, de este marco normativo surgen obligaciones como la de adelantar los procesos de titulación de los territorios a las comunidades indígenas y llevar a cabo la consulta previa en la etapa de elaboración de los planes de desarrollo, con el fin de este proceso no se realice cuando se estén ejecutando los proyectos por parte del Estado”.

Como se puede observar, la mencionada tesis internacional, es materia de discusión de los resultados, de manera congruente con la posición que se asume en la presente tesis, debido a que en el mencionado país y en el nuestro, se han adoptado normas internas ¹ con la finalidad de aplicar la consulta previa de conformidad, en nuestro caso, a la ratificación con el ⁷⁴ Convenio 169 de la OIT y demás derechos fundamentales internacionales, sin embargo, el desarrollo de la aplicabilidad de las normas internas no garantiza de manera eficaz el ⁷⁴ derecho fundamental de la consulta previa, siendo el propio Estado de cada país, el que genera la vulneración al derecho que tienen los pueblos indígenas, por lo que es necesario poner en vigencia en la ¹ Constitución Política del Perú, de forma taxativa el derecho a la consulta previa, a fin de no afectar el razonamiento lógico jurídico de las resoluciones judiciales.

De igual manera debemos mencionar a la tesis nacional de Lizana (2018), quién desarrolló la tesis titulada: *“Los actos administrativos de concesión minera otorgadas en la Región de Ayacucho, en el periodo 1995 al 2011, en el marco del Derecho a la Consulta Previa”*, que tuvo como objetivo “determinar la validez de los actos administrativos de concesión minera, otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas en territorio de los pueblos indígenas de la Región Ayacucho, entre el periodo 1995 al 2011, que inobservaron el derecho de consulta”, cuyas principales conclusiones fueron:

“El derecho a la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento para institucionalizar el dialogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos, enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y los pueblos indígenas y que constituye la piedra angular del Convenio 169; cuyo tratado internacional de derechos humanos, aprobado por nuestro Congreso Constituyente Democrático, no sólo conforman nuestro ordenamiento jurídico sino que, además, ostentan rango constitucional, asumiendo todas las características de la Constitución, entre ellas el criterio de validez sustancial de toda decisión del Estado, lo que conlleva por una sencilla consecuencia práctica, de que todas sus normas o disposiciones, incluyendo el derecho a la consulta en mención, son vinculantes a todo el aparato estatal, a los operadores públicos y en general a todas las personas naturales y jurídicas, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo y exigible desde el año 1995”.

“Las concesiones mineras otorgadas con inobservancia del proceso de consulta previa, pese a que el Estado al suscribir las disposiciones del Convenio 169 de la OIT se obligó entre otros a que las concesiones, como actos administrativos en los que se encuentran comprometidos derechos de pueblos indígenas, fueran otorgadas previa la consulta y el consentimiento, libre e informado de los pueblos indígenas afectados; devienen en inválidos y nulos en términos jurídico constitucionales, porque lesionan derechos fundamentales, razón

por la cual corresponda a las autoridades jurisdiccionales la determinación de esta nulidad por vía del Proceso Constitucional de Amparo”.

Como podemos observar, la tesis nacional antes indicada cuestiona al Estado peruano al haber otorgado ⁵ las concesiones mineras en la región de Ayacucho, en el ⁵ que participó el ¹⁴ Ministerio de Energía y Minas en el periodo 1995-2011, a pesar de existir normas internas y el ⁵¹ Convenio 169 de la OIT, indicando que ³⁴ corresponde a las autoridades jurisdiccionales la nulidad de esta concesión, mediante el proceso de amparo, sin embargo, desde el 2018 hasta el 2022, no se ha logrado un avance importante, y peor aun cuando el 02 de marzo del 2022, el Tribunal Constitucional declaró la improcedencia del proceso de amparo ⁵¹ planteado por los ³⁴ pueblos indígenas de Chila y Chambilla de la región de Puno, por lo que se corrobora que es necesario que en el Perú se incorpore el derecho a la consulta en la Constitución Política.

4.3.2. Discusión de resultados del segundo supuesto específico.

“La falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye negativamente en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”,

Debemos indicar que la falta de ¹⁷ reconocimiento de los derechos fundamentales de los ²⁸ pueblos indígenas reconocidos en el artículo 3 numeral 1 y del artículo 6 numeral 1 literal a) del Convenio 169 de la OIT afectan la argumentación jurídica de las sentencias sobre dicha materia, al respecto debemos mencionar a la tesis internacional de Costa Rica, por Granados (2018), quién desarrolló la tesis titulada: “*El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: Análisis de casos*”, que tuvo como objetivo “analizar si existió una violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas por parte del Estado de Costa Rica en dos casos específicos, tomando como parámetro los presupuestos del derecho internacional de los derechos humanos y la normativa interna”, cuyas conclusiones fueron:

“Que, existe un marco jurídico lo suficientemente sólido que reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Costa Rica, tanto en su parte sustantiva como procedimental. Sin embargo, al analizar casos concretos se identifica que su implementación es deficiente o no cumple del todo con dichos estándares”.

“En relación a la revisión de las metodologías de consulta de los Estados de Colombia, Perú y Costa Rica; es interesante determinar que independientemente del tipo de instrumento que regula la consulta (sea una ley, reglamento o directriz) se falla en los mismos aspectos medulares como, por ejemplo, omitir su carácter previo o que no sea lo suficientemente participativa”.

Como podemos apreciar, la tesis internacional antes mencionada, es materia de discusión de resultados de forma congruente, debido a que en el país de Costa Rica existe disposiciones normativas que reconocen ⁴ el derecho a la consulta previa tanto en la parte sustantiva como procedimental, sin embargo, ⁵⁷ su implementación es deficiente ya que no cumple con los estándares idóneos, en nuestro caso, en el Perú también existen normas, pero falta un reconocimiento constitucional a la consulta previa, por lo que el propio Estado peruano por intermedio de sus instituciones como el ⁴ Ministerio de Energía y Minas otorgan la ⁵ explotación de los recursos naturales de los pueblos indígenas sin tomar en cuenta el artículo 3 numeral 1 y el ²⁸ artículo 6 numeral 1 literal a) del Convenio 169 de la OIT, del que el propio Estado peruano forma parte al ratificar el mencionado Tratado desde Febrero de 1995, por lo que es necesario el reconocimiento constitucional de ⁵² los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, a fin de que no se afecte la argumentación jurídica de las sentencias que resuelven el ⁵⁹ conflicto entre el Estado y los pueblos indígenas.

De igual manera la tesis nacional presentada por Narvaez (2021), quién desarrolló la tesis titulada: “*El derecho a la consulta previa en la Comunidad Campesina de Huaquirca, provincia de Antabamba y departamento de Apurímac: Caso Proyecto minero Anama*”, cuyo

objetivo fue “identificar los factores que determinan la vulnerabilidad del derecho a la consulta previa libre e informada y del modelo de desarrollo que desean los pueblos indígenas en su territorio, tomando el caso del Proyecto Minero Anama, en la Comunidad Campesina de Huaquirca”, y sus conclusiones fueron:

¹² “Existen factores que no permiten una adecuada implementación del proceso de consulta previa en la Comunidad Campesina de Huaquirca, entre ellas: el Gobierno y la Comunidad Campesina están en una situación de asimetría. Por un lado, la comunidad no tiene la suficiente información, no tienen el tiempo necesario, no tienen el nivel de asesoría necesaria, no existe el principio intercultural, y por otro lado el gobierno procede a la implementación del proceso de consulta previa con un equipo de expertos imponiendo presión y plazos ajustados.

“Que, los talleres informativos realizados en asamblea general propiamente no constituyen propiamente un proceso de consulta previa, ya que no cumplieron con las exigencias y los estándares internacionales, como es el carácter previo, libre, informado, de buena fe y con el objetivo de llegar a un consentimiento”.

Asimismo, la presente tesis nacional es materia de discusión de resultados, también de forma congruente con nuestra investigación, debido a que se otorgó la ⁷ explotación de recursos naturales de la Comunidad Campesina de Huaquirca: Caso proyecto minero Anama, donde una vez más el Estado peruano, vulnera el derecho a la ¹² consulta previa, ya que no se cumplió con los estándares internacionales de carácter previo, libre, informado y de buena fe e inclusive incumpliendo los plazos establecidos, todo con la finalidad de promocionar la inversión privada, pero vulnerando derechos fundamentales de dicha Comunidad Campesina, la tesis antes mencionada mantiene congruencia con la presente investigación, debido a que una vez más, ³⁹ la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución, afecta la argumentación jurídica de las sentencias sobre dicha materia, declarando improcedente el

³ derecho a la consulta previa por falta de reconocimiento constitucional y por no observar la ⁴³ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

4.4. Propuesta de mejora

Se plantea, como propuesta de mejora, la incorporación ¹³ del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución Política del Perú de 1993, que se encuentra vigente en nuestro país, a fin de que se cumpla con el ⁶³ Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 26253, que entró en vigencia desde el 02 de febrero de 1995.

Debido a la omisión ⁵⁵ del derecho antes indicado de los pueblos indígenas en la Constitución vigente se afecta la motivación de las resoluciones judiciales ³³ que en su mayoría rechazan la pretensión demandada por los pueblos indígenas, argumentando que el mencionado derecho no tiene reconocimiento constitucional, del mismo modo, el Estado peruano a través de sus instituciones como el Ministerio de Energía y Minas otorga a las empresas particulares ¹³ la explotación de los recursos naturales de las tierras de los pueblos indígenas omitiendo la consulta previa a estos pueblos.

Se debe indicar que, se encuentran vigentes normas sin rango constitucional y sin reconocimiento de ¹³ los derechos fundamentales de los pueblos indígenas sobre todo el derecho a la consulta previa, que tiene concordancia con el artículo 3 numeral 1 y ²⁸ con el artículo 6 numeral 1 literal a) del Convenio 169 de la OIT, al que el Estado peruano se encuentra obligado a incorporar constitucionalmente el mencionado derecho.

En ese contexto, surge la Ley N° ⁶² 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, publicada el 07 de noviembre del 2011 y que entra en vigencia a partir del 07 de diciembre del 2011, sin embargo, debido a sus imprecisiones en su texto y por no tener un respaldo constitucional no es eficaz al momento de expedirse las sentencias sobre dicha materia, como lo ocurrido con la ³² sentencia del Tribunal Constitucional publicada el 02 de marzo del 2022 que

rechaza el proceso de amparo sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, planteado por los pueblos de Chila Chambilla y Chila Pucará de la región Puno contra el Ministerio de Energía y Minas, con el argumento que no se encuentra reconocido constitucionalmente el derecho a la consulta previa y con ello se deja precedente para que los demás órganos jurisdiccionales de menor jerarquía rechacen las demandas sobre dicha naturaleza de los pueblos indígenas del Perú.

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas es un derecho fundamental, que reconoce a los indicados pueblos a ser consultados sobre la ejecución de proyectos de explotación y otras actividades que se puedan generar en los territorios de los pueblos indígenas, previo a que el Ejecutivo o el Congreso puedan dictaminar leyes sobre políticas y programas de explotación de recursos naturales en estas tierras.

Es necesario que los pueblos indígenas tengan plena participación en la extracción y modificación de sus recursos naturales a fin de que puedan obtener los beneficios económicos que corresponden a sus tierras, determinando previamente si se afecta el medio ambiente como derecho fundamental reconocido constitucionalmente, de esa manera, lograr el desarrollo integral de los pueblos indígenas en el Perú.

Asimismo, es necesario que una vez incorporado el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución, las demás normas de rango inferior se adecuen a los estándares internacionales sobre los derechos humanos y fundamentales de los pueblos indígenas en el que se incluye el derecho a la consulta previa, a fin de que el Estado peruano tenga limitaciones al momento de conceder a las empresas particulares la explotación y otras actividades de los recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas, sin vulnerar el derecho del medio ambiente.

En ese sentido, en la Constitución vigente en el Título III del Régimen Económico, Capítulo II, del Ambiente y los Recursos Naturales, debe incorporar el derecho a la consulta

previa de los pueblos indígenas, modificando el artículo 67, no solo para defender la ecología cuando diferentes empresas dañan el medio ambiente, sino ²⁹ para que los recursos naturales de los pueblos indígenas sean explotados sin perjudicar el medio ambiente y consultando previamente a dichos pueblos.

³⁰
4.4.1. Proyecto de ley de modificación.

PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN

²⁴
**MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
 DEL PERÚ**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

⁵ El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no se encuentra reconocido constitucionalmente en el Perú, a pesar que mediante Resolución Legislativa N° 26253 se ha ratificado el ³ Convenio 169 de la OIT que, a partir del 02 de febrero de 1995, el Estado peruano tiene la obligación de adecuar los lineamientos de dicho Convenio en la Constitución Política a fin de reconocer ⁴ los derechos fundamentales de los mencionados pueblos.

Si bien es cierto, existen disposiciones normativas referidas a dicho derecho como la “Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, el Reglamento de la Ley Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N° 038-2002-AG”, estas no son eficaces debido a que no determina los mecanismos para que los pueblos indígenas puedan hacer valer ⁵ su derecho a la consulta previa y que hay sectores como el Ministerio de Agricultura donde no se origina controversias respecto al mencionado derecho, siendo estas disposiciones normativas simplemente declarativas, ya que también no establece las responsabilidades de las autoridades para ejercer el control del cumplimiento de las normas señaladas anteriormente.

Asimismo, se ha puesto en vigencia desde el ³ 07 de diciembre del 2011 la “Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa”, esta mantiene una serie de imprecisiones en su texto que generan diversas interpretaciones por la cual se emite sentencias contradictorias, es así que la última vulneración al derecho de estos pueblos se plasmó en el expediente N° 03066-2009-PA/TC publicada el 02 de marzo del 2022, que rechaza la demanda de proceso de amparo instaurada ⁹ por las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, contra el Ministerio de Energía y Minas, sentencia que por mayoría rechaza el mencionado derecho, argumentando que no se encuentra reconocido en la Constitución Política. Por lo que es necesario que se modifique el artículo 67 de la Constitución Política del Perú, con la finalidad de salvaguardar los derechos humanos y fundamentales de los pueblos indígenas, que también se encuentran prescritos en el Convenio 169 de OIT.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

²⁴ La modificación del artículo 67 de la Constitución Política del Perú, otorgará beneficio ¹³ a los pueblos indígenas en cuyo territorio se explota y realizan otras actividades de sus recursos naturales, con la finalidad de que el Estado peruano antes de aplicar políticas y programas de explotación de recursos naturales, consulte previamente con las autoridades y la población indígena, con el objetivo de que se proteja el medio ambiente y que dichas comunidades sean partícipes de ⁸ los beneficios económicos de la extracción de sus recursos naturales, a fin de que dichos beneficios económicos se puedan utilizar en la mejora de las necesidades vitales que requieren los pueblos indígenas y se desarrolle de forma integral.

Al haberse fundamentado el beneficio de ⁸¹ los pueblos indígenas que forman parte de nuestra sociedad, ¹ la modificación planteada no genera pérdida de costos en lo correspondiente a las atribuciones o facultades de los ciudadanos.

I. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Propuesta modificatoria:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	Formula normativa propuesta
<p>Artículo 67. – “Artículo 67. – El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.</p>	<p>Artículo 67. – “Artículo 67. – El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. El Estado reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas cuando se presenten políticas y programas de explotación y otras actividades de los recursos naturales en el territorio de dichos pueblos, de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.</p>

CONCLUSIONES

1. Las normas sin rango constitucional sobre la consulta previa que se encuentran vigentes son simplemente declarativas e ineficaces jurídicamente que afectan el razonamiento lógico jurídico de las sentencias emitidas sobre dicha materia que generan decisiones contradictorias.
2. La falta de reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales en la Constitución, de conformidad al artículo 3 numeral 1 y al artículo 6 numeral 1 literal a) del Convenio 169 de la OIT, afecta en la argumentación jurídica de las sentencias emitidas que rechazan el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.
3. Las normas sin rango constitucional y la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú, afectan la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias, al omitir el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

RECOMENDACIONES

- Modificar las normas sin rango constitucional, precisando los mecanismos para que los pueblos indígenas puedan hacer valer su derecho a la consulta previa, estableciendo las responsabilidades de las autoridades para el control de dichas normas.
- Adecuar a los estándares internacionales, los derechos fundamentales sobre la consulta previa de conformidad con el artículo 3 numeral 1 y el artículo 6 numeral 1 literal a) del Convenio 169 de la OIT.
- Modificar el artículo 67 de la Constitución Política del Perú, a fin de que el Estado reconozca el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas de conformidad con los Tratados Internacionales sobre dicha materia ratificados por el Perú.
- Difundir la presente tesis en los diferentes seminarios, talleres y foros académicos a fin de que, con el respaldo de la comunidad jurídica, el legislativo promueva y ejecute la modificación del artículo 67 de la Constitución Política del Perú.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ameller, V. Et al (2012). *El derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Editorial Konrad- Adenauer.
- Arango, J. (2019). *La consulta previa y su valoración en la toma de decisiones*. Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Constitucional. Universidad Nacional Federico Villareal. Recuperado de http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/4877/ARANGO_%20CLAUDIO_%20JULIO%20_CESAR_MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica: diseño del proyecto de investigación; estructura y redacción dela tesis*. Perú: Editorial Jurídica Grijley.
- Asis, R. (1995). *Jueces y Normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento*. Madrid: Editorial Marcial Pons
- Asis, R. (2007). *El Razonamiento Judicial*. Perú: Ara Editores E.I.R.L.
- Atienza, M. (1993). *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del Derecho: Teoría de la argumentación jurídica*. Perú: Editorial Palestra.
- Aya, A. (2020). *Razón suficiente en la motivación de las resoluciones judiciales: Análisis conceptual de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional peruano (2002-2020)*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Recuperado de: <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12773/11674/DEayotaa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Biesanz, J. (1990). *La Sociedad Moderna*. Buenos Aires: Editorial Letras.

- Carhuatocto, H. (2019). *La Consulta Previa en la Certificación Ambiental y los Proyectos Extractivos*. Peru: Editorial Juristas Editores E.I.R.L.
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Carrion, J. (2007). *Tratado de derecho Procesal Civil*. Perú: Editora Jurídica Grijley. Tomo III.
- Carrión, P. (2012). *Consulta Previa.: Legislación y Aplicación*. Ecuador: Editorial Konrad Adenauer Stiftung.
- Castillo et al (2006). *Razonamiento judicial. Interpretación, Argumentación y motivación de las Resoluciones Judiciales*. Perú: Ara Editores E.I.R.L.
- Cortés & Iglesias (2004). *Generalidades sobre metodología de la investigación*. México: Universidad Autónoma del Carmen.
- Ezquiaga, F. (2000). *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Madrid: Editorial Lex Nova.
- Ferrer, J. (2011). *Apuntes sobre el concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales*". México: Insomnia. Revista de Teoría y Filosofía del derecho N° 34.
- Figuroa, M. (2020). *La motivación jurídica en la admisibilidad probatoria a partir del Código Orgánico General de Procesos (Cogep)*. Tesis para optar el Grado de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7792/1/T3375-MDP-Figuroa-La%20motivacion.pdf>
- Fingermann, G. (1974). *Filosofía*. Argentina: Editorial El Ateneo.
- García, V. (2021) *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Gascon & García (2005). *La argumentación en el Derecho*. Perú: Palestra Editores S.A.C.

- Ghirardi, O. (1999). *La estructura Lógica del Razonamiento Judicial*. En Revista Peruana de Derecho Procesal N° III, Asociación Peruana de Derecho Procesal. Perú.
- Granados, Y. (2018). *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: Análisis de casos*. Tesis para optar el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Recuperado de: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/11/1-TESIS-CONSULTA-PREVIA-29-OCT-2018.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México: MCGraw-Hill.
- Hidalgo, J. (2020). *La inimpugnabilidad de la iniciativa propobotia del juez en la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano*. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Civil con mención empresarial. Universidad Privada Antonio Orrego. Trujillo. Recuperado de: <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/7221>
- Igartua, J. (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Bogota: Palestra Editores S.A.C.
- Lizana, G. (2018). *Los actos administrativos de concesión minera otorgadas en la Región de Ayacucho, en el periodo 1995 al 2011, en el marco del Derecho a la Consulta Previa*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Nacional San Cristóbal De Huamanga. Recuperado de: http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/UNSCH/2688/1/TESIS%20D84_Liz.pdf
- Mixan, M. (1992). *Lógica Jurídica*. Perú: Editorial Marsol.
- Narvaez, C. (2021). *El derecho a la consulta previa en la Comunidad Campesina de Huaquirca, provincia de Antabamba y departamento de Apurímac: Caso Proyecto minero Anama*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Recuperado de:

http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12918/5875/253T20210169_TC.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ossorio, M. (1982). *“Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales”*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Peyrano, J. (1978). *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*. Argentina: Editorial Astrea.

Popper, R. (1994). *La Sociedad Abierta y sus enemigos*. España: Editorial Paidós.

Prieto, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos.

Ramírez, R. (2010). *Proyecto de investigación: Cómo se hace una tesis*. Primera edición. Perú: Fondo editorial AMADP.

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, Análisis de la implementación de la Consulta Previa Indígena en Colombia y Chile y los principales fallos judiciales proferidos por los jueces de estos países*. Tesis para optar el Grado de Maestría en Derecho de Medio Ambiente. Universidad del Desarrollo. Recuperado de: <https://repositorio.udd.cl/bitstream/handle/11447/3255/Par%20a%20metros%20para%20el%20ejercicio%20de%20la%20consulta%20previa%20en%20el%20marco%20de%20la%20realizaci%20n%20de%20proyectos%20que%20generan%20Impacto%20a%20nivel%20ambiental.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rodríguez, G. (1988). *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Civitas.

Rúa, F. (1968). *El Recurso de Casación en el derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Editor Victor.p de Zavala.

Sánchez, H., Reyes, C. (1996). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Perú: Editorial Mantaro.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta.

- Tovar, A. (2019). *El derecho a la consulta previa, alcances y efectos en el ordenamiento jurídico colombiano*. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho Público. Universidad Santo Tomás. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/19147/1/2019alixtovar.pdf>
- Ugarte, M. (2018). *El rol de la narración en la motivación de las sentencias*. Tesis para optar el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Recuperado de: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/152772/El-rol-de-la-narraci%C3%B3n-en-la-motivaci%C3%B3n-de-las-sentencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vivanco, P. (2017). “*Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas*”. (Maestría). Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%C3%B3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Zelayaran, M. (2009). *Metodología de investigación jurídica*. Perú: Ediciones Jurídicas.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

“El derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano”

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	SUPUESTO GENERAL		
¿De qué manera la omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano?	Determinar de qué manera la omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano.	La omisión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la Constitución influye negativamente en la motivación de las resoluciones judiciales de las sentencias en el Estado peruano.	Categoría 1 Derecho a la consulta previa Subcategorías: • Normas sin rango constitucional. • Reconocimiento de derechos fundamentales. Categoría 2 Motivación de las resoluciones judiciales Subcategorías: • Razonamiento lógico jurídico. • Argumentación jurídica.	Enfoque metodológico de la investigación “La investigación es de un enfoque cualitativo teórico” Metodología paradigmática de la investigación “Investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo” Diseño del método paradigmático Se aplicará la interpretación exegética para analizar la Constitución Política del Perú Escenario de estudio “Ordenamiento jurídico peruano” Caracterización de sujetos o fenómenos Se analizaron las estructuras normativas y las posturas doctrinarias del principio de legalidad Técnicas e instrumento de recolección de datos “La técnica del análisis documental y se hizo uso del instrumento la ficha textual y de resumen, para recopilar datos de los libros y textos legales”.
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	SUPUESTOS ESPECÍFICOS		
¿De qué manera las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano?	Determinar de qué manera las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano.	Las normas sin rango constitucional vigentes sobre la consulta previa influyen negativamente en el razonamiento lógico jurídico en las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano.		
¿De qué manera la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano?	Determinar de qué manera la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano.	La falta de reconocimiento de los derechos fundamentales sobre la consulta previa del artículo 3 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT influye negativamente en la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales en las sentencias del Estado peruano.		Procesamiento y análisis “Mediante la hermenéutica se procesaron los datos del fichaje para interpretar y fundamentar racionalmente los supuestos”.

Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas	Normas sin rango constitucional
	Reconocimiento de derechos fundamentales
Motivación de las resoluciones judiciales	Razonamiento lógico jurídico
	Argumentación jurídica

Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo cualitativo empírico)

No es aplicable al presente caso por ser de enfoque cualitativo teórico.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

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]

Si ya detallamos que la información fue recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no fue suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido hemos empleado 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 hemos dispuesto a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las categorías de estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184).

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 empleó 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”.

Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)

No es aplicable al presente caso por un enfoque cualitativo teórico.

Anexo 11: Declaración de autoría**DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

En la fecha, yo Maciste Huanay Ramírez, identificado con DNI N° 75572851, domiciliado en el Pasaje Mallqui s/n, Azapampa del Distrito de Chilca, Provincia de Huancayo y Departamento de Junín, 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: “El derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales en las sentencias del 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, octubre del 2022

Maciste Huanay Ramírez
DNI N° 75572851

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

En la fecha, yo Sandra Maricela Tito Muñoz, identificada con DNI N° 73590205, domiciliada en el Jirón Grau N° 601 del Distrito y Provincia de Concepción y Departamento de Junín, 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: “El derecho a la consulta previa y la motivación de las resoluciones judiciales en las sentencias del 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, octubre del 2022

Sandra Maricela Tito Muñoz
DNI N° 73900205

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LAS SENTENCIAS DEL ESTADO PERUANO

INFORME DE ORIGINALIDAD

23%

INDICE DE SIMILITUD

23%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

5%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.upla.edu.pe Fuente de Internet	6%
2	issuu.com Fuente de Internet	1%
3	cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	archive.org Fuente de Internet	1%
5	repositorio.unsch.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	Submitted to Universidad Peruana Los Andes Trabajo del estudiante	1%
7	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	justiciaviva.org.pe Fuente de Internet	1%

9	lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %
10	es.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
11	informatica.upla.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
12	repositorio.unsaac.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
13	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	<1 %
14	site.inali.gob.mx Fuente de Internet	<1 %
15	www.ilustrados.com Fuente de Internet	<1 %
16	idladsperu.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
17	consultaprevia.cultura.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
18	Submitted to Universidad Ricardo Palma Trabajo del estudiante	<1 %
19	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
20	www.servindi.org	

Fuente de Internet

<1 %

21

repositorio.continental.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

22

int.minjusticia.gob.ec

Fuente de Internet

<1 %

23

repositorio.uancv.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

24

www.repositorio.upla.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

25

ebin.pub

Fuente de Internet

<1 %

26

www.scribd.com

Fuente de Internet

<1 %

27

repositorio.unap.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

28

www.mamacoca.org

Fuente de Internet

<1 %

29

convergenciacnoa.org

Fuente de Internet

<1 %

30

www.envirosecurity.org

Fuente de Internet

<1 %

31

es.scribd.com

Fuente de Internet

<1 %

32	www.ombudsman.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
33	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
34	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
35	repositorio.uap.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
36	repositorio.uasb.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
37	www.serfor.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
38	dugi-doc.udg.edu Fuente de Internet	<1 %
39	www.hchr.org.co Fuente de Internet	<1 %
40	1library.co Fuente de Internet	<1 %
41	repositorio.unasam.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
42	repositorio.urp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
43	www.ecoi.net Fuente de Internet	<1 %

44	www.oacnudh.org.gt Fuente de Internet	<1 %
45	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %
46	eprints.ucm.es Fuente de Internet	<1 %
47	repositorio.unfv.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
48	javieraroca.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
49	www.jurisprudencia.gob.sv Fuente de Internet	<1 %
50	repositorio.udd.cl Fuente de Internet	<1 %
51	creativecommons.org Fuente de Internet	<1 %
52	happylibnet.com Fuente de Internet	<1 %
53	www.flacsoandes.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
54	cdn.www.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
55	hdl.handle.net Fuente de Internet	<1 %

56	info.juridicas.unam.mx Fuente de Internet	<1 %
57	repo.sibdi.ucr.ac.cr:8080 Fuente de Internet	<1 %
58	www.tandfonline.com Fuente de Internet	<1 %
59	www.yumpu.com Fuente de Internet	<1 %
60	guillermoberto.files.wordpress.com Fuente de Internet	<1 %
61	inredh.net Fuente de Internet	<1 %
62	Submitted to University of Queensland Trabajo del estudiante	<1 %
63	Submitted to University College London Trabajo del estudiante	<1 %
64	iuslatin.pe Fuente de Internet	<1 %
65	repositorio.uchile.cl Fuente de Internet	<1 %
66	www.presidencia.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
67	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos	<1 %

Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME II)",
Brill, 2022

Publicación

68

www.muqui.org

Fuente de Internet

<1 %

69

biblio.juridicas.unam.mx

Fuente de Internet

<1 %

70

scienti.minciencias.gov.co

Fuente de Internet

<1 %

71

www.giz.de

Fuente de Internet

<1 %

72

Submitted to Universidad Continental

Trabajo del estudiante

<1 %

73

www.orasconhu.org

Fuente de Internet

<1 %

74

corte-constitucional.vlex.com.co

Fuente de Internet

<1 %

75

www.cdi.gob.mx

Fuente de Internet

<1 %

76

lup.lub.lu.se

Fuente de Internet

<1 %

77

www.oit.or.cr

Fuente de Internet

<1 %

78 Diego Javier Aguinaga Aillón. "Análisis comparativo de las estrategias metadiscursivas utilizadas en los discursos políticos en Ecuador y España", Universitat Politecnica de Valencia, 2022
Publicación <1 %

79 luislingaderechoypolitica.blogspot.com
Fuente de Internet <1 %

80 mail.hchr.org.co
Fuente de Internet <1 %

81 www.tribunadelbiobio.cl
Fuente de Internet <1 %

82 www.tribunalconstitucional.es
Fuente de Internet <1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 20 words

Excluir bibliografía

Activo