

**UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

**TESIS PARA OBTENER
EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

**LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA
JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA
PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD**

**Autor: Bach. Engel Alexis Mego Calle
Asesor: Mag. Franz Robinson Ventura Lucana**

Registro: (.....)

CHACHAPOYAS – PERÚ

2024

DEDICATORIA

*A mis padres: Carmen y Yoni
y mis hermanos: Benjamín y Areli
Antonio, quienes representan
el apoyo constante e incondicional
en cada etapa de mi vida.*

*A mis abuelos: Pastora y Julio
Tíos: Benjamín, Eugenio, Jorge y Víctor
quienes me acompañaron en vida, in memoriam.*

*A S. Anaí Sovero Rojas,
limeña agradecida
quien no representa un peso o medida estándar
sino toda una revolución,
a quien le soy
como en las expresiones hacia Javier Heraud.
“eternamente y enteramente”.*

AGRADECIMIENTO

*A Dios, quien representa mi credo.
“(...) cuando todavía estaba lejos, su padre lo vio y
sintió compasión por él, corrió,
se hecho sobre su cuello y lo besó” (Lucas: 15:20).*

*A mis maestros a quienes
les rindo tributo por sus enseñanzas.*

*A Jesús Valverde S.J.
Jesuita amigo, in memoriam.*

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ
DE MENDOZA DE AMAZONAS**

Ph. D. JORGE LUIS MAICELO QUINTANA

Rector

Dr. OSCAR ANDRÉS GAMARRA TORRES

Vicerrector Académico

Dra. MARÍA NELLY LUJÁN ESPINOZA

Vicerrectora de Investigación

Dr. SEGUNDO ROBERTO VÁSQUEZ BRAVO

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

VISTO BUENO DEL ASESOR DE LA TESIS



UNTRM

REGLAMENTO GENERAL
PARA EL OTORGAMIENTO DEL GRADO ACADÉMICO DE
BACHILLER, MAESTRO O DOCTOR Y DEL TÍTULO PROFESIONAL

ANEXO 3-L

VISTO BUENO DEL ASESOR DE TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL

El que suscribe el presente, docente de la UNTRM (X)/Profesional externo (), hace constar que ha asesorado la realización de la Tesis titulada LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD del egresado Engel Alexis Mego Calle de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de esta Casa Superior de Estudios.



El suscrito da el Visto Bueno a la Tesis mencionada, dándole pase para que sea sometida a la revisión por el Jurado Evaluador, comprometiéndose a supervisar el levantamiento de observaciones que formulen en Acta en conjunto, y estar presente en la sustentación.

Chachapoyas, 30 de Octubre de 2024


Firma y nombre completo del Asesor

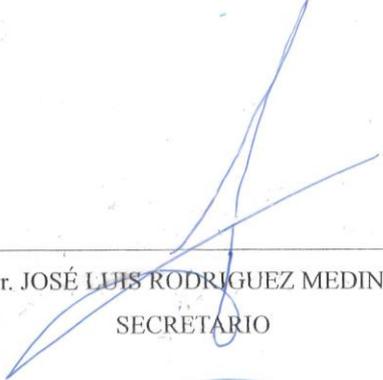
Mg. Franz Robinson Ventura Lucena
DNI 44155261

JURADO EVALUADOR DE LA TESIS



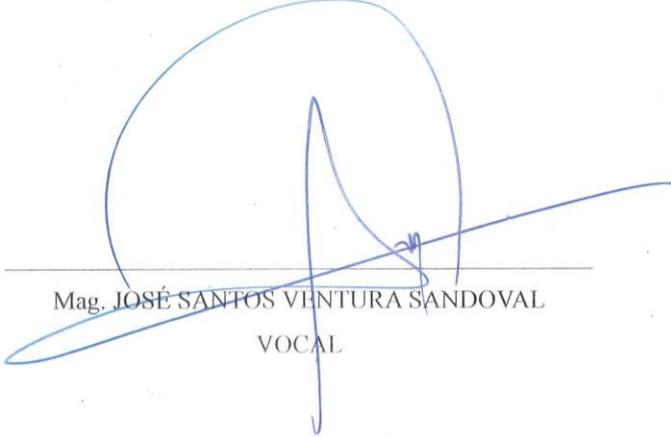
Mag. EDWIN MANUEL AGUILAR TORRES

PRESIDENTE



Dr. JOSÉ LUIS RODRIGUEZ MEDINA

SECRETARIO



Mag. JOSÉ SANTOS VENTURA SANDOVAL

VOCAL

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DE LA TESIS



UNTRM

REGLAMENTO GENERAL
PARA EL OTORGAMIENTO DEL GRADO ACADÉMICO DE
BACHILLER, MAESTRO O DOCTOR Y DEL TÍTULO PROFESIONAL

ANEXO 3-Q

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DE LA TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL

Los suscritos, miembros del Jurado Evaluador de la Tesis titulada:

La consulta previa en la guía jurisprudencial por el tribunal constitucional y la afectación a la preeminencia del principio de progresividad

presentada por el estudiante () /egresado (X) Engel Alexis Hego Calle

de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas

con correo electrónico institucional 7004840092@untrm.edu.pe

después de revisar con el software Turnitin el contenido de la citada Tesis, acordamos:

- La citada Tesis tiene 24 % de similitud, según el reporte del software Turnitin que se adjunta a la presente, el que es menor (X) / igual () al 25% de similitud que es el máximo permitido en la UNTRM.
- La citada Tesis tiene _____ % de similitud, según el reporte del software Turnitin que se adjunta a la presente, el que es mayor al 25% de similitud que es el máximo permitido en la UNTRM, por lo que el aspirante debe revisar su Tesis para corregir la redacción de acuerdo al Informe Turnitin que se adjunta a la presente. Debe presentar al Presidente del Jurado Evaluador su Tesis corregida para nueva revisión con el software Turnitin.



Chachapoyas, _____ de noviembre del 2024

SECRETARIO

VOCAL

PRESIDENTE

OBSERVACIONES:

.....
.....

REPORTE TURNITIN

LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

INFORME DE ORIGINALIDAD

24%

INDICE DE SIMILITUD

22%

FUENTES DE INTERNET

14%

PUBLICACIONES

12%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

hdl.handle.net

Fuente de Internet

4%

2

Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú

Trabajo del estudiante

2%

3

derechos.org.ve

Fuente de Internet

1%

4

tesis.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

Mag. Edwin Manuel Aguilar Torres 1%

5

Submitted to Universidad Andina del Cusco

Trabajo del estudiante

1%

6

Angles Yanqui, Gerard Henry. "Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio.", Pontificia Universidad Católica del Perú - CENTRUM Católica (Peru), 2021

Publicación

1%

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE LA TESIS



UNTRM

REGLAMENTO GENERAL
PARA EL OTORGAMIENTO DEL GRADO ACADÉMICO DE
BACHILLER, MAESTRO O DOCTOR Y DEL TÍTULO PROFESIONAL

ANEXO 3-S

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL

En la ciudad de Chachapoyas, el día 05 de diciembre del año 2024 siendo las 10:00 horas, el aspirante: Engel Alexis Hego Calle, asesorado por Mag. Franz Robinson Ventura Lucana defiende en sesión pública presencial () / a distancia () la Tesis titulada: La consulta previa en la guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional y la afectación a la preeminencia del principio de progresividad, para obtener el Título Profesional de Abogado, a ser otorgado por la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas; ante el Jurado Evaluador, constituido por:

Presidente: Mag. Edwin Manuel Aguila Torres

Secretario: Dr. José Luis Rodríguez Medina

Vocal: Mag. José Santos Ventura Sandoval

Procedió el aspirante a hacer la exposición de la Introducción, Material y métodos, Resultados, Discusión y Conclusiones, haciendo especial mención de sus aportaciones originales. Terminada la defensa de la Tesis presentada, los miembros del Jurado Evaluador pasaron a exponer su opinión sobre la misma, formulando cuantas cuestiones y objeciones consideraron oportunas, las cuales fueron contestadas por el aspirante.



Tras la intervención de los miembros del Jurado Evaluador y las oportunas respuestas del aspirante, el Presidente abre un turno de intervenciones para los presentes en el acto de sustentación, para que formulen las cuestiones u objeciones que consideren pertinentes.

Seguidamente, a puerta cerrada, el Jurado Evaluador determinó la calificación global concedida a la sustentación de la Tesis para obtener el Título Profesional, en términos de:

Aprobado () por Unanimidad () / Mayoría () Desaprobado ()

Otorgada la calificación, el Secretario del Jurado Evaluador lee la presente Acta en esta misma sesión pública. A continuación se levanta la sesión.

Siendo las 11:00 horas del mismo día y fecha, el Jurado Evaluador concluye el acto de sustentación de la Tesis para obtener el Título Profesional.

SECRETARIO

VOCAL

PRESIDENTE

OBSERVACIONES:

ÍNDICE O CONTENIDO GENERAL

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS.....	iv
VISTO BUENO DEL ASESOR DE LA TESIS.....	v
JURADO EVALUADOR DE LA TESIS.....	vi
CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DE LA TESIS.....	vii
REPORTE TURNITIN.....	viii
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE LA TESIS.....	ix
ÍNDICE O CONTENIDO GENERAL.....	x
ÍNDICE DE TABLAS.....	xi
ÍNDICE DE FIGURAS.....	xiii
RESUMEN.....	xiv
ABSTRACT.....	xv
I. INTRODUCCIÓN.....	16
II. MATERIAL Y MÉTODOS.....	22
III. RESULTADOS.....	26
IV. DISCUSIÓN.....	70
V. CONCLUSIONES.....	88
VI. RECOMENDACIONES.....	89
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90
ANEXOS.....	98

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC Lima (reconocimiento a nivel constitucional de los tratados internacionales relacionados a los Derechos Humanos, concretamente el Convenio N° 169 es parte del derecho nacional).....	26
Tabla 2. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N 06316-2008-PA/TC Loreto (el Derecho a la Consulta es el instrumento <i>sine qua non</i> para el ejercicio de otros derechos de las comunidades).....	28
Tabla 3. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC Lima (contenido constitucionalmente protegido del Derecho a la Consulta Previa).....	30
Tabla 4. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 05427-2009-PC/TC Lima (consolidación de la línea jurisprudencial sobre el Derecho a la Consulta).....	32
Tabla 5. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 00025-2009-PI/TC Lima (criterio general sobre aplicación de la Consulta Previa).....	34
Tabla 6. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 00024-2009-PI/TC Lima (se resalta la figura del Ministerio de Energía y Minas como entidad consultante de manera obligatoria).....	35
Tabla 7. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 01126-2011-HC/TC Madre de Dios (se establece el deber del Estado para garantizar los derechos de los pueblos indígenas).....	37
Tabla 8. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 02196-2014-PA/TC Ancash (reconocimiento legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas).....	40

Tabla 9. Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 01717-2014-PC/TC Lima (cabe tutela de derechos constitucionalmente sobre Derecho a la Consulta a través de la Acción de Amparo).....	42
Tabla 10. Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.....	53
Tabla 11. Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.....	54
Tabla 12. Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.....	55
Tabla 13. Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.....	56
Tabla 14. Fallo del Tribunal Constitucional – Análisis de la Controversia.....	57
Tabla 15. Fallo del Tribunal Constitucional – Fundamento 41.....	73
Tabla 16. Informe de condiciones de extrema pobreza de los pueblos indígenas y comunidades campesinas del Perú.....	78

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. ¿Qué tan familiarizado(a) está con el concepto de consulta previa?.	59
Figura 2. ¿Cree que la consulta previa es un derecho fundamental para los pueblos indígenas en el Perú?.....	60
Figura 3. ¿Qué tan familiarizado(a) está con el concepto de principio de progresividad en la teoría de los Derechos Humanos?.....	61
Figura 4. ¿Qué tan importante cree que es la consulta previa para la protección de los derechos de los pueblos indígenas?.....	62
Figura 5. ¿Considera estar de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC en las que establece que la consulta previa no es un derecho fundamental, no se encuentra reconocido por la constitución de forma expresa o tácita y no tiene rango constitucional?.....	63
Figura 6. En su opinión, ¿La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha fortalecido o debilitado el derecho a la consulta previa?.....	64
Figura 7. ¿Cree que el principio de progresividad está siendo suficientemente protegido en la legislación peruana actual?.....	65
Figura 8. ¿Considera que la consulta previa garantiza la participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan sus territorios?.....	66
Figura 9. ¿Está de acuerdo con que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe evolucionar en torno a la progresividad para fortalecer la consulta previa?.....	67
Figura 10. ¿Qué tan satisfecho(a) está con la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú en general?.....	68
Figura 11. Guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa.....	85

RESUMEN

La investigación tiene por objetivo determinar cuál es la guía jurisprudencial por el máximo intérprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa que afecta a la preminencia del Principio de Progresividad. En ese contexto, la investigación tiene un enfoque mixto que incluye la recopilación documental de información mediante el estudio de manera cualitativa al analizar de modo descriptivo, no experimental utilizando métodos doctrinario, exegético, argumentativo y sistemático sobre los casos resueltos por el Tribunal Constitucional en los que se reconoce expresamente el derecho a la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios, para ello se utilizó como muestra 9 sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha desarrollado la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa, que data desde el año 2007 hasta el 2014 como también se ha identificado 2 sentencias emitidas en los años 2021 y 2022 en donde el Tribunal Constitucional afecta el carácter progresivo sobre la consulta previa.

La investigación incluye también, un estudio cuantitativo en su composición para hacer deducciones a partir de la información antes recopilada en la que también se desarrolló la aplicación de una encuesta hecha a 20 abogados con especial interés en el tema y una entrevista a 1 magistrado que administra justicia en causas constitucionales, cuyos resultados han sido esquematizados con sus respectivas interpretaciones según los datos relevantes y posiciones propias a fin de confirmar nuestra hipótesis.

Palabras Claves: *principio de progresividad, consulta previa, Tribunal Constitucional, pueblos indígenas u originarios, jurisprudencia.*

ABSTRACT

The research aims to determine what is the jurisprudential guide provided by the highest constitutional interpreter regarding the right to prior consultation, which affects the primacy of the Principle of Progressivity. In this context, the research adopts a mixed approach that includes the documentary collection of information through a qualitative study of the analysis in a descriptive, non-experimental way using doctrinal, exegetical, argumentative and systematic methods on the cases resolved by the Constitutional Court in which the right to prior consultation is expressly recognized as a fundamental right of indigenous or native peoples. This is done using doctrinal, exegetical, argumentative, and systematic methods on cases resolved by the Constitutional Court, where the right to prior consultation is expressly recognized as a fundamental right of indigenous or native peoples. For this purpose, a sample of 9 rulings was used, in which the Constitutional Court has developed jurisprudential guidance on the right to prior consultation, dating from 2007 to 2014, as well as identifying 2 rulings issued in 2021 and 2022, where the Constitutional Court affects the progressive nature of prior consultation.

The research also includes a quantitative study to make deductions from the previously collected information, which also involved implementing a survey to 20 lawyers with a particular interest in the topic and an interview with 1 magistrate who administers justice in constitutional cases. The results have been schematized with their respective interpretations according to relevant data and personal positions in order to confirm our hypothesis.

Key words: *Principle of Progressivity, Prior Consultation, Constitutional Court, Indigenous or Native Peoples, Jurisprudence.*

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo moderno y civilizado como refiere Carbonell (2014) los gobiernos democráticos suelen determinarse como democracias constitucionales. Es decir, se trata de una estructura política que se desarrolla sobre la base de una carta política que tiene reconocimiento legal como la máxima jerarquía normativa, denominada Constitución, el cual prescribe las decisiones básicas de cómo se debe regir una comunidad política.

En ella, se establecen dos tipos de contenidos esenciales, por un lado, se establecen los derechos de las personas, derechos de contenido fundamentales para su convivencia y, por otra parte, se fija la estructura organizacional de la comunidad política y los mecanismos que se impone para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos y el orden de las instituciones públicas.

Así, el establecimiento del orden constitucional y democrático nos señala lo que deben hacer los gobernantes y lo que no pueden hacer. De este modo, nuestro país no vive ajeno a esta forma de contrato social, pues su catálogo constitucional fomenta la protección de todas las libertades fundamentales que han sido reconocidos a la luz de los compromisos que ha asumido con la comunidad internacional al suscribir convenciones o tratados internacionales.

Ese mismo compromiso tiene carácter vinculante, puesto que, en palabras del constitucionalista Abad (2019) la Carta Política establece la expresión de derechos fundamentales para nombrar aquellos que se encuentran nominados en el artículo 1° y artículo 2°, y a su vez, fija en el artículo 3° una puerta abierta para aquellos derechos fundamentales no nominados que se encuentran en la normativa internacional sobre derechos humanos que surgen de la dignidad humana.

Para ello, resulta indispensable acudir no solo a la Carta Magna y la legislación de desarrollo, sino también, al marco legal internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la doctrina jurisprudencial del Supremo Interprete Constitucional del Perú.

En esa directriz, surge el Principio de Progresividad que según Poyanco (2017) en un artículo académico de investigación nos menciona sobre su definición, el cual, se entiende como la responsabilidad que tiene un Estado de asumir el reconocimiento de determinados derechos sin que se anulen. De esta manera, existe un carácter a su vez de prohibición de no dar marcha atrás para constituirse en una garantía institucional.

Por consiguiente, este Principio de Progresividad tiene base legal en el artículo 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que significa que los esfuerzos del Estado deben realizarse de manera constante, con la mayor rapidez y eficiencia que sea posible obtener, con el fin de lograr una mejora gradual de las condiciones de vida.

Al mismo tiempo, según Toledo (2011) en su artículo de investigación académico refiere que el Principio de Progresividad se encuentra regulada en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2°.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De este modo, el Principio de Progresividad tiene base legal en instrumentos internacionales – universales. Así, para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1990) en su Observación General N° 03 ha establecido la importancia sobre el concepto de progresividad, ya que en ella permite a los Estados Partes establecer obligaciones claras en cuanto a la efectividad de los derechos de tercera generación y que no podrían lograrse de modo inmediato sino con el mismo tiempo para cumplir con sus propios objetivos.

Frente a esto, Calvo (2020) a través de su tesis doctoral sobre el derecho a la progresividad nos señala que corresponde obligatoriamente a los tribunales constitucionales determinar los alcances sobre el Principio de Progresividad por medio de la ejecución de la normatividad internacional sobre derechos humanos.

Ahora bien, para Bucetto (2018) en su artículo de investigación relacionado sobre el derecho a la consulta previa, señala que ésta, se encuentra vinculada con el Principio de Progresividad. Finaliza que, la consulta previa nace del obstáculo legal por parte

de las aldeas indígenas en contra de los gobiernos nacionales que por decisiones directamente afectaban su estilo de vida, de allí que, era necesario obligatoriamente realizar una consulta previamente a las comunidades indígenas al momento de que el gobierno pretenda adoptar una decisión política y jurídica tomándose en cuenta sus normas culturales.

En ese sentido, Guamán (2016) en su tesis de investigación a nivel de pregrado en Loja, Ecuador, nos brinda una definición modesta de lo que constituye la consulta previa, el cual, viene hacer una norma fundamental que tienen los grupos o colectivos indígenas y demás étnicas para resolver sus propias prioridades en función del progreso de sus propios pueblos en el ámbito de su circunscripción ya sea de manera material o espiritual.

Asimismo, el autor nos indica que la consulta previa se origina del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estableciéndose como un proceso de consulta ciudadana que deben tener los pueblos indígenas, el cual, no solamente deben formularse sobre planes de desarrollo o políticas públicas, sino que constituye una consulta anterior a una decisión administrativa o legislativa por parte de un gobierno.

En consecuencia, la consulta previa en el Perú para La Rosa (2012) a través de nuestro máximo interprete constitucional ha permitido el establecimiento de reglas legislativas a través de sus múltiples sentencias sobre la base del ordenamiento jurídico internacional, claro que comparado con los países de Bolivia y Ecuador es bastante limitada legislativamente.

Sin embargo, resulta importante señalar que después de que el Estado peruano haya otorgado el reconocimiento de la consulta previa en virtud de las normas internacionales a través de jurisprudencia, desarrollándola concretamente como derecho de rango constitucional (fundamental) pretenda mediante dos fallos constitucionales emitidos en los años 2021 y 2022 se desconozca de manera expresa el avance continuo del derecho a la consulta previa afectando su carácter progresivo.

De este modo, el informe de tesis tiene como punto de inicio la formulación del problema: ¿Cuál es la guía jurisprudencial por el máximo intérprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa que afecta a la preminencia del Principio de Progresividad?, teniendo como objetivo principal determinar cuál es la guía jurisprudencial por el máximo intérprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa que afecta a la preminencia del Principio de Progresividad y como objetivos específicos, primero, identificar los casos resueltos por el Tribunal Constitucional en las que reconoce expresamente al derecho a la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios, aunado a ello, la muestra que se utilizó son 9 sentencias constitucionales emitidas por el supremo intérprete en las que se ha desarrollado la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa durante el periodo que comprende desde el año 2007 hasta el año 2014 que guarda vinculación con el tema u variables objeto de estudio.

Como segundo objetivo específico, se ha planteado explicar la preminencia del Principio de Progresividad en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su vinculación con la consulta previa, sobre dicho objetivo se llegó a concluir que el Principio de Progresividad se encuentra establecido en las leyes internacionales en las que el gobierno peruano forma parte y que no pueden ser socavados y que sirve de orientación para la interpretación del ordenamiento jurídico relativo a derechos fundamentales de segunda generación, cuyo carácter conforme al derecho y jurisprudencia comparada, como en el caso concreto de Ecuador y Colombia permiten establecer criterios cerrados para adoptar su validez cuya fuente emana de los precedentes de la Corte Interamericana de la que el Perú forma parte.

Finalmente, el tercer objetivo consiste en analizar las sentencias expedidas por el guardián de la Constitución (TC) en las que no reconocen la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa, se llegó a concluir que se encontró dos muestras de estudio, consistente en dos sentencias constitucionales emitidas en los años 2021 y 2022, en donde el Tribunal Constitucional genera el quiebre al reconocimiento del derecho a la consulta previa al negar su categoría como derecho de rango constitucional (derecho fundamental) afectando de este modo la preminencia al Principio de Progresividad.

Así en efecto, el presente informe de tesis nos permitirá confirmar nuestra hipótesis que en suma señala que la guía jurisprudencial por el supremo interprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa afecta la preminencia del Principio de Progresividad, de manera que, no reconoce la consulta previa como norma jurídica fundamental de los pueblos indígenas u originarios.

Por otra parte, nuestra investigación aborda el desarrollo de la aplicación de métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos y procedimientos, que nos han permitido mediante técnicas e instrumentos como fichaje bibliográfico, análisis documental y ficha de análisis de contenido analizar jurídicamente los fallos emitidos por el Supremo Constitucional sobre el derecho a la consulta previa en torno a la preminencia del Principio de Progresividad.

Así como también la aplicación de una encuesta a abogados con especial interés sobre el tema, estando compuesta por 20 profesionales del Derecho cuyo resultado han sido esquematizados con sus respectivas interpretaciones según los datos relevantes y a la vez la aplicación de una entrevista a 1 magistrado que administra justicia en procesos constitucionales, mediante el cual, ha tenido interés particular con el objeto de estudio, arrojando como resultado sus propias posiciones y críticas sobre la guía jurisprudencial por el máximo interprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa en las que se afecta a la preminencia del Principio de Progresividad.

El informe de tesis aborda desde luego en su sección de “Discusión” el desarrollo de cada objetivo específico comparándose con otras investigaciones académicas e información relevante que se encuentra vinculada al estudio sobre las mismas variables objeto de investigación, así como el desarrollo de los resultados de la ejecución de la encuesta aplicada a abogados y la guía de entrevista única a un magistrado con el firme propósito de determinar como la guía jurisprudencial por el Supremo Intérprete Constitucional sobre el derecho a la consulta previa afecta a la preminencia del Principio de Progresividad.

Por último, expondremos nuestras propias conclusiones y recomendaciones a las que hemos arribado, en las que, hemos encontrado hallazgos y deducciones después de un profundo análisis, cuyo diseño tiene un método mixto que ha incluido la recopilación documental de información mediante el estudio de manera cualitativa y cuantitativa en su composición por aplicación de instrumentos y técnicas que guarda relación con cada objetivo específico del informe de tesis.

II. MATERIAL Y MÉTODOS

2.1. Diseño de investigación

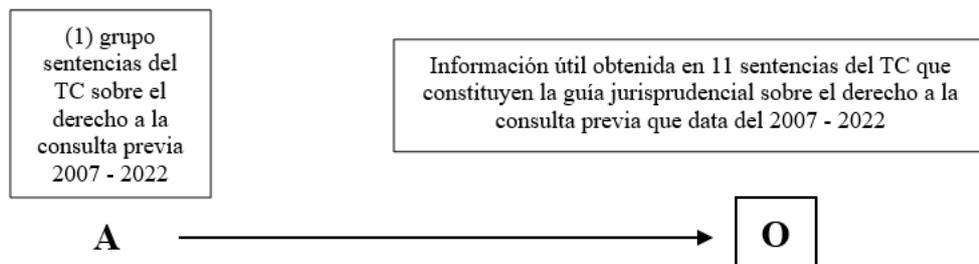
Para (Hernández, *et al*, 2017) se refiere al conjunto de métodos y técnicas que están plasmadas en un determinado plan de investigación con la finalidad de que el investigador verifique la comprobación de su hipótesis frente a su planteamiento del problema y producir información.

El presente informe de tesis es de diseño no experimental, porque ya las variables se han producido, por tanto, no pueden ser manipuladas, solo serán examinadas. En consecuencia, se utilizó este diseño en tanto que las variables son la guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad.

El informe de tesis tiene un método mixto que incluye la recopilación documental de información mediante el estudio de manera cualitativa y cuantitativa, así como su composición y debate para hacer deducciones a partir de la información recopilada y obtener una mejor comprensión.

2.1.1. Modelo de contrastación

Diseño: Se utilizó el diseño descriptivo simple o de una sola casilla (un solo grupo).



Donde:

A: Representa la población que comprende los fallos emitidos por el Órgano Supremo Constitucional que fija la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa que data desde el año 2007 hasta el 2022 en torno a la preminencia del Principio de Progresividad.

O: Constituida por todos los datos que se obtienen de la población; La muestra estudiada está representada en 11 fallos del Órgano Supremo Constitucional que constituyen la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa que data desde el periodo del año 2007 hasta el 2022 en torno a la preminencia del Principio de Progresividad.

Por otra parte, la presente investigación cuyo enfoque de investigación es mixto, en su parte cuantitativa tiene como población y muestra en los siguientes datos obtenidos que son medibles:

Población: La población está conformada por profesionales del Derecho con especial interés en el tema sobre la investigación.

Muestra: La muestra se tomará del total de la población, conformado por profesionales del Derecho con especial interés en el tema que se aborda, que resulta ser 20 abogados que han sido encuestados.

2.2. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos y procedimiento

2.2.1. Métodos

- Métodos generales

A. Inductivo: El enfoque actual nos permitirá avanzar de un conocimiento específico a uno más amplio. Se ha examinado de modo particular los casos resueltos por el máximo intérprete constitucional en los que reconoce expresamente la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios, permitiéndonos determinar si efectivamente en la guía jurisprudencial constitucional se ha afectado la preminencia del Principio de Progresividad.

B. Analítico: Nos permitirá comprender el estudio de la guía jurisprudencial por el Supremo Intérprete Constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, de ese modo analizar la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad.

- **Métodos específicos**

A. Doctrinario: Se utilizó para comprender el desarrollo de la doctrina legal respecto de la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios emitido por el Supremo Intérprete Constitucional y la preminencia del Principio de Progresividad.

B. Exegético: Con el presente método se analizó la base legal empleada a nivel global y local sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios y el Principio de Progresividad.

C. Argumentativo: El objetivo del presente método permitió demostrar lo que es correcto o incorrecto para constatar consecuencias y soluciones alternas, llegando a una conclusión crítica después de analizar los datos investigados. En ese sentido, para la presente investigación, será de posicionarse y argumentar como la guía jurisprudencial por el Guardián de la Constitución (TC) sobre el derecho a la consulta previa afecta la preminencia del Principio de Progresividad.

D. Sistemático: Con este método se analizó de manera conjunta la base legal, la jurisprudencia, informes jurídicos a nivel nacional e internacional relacionadas al objetivo general del proyecto de tesis que es determinar cuál es la guía jurisprudencial por el máximo interprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa que afecta a la preminencia del Principio de Progresividad.

2.2.2. Técnicas

En el presente informe se han utilizado a continuación:

- a) Fichaje Bibliográfico.
- b) Análisis documental de los 11 fallos emitidos por el Supremo Intérprete Constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en torno a la preminencia del Principio de Progresividad.

- c) Encuesta a 20 profesionales del Derecho con especial interés en el tema que se ha investigado.
- d) Entrevista a magistrado que administra justicia en causas constitucionales con especial interés en el tema que se ha desarrollado.

2.2.3. Instrumentos

Los instrumentos que se han utilizado en la investigación han sido:

- a) Fichas de Referencia bibliográfica.
- b) Ficha de análisis de contenido sobre 11 fallos constitucionales emitidos por el Supremo Intérprete Constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en torno a la preminencia del Principio de Progresividad.
- c) Cuestionario estandarizado a 20 abogados.
- d) Guía de entrevista a magistrado que administra justicia en procesos constitucionales con especial interés en el tema.

III. RESULTADOS

3.1.Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en torno a la preeminencia del principio de progresividad.

Tabla N° 01 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC Lima (Identificación constitucional de los acuerdos internacionales vinculados a los derechos humanos, en particular el Convenio N° 169 forma parte del derecho nacional).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	03343-2007-PA/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Jaime Hans Bustamante Johnson
Resolución Impugnada	Resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, 10 de mayo del 2007
Objeto de la Demanda	Acción de Amparo contra empresas petroleras y el Estado por amenaza a derechos ambientales en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera
Demandados	Occidental Petrolera del Perú (OXY), Repsol Exploración Perú (REPSOL), Petrobras Energía Perú (PETROBRAS) y el Ministerio de Energía y Minas
Derechos Afectados	Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, derecho a la vida, libre desarrollo y bienestar, protección de la salud y el ambiente
Motivo de la Demanda	Exploración y explotación de hidrocarburos en área natural protegida, alegando posible contaminación del agua y el ambiente

Contestación del Ministerio de Energía y Minas	Alegan que el Ministerio de Energía y Minas no violó preceptos constitucionales y que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental según la normativa vigente
Contestación de las Empresas Petroleras	Aducen que no se han realizado actividades que afecten el ambiente y que
	se cumplieron todos los requisitos legales para la exploración
Resolución Judicial de Primera Instancia	El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín declaró infundada la demanda, indicando que no se produjo un impacto ambiental significativo
Resolución Judicial de Segunda Instancia	La Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín confirmó la resolución de primera instancia
Argumentos Principales del Fallo Constitucional	Se analizaron temas como el derecho a un ambiente equilibrado, la Constitución ecológica, y la compatibilidad de las actividades económicas con las áreas naturales protegidas
Fundamento Destacado	<i>“(…) De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55° de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar – normativa e interpretativamente – las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”. (Fundamento 31)</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 02 - Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional en el Expediente N 06316-2008-PA/TC Loreto (El derecho a la consulta es la única instancia indispensable para el ejercicio de otros derechos comunitarios).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	06316-2008-PA/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP)
Resolución Impugnada	Resolución de la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, 01 de octubre del 2008
Objeto de la Demanda	Acción de Amparo contra empresas petroleras y el Estado por afectación al derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras por ser incluidos en el ámbito geográfico de la Propuesta de Reserva Territorial Napo “Tigre”
Demandados	PERUPETRO S.A., BARRET RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF y Ministerio de Energía y Minas
Derechos Afectados	Derecho a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado y la propiedad
Motivo de la Demanda	Exploración y explotación de hidrocarburos en los Lotes 39 y 67 en zonas aludidas sin efectuar consulta a las instituciones representativas de los pueblos indígenas
Contestación del Ministerio de Energía y Minas	Alegan que el Ministerio de Energía y Minas no violó preceptos constitucionales por cuanto en nuestro país la Constitución

	<p>Económica consagra una economía social de mercado, cuya base se encuentra en dos componentes básicos, la propiedad y la libertad contractual, las que no pueden verse afectadas con el consiguiente daño de perjudicar las inversiones y el crecimiento económico del país</p>
<p>Contestación de las Empresas Petroleras</p>	<p>Aducen que no se han realizado actividades que afecten el ambiente y que se cumplieron todos los requisitos legales ya que se cuenta con la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por la autoridad competente y que es el Estado quien decide sobre la concesión u otorgamiento de los derechos de los recursos naturales y, por tanto, no existe una prueba real sobre la existencia de las comunidades no contactadas a las que hace referencia la demanda.</p>
<p>Resolución Judicial de Primera Instancia</p>	<p>El Primer Juzgado Civil de Maynas declaró infundada la demanda, por considerar la falta de medios probatorios de la existencia de grupos humanos indígenas en aislamiento o en contacto inicial en las tierras en que habitan</p>
<p>Resolución Judicial de Segunda Instancia</p>	<p>La Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto confirmó la resolución de primera instancia</p>
<p>Argumentos Principales del Fallo Constitucional</p>	<p>Se analizaron temas como el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y derecho a la consulta y su relación con los demás derechos de las comunidades</p>

Fundamento Destacado	<p><i>“(…) El progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales”.</i></p> <p><i>(Fundamento 15)</i></p>
-----------------------------	--

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 03 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC Lima. (Contenido constitucional del derecho a la consulta previa)

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	0022-2009-PI/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos
Demandado	Poder Ejecutivo
Objeto de la Demanda	Acción de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

Derechos Afectados	Falta de consulta previa e informada a los pueblos indígenas, como lo exige el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Afectación de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la consulta previa, el derecho colectivo al territorio ancestral, y otros derechos sobre las tierras; Alegación de que la norma es inconstitucional y tiene el propósito de derogar el Decreto Ley N° 22175 y su reglamento, dejando vigente el Decreto Legislativo N° 667.
Contestación del Poder Ejecutivo	El Decreto Legislativo N° 1089 busca simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones para que los agricultores obtengan titularidad sobre sus terrenos; El Decreto Legislativo no ha excedido el marco delegado por la Ley N°
	29157; La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no ha sido ratificada por el Estado peruano, por lo tanto, no es vinculante; El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT no aplica porque la población peruana es predominantemente mestiza.
Argumentos Principales del Fallo Constitucional	Se analizaron temas como Reconocimiento del Estado peruano como pluricultural y pluriétnico, el Derecho a la identidad étnica y cultural, protección de costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y la aplicabilidad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y su fuerza moral, aunque no vinculante.

Fundamento Destacado	<i>“El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.” (Fundamento 37)</i>
-----------------------------	--

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 04 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 05427-2009-PC/TC Lima (Reafirmación de la doctrina jurisprudencial respecto al derecho a la consulta previa).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	05427-2009-PC/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP)
Resolución Impugnada	Resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 04 de junio del 2009
Objeto de la Demanda	Demanda de Cumplimiento contra el Estado a fin de que dé cumplimiento al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT
Demandado	Ministerio de Energía y Minas
Motivo de la Demanda	Que, el Ministerio de Energía y Minas adecue sus normas, reglamentos y directivas al tratado internacional, Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT

Contestación del Ministerio de Energía y Minas	No emitió pronunciamiento al respecto
Resolución Judicial de Primera Instancia	El Quincuagésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró improcedente la demanda, por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se solicita es controvertido y requiere de la actuación de medios probatorios, agregando que existen otros procedimientos especiales previstos en el propio Convenio, a su entender
	constituyen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias
Resolución Judicial de Segunda Instancia	La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución de primera instancia
Argumentos Principales del Fallo Constitucional	Se analizaron temas como el deber de reglamentar el Derecho a la Consulta por parte del Estado respetando los principios del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT exhortando al Poder Legislativo dentro del principio de colaboración y cooperación de poderes la obligación del desarrollo legislativo a tener en cuenta en la emanación de la norma que dé finalmente cumplimiento al Derecho a la Consulta a los pueblos indígenas.
Fundamento Destacado	<i>“Este colegiado debe invocar aquí la alta responsabilidad de las instituciones del Estado involucradas en los hechos ocurridos el 4 y el 5 de junio del pasado año en la localidad de Bagua, y recordar que no puede admitirse nuevamente bajo contexto alguno que un conflicto social de esta dimensión escale al punto de violencia al que llegó, por el hecho de no haberse implementado un derecho fundamental recogido en un tratado internacional, que no requería de grandes esfuerzos para el Estado, ni de la habilitación de grandes recursos económicos para su plena operativización. No pueden olvidar las autoridades estatales que sus decisiones, en el marco del Estado Constitucional, sólo se legitiman en la medida que respeten el ámbito de garantías ius-fundamentales que la Constitución ha</i>

	<p><i>establecido o que se han reconocido en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso de autos.” (Fundamento 47)</i></p> <p><i>“(…) Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por esto que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6°, inciso b), y 7°.” (Fundamento 62)</i></p>
--	---

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 05 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 00025-2009-PI/TC Lima (Normativa básica para la implementación de la Consulta Previa).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	0025-2009-PI/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Gonzalo Tuanama Tuanama y 8 099 ciudadanos
Demandado	Poder Legislativo
Objeto de la Demanda	Acción de Inconstitucionalidad de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos
Derechos Afectados	Falta de consulta a los pueblos indígenas según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT; Violación del derecho a la igualdad jurídica; Desventaja competitiva para comunidades campesinas y nativas; Falta de aprobación como Ley Orgánica según el artículo 66 de la Constitución Política del Perú

Contestación del Poder Legislativo – Congreso de la República del Perú	La consulta solo sería necesaria si afecta la salud o hábitat de las comunidades campesinas y nativas; La emisión de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos no necesita ser Ley Orgánica, ya que la Ley N° 26821 cubre esa reserva.
Argumentos Principales del Fallo Constitucional	Se analizaron temas como la regulación de los recursos naturales específicamente la Ley de Recursos Hídricos y su naturaleza jurídica
Fundamento Destacado	<i>“El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...) En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una</i>
	<i>medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”. (fundamento 25)</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 06 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 00024-2009-PI/TC Lima (Se enfatiza la figura del Ministerio de Energía y Minas como entidad consultiva de forma obligatoria).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	00024-2009-PI/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Gonzalo Tuanama Tuanama y 6 226 ciudadanos

Demandado	Poder Ejecutivo
Objeto de la Demanda	Acción de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 994 que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola
Derechos Afectados	Falta de consulta previa a los pueblos indígenas, violando el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por parte del Poder Ejecutivo; La norma jurídica genera la desprotección de las comunidades que no cuentan con títulos de propiedad no debidamente formalizados, pudiendo ser desplazadas por proyectos de irrigación.
Contestación del Poder Ejecutivo	El Decreto Legislativo N° 994 fue emitido bajo facultades delegadas por el Congreso de la República mediante Ley N° 29157; La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no tiene efectos vinculantes ya que no fue ratificada por el Estado Peruano; El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT no es aplicable debido a la predominancia de una población mestiza en el Perú; No hay norma legal en el Perú que establezca la consulta previa a pueblos indígenas.
Argumentos Principales del Fallo Constitucional	El Decreto Legislativo N° 994 se dictó conforme a las facultades delegadas por la Ley N° 29157; El derecho a la consulta previa es un derecho colectivo de los pueblos indígenas, reconocido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT; La consulta previa es obligatoria para medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas, con base en su reconocimiento en tratados internacionales; La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada a la entrada en vigencia del Convenio N° 169

Fundamento Destacado	<p><i>“De esta forma queda establecido el íter de reglamentación de la consulta indígena principalmente jurisprudencial ante el supuesto configurado de inconstitucionalidad por omisión del legislador. No obstante cabe destacar que por mandato derivado de la STC 5427-2009-PC/TC con fecha el 12 de mayo de 2011 se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Aprueban Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas. De esta forma el Ministerio de Energía y Minas asume la responsabilidad constitucional que le correspondía en la materia, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar</i></p>
	<p><i>directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N° 169, deben ser consultadas (...). (Fundamento 8)</i></p>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 07 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional en el Expediente N° 01126-2011-HC/TC Madre de Dios (Se impone al Estado el deber de asegurar los derechos de las comunidades indígenas).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	01126-2011-HC/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Juana Griselda Payaba Cachique, presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas

Resolución Impugnada	Resolución de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, 25 de agosto del 2010
Objeto de la Demanda	Demanda de Hábeas Corpus a favor de los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas
Demandados	División de Seguridad del Estado de la PNF, Sede Tambopata, Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa, Sede Tambopata y Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, Poder Judicial
Derechos Afectados	Derecho a la jurisdicción indígena y Derecho a un ambiente equilibrado
Motivo de la Demanda	Se deje sin efecto una medida judicial emitida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios que ordene el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald – Teniente Acevedo – Diamante y que se remita lo actuado al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.
Contestación del Poder Judicial	Alegan que la demanda sea rechazada sosteniendo que la sentencia cuestionada ha sido motivada adecuadamente, no vulnerando derecho fundamental alguno.
Resolución Judicial de Primera Instancia	El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata declaró improcedencia liminar de la demanda por considerar que el Ministerio Público no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad y por consiguiente no tiene ninguna incidencia negativa en la libertad de las personas.

Resolución Judicial de Segunda Instancia	La Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución de primera instancia por considerar que no puede acudir a la justicia constitucional con la finalidad de reevaluarse los medios probatorios del proceso constitucional ya fenecido.
Argumentos Principales del Fallo Constitucional	Se analizaron temas como la afectación del derecho a la propiedad del territorio indígena y la afectación a la autonomía comunal.
Fundamento Destacado	<i>“Y si bien resulta ya evidente afirmar que tales derechos y prerrogativas pueden ser dejados de lado o desnaturalizados por los poderes constituidos, debe tomarse en cuenta que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico. Es, pues, deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las</i>
	<i>leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos. La labor de los jueces del Poder Judicial, en general, y en particular el Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, adquiere una dimensión relevante en la tarea de cubrir los vacíos existentes entre las normas y la realidad (...). (Fundamento 17)</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 08 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 02196-2014-PA/TC Ancash (Reconocimiento de personería jurídica de las comunidades rurales y nativas).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	02196-2014-PA/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Federación Kichwa Huallaga Dorado (Fekihd) a favor de la comunidad Maray
Resolución Impugnada	Resolución de la Sala Superior Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, 16 de enero del 2014
Objeto de la Demanda	Demanda de Amparo a favor de la comunidad Maray
Demandado	Municipalidad Provincial de El Dorado
Derechos Afectados	Derecho a la participación en la vida política, social y cultural de la Nación, a la consulta y al debido procedimiento para la consulta previa establecido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT
Motivo de la Demanda	Se la Entidad emplazada implemente el proceso de consulta en el poblado originario Maray, de modo previo al otorgamiento de autorizaciones administrativas a terceros o entidades estatales para la extracción de material de acarreo en el territorio y jurisdicción de la citada comunidad
Contestación de la Municipalidad Provincial de El Dorado	Alegan que la demanda no ha identificado ni determinado el ámbito territorial del poblado indígena Maray, siendo que conforme al artículo 20° de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa, estos pueblos deben estar registrados en la base de datos del órgano técnico especializado, lo que no ocurre en el presente caso

Resolución Judicial de Primera Instancia	El Juzgado Mixto de El Dorado de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró fundada la demanda de amparo, por considerar que la emplazada no ha negado que se está extrayendo material de acarreo dentro del ámbito de la comunidad Maray y niegan más bien la existencia formal de la demandante
Resolución Judicial de Segunda Instancia	La Sala Superior Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín revoco el fallo de primera instancia y declaró improcedente la demanda, debido a que la consulta debe realizarse en aquellos pueblos en cuyos territorios se desarrollará la medida legislativa o administrativa que los afecta y que la actora no ha acreditado este registrada en la base de datos oficial a cargo del Ministerio de Cultura
Argumentos Principales del Fallo Constitucional	Se analizaron temas como la naturaleza jurídica de los pueblos indígenas u originarios a la luz de la Constitución y la Consulta Previa como cláusula constitucional relevante
Fundamento Destacado	<p><i>“(…) la Constitución de 1993 no alude explícitamente a los pueblos indígenas u originarios. Así, el artículo 89 de la Constitución prescribe lo siguiente en su primer párrafo: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas [...]”. A criterio de este Tribunal, luego de una interpretación unitaria de la precitada disposición, la Constitución</i></p> <p><i>reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna, es decir, las reconoce como personas jurídicas”. (Fundamento 4)</i></p> <p><i>“(…) Y es que, normativamente, la personería jurídica de los pueblos indígenas u originarios deriva de la ratificación por parte del Estado Peruano del Convenio 169 OIT que define el concepto, constituye el marco normativo que los regula y forma parte del ordenamiento jurídico nacional en una lógica de convencionalización del Derecho (...)”. (Fundamento 6)</i></p>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Tabla N° 09 – Principales datos del caso y fundamento destacado sobre la Sentencia Constitucional recaído en el Expediente N° 01717-2014-PC/TC Lima (Cabe tutela de derechos constitucionalmente sobre derecho a la consulta a través de la Acción de Amparo).

Aspectos Generales	Detalles
Número de Expediente	01717-2014-PC/TC
Órgano Jurisdiccional	Tribunal Constitucional
Recurrente	Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú)
Resolución Impugnada	Resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 21 de noviembre del 2013
Objeto de la Demanda	Demanda de Cumplimiento
Demandado	Ministerio de Energía y Minas
Derechos Afectados	Derecho a la Consulta Previa establecido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT y en la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios
Motivo de la Demanda	Se ordene al Ministerio de Energía y Minas con el objeto de que la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM sea sometida a consulta previa dado que desarrolla temas relacionados con las actividades de hidrocarburos, mineras e hidroeléctricas que se dan en territorios indígenas, dado que no fue sometida al proceso de consulta previa antes de su emisión
Contestación del Ministerio de Energía y Minas	Alegan que la cuestionada Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM no vulnera el derecho a la consulta previa por cuanto la referida

	<p>resolución ministerial únicamente aprueba los procedimientos administrativos a través de los cuales se realizará la consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo, además no menciona la realización de algún proyecto que pudiera afectar los derechos de las poblaciones indígenas y no concede territorios y menos autoriza la exploración como la explotación de los minerales en los predios de los pueblos indígenas</p>
<p>Resolución Judicial de Primera Instancia</p>	<p>El Décimo Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente la demanda por considerar que no existe un mandato legal que, de manera cierta, expresa e incondicional establezca las pretensiones del actor y que sea exigible a través del proceso de cumplimiento, agrega que el proceso contencioso administrativo es la vía procedimental idónea para dilucidar la presente controversia.</p>
<p>Resolución Judicial de Segunda Instancia</p>	<p>La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución de primera instancia por los mismos fundamentos</p>
<p>Argumentos Principales del Fallo Constitucional</p>	<p>Se analizaron temas como la aprobación de los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar la consulta previa</p>
<p>Fundamento Destacado</p>	<p><i>“La demanda de autos, entendida como de amparo, tiene por objeto que se deje sin efecto la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, reglamentos que aprueban los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la dirección a cargo. Se alega la vulneración del derecho a la consulta previa”. (Fundamento 1)</i></p> <p><i>“Dado que la pretensión consiste en que se inapliquen las Resoluciones Ministeriales 350-2012-MEM/DM y 209-2015-MEM/DM (...) a juicio de este Tribunal, es menester evaluar si dichas normas son autoaplicativas, supuesto en el que procede el amparo contra normas, conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Constitucional”. (Fundamento 16)</i></p>

	<p><i>“(…) en el presente caso se observa que la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM y la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM son normas autoaplicativas, porque desde su entrada en vigencia, su aplicación resulta inmediata e incondicionada. Asimismo, el supuesto normativo de dichas resoluciones en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos, en la medida en que su sola emisión genera un impacto en el derecho a la consulta previa de la parte de las comunidades indígenas y nativas”. (Fundamento 19)</i></p>
--	--

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

3.2.La preminencia del Principio de Progresividad en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho a la consulta previa. Segundo Objetivo Específico.

3.2.1. La naturaleza jurídica del Principio de Progresividad.

La definición exacta del Principio de Progresividad no consiste en una suerte rotunda de lo que actualmente se la conoce, sino que, en ella ha tenido una evolución histórica en el transcurso del tiempo.

De acuerdo con Salcedo (2023) en su trabajo académico refiere que la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 estableció el término de progresividad en su Preámbulo que indica que tanto las personas como las instituciones organizadas deben promover el respeto de los derechos y libertades, así como asegurar su reconocimiento y ejecución en los Estados Miembros a través de medidas progresivas.

De esta manera, se sienta los primeros cimientos del Principio de Progresividad cuyo carácter en nuestra opinión, constituye un antecedente “*ius universal*”. Posteriormente, dicho canon sustantivo paso a ser regulado de modo explícito en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año

1966 como marco normativo mundial que prescribe en su artículo 2° inciso 1) al señalar en palabras nuestras, que corresponde que todos los Estados Partes se comprometen a tomar acciones, ya sea de manera particular o a través de la ayuda internacional de modo técnico y económico con el fin de alcanzar gradualmente mediante todas las formas adecuadas la implementación de medidas gubernamentales.

Asimismo, dicho texto normativo internacional dispone en su artículo 11° inciso 1) que los Estados Partes reconocen el derecho de cada persona a un nivel de vida apropiado para él y su familia que incluye sus necesidades básicas primarias. Los Estados Partes adoptaran acciones adecuadas para garantizar la eficacia de dichos derechos en el contexto global basado en el consentimiento libre de las naciones.

De este modo, podemos entender que el Principio de Progresividad está sujeto al avance paulatino de cumplimiento del reconocimiento de los derechos asociados a la mejora continua del nivel de vida de los habitantes.

En esa directriz, la progresividad adquiere una mayor connotación en el ámbito de América al darse por sentado como desarrollo progresivo fijado en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en nuestro propio término, establece que los Estados se comprometen a tomar medidas, tanto en el ámbito nacional como a través de la colaboración o ayuda internacional de forma económica y técnica con el objetivo de alcanzar paulatinamente la total efectividad de los derechos que provienen de las regulaciones económicas, sociales, de educación, ciencia y cultura por vía legislativa u otros medios.

Ahora bien, uno de los instrumentos normativos más actuales con los que se cuenta es la Declaración de Quito acerca de la Exigibilidad y Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe del año 1998 que en su apartado 20) se establece que los derechos económicos, sociales y culturales fijan las restricciones mínimas que el Estado debe respetar para asegurar el funcionamiento de sociedades equitativas y legitimar su propia

existencia. Para alcanzar este mínimo de orden, el Estado debe establecer políticas de mejora gradual del nivel de vida de los ciudadanos a través de la extensión del disfrute de estos.

Así también, en la acotada norma internacional se impone a los Estados de manera obligatoria el Principio de Progresividad al señalarse en su apartado 29) literal b), la obligación de adoptar medidas inmediatas, que en nuestro razonamiento legal significa, que los Estados deben implementar acciones en un periodo de tiempo razonable, preferentemente corto en relación a los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales. Estas acciones deben ser acciones específicas, intencionadas y dirigidas lo más nítidamente posible hacia la satisfacción completa de los derechos.

En cualquier circunstancia, será responsabilidad del Estado justificar su omisión, retraso o desviación en la consecución de dichos objetivos, y entre sus responsabilidades a corto plazo se incluyen: i) La responsabilidad de ajustar el marco jurídico, es decir, es responsabilidad de los Estados ajustar su marco jurídico a las disposiciones de las regulaciones internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Mas aún, en dicha normativa internacional reza en su apartado 29) literal d) sobre la obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad, al indicar en términos simples que el Estado está prohibido de aplicar políticas regresivas, que se definen como aquellas que buscan o tengan como objetivo reducir el estado de gozo de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este contexto: i) Las regulaciones que parecen regresivas implican una presunción de invalidez que impone al Estado la obligación de justificarlas completamente bajo condiciones de riguroso análisis; ii) La progresividad requiere que los Estados establezcan estrategias y objetivos de forma instantánea para alcanzar la vigencia total de los derechos económicos, sociales y culturales, con un sistema de indicadores verificables que faciliten una supervisión por parte de los sectores sociales.

La progresividad conlleva la implementación instantánea de los contenidos básicos de los derechos económicos, sociales y culturales para asegurar una vida digna.

Podemos inferir entonces que el Principio de Progresividad surge de un deber de optimización que el Estado asume con el objetivo de que los derechos concedidos deben ser respetados en diferentes niveles del Estado para la mejora progresiva de las condiciones de vida de la ciudadanía en general.

3.2.2. El Principio de Progresividad según la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano.

Con relación al Principio de Progresividad la Corte desarrolla la progresividad a través de su jurisprudencia, entre las cuales destacaremos las más importantes a criterio nuestro.

Así tenemos, el Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs Perú, el cual se detalla en el Informe 39/09 del 27 de marzo del año 2009, donde se fomenta la progresividad desde la no regresión y se definen directrices de evaluación en un caso específico si se justifica el retroceso de un derecho.

Al mismo tiempo, en el fundamento 112 la Corte ha predeterminado la evaluación a partir de tres puntos concretos: i) Si la limitación se estableció mediante una ley; ii) Si la limitación tenía un propósito legítimo, como la realización de un interés social o de la preservación del bienestar general en una sociedad democrática; iii) Si la limitación fue proporcional en términos de ser razonable para alcanzar tal objetivo y, en cualquier caso, no se sacrificó la esencia del derecho.

El caso traído a colación, consistió en la modificación del sistema legal en relación con los derechos pensionarios, establecido en el Decreto Ley N° 20530 y la Ley N° 20530 y la Ley N° 28389 durante el año 2004, bajo la aplicación del artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte llevó a cabo del estudio de los hechos de la supuesta infracción, considerando

las cuestiones generales relacionadas con la salvaguardia del derecho a la pensión mediante el test antes señalado.

Por tanto, la Corte enriquece el concepto de progresividad establecido en el sistema legal internacional al definir criterios para establecer si una acción legislativa constituye un retroceso normativo o se basa en el respeto de los derechos esenciales reconocidos por la Constitución Política de un Estado.

De forma semejante, el Tribunal Interamericano sobre Derechos Humanos en el Caso Poblete Vílchez y Otros vs Chile en su Sentencia de fecha 8 de marzo del año 2018, condenó al Estado de Chile por no asegurar al señor Vinicio Antonio Poblete Vílchez su derecho a la salud sin discriminación y por la ausencia de servicios básicos esenciales pese a estar en situación de vulnerabilidad por ser individuo de edad avanzada que fue la causa principal de su fallecimiento; La Corte ha establecido en su fundamento 104 respecto del Principio de Progresividad que se desprenden principalmente dos clases de responsabilidades del contenido del artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por un lado, la implementación gradual de medidas generales y por el otro, la implementación de acciones inmediatas.

Por otra parte, en el caso de nuestro país, el Supremo Interprete Constitucional Peruano en su fallo recaído en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, Lima fundamento 36 ha establecido a nuestro modo de comprender, que el principio de progresividad en el gasto al que se refiere la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, no debe interpretarse de manera indefinida sino actuar como un alegato constante ante la inacción del Estado.

De ahí que, por ejemplo para el Supremo Interprete Constitucional en su fallo recaído en el Expediente N° 0033-2010-PI/TC Lima ha destacado en su fundamento 28 en relación al Principio de Progresividad, que la efectividad de los derechos sociales demanda un mínimo de acción del Estado mediante la instauración de servicios públicos, y de la sociedad a través de la aportación de impuestos, dado que toda política social requiere una implementación

presupuestaria, por lo que los Estados deben adoptar acciones constantes y eficientes para alcanzar gradualmente la total efectividad.

Así pues, los derechos sociales deben ser entendidos como auténticas salvaguardas del ciudadano ante el Estado, dentro de una perspectiva que intenta reevaluar la efectividad legal de los mandatos constitucionales y, en consecuencia, la validez de la Carta Magna.

Lo que señala en suma el Tribunal Constitucional es que los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de supervisar el cumplimiento del deber de progresividad respecto a su exigibilidad legal, asegurando el derecho al plano real.

3.2.3. El Principio de Progresividad con relación al Derecho a la Consulta Previa.

Para empezar, el caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador del 27 de junio de 2012, emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos representa un marco jurídico relevante en la interpretación de los derechos colectivos, con particular relevancia sobre el derecho a la consulta previa sobre las comunidades indígenas, señalando que, ante cualquier impacto en sus territorios, ésta resulta ser derecho esencial para salvaguardar sus derechos y forma de vida.

Así en el fundamento 157 de su Sentencia, la Corte ha destacado que para la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no debe con llevar a la denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe tener en cuenta principalmente varias formas de consulta, que se centra en: i) Llevar un procedimiento adecuado y participativo que asegure su derecho a la consulta en situaciones de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) Llevar a cabo un análisis de impacto ambiental y; iii) Distribuir de manera equitativa las ventajas derivadas de la explotación de los recursos naturales requerida por el artículo 21° de la Convención Americana.

En el fundamento 159 la Corte ha establecido que las comunidades indígenas y sus territorios tienen un componente fundamental de identificación cultural

basado en sus propias cosmovisiones como protagonistas sociales y políticos distintivos en sociedades multiculturales, los cuales deben ser reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El respeto a los derechos de las personas a su cultura debe ser garantizado para que el derecho a la consulta sea válido.

Así es menester precisar que la Corte ha considerado previamente al desarrollo de sus precedentes a la luz de los instrumentos internacionales más relevantes, destacando el caso especial del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Comunidades Indígenas al exponer sus propios veredictos.

Ahora bien, en el Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus Miembros vs Honduras de fecha 29 de agosto del año 2023, la Corte en su fundamento 39 de su fallo ha dejado establecido que para analizar si un Estado no ha respetado ni garantizado el derecho de participación de comunidades originarias relativas a la obligación de consulta previa, libre e informada es necesario hacerlo en función de tres argumentos que significa: i) La jurisprudencia propia de la Corte respecto al surgimiento de las responsabilidades de consulta previa en el contexto de la Convención Americana; ii) La reflexión sobre el contenido de un derecho, siempre que sea más beneficiosa (principio de progresividad); y iii) La no existencia de cosa juzgada.

De lo expuesto, incidimos que la Corte en su fundamento 45 ha desarrollado la aplicación de la progresividad sobre el derecho a la consulta previa haciendo referencia a otro caso particular, como lo es el de Agua Caliente vs. Guatemala, en donde se ha sostenido que es imprescindible que se contemple la necesidad de que la Corte progrese en la definición de la consulta, como un derecho autónomo en base al artículo 26° de la Convención Americana, es decir la consulta previa debe darse con las prácticas, costumbres y tradiciones de la comunidad.

Ello quiere decir, que la actual jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la consulta en torno al principio de progresividad busca muy oportuno que dicho derecho se vuelva un derecho autónomo; De modo que, al reconocer su

incidencia, la Corte crea elaborando pautas sobre otros derechos que sean simultáneamente pertinentes, en este caso, se enfocó si la comprensión de la consulta también influye en el derecho a la cultura. Esto se aplicará en futuros casos donde no solo es necesario generar información de forma técnica, sino que los afectados necesiten entender una consulta culturalmente apropiada, es decir las peticiones de información se traduzcan en el idioma propio de la comunidad.

En buena cuenta vemos aquí, como el Principio de Progresividad se inserta en el derecho a la consulta previa para empujarlo a un modo más efectivo, es decir, no solo basta que exista la consulta en el modo establecido por el derecho interno como medida administrativa y legislativa, sino que garantice una información culturalmente apropiada en su idioma natural para que los destinatarios de la consulta tomen sus propias decisiones con la información requerida, para hacerlo efectivo la Corte ha sustentado su argumento amparándose en el Pacto de San José que tiene carácter vinculante.

En esa directriz, recurriendo al derecho comparado como es en el ordenamiento jurídico de Colombia, la Corte Constitucional a través de su Sentencia T-011/14 de fecha 21 de enero del año 2024, respecto al Principio de Progresividad ha establecido su alcance y contenido; Así pues, en sus fundamentos ha destacado que el legislador no puede modificar los beneficios establecidos anteriormente en leyes, sin que haya motivos adecuados constitucionalmente válidos para hacerlo. Esto está establecido tanto en la Constitución (artículo 48°) como en otras normativas internacionales a las que Colombia está vinculada.

En resumen, para la Corte Constitucional de Colombia cualquier desviación respecto al nivel de protección logrado es constitucionalmente problemática, por omitir directamente el mandato de progresividad.

Resulta también imprescindible, señalar que la Corte Constitucional ha expresado en el antes citado fallo, que cuando se somete a juicio constitucional una medida regresiva, es responsabilidad del Estado evidenciar, con datos adecuados y relevantes, que la medida es legítima, para ello deberá tomarse en cuenta: 1) Que la medida tiene como objetivo cumplir con un objetivo

constitucional esencial; 2) Que, tras una evaluación judicial, se ha evidenciado que la medida es efectivamente efectiva para alcanzar el objetivo buscado; 3) Que, tras un estudio de las diversas opciones, la medida parece ser indispensable para lograr el objetivo establecido; 4) Que, no impactan en el contenido mínimo no accesible del derecho social afectado; 5) Que, el beneficio que obtiene es evidentemente mayor al derecho anterior.

Por otra lado, para el caso de Ecuador, su Corte Constitucional por medio de su Sentencia N° 012-11-SCN-CC de fecha 24 de noviembre del año 2011 manifiesta que el principio de progresividad tiene carácter constitucional al encontrarse establecido en su texto constitucional; Así el fuero constitucional ha indicado que la Constitución del 2008 recoge dos principios esenciales en la teoría general de los derechos humanos, la progresividad y el de no regresividad, el primero, que significa que todos los derechos humanos poseen dimensiones de acatamiento inmediato y dimensiones de evolución, y el segundo, que no se puede regresar hacia ya lo reconocido, puesto de ser así, sería inconstitucional la medida conforme se fija en el numeral 8 del artículo 11° de su texto supremo constitucional.

En definitiva, se comprende que tanto a nivel del sistema interamericano a través de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos la figura de la consulta previa guarda estrecha conexidad con el Principio de Progresividad por ser un derecho social, pues a través de los citados precedentes se entiende su naturaleza legal y su modo de cómo debe ser tratada por parte de cualquier Estado, los casos de Colombia sirven también de mayor ejemplo al establecer el tratamiento de la consulta previa en su excepción constitucional, el ejemplo de Ecuador resulta más relevante aún por establecer la progresividad en su relación con la consulta previa desde su texto constitucional.

3.3.Las sentencias expedidas por el guardián de la Constitución (TC) en las que no reconoce la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa. Tercer Objetivo Específico.

Según Cárdenas (2023) en su trabajo de pregrado expone que existe por lo menos dos sentencias muy apartes que contravienen significativamente al desarrollo del

derecho a la consulta previa en nuestro país, son los fallos constitucionales recaídos en los Expedientes: N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC.

3.3.1. STC N° 1171-2019-PA/TC, Loreto.

Que, respecto al fallo constitucional de fecha 18 de noviembre del año 2021, se trata de una demanda constitucional de acción de amparo interpuesto por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP) contra el Gobierno Regional de Loreto, contra la empresa Perúpetro SA y el Ministerio de Cultura del Perú solicitando como petitorio principal que se base su derecho a poseer todo el territorio que ocupa, incluidos los recursos naturales, y que se anulen y reviertan todas las concesiones, derechos, títulos habilitantes, lotizaciones u otros derechos otorgados en su territorio a terceros. Estos derechos deberían pasar a su dominio por la existencia de una vulneración del derecho a la consulta.

El máximo intérprete constitucional a razón de lo expuesto por su relatoría, declaró improcedente la demanda constitucional en virtud de los votos efectuados en mayoría por los jueces Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortine y Sárdón de Taboada.

Si bien es cierto, que los magistrados han emitido su voto para rechazar de plano liminarmente la demanda constitucional de amparo, cada uno ha emitido un pronunciamiento singular justificando su rechazo, el cual, señalaremos los argumentos principales relacionados sobre derecho a la consulta previa.

Sobre el voto del juez Ferrero Costa, resulta que ha alegado como fundamento principal conforme a la siguiente tabla:

Tabla N° 10 – Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.

EXPEDIENTE. N° 01171-2019-PA/TC LORETO – FEDERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ACHUAR DEL PERÚ (FENAP) – VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA
<i>“En consecuencia, las pretensiones de la actora no son susceptibles de ser dilucidadas y atendidas en el marco de un proceso de amparo en la medida en que el objeto de este es restituir derechos fundamentales conculcados o, en su defecto, poner punto final a eventuales amenazas a ellos. Y no tiene carácter constitutivo, que es lo que en buena cuenta pretende la actora al solicitar que, como consecuencia de un pronunciamiento estimatorio, se le reconozca personalidad jurídica al pueblo Achuar (...).”</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Es decir, para Ferrero Costa no resulta amparable la pretensión de la parte demandante que es la comunidad nativa debidamente formalizada, porque su reclamación legal no constituye objeto de tutela vía proceso de amparo, porque no tiene carácter constitutivo, negando consecuentemente, el derecho a la consulta previa como derecho fundamental.

Para, Miranda Canales en sus argumentos jurídicos para desestimar la demanda fundamento su voto conforme a la siguiente tabla que se observa a continuación:

Tabla N° 11 – Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.

EXPEDIENTE. N° 01171-2019-PA/TC LORETO – FEDERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ACHUAR DEL PERÚ (FENAP) – VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES
<i>“(…) los pueblos indígenas afectados, las provincias geográficamente involucradas, distritos, anexos del territorio nacional donde se ha omitido realizar la consulta, determinar el radio de influencia; no obstante, el territorio y la titulación no se encuentran acreditados. Esta situación no permite analizar no solo la exigencia de observar el derecho fundamental a la consulta previa, sino evaluar la legitimidad (o ilegitimidad) constitucional de las razones, tras el posible incumplimiento del derecho invocado por las partes.”</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

En efecto, el juez constitucional optó por declarar improcedente la demanda, ya que la parte demandante no había demostrado tener la propiedad de los terrenos que se habían reclamado como violentados. Sin embargo, no cuestionó el reconocimiento de que la consulta previa representara derecho fundamental alguno.

En el caso, del juez Blume Fortini fundamento su voto para declarar también la improcedencia de la demanda conforme a los argumentos establecidos en la siguiente tabla:

Tabla N° 12 – Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.

EXPEDIENTE. N° 01171-2019-PA/TC LORETO – FEDERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ACHUAR DEL PERÚ (FENAP) – VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

<i>“(…) el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional.”</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

Lo que señala el magistrado es ya una cuestión de negación categórica al caso para desestimar la demanda, basándose en práctico que la consulta previa no forma parte del ordenamiento jurídico peruano, negando su existencia legal de la emana a través de un convenio internacional.

Finalmente, para el Juez constitucional Sardón Taboada respecto a su voto singular que opto por desestimar la demanda de amparo, se sustentó conforme a la siguiente tabla que se muestra a continuación:

Tabla N° 13 – Voto de Magistrado del Tribunal Constitucional.

EXPEDIENTE. N° 01171-2019-PA/TC LORETO – FEDERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ACHUAR DEL PERÚ (FENAP) – VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA
<i>“(…) debo reiterar que el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no habría podido estarlo, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales. No establece derechos para grupos sociales determinados.</i>
<i>El derecho a la consulta previa tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución, ya que las comunidades campesinas a las que alude deben organizarse jurídicamente para existir. La existencia de los pueblos tribales e indígenas a los que se refiere el Convenio 169, en cambio, es independiente del orden jurídico.”</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

3.3.2. STC N° 03066-2019-PA/TC, Puno.

Se trata del fallo constitucional contenido en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC, Puno de fecha 20 de enero del año 2022, en la cual, los hechos se centran en que las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará formulan demanda de acción de amparo contra el Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM) con la finalidad de que se deje sin efecto las concesiones mineras no metálicas “Chilachambilla 1” y “Chilachambilla 2” en razón de estar superpuestas al territorio de las comunidades campesinas demandantes, así alegan que se ha vulnerado el derecho a la consulta previa y a la libre determinación de los pueblos, a la identidad cultural.

Así a través del recurso de agravio constitucional se buscó dejar sin efecto la Resolución N° 58 de fecha 01 de julio del año 2019 expedida por la Sala Civil de la Provincia de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la apelada, que declaró improcedencia la demanda indicando que no es claro que las entidades demandantes pertenezcan a un pueblo indígena y que su autoidentificación con uno de estos pueblos no se acreditado suficientemente. Por ello, considera que la titularidad del derecho a la consulta debe estar plenamente probada.

El Tribunal Constitucional con los votos de Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini emitieron Sentencia al declarar la improcedencia de la demanda fundamentando principalmente conforme a la siguiente tabla:

Tabla N° 14 – Fallo del Tribunal Constitucional – Análisis de la Controversia.

EXPEDIENTE. N° 03066-2019-PA/TC PUNO COMUNIDADES CAMPESINAS CHILA CHAMBILLA Y CHILA PUCARÁ – FUNDAMENTOS DE SENTENCIA
Análisis de la controversia
2. En el presente caso, la parte demandante principalmente cuestiona que las entidades emplazadas no habrían implementado el mecanismo de la consulta previa en el otorgamiento de una concesión minera que se sobrepone a sus territorios.
3. Sin embargo, el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental.
4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional.

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

De esta forma, el Supremo Intérprete Constitucional rechazo de plano la demanda de amparo vía al señalar que el derecho a la consulta previa no constituye derecho fundamental alguno porque no se encuentra reconocido por el ordenamiento constitucional ya sea de forma expresa o tácita y menos tenga rango constitucional.

Sin embargo, de parte del magistrado Miranda Canales emitió un voto singular en el que declara infundada la demanda y por parte de los magistrados María Ledesma Narváez y Espinosa Saldaña Barrera formularon votos singulares en los que declaran fundada la demanda.

En consecuencia, como refiere Castro (2023) en su trabajo de suficiencia profesional sobre el fallo constitucional concluye que el Supremo Intérprete Constitucional debió declarar procedente la demanda de amparo con base en la

aplicación del control de convencionalidad por aplicación de la jurisprudencia del sistema interamericano y del Convenio N° 169 de la OIT.

Por otro lado, para Landeo (2023) en su trabajo de suficiencia profesional señala que nuestro máximo interprete constitucional no sustentó la improcedencia de la demanda, ya que el acceso a la consulta previa está protegido por la Carta Magna de 1993, toda vez que forma parte del derecho sustantivo según las normas adjetivas (artículos II y VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional).

Finalmente, en este punto Acosta & Flores (2023) en su tesis de pregrado respecto a la sentencia constitucional contenido en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC concluye indicando que el supremo intérprete constitucional no ha desarrollado la controversia jurídica, pues solo se limitó a brindar un pronunciamiento netamente de forma y no de fondo. Sin embargo, los demás miembros del Tribunal Constitucional dieron apertura a las cuestiones de fondo estableciendo la atribución de los demandantes como pueblos indígenas u originarios y la transgresión que genera el otorgamiento de una concesión minera.

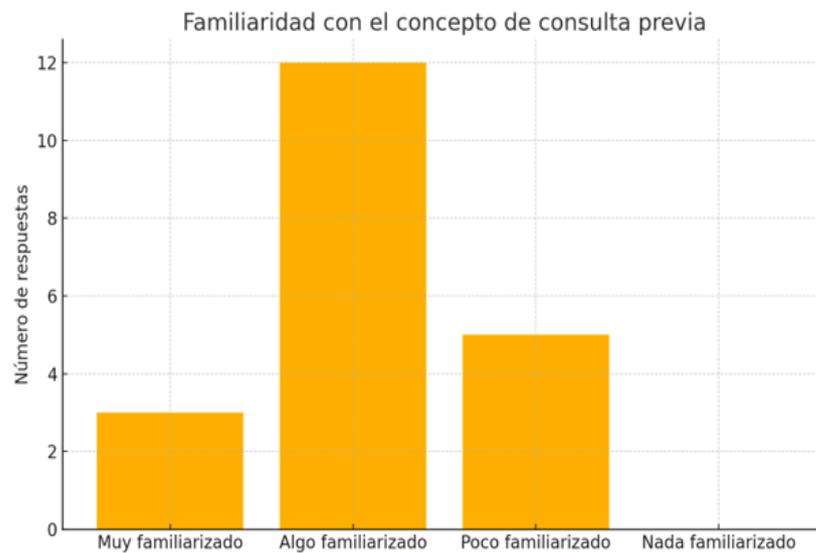
3.4.Resultados sobre la aplicación de encuesta a 20 profesionales del Derecho con especial interés en el tema.

Es muy importante resaltar que el presente trabajo de investigación tiene un método mixto que incluye la recopilación de información también de manera cuantitativa, el cual ha consistido en la aplicación de la técnica (encuesta) a través del instrumento (cuestionario estandarizado) consistente en la formulación de 10 preguntas, teniendo como población conformada por profesionales del Derecho y como muestra a 20 abogados con especial interés en el tema objeto de estudio, nos ha permitido obtener los siguientes datos que son medibles y que previamente, ha sido validado por expertos estadísticos.

De esa manera, luego de revisar y extraer los datos que contiene el cuestionario aplicado a los 20 abogados en general, se ha determinado la siguiente información:

Figura 1

¿Qué tan familiarizado(a) está con el concepto de consulta previa?

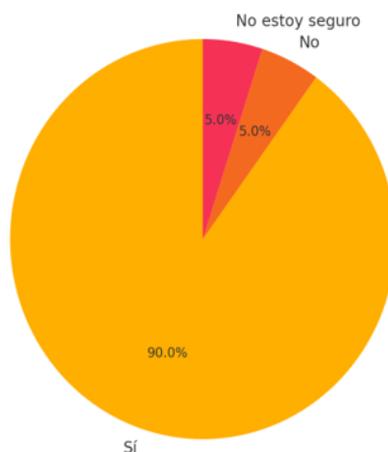


Interpretación:

De la primera pregunta realizada a los 20 abogados, se tiene que los resultados arrojan que: 3 respondieron que están Muy familiarizados; 12 respondieron que están Algo familiarizado; 5 respondieron que están Poco familiarizado; 0 respondieron Nada familiarizado. En consecuencia, 12 de los encuestados se han encontrado algo familiarizados con el concepto de consulta previa, es decir presenta algún grado de conocimiento sobre el tema.

Figura 2

¿Cree que la consulta previa es un derecho fundamental para los pueblos indígenas en el Perú?

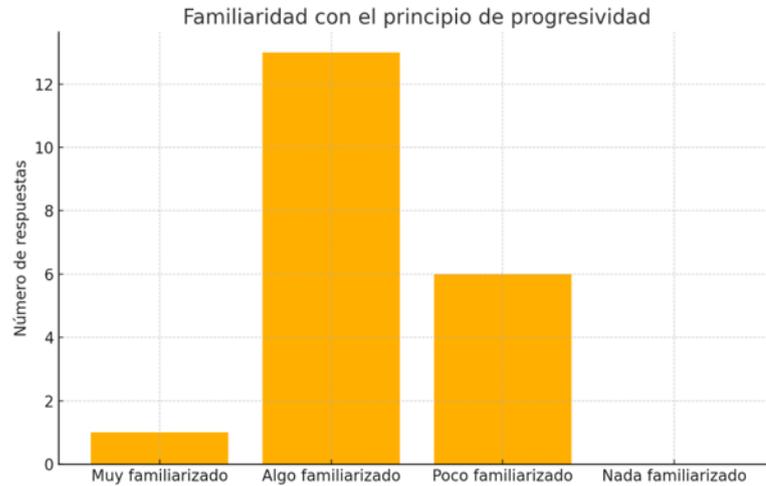


Interpretación:

Respecto del cuestionario segundo realizado a los 20 abogados, se tiene que los resultados arrojan que: 18 respondieron que Sí, representados en un 90%; 1 respondió que No, representado en un 5% ;1 No respondió que No está seguro representado en un 5%. En efecto, 18 abogados del total encuestados, es decir mayoritariamente, consideran que la consulta previa constituye derecho fundamental.

Figura 3

¿Qué tan familiarizado(a) está con el concepto de principio de progresividad en la teoría de los Derechos Humanos?



Interpretación:

Respecto del interrogante 3 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que, 1 respondió que está Muy familiarizado; 13 respondieron que están Algo familiarizado; 6 respondieron que están Poco familiarizado; 0 respondieron que Nada familiarizado. En consecuencia, 13 respondieron que se encuentran algo familiarizado con el concepto de Principio de Progresividad en la teoría de los Derechos Humanos, es decir presentan algún conocimiento sobre el tema.

Figura 4

¿Qué tan importante cree que es la consulta previa para la protección de los derechos de los pueblos indígenas?

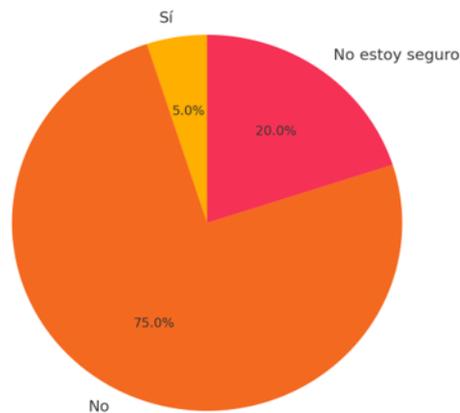


Interpretación:

Respecto del interrogante 4 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que, 15 abogados respondieron Muy importante; 5 abogados respondieron Importante; 0 abogados poco Importante; 0 abogados Nada importante, esto quiere decir que para los 15 abogados sienten mayoritariamente consideran que la consulta previa es de mucha relevancia para los casos en los que se presentan.

Figura 5

¿Considera estar de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC en las que establece que la consulta previa no es un derecho fundamental, no se encuentra reconocido por la constitución de forma expresa o tácita y no tiene rango constitucional?



Interpretación:

Respecto del interrogante 5 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que 1 abogado respondió que Sí representado en 5%; 15 abogados respondieron que No representado en 75%; 4 abogados respondieron No estar seguro representado en 20%. En efecto, 15 abogados del total encuestados, es decir ampliamente mayoritario, consideran no estar de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC en las que establece que la consulta previa no es un derecho fundamental, no se encuentra reconocido por la constitución de forma expresa o tácita y no tiene rango constitucional.

Figura 6

En su opinión, ¿La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha fortalecido o debilitado el derecho a la consulta previa?

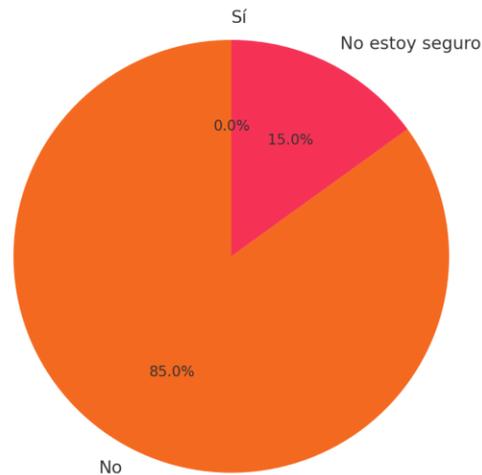


Interpretación:

Respecto del interrogante 6 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que, 0 Abogados respondieron Fortalecido; 16 abogados respondieron Debilitado; 4 abogados respondieron No ha tenido impacto; 1 abogado respondió No estar seguro. En consecuencia, para los 16 abogados consideran que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mediante las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC debilitan el reconocimiento de la consulta previa como derecho fundamental.

Figura 7

¿Cree que el Principio de Progresividad está siendo suficientemente protegido en la legislación peruana actual?

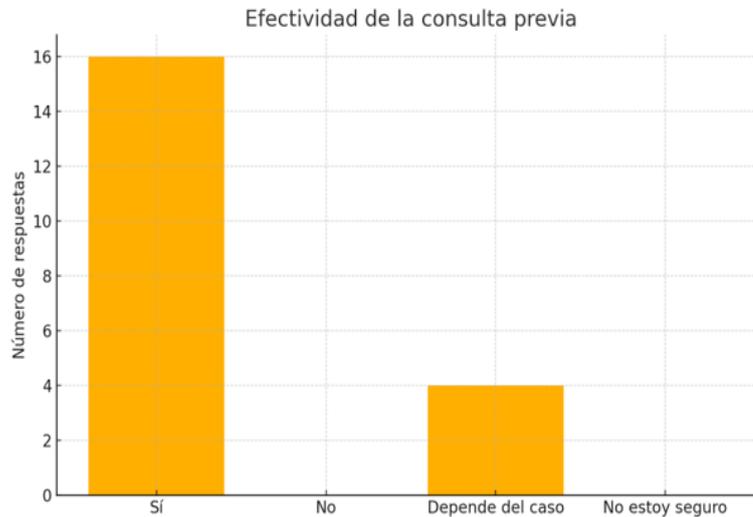


Interpretación:

Respecto del interrogante 7 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que, 0 abogados respondieron Sí; 17 abogados representados en 85% respondieron No; 3 abogados representados en 15% respondieron No estar seguros. En efecto, para la mayoría de los encuestados 17 abogados cuya representación es de 85% consideran que el Principio de Progresividad en la teoría de los Derechos Humanos no está siendo suficientemente protegido en la legislación peruana por el no reconocimiento de la consulta previa como derecho fundamental a raíz de las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC emitidas por el Tribunal Constitucional.

Figura 8

¿Considera que la consulta previa garantiza la participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan sus territorios?

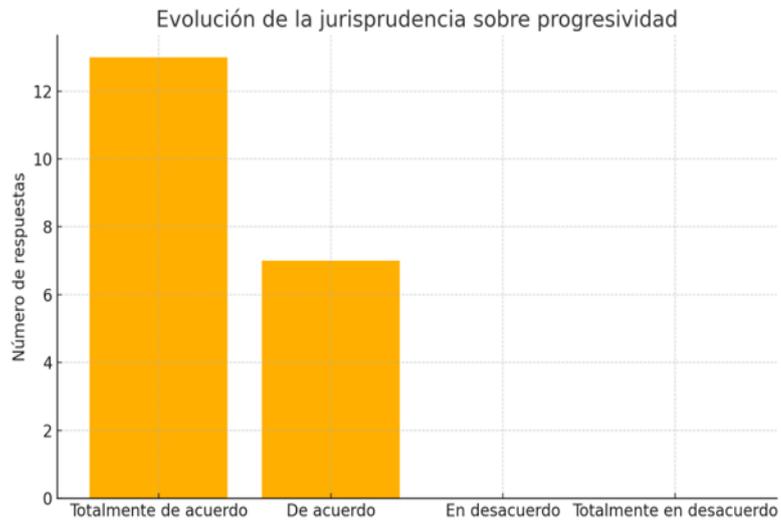


Interpretación:

Respecto del interrogante 8 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que, 16 abogados respondieron Sí; 0 abogados respondieron No; 4 abogados respondieron Depende del caso; 0 abogados respondieron No estar seguro. En conclusión, 16 abogados siendo mayoría del total encuestado, consideran que la consulta previa garantiza la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Figura 9

¿Está de acuerdo con que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe evolucionar en torno a la progresividad para fortalecer la consulta previa?



Interpretación:

Respecto del interrogante 9 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que, 13 abogados respondieron Totalmente de acuerdo; 7 abogados respondieron De acuerdo; 0 abogados respondieron En desacuerdo; 0 abogados respondieron Totalmente en desacuerdo. En consecuencia, los 20 abogados consideran estar de acuerdo con que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe evolucionar en torno a la progresividad para fortalecer la consulta previa, la diferencia es que para los 13 el caso estima de mayor trascendencia.

Figura 10

¿Qué tan satisfecho(a) está con la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú en general?



Interpretación:

Respecto de la pregunta 10 de la encuesta realizado a los 20 abogados, se tiene que como resultados arrojan que, 0 abogados respondieron Muy satisfecho; 4 abogados respondieron Satisfecho; 15 abogados respondieron Insatisfecho; 0 abogados respondieron Muy insatisfecho; 1 abogado respondió No estar seguro. En conclusión, 15 abogados como grupo absolutamente mayoritario consideran no estar satisfecho.

3.5. Resultado sobre la aplicación de entrevista a magistrado que administra justicia en causas constitucionales con especial interés en el tema.

Es conveniente mencionar que en el presente desarrollo del informe de tesis se ha procedido a aplicar la técnica de guía de entrevista a través de su instrumento, considerándose en un comienzo para la aplicación de dicha entrevista a 5 magistrados con especial interés en el tema que administran causas constitucionales, pero dado la imposibilidad de la mayoría de jueces de participar por motivos estrictamente laborales, durante el tiempo de investigación se ha procedido aplicar solamente a un 1 magistrado.

En ese sentido, vamos a describir las respuestas de la guía de entrevista, que se anexa a la presente, que responde a los objetivos planteados en nuestra investigación.

De esta manera, la primera pregunta fue: ¿Cómo valora la importancia del derecho a la consulta previa en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, considera que constituye un derecho fundamental que tiene reconocimiento jurídico? La respuesta fue: “Considero que tiene la calidad de ser derecho fundamental de orden colectivo; y tiene reconocimiento implícito”.

A continuación, la segunda interrogante fue: ¿Está de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC en las que establece que la consulta previa no es un derecho fundamental, no se encuentra reconocido por la constitución de forma expresa o tácita y no tiene rango constitucional? La respuesta fue: “No estoy de acuerdo. Atenta contra el principio de progresividad de los derechos fundamentales”.

Seguidamente, la tercera pregunta fue: En su opinión, ¿La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha fortalecido o debilitado el derecho a la consulta previa en los últimos años? La respuesta fue: “Con la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional considero que el derecho a la consulta previa se ha debilitado, hasta hacerse inexistente”.

Finalmente, la cuarta pregunta fue: ¿Cómo afectan las decisiones del Tribunal Constitucional en la práctica judicial a nivel nacional en relación con la consulta previa? La respuesta fue: “En la administración de justicia en sede ordinaria se va a ver afectada ya que las decisiones del Tribunal Constitucional puedan constituir doctrina jurisprudencial vinculante, y los demás jueces ceñirse a dicha interpretación o posición jurídica asumida por el máximo interprete de la Constitución”.

En conclusión, de la aplicación de la guía de entrevista, podemos colegir que las respuestas del entrevistado guardan estrecha relación con los objetivos planteados de la investigación y confirman nuestra hipótesis, esto es que la guía jurisprudencial emitido por el supremo intérprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa afecta a la preminencia del Principio de Progresividad, de manera que, no reconoce la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios.

IV. DISCUSIÓN

La discusión en la presente investigación consiste generalmente en determinar cuál es la guía jurisprudencial por el máximo interprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa que afecta a la preminencia del Principio de Progresividad. Por lo tanto, trataremos los hallazgos obtenidos en las diversas fuentes que se han expresado que están vinculadas con el tema de investigación. Además, discutiremos el estudio de los resultados derivados de la ejecución de la encuesta a un grupo específico de abogados interesados en el asunto y de la entrevista a un juez experto en el tema.

4.1. Discusión: en relación a la identificación de los casos resueltos por el Tribunal Constitucional en las que reconoce expresamente al derecho a la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios. Primer Objetivo Específico.

4.1.1. Asunto principal relevante acerca del reconocimiento constitucional del derecho a la consulta previa en el contexto del pluralismo cultural.

Quijano (2022) sostiene que, durante la colonización española, Perú adoptó una ideología discriminatoria respecto al origen étnico con el fin de justificar una sociedad estratificada. Es decir, históricamente los pueblos indígenas siempre han vivido bajo una suerte de profundo desprecio y rechazo por la reclamación de sus derechos por encontrarse siempre en situación de vulnerabilidad.

Así el Estado peruano, a lo largo de su historia republicana pasando por múltiples gobiernos, la suerte del indio, del campesino y nativo congregados en comunidades sufrieron el despojo de la tierra y sus demás derechos, esta forma de marginación se extiende hasta nuestros tiempos a pesar de que su reconocimiento como sujetos de derechos en los textos constitucionales pasaron por un proceso jurídico evolutivo.

Con la Carta Magna de 1920 a través de su artículo 40° se reconoció por ejemplo su existencia jurídica como comunidades indígenas y se declaró que sus bienes son imprescriptibles.

En la Constitución Política del año 1933 se dedicó en el Título XI a las comunidades indígenas reiterando su reconocimiento como tal y la garantía de su propiedad social siendo imprescriptible e inembargable e inajenable, salvo por derecho de expropiación por interés social.

De modo que, la Constitución del año 1979 insistió en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas como su carácter de no ser enajenable o mandamiento de ejecución de embargo y se declaró que el Estado peruano respeta las costumbres de las comunidades rurales y nativas.

Ahora bien, la actual Constitución de 1993 fue la primera en poner énfasis en proteger la identidad cultural de las comunidades indígenas basándose en la igualdad ante la ley establecida en el artículo 2° del texto político fundamental como una fórmula de no discriminación que incluye la obligación de alcanzar metas afirmativas que permitan la salvaguarda de las minorías débiles y vulnerables.

Igualdad que nace del valor intrínseco de la dignidad humana prescrita en el artículo 1° de la Constitución Política como fin supremo de la sociedad y el Estado, garantizando su participación en la vida política, económica, social y cultural del país a razón del artículo 2° inciso 17) de la Norma Suprema. Es de esgrimir, que este marco legal o jurídico se da en virtud también de lo fijado en el artículo 89° de la Carta Magna vigente que expresa consecuentemente, que el Estado respeta la identidad cultural, por ende, la consulta previa tiene connotación supremo constitucional al reconocerse que se da sin discusión alguna en un contexto de pluralismo cultural.

4.1.2. Sobre el derecho a la consulta previa en la línea constitucional.

Se puede advertir de los resultados en el presente informe, que el Supremo Intérprete Constitucional ha desarrollado toda una línea constitucional a través de múltiples sentencias que datan del año 2007 hasta el 2014 que predetermina el desarrollo del derecho a la consulta previa como carácter fundamental.

Así en primer lugar, el Guardián Constitucional (TC) ha empezado por la emisión de su fallo a través del Expediente N° 03343-2007-PA/TC Lima, en la

que arroja la identificación constitucional de los acuerdos internacionales vinculados a los derechos humanos, en particular el Convenio N° 169 sosteniendo que forma parte del derecho nacional a razón del artículo 55° de la Norma Fundamental Suprema que resulta vinculante a todas las instituciones estatales.

En ese sentido, la afirmación legal tiene amparo por aplicación de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la vigente Carta Magna que reconoce a la normativa internacional referidos a los derechos humanos como unidad de constitucionalidad, es decir parte del bloque de constitucionalidad.

Asimismo, vemos que el Tribunal Constitucional ya ha manifestado en otras sentencias, que los tratados y/o convenios o acuerdos internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional en la pirámide del conjunto normativo de nuestro país conforme lo expresa en su fundamento 33 de los Expediente N° 00025-2005-AI/TC y 00026-2005-AI/TC de allí que se establece que los derechos establecidos en dichos tratados o convenios tienen fuerza vinculante dentro del ordenamiento jurídico peruano.

En segundo lugar, se tiene la STC N° 06316-2008-PA/TC Loreto, en ella el Supremo Constitucional ha declarado que derecho a la consulta es la única instancia indispensable para el ejercicio de otros derechos comunitarios.

Sobre esta afirmación legal, sostenemos que la consulta pasa por una suerte de conexidad con otros derechos que se vinculan a la participación en la vida económica y social del país (ya reconocidos constitucionalmente), pues la democratización del Estado debe regirse por la cooperación de sus pueblos y habitantes, no hacerlo contribuye a la exclusión histórica a la que han estado expuestos siempre los grupos rurales y nativos ignorando su existencia, por lo que el Tribunal Constitucional marca el acceso a la consulta como la llave para abrir hacia otros derechos a favor de las comunidades rurales y nativas.

En tercer lugar, se tiene la STC N° 0022-2009-PI/TC Lima, en donde el máximo intérprete constitucional establece el contenido del derecho a la consulta previa y directrices respecto al proceso de consulta.

En este punto, el contenido constitucionalmente protegido viene por: i) El acceso a la consulta; ii) La observancia de las características fundamentales del proceso de consulta y; iii) La garantía de la observancia de los acuerdos alcanzados en la consulta. Este derecho no incluye el veto a cualquier medida legislativa o administrativa, ni la negativa de las comunidades a llevar a cabo la consulta.

En esa directriz, el contenido constitucionalmente protegido que implica la consulta previa se dicta en concordancia con las directrices de las que se desprenden el Convenio N° 169 de la OIT conforme se grafica en la siguiente tabla:

Tabla N° 15 – Fallo del Tribunal Constitucional – Fundamento 41.

EXPEDIENTE N°. 0022-2009-PI/TC LIMA – XI. ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA	
(...)	
i)	<i>El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.</i>
ii)	<i>En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.</i>
iii)	<i>Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.</i>
iv)	<i>Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.</i>
v)	<i>De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que, a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena.</i>

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

En definitiva, el supremo constitucional ha generado una cláusula constitucional relevante en torno al derecho a la consulta, ello en el marco de que los jueces que pretendan resolver controversias sobre el asunto tengan un análisis de la visión de las comunidades, toda vez que, el operador del derecho en su formación ostenta una manifestación cultural distinta que constituye simplemente un hecho social frente a lo que se puede denominar un fenómeno social por cosmovisiones diferentes de unos sobre otros dentro de la vida de una sola nación.

En cuarto lugar, se tiene a la STC N° 05427-2009-PC/TC Lima, donde el Guardian Constitucional (TC) hace una reafirmación de la doctrina jurisprudencial respecto al derecho a la consulta previa, ello consideramos que ocurre así, por la imperiosa necesidad de que el Estado, mediante el gobierno de turno, comprenda que es crucial que en una democracia constitucional, el derecho a la consulta, es un derecho previo para materializar otros derechos que implica un medio para prevenir y resolver conflictos con ideas pacíficas y sostenibles.

Dicha opinión, guarda la misma postura por ejemplo con el autor Basulto (2021) quien señala sobre la consulta previa importa un instrumento crucial para entender y tener en cuenta las perspectivas de los grupos indígenas en la elaboración de políticas públicas, que no se encuentren en conflicto con sus intereses y necesidades, consiguiendo así su inclusión en la planificación nacional de desarrollo, objetivo que como nación democrática se persigue.

Continuando por la línea jurisprudencial, en quinto lugar, se tiene a la STC N° 0025-2009-PI/TC Lima, en donde el Supremo Constitucional ha delimitado la normativa básica para la implementación de la Consulta Previa. En dicho fallo refiere que la consulta pesa contra toda medida estatal en su dimensión administrativa o legislativa siempre que cuyo acto genere menoscabo, perjuicio o influya desventajosamente provocando alteración directa en los derechos de los colectivos indígenas u grupos originarios.

Sobre este punto, somos de la opinión que el criterio esbozado líneas arriba se debe a la aplicación del principio de buena fe establecido en el artículo 6.2 del

Convenio N° 169 que obliga al Estado a demostrar que hizo todo lo que pudo para atender las inquietudes y propuestas de las comunidades respecto a la medida consultada.

En esa orbita de ideas, la afectación directa sobre sea una medida legal o administrativa siempre recae sobre el territorio que desarrollan las comunidades sus estilos de vida para garantizar su supervivencia, ello obliga al gobierno a realizar esa conversación intercultural que debe ser activado inmediatamente, pero debe hacerlo en función de la normativa especial internacional que es el Convenio N° 169, toda vez que, en este punto de tiempo todavía el Estado peruano no emitía la Ley de Consulta Previa y su reglamento.

En sexto lugar, tenemos a la STC N° 0024-2009-PI/TC Lima, en donde el Tribunal Constitucional enfatiza la figura del Ministerio de Energía y Minas como entidad consultiva de forma obligatoria, ello resulta sumamente importante, porque tratándose de un ministerio cuyos actos de administración en todo el país que adopta sus políticas para generar inversiones en sectores energéticos y mineros, implica que esta entidad debe ser la primera en consultar.

Así resulta necesario traer a colación, que citado ministerio otorga las concesiones a empresas privadas para desarrollar actividades de exploración y explotación que en su totalidad se produce dentro de los territorios indígenas o nativos en el Perú.

En ese sentido, las Naciones Unidas han emitido un instrumento internacional significativo que, aunque es verdad, posee el carácter de *soft law* – recolecta los estándares ya establecidos en el ámbito de los derechos humanos vinculados al comportamiento de las empresas privadas.

Este documento internacional aprobado el 16 de junio del año 2011 por el Consejo de Derechos Humanos dicta principios orientadores que se centran en la obligación del Estado de resguardar ante las infracciones a los derechos humanos realizadas por terceros, entre ellos las empresas, a través de regulación de sus acciones y la aplicación de la justicia como también la obligación de

honrar los derechos humanos, lo que implica actuar con el debido respeto y rectificar los efectos adversos de sus acciones y la exigencia de asegurar que las víctimas tengan acceso a las herramientas judiciales y no judiciales de reparación.

En este punto, resulta apropiado señalar que este documento internacional tiene naturaleza jurídica blanda. Sin embargo, para el Supremo Constitucional en su fundamento 54 del Expediente N° 03326-2017-PA/TC Apurímac, resulta ser vinculante y/o obligatorio el estándar de la debida diligencia en derechos humanos para las empresas privadas que caracteriza el cumplimiento de la consulta previa, a la que en nuestra posición personal, también resulta muy relevante, ya que, más allá de ser un *soft law* el país necesita que toda forma de inversión se de en el marco de una responsabilidad social empresarial que implique siempre el respeto de los derechos humanos.

En séptimo lugar, encontramos a la STC N° 01126-2011-HC/TC Madre de Dios, en donde el máximo intérprete constitucional ha impuesto al Estado el deber de asegurar los derechos de las comunidades indígenas, basándose en el reconocimiento legal de las comunidades campesinas y nativas en cuanto a su personalidad jurídica.

Esta fórmula que ha dictado el Tribunal Constitucional se da en virtud del artículo 89° de Constitución que le da ese mismo carácter, sin necesidad de realizar una inscripción previa, sino que lo hace en el marco de la primacía de la realidad.

Sin embargo, en este punto del tiempo, el Estado conjuntamente a través del Ministerio de Cultura (habiéndose promulgado la Ley N° 29785, de Consulta Previa) dispone en su artículo 20° la creación de la base de datos oficial del registro de pueblos indígenas u originarios en la que su acceso es gratuito vía web que contiene una lista de los distintos grupos indígenas u originarios que en el fondo sirve de instrumento para todas las entidades estatales que pretendan dictar una política pública o legislativa que implique una afectación directa a

dichos pueblos, saber de su real existencia. Cabe destacar que esta base de datos no es limitada ni es una lista números clausos.

En consecuencia, en octavo lugar de la línea jurisprudencial se fija a través de la STC N° 02196-2014-PA/TC Ancash, la base doctrinal del reconocimiento de personería jurídica de las comunidades rurales y nativas y se establece la obligación de consulta de la base de datos oficial para saber sobre su declaración de la comunidad rural o nativa como tal.

Finalmente, en noveno lugar se tiene a la STC N° 01717-2014-PC/TC Lima, en donde el Supremo Constitucional ha dejado establecido que si cabe tutela de derechos constitucionalmente sobre el derecho a la consulta vía Acción de Amparo.

Al respecto, sostenemos que este criterio jurídico es totalmente válido, ya que se trata de comunidades o grupos indígenas y nativos que como grupo social requieren tutela urgente porque se encuentran como poblaciones totalmente vulnerables, dicho estado social de necesidad guarda relación con lo precisado por la Defensoría del Pueblo, que mediante informe de fecha 28 de septiembre del 2022, advierte de su condición como tal según la siguiente tabla:

Tabla N° 16 – Informe de condiciones de extrema pobreza de los pueblos indígenas y comunidades campesinas del Perú.

<p>INFORME DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ PARA EL CUARTO CICLO DEL EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL</p> <p><i>DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS</i></p> <p>(...)</p> <p><i>La prestación de los servicios de salud en las comunidades indígenas sufre de enormes brechas de acceso y disponibilidad, lo que repercute en el ejercicio de otros derechos y en grupos etarios diferenciados. Así, por ejemplo, sólo 4 de 10 comunidades cuenta con un establecimiento de salud en su territorio, cuya capacidad resolutive es mínima o de primer nivel de atención.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Hemos advertido que existen alrededor de 1700 comunidades, entre nativas y campesinas, pendientes de titulación, afectando su derecho a la propiedad colectiva. Se advierten dificultades relacionadas a la política pública, regulación normativa y a la ejecución de los procedimientos vigentes. Por ello, es preponderante contar con una política pública ordenada para el saneamiento físico legal de las comunidades, así como se simplifiquen los procedimientos administrativos vigentes; además, el ámbito regional, debe fortalecerse la institucionalidad para la titulación de las comunidades indígenas y destinarse presupuesto público específico para su atención.</i></p>
--

Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos de la Defensoría del Pueblo.

Así se puede advertir, que las comunidades indígenas y nativas se encuentran en constante situación de vulnerabilidad, su situación social requiere siempre de atención de sus derechos constitucionales, para ello su tutela debe darse siempre mediante acción de amparo ya que la consulta previa constituye un derecho fundamental innominado que forma parte del bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico peruano.

En conclusión, de los resultados que el propio máximo intérprete constitucional ha emitido (9 sentencias constitucionales) se ha fijado en una data que corresponde desde el año 2007 hasta el año 2014 la línea jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa, el fuero constitucional ha creado argumentos jurídicos que no solo se ha basado de la legislación internacional, sino también, de la legislación especial interna creada para los sujetos de derechos de la consulta previa. En esa línea de tiempo jurisprudencial se puede ver la progresividad de los derechos sociales que implica el reconocimiento de la consulta previa como un derecho de menor a más en su función constitucional.

4.2.Discusión: en relación a la preminencia del Principio de Progresividad en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho a la consulta previa. Segundo Objetivo Específico.

Resulta muy conveniente hacer una discusión sobre el Principio de Progresividad, pero nos proponemos hacerlo desde una posición más especial, creemos en este aspecto hacerlo desde la tridimensionalidad del derecho que expone el jurista brasileño de Reale (1997) que señala que el derecho es “hecho, valor y norma” con la finalidad de mostrar factores y momentos ineliminables del Derecho.

Así por ejemplo, que cuando hablamos del primer elemento “hecho”, podemos concebir que el Principio de Progresividad tiene base en una función totalmente social, es decir el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, han tenido un proceso histórico – evolutivo que se sustenta en una forma de conquistas normativas en un plano internacional dadas por el hombre, pues, es esa categoría la que otorga la progresividad en el mundo jurídico como derechos humanos universales, porque han sido las naciones que se han unido para crear instrumentos de salvaguarda y protección de derechos fundantes para lograr la preservación de la humanidad a través de la pacificación social.

Recordemos que dicha aseveración surge simplemente porque el hombre no puede vivir alejado de lo social, tiene que autorregular su propia convivencia; el filósofo griego Aristóteles (2005) en su obra “Política” lo decía “que el hombre es social por naturaleza”, esto quiere decir que entre otras cosas solo en sociedad llega el individuo a desarrollarse plenamente.

De este modo, el principio de progresividad significa asegurar la actuación del reconocimiento de toda norma jurídica fundamental - universal, asegurando el avance de los derechos humanos en sociedad.

Ahora bien, cuando nos referimos al estudio del principio de progresividad en su dimensión de “valor” significa que su análisis se da en el estudio de su cualidad que vale o sirve para algo.

Es trascendental la opinión de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos quien ha contribuido a la comprensión y aplicación de este principio a través de su jurisprudencia aclarando su alcance señalando que cualquier acto de regresión en materia de derechos económicos, sociales y culturales merece ser examinado a la luz de la razonabilidad.

En el caso sobre el derecho a la consulta previa, implica que la evaluación de cualquier tipo de medida administrativa o legislativa emitida por el gobierno debe evaluarse respetando las prácticas culturales; En este punto, la Corte Interamericana ha hecho uso de la progresividad empujando la consulta previa como una expresión categórica incluso de derecho autónomo (que es el valor que adquiere) al establecerse la forma en la que debe desarrollarse, por ejemplo que ésta debe efectuarse de manera técnica en el idioma propio de cada comunidad como se ha citado en el caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus Miembros vs. Honduras de 2023.

Asimismo, recurriendo al derecho comparado se observa que en los Tribunales Constitucionales de Colombia y Ecuador han reconocido la consulta previa a través de su jurisprudencia (ya antes también comentada) definiéndola como una sub categoría del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas que forma parte de la segunda generación de derechos humanos.

En Ecuador, por ejemplo, se prescribe que el Principio de Progresividad tiene un reconocimiento en su texto constitucional lo que sirve para asegurar que, ante cualquier retroceso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, implica una medida inconstitucional.

En ese sentido, se observa que la preminencia del Principio de Progresividad aplicado al derecho a la consulta previa le otorga un valor natural, de que por sí solo es práctica cultural para que todo gobierno lo tenga en cuenta, pues el despojo de ese derecho a toda comunidad rural o nativa constituye un conflicto de intereses que si o si no puede ser evitado sino se pone en práctica toda consulta previa.

Finalmente, cuando analizamos el Principio de Progresividad en su dimensión de “norma jurídica” significa la realización de la ley como forma y como norma. En nuestra opinión, aseguramos que el principio de progresividad busca garantizar la no pérdida de una norma – principio (derecho fundamental) adquirido en el tiempo; en palabras del jurista italiano Ferrajoli (2011) son “fragmentos de soberanía”. Ello es así, porque el individuo (la persona) es el auténtico amo al poseer intrínsecamente los derechos de libertad, de igualdad y sociales que facilitan llevar una vida lleno de sentido, elegidos por el mismo y por nadie más.

De manera que, el principio de progresividad implica a su vez una unidad de derechos, es decir, en el caso de la consulta previa a manos de la progresividad, es también una meta colectiva que representa un triunfo político que pretende garantizar las mejores condiciones de vida en sociedad, que se da con otros derechos como el derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación, la participación en la vida política, económica, social, la propiedad para garantizar su subsistencia y la identidad cultural.

Por ello el Principio de Progresividad que tiene base legal en la normativa internacional sobre derechos humanos por el reconocimiento de un Estado, otorga a la consulta previa una fuerza vinculante ante cualquier órgano jurisdiccional en el que se invoque, pero tampoco podemos decir que es un derecho absoluto, sino que busca afirmar en las comunidades indígenas y campesinas un dialogo intercultural entre las partes, por esa razón es que los jueces deben reconocerla como tal, a la luz de la convencionalidad de los derechos humanos para lograr la armonización del derecho.

4.3.Discusión: en relación a las sentencias expedidas por el Supremo Intérprete de la Constitución en la que no reconoce la guía jurisprudencial sobre el Derecho a la Consulta Previa.

El Supremo Constitucional a través del fallo recaído en la STC N° 1171-2019-PA/TC Loreto, rechazó la demanda planteada por la comunidad Achuar, porque consideró que el proceso de amparo no era la vía adecuada para abordar una reclamación y porque la parte demandante no había demostrado tener la propiedad de los terrenos que se habían reclamado como violentados.

Según los magistrados, no buscaban la restitución de derechos fundamentales sino el reconocimiento de personalidad jurídica del pueblo Achuar.

Al respecto, no compartimos dicha decisión porque muestra la divergencia entre la concepción internacional del derecho a la consulta previa como derecho fundamental y su recepción limitada en el marco constitucional peruano. De esta manera, el Guardian Constitucional (TC) niega categóricamente el criterio ya esbozado en la línea jurisprudencial que ha establecido que las comunidades indígenas ostentan un reconocimiento jurídico en virtud del artículo 89° de la Carta Magna vigente y son una población totalmente vulnerable.

Así pues, tratándose de una garantía o proceso constitucional de amparo, ésta constituye una vía satisfactoria como ya se ha manifestado a lo largo del presente informe, sin embargo, no han sido valoradas por los jueces constitucionales al caso concreto.

Por otro lado, en el fallo recaído en la STC N° 03066-2019-PA/TC Puno, el Supremo Constitucional declaró la improcedencia de la demanda sustentando que el derecho a la consulta previa no es derecho fundamental que no se encuentra contemplado en la Constitución de forma expresa o tácita y no puede ser defendido a través de un proceso de amparo.

En lo personal, no compartimos la decisión adoptada por el máximo intérprete constitucional, toda vez que, se desconoce la obligatoriedad del Convenio N° 169 de la OIT en razón de lo señalado por el artículo 55° del texto constitucional peruano. De ese modo, se niega también la existencia de los derechos fundamentales innominados prescritos en el artículo 3° de la Constitución por aplicación de la Disposición Final Cuarta y Transitoria de la misma Carta Magna que establece la interpretación de dichos derechos conforme a la normativa internacional en materia de derechos humanos, así la consulta previa que se deriva del Convenio 169 es un instrumento en materia de derechos humanos.

Vemos aquí, como queda claro el rechazo del derecho a la consulta previa como derecho fundamental en el Perú y por ende la afectación a la preeminencia del Principio de Progresividad.

En suma, sostenemos que dichas sentencias constitucionales debilitan la capacidad de estas comunidades para proteger sus territorios frente a concesiones mineras y petroleras, como en los casos de Loreto y Puno. Además, se viola el deber de integración que los magistrados constitucionales reconozcan la identidad de las comunidades indígenas y de la percepción que poseen de sus propios territorios.

En lo particular, consideramos que cuando se rechaza la tutela de derechos constitucionales reconocidos en la progresividad de los derechos sociales como la consulta previa, lo que se evidencia en sí, de parte del Tribunal Constitucional es generar una crisis de democracia constitucional, que tiene un carácter netamente jurídico, los argumentos son la falta de garantías en el resguardo de los derechos o normas jurídicas fundamentales que son enunciación de normas – principios sin garantías, ello ocurre por la ausencia del espíritu crítico y objetivo para seguir sosteniendo y avanzando en la cultura jurídica, la progresividad del reconocimiento de un derecho es clave para no dar marcha atrás en los derechos ya conquistados.

Lo que ha hecho simplemente el Supremo Constitucional es reducir su larga jurisprudencia expectorando del ordenamiento constitucional un derecho ya adquirido, por lo que esas decisiones judiciales devienen en motivaciones incongruentes, insuficiente y aparentes que solo han buscado dar una respuesta meramente formal.

Por tanto, nuestra posición se comparte también, con la de los colegas investigadores Castro (2023, b), Landeo (2023, b) y Acosta & Flores (2023, b) que en resumen rechazan la decisión del Tribunal Constitucional específicamente la de la STC N° 03066-2019-PA/TC Puno, por ser contrario al orden constitucional.

En ese sentido, nuestra crítica jurídica ha ido más allá, que dedicarnos solamente a cuestionar el rechazo de los fallos constitucionales, lo que se transgrede es la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad relevante para el órgano jurisdiccional constitucional.

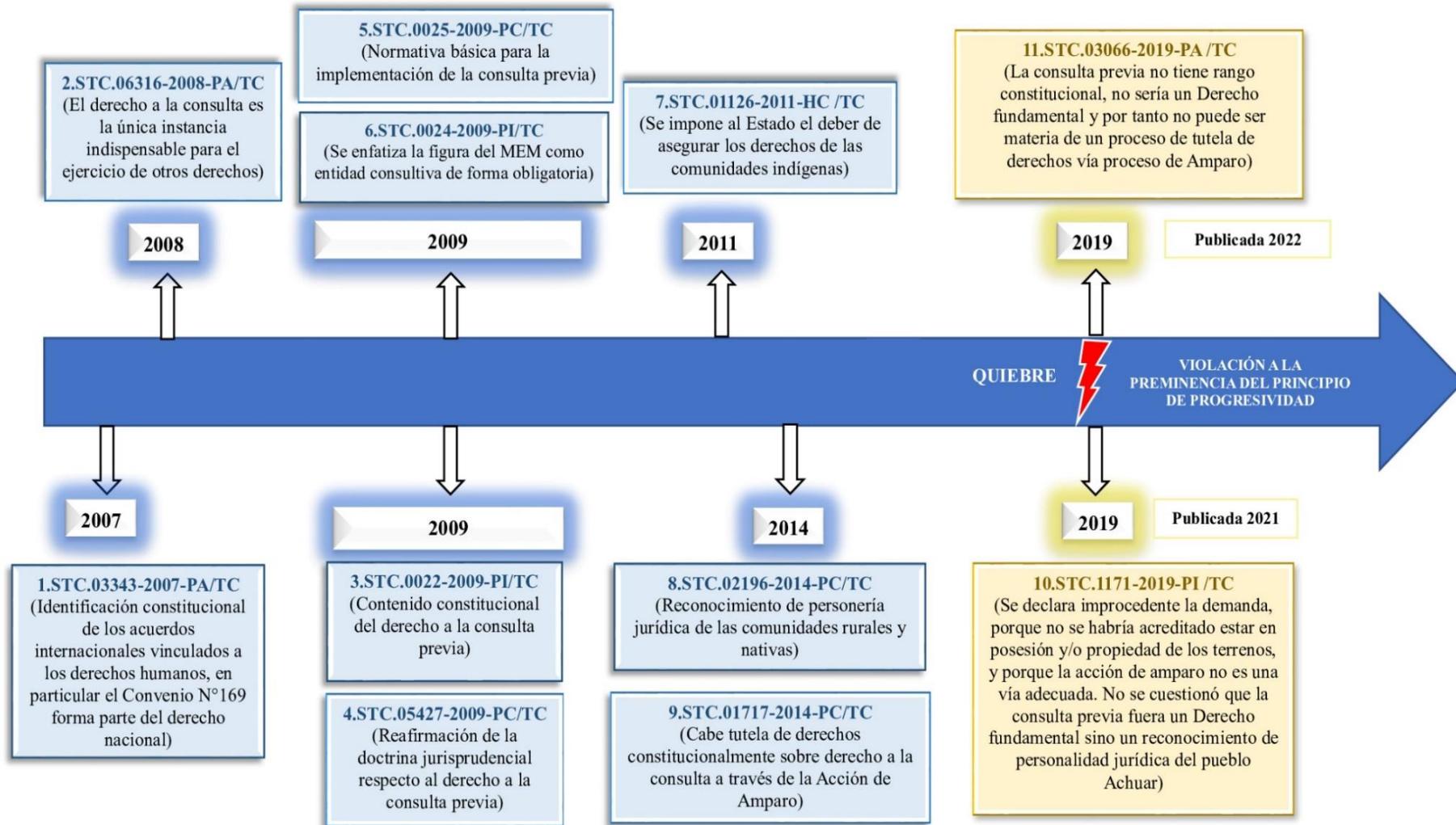
Porque somos de la opinión, que un magistrado constitucional como el de una importante entidad, no ha cumplido su real función, por el contrario, se ha promovido más bien un déficit de protección de derechos al mantener la exclusión social y marginación de grupos minoritarios como son las comunidades indígenas y nativas que buscan entre lo que reza la Constitución y lo que la sociedad pretende.

Un juez constitucional no puede decir meramente que no protege ese derecho por puro desvarío, al contrario, su deber es protegerlo, y para ello hay maneras y formas en las que la legalidad es clara en estos casos, conforme lo manifiesta el propio Código adjetivo constitucional que prescribe en su artículo VIII de su Título Preliminar la interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales.

Por consiguiente, el propio Tribunal Constitucional envía un mensaje contradictorio a la nación y el mundo sobre el compromiso del país con los tratados internacionales que ha firmado y ratificado causando un quiebre en la línea jurisprudencial y disminución de derechos conforme se puede apreciar del siguiente gráfico y/o figura a continuación que en síntesis hemos elaborado.

FIGURA 11

GUÍA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA



Nota: Elaboración propia. Datos obtenidos del Tribunal Constitucional del Perú

4.4. Discusión: en relación a la aplicación de encuesta a profesionales del Derecho con especial interés en el tema.

De un análisis muy en general de los resultados obtenidos de la aplicación del cuestionario a la muestra consistente en 20 abogados, se ha corroborado que un alto porcentaje de los encuestados (60%) se mostró "algo familiarizado" con el concepto de consulta previa, y aunque una menor cantidad (15%) afirmó estar "muy familiarizado", casi todos (90%) consideran que la consulta previa es un derecho fundamental para los pueblos indígenas. Además, una mayoría significativa (75%) la calificó como "muy importante" para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, lo que fortalece la noción de que este procedimiento es considerado crucial para las comunidades que inciden en sus territorios.

Sin embargo, una discrepancia importante aparece en relación con la jurisprudencia del máximo intérprete constitucional, que ha establecido que la consulta previa no es un derecho fundamental. La mayoría de los encuestados (75%) no está de acuerdo con esta postura, señalando que la reciente jurisprudencia ha "debilitado" el derecho a la consulta previa, lo que indica una percepción generalizada de que el Tribunal ha reducido la protección de este derecho. Este desacuerdo resalta un conflicto entre las visiones del tribunal y los abogados sobre la naturaleza fundamental de la consulta previa y su reconocimiento constitucional.

Respecto al Principio de Progresividad, el conocimiento es más limitado, con solo un abogado muy familiarizado con el concepto. Sin embargo, la gran mayoría (85%) coincide en que no está siendo suficientemente protegido en la legislación peruana actual. Esto refleja la preocupación de que la falta de protección del principio de progresividad puede estar interfiriendo en la efectividad de los derechos humanos, específicamente en el caso de los pueblos indígenas. Esta preocupación se ve reflejada también en la percepción de que la jurisprudencia de la Corte Suprema Constitucional debería evolucionar para fortalecer la consulta previa, como lo manifiesta el 65% de los encuestados.

Sobre la satisfacción con la salvaguarda general de los derechos de los pueblos indígenas, la mayoría de los abogados se muestra "insatisfecha" (75%), lo que evidencia una crítica fuerte al estado actual de las políticas y mecanismos que buscan garantizar estos derechos en el Perú.

Los resultados de la encuesta revelan una percepción mayoritaria de que la consulta previa en torno a la preminencia del principio de progresividad está siendo insuficientemente protegidos, y que las dos sentencias constitucionales emitidas en el año 2021 y 2022 por el Supremo Constitucional ha contribuido a debilitar estos derechos.

4.5. Discusión: en relación a la aplicación de entrevista a magistrado que administra justicia en causas constitucionales con especial interés en el tema.

La discusión detallada sobre los resultados de la guía de entrevista aplicada a un magistrado experto en causas constitucionales se centra en la relevancia de la consulta previa como derecho fundamental y su tratamiento en los fallos del Tribunal Constitucional.

En suma, la aplicación de la guía de entrevista demostrado en el presente informe de tesis (antes ya sus resultados detallados) confirma que la interpretación del máximo intérprete constitucional debilita las garantías constitucionales que deberían proteger a estas comunidades, generando un impacto profundo en la administración de justicia en Perú, moldeando jurisprudencia que afecta la preminencia del principio de progresividad en futuras decisiones en todo el sistema judicial peruano, en la que de nuestra parte estamos de acuerdo con la opinión advertida por el entrevistado.

V. CONCLUSIONES

5.1.El estudio de las sentencias constitucionales revela que, desde el año 2007 hasta el año 2014, el Supremo Intérprete Constitucional reconoció de manera explícita el derecho a la consulta previa como un derecho esencial de las comunidades indígenas u originarias. No obstante, las sentencias Constitucionales subsiguientes, en el año 2021 y 2022, señalan una tendencia de retroceso, vulnerando la preminencia del principio de progresividad creando dudas en la salvaguarda de este derecho.

5.2.La presente investigación corrobora que el Principio de Progresividad, resulta ser crucial en la interpretación de los Derechos Humanos, el cual, a la luz de los acuerdos internacionales en las que el Perú forma parte conforme a la jurisprudencia del sistema interamericano y del derecho comparado como en Ecuador y Colombia, demuestran que la progresión de los derechos como la consulta previa guarda relación estrecha con el Principio de Progresividad al zanjar la consulta previa en el paso del tiempo, cuyo carácter ostenta un valor tridimensional del derecho.

5.3.El estudio de las dos resoluciones del Tribunal Constitucional recaído en las STC N° 1171-2010-PI/TC (publicada en el 2021) y STC N° 03066-2019-PA/TC (publicada en el 2022) muestra que no se ha reconocido la consulta previa como un derecho de rango constitucional no implícito, lo que impacta seriamente en su reconocimiento como tal, afectando la preminencia del Principio de Progresividad en la conquista de los derechos sociales ganados.

5.4.La encuesta aplicada a 20 abogados revela un consenso en la comunidad jurídica sobre la importancia del derecho a la consulta previa en la protección de las comunidades indígenas. Sin embargo, también existe preocupación por la falta de coherencia del Tribunal Constitucional al no aplicar el Principio de Progresividad, lo que pone en riesgo la efectividad de los Derechos Humanos en el país, esa misma preocupación refleja la guía de entrevista al magistrado experto que administra justicia en causas constitucionales, que destaca que la guía jurisprudencial reciente contradice los compromisos internacionales de Perú, lo que podría erosionar con la confianza en el sistema judicial peruano.

VI. RECOMENDACIONES

- 6.1.** Se debe garantizar siempre la aplicación del Principio de Progresividad en el ordenamiento jurídico siempre en salvaguarda de los derechos fundamentales, asegurando que, en el caso de la consulta previa, no existan retrocesos en los derechos de las comunidades indígenas u originarias. Es responsabilidad del máximo intérprete constitucional armonizar sus fallos con los acuerdos internacionales a fin de mantener la línea jurisprudencial ya establecida.
- 6.2.** Es necesario que el Parlamento Peruano conjuntamente con el Poder Ejecutivo bajo el Principio de Cooperación promuevan mejoras legislativas y administrativas respecto del derecho a la consulta previa. El caso de Ecuador al establecerse expresamente el Principio de Progresividad serviría como un ejemplo para darle mejor protección a la consulta previa a tal punto que la asegure como un derecho protegido constitucionalmente evitándose ambigüedades en su ejecución al declarar su inconstitucionalidad en casos concretos.
- 6.3.** Es vital establecer programas de capacitación a través de los sistemas de administración de justicia para los operadores del derecho, como también a los empleados públicos y empresas del sector privado que tengan vinculación por sus funciones respecto a la consulta previa a fin de promover un diálogo intercultural en el marco del entendimiento de la preminencia del Principio de Progresividad dentro de una democracia constitucional.

VII.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, S. (2019). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Perú. Palestra Editores.
- Aristóteles (2005). *Política*. J. Marías, J. y M. Araujo, (edición bilingüe y traducción). Madrid: España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Link:
<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/politica-30>
- Basulto, R. (2021). *El conflicto de la titularidad del derecho humano a la consulta previa y la libre determinación. Dialéctica entre liberalismo y comunitarismo*. En Revista de Jure. Núm. XII.
<https://revistasacademicas.ucol.mx/index.php/dejure/article/view/1966>
- Bucetto, M. (2018). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada, y los principios de progresividad y no regresividad. Estudio de la aplicación práctica de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia*. Lex, 16(21), 15-52.
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i21.1540>
- Carbonell, M. (2014). *Teoría de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*. Centro de Estudios Carbonell A.C.
- Cárdenas, J. (2023). *La contribución del Tribunal Constitucional al desarrollo del derecho a la consulta previa en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Cybertesis Repositorio de Tesis Digitales. <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3440301>
- Calvo, N. (2020). *El derecho a la progresividad* [Tesis de doctorado, Universidad Libre]. Repositorio Institucional Unilibre.
<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19317>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs Perú del 27 de marzo del 2009*, Link:

<https://cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Lagos del Campo vs Perú del 31 de agosto del 2017*, Link:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Poblete Vilchez y Otros vs Chile del 8 de marzo del 2018*, Link:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador del 27 de junio del 2012*, Link:

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus Miembros vs Honduras del 29 de agosto del 2023*, Link:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_496_esp.pdf

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-011/14 de fecha 21 de enero del 2024*, Link:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-011-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-800/14 de fecha 31 de octubre del 2014*, Link:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-800-14.htm>

Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N° 012-11-SCN-CC de fecha 24 de noviembre del 2011*, Link:

<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/37025fe6-477b-45f5-ac20-d144adf64ba1/0014-11-CN-%20sent.pdf>

Defensoría del Pueblo (Presentado el 28 de setiembre del 2022). *Informe de la Defensoría del Pueblo del Perú para el cuarto ciclo del examen periódico universal*. Link:

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/09/Informe-de-la-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-del-Per%C3%BA-para-el-Cuarto-Ciclo-del-Examen-Peri%C3%B3dico-Universal.pdf>

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Editorial Trota. Recuperado de:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/09/doctrina48018.pdf>

Guamán, B. (2016). *Violación al Derecho a la Consulta Previa de las Nacionalidades Indígenas, en la explotación de los recursos no renovables en sus tierras, propuesta de reforma* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Loja] Repositorio Digital.

<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/9045>

Hernández, C., Ortega S., Ortega, P. y Franco, J. (2017). *Metodología de la investigación jurídica*. Editorial Universidad Libre.

<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19657>

La Rosa, J. (2012). *El derecho a la consulta previa y su implementación en el Perú según las reglas legislativas y el Tribunal Constitucional*. Asociación Civil Derecho & Sociedad, (39), 196-203.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13076>

Ley N° 29875 (2011, 07 de septiembre). Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Congreso de la República del Perú. Link:

https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/29785-LEY.pdf

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, Gaceta Oficial N° 9460 del 11 de febrero de 1978. Link:

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribuales*, de 1989. Link:

<https://www.ilo.org/es/resource/article/el-convenio-169-de-la-oit-0>

Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár.1 del art. 2 del Pacto): 14/12/90. Observación General 3*. Link:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1452.pdf>

Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2008. *Declaración de Quito sobre la Exigibilidad y Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe*. Link:

<https://www.derechos.org/nizkor/la/declaraciones/quito.html>

Organización de Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1976. Link:

<https://www.ohchr.org/es/instrumentsmechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Organización de Naciones Unidas. *Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos*. Aprobado el 16 de junio del 2011. Link:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

- Poyanco, R. (2017). *Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1(23), 327-347.
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/33916/30870>
- Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho*. A. Matos (Traducción e introducción) Madrid: España. Editorial Tecnos S.A.
- Quijano, A. (2022). *Vivir adentro y en contra. Colonialidad y descolonialidad del Poder*. Universidad Ricardo Palma. Editorial Universitaria, Lima.
- Salcedo, R. (2023). *Hacia una aproximación del concepto de progresividad de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano*. [Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú] Repositorio digital.
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/27276>
- Toledo, O. (2011). *El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral*. Revista Jurídica Derecho y Cambio Social, 8(23), 1-12.
<https://www.derechoycambiosocial.com/revista023/CARATULA.htm>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Lima, de fecha 25 de abril del 2006*. Link:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Lima, de fecha 19 de febrero del 2009*, Link:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>

- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 06316-2008-PA/TC, Loreto, de fecha 11 de noviembre del 2009*, Link:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC, Lima, de fecha 09 de junio del 2010*, Link:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 05427-2009-PC/TC, Lima, de fecha 30 de junio del 2010*, Link:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 00025-2009-PI/TC, Lima, de fecha 17 de marzo del 2011*, Link:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 00024-2009-PI, Lima, de fecha 26 de julio del 2011*, Link:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 01126-2011-HC/TC, Madre de Dios, de fecha 11 de septiembre del 2012*. Link:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 02196-2014-PA/TC, Ancash, de fecha 21 de agosto del 2019*. Link:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02196-2014-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 01717-2014-PC/TC, Lima, de fecha 08 de junio del 2021*. Link:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01717-2014-AC.pdf>

Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 03326-2017-PA/TC, Apurímac de fecha 06 de junio del 2023.* Link:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03326-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 01171-2019-PA/TC, Loreto, de fecha 18 de noviembre de 2021.* Link:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01171-2019-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. *Sentencia emitida en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC, Puno, de fecha 20 de enero del 2022.* Link:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf>

ANEXOS

ANEXO I

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

AUTOR: BACHILLER EN DERECHO ENGEL ALEXIS MEGO CALLE

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVO	MARCO METODOLÓGICO
<p>¿Cuál es la guía jurisprudencial por el supremo intérprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa que afecta a la preminencia del Principio de Progresividad?</p>	<p>Objetivo General: Determinar cuál es la guía jurisprudencial por el máximo intérprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa que afecta a la preminencia del Principio de Progresividad</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificar los casos resueltos por el Tribunal Constitucional en las que reconoce expresamente al derecho a la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios. - Explicar la preminencia del Principio de Progresividad en torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho a la consulta previa. - Analizar las sentencias expedidas por el guardián de la Constitución (TC) en las que no reconocen la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa . 	<p>Enfoque: Mixto (Cualitativo y Cuantitativo) Diseño: No experimental Métodos Generales: Inductivo, Analítico Métodos Específicos: Doctrinario, Exegético, Argumentativo, Sistemático. Población/Muestra: Información útil obtenida en 11 sentencias del TC que constituyen la guía jurisprudencial sobre el derecho a la consulta previa que data del 2007 – 2022. Población/Muestra: Conformado por profesionales del Derecho con especial interés en el tema que se aborda, que resulta ser 20 abogados que han sido encuestados. Técnicas/Instrumentos: Fichaje Bibliográfico, Análisis documental de las 11 sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en torno a la preminencia del principio de progresividad, Encuesta o Cuestionario a 20 profesionales del Derecho con especial interés en el tema que se ha investigado, Entrevista o Guía de Entrevista a magistrado que administra justicia en causas constitucionales con especial interés en el tema que se ha desarrollado.</p>
HIPÓTESIS:		
<p>La guía jurisprudencial por el supremo intérprete constitucional sobre el derecho a la consulta previa afecta la preminencia del Principio de Progresividad, de manera que, no reconoce la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios</p>		
VARIABLES:		
<p>La presente investigación de tesis tiene las siguientes variables: V_x: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa. V_y: Afectación a la preminencia del Principio de Progresividad.</p>		
INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:		
TRATAMIENTO ESTADÍSTICO	<p>La encuesta aplicada a 20 abogados revela un consenso sobre la importancia del derecho a la consulta previa en la protección de las comunidades indígenas. Sin embargo, también existe preocupación por la falta de coherencia del Tribunal Constitucional al aplicar el Principio de Progresividad, lo que pone en riesgo la efectividad de los derechos humanos en el país.</p>	

ANEXO II

EVALUACIÓN Y VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS



"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

SOLICITO: Evaluación de instrumento

Dra. Mariel del Rocío Chotón Calvo
Licenciada Estadística

CARGO

Yo, **ENGEL ALEXIS MEGO CALLE**, identificado con DNI N° 70048400, egresado de la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, me dirijo a usted respetuosamente para saludarle y expongo lo siguiente:

Que teniendo el proyecto de tesis aprobado titulado: "**LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD**", para obtener el título profesional de Abogado, solicito que los instrumentos denominados "**GUÍA DE ENTREVISTA**" y "**ENCUESTA y/o CUESTIONARIO**" sea evaluado por su persona para emitir su opinión como experto.

Sin otro particular, me despido de usted, agradeciéndole por la atención oportuna a la solicitud.

Chachapoyas, *03* de *Septiembre* del 2024.


ENGEL ALEXIS MEGO CALLE
DNI N° 70048400
Egresado

Recibido
[Signature]
Mariel Chotón Calvo
DNI N° 18474540
03-09-2024



ESCALA DICOTÓMICA PARA EVALUAR POR JUICIO DE EXPERTOS

APRECIACIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL INSTRUMENTO DE MEDICIÓN CONSISTENTE EN GUÍA DE ENTREVISTA Y APLICACIÓN DE ENCUESTA Y/O CUESTIONARIO

Nº	ITEMS	SI	NO
1	El instrumento tiene estructura lógica	X	
2	La secuencia de presentación de ítems es óptima	X	
3	El grado de dificultad o complejidad de los ítems es aceptable	X	
4	Los términos utilizados en las preguntas son claros y comprensibles	X	
5	Los ítems reflejan el problema de investigación	X	
6	Los instrumentos abarcan en su totalidad el problema de investigación	X	
7	Los ítems permiten medir el problema de investigación	X	
8	Los ítems permiten recoger información para alcanzar los objetivos de la investigación	X	
9	El instrumento abarca las variables e indicadores	X	
10	Los ítems permitirán contrastar las hipótesis	X	

SUGERENCIAS:

Ninguna
.....
.....
.....
.....
.....

Fecha: *04 / 09 / 2024*

Dra. Mariel del Rocío Chotón Calvo
DNI N°: 18174540

Registro N° 424: Colegio Estadístico de la Libertad



UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS



"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

SOLICITO: Evaluación de instrumento

Mag. Víctor Humberto Mattos Núñez
Licenciado Estadístico

CARGO

Yo, **ENGEL ALEXIS MEGO CALLE**, identificado con DNI N° 70048400, egresado de la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, me dirijo a usted respetuosamente para saludarle y expongo lo siguiente:

Que teniendo el proyecto de tesis aprobado titulado: "**LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD**", para obtener el título profesional de Abogado, solicito que los instrumentos denominados "**GUÍA DE ENTREVISTA**" y "**ENCUESTA y/o CUESTIONARIO**" sea evaluado por su persona para emitir su opinión como experto.

Sin otro particular, me despido de usted, agradeciéndole por la atención oportuna a la solicitud.

Chachapoyas, *03* de *Septiembre* del 2024.

ENGEL ALEXIS MEGO CALLE
DNI N° 70048400
Egresado

DNI 70048400
Recibido
03/09/24



ESCALA DICOTÓMICA PARA EVALUAR POR JUICIO DE EXPERTOS

APRECIACIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL INSTRUMENTO DE MEDICIÓN CONSISTENTE EN GUÍA DE ENTREVISTA Y APLICACIÓN DE ENCUESTA Y/O CUESTIONARIO

Nº	ITEMS	SI	NO
1	El instrumento tiene estructura lógica	X	
2	La secuencia de presentación de ítems es óptima	X	
3	El grado de dificultad o complejidad de los ítems es aceptable	X	
4	Los términos utilizados en las preguntas son claros y comprensibles	X	
5	Los ítems reflejan el problema de investigación	X	
6	Los instrumentos abarcan en su totalidad el problema de investigación	X	
7	Los ítems permiten medir el problema de investigación	X	
8	Los ítems permiten recoger información para alcanzar los objetivos de la investigación	X	
9	El instrumento abarca las variables e indicadores	X	
10	Los ítems permitirán contrastar las hipótesis	X	

SUGERENCIAS:

Ninguna
.....
.....
.....
.....
.....

Fecha: *04.10.2024*

Mag. Víctor Humberto Mattos Núñez
DNI N°: 17805580
Registro N°: 524 Colegio Estadístico del Perú

ANEXO III

ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS



UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS



“Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho”

TITULO: LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD¹

DATOS GENERALES:

Nombres y Apellidos: _____

Registro Colegiatura: _____ Fecha: _____

Estimado(a) participante agradecemos su participación en esta encuesta. Por favor, seleccione la respuesta que mejor refleje su opinión marcando con un aspa (x) en la alternativa correspondiente.

1. **¿Qué tan familiarizado(a) está con el concepto de consulta previa?**
 - Muy familiarizado(a)
 - Algo familiarizado(a)
 - Poco familiarizado(a)
 - Nada familiarizado(a)

2. **¿Cree que la consulta previa es un derecho fundamental para los pueblos indígenas en el Perú?**
 - Sí
 - No
 - No estoy seguro(a)

3. **¿Qué tan familiarizado(a) está con el concepto de principio de progresividad en la teoría de los Derechos Humanos?**
 - Muy familiarizado(a)
 - Algo familiarizado(a)
 - Poco familiarizado(a)
 - Nada familiarizado(a)

4. **¿Qué tan importante cree que es la consulta previa para la protección de los derechos de los pueblos indígenas?**
 - Muy importante
 - Importante
 - Poco importante
 - Nada importante

¹ Encuesta aplicada a abogados con especial interés en el tema objeto de estudio.



5. **¿Considera estar de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC en las que establece que la consulta previa no es un derecho fundamental, no se encuentra reconocido por la constitución de forma expresa o tácita y no tiene rango constitucional?**
- Sí
 No
 No estoy seguro(a)
6. **En su opinión, ¿la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha fortalecido o debilitado el derecho a la consulta previa?**
- Fortalecido
 Debilitado
 No ha tenido impacto
 No estoy seguro(a)
7. **¿Cree que el principio de progresividad está siendo suficientemente protegido en la legislación peruana actual?**
- Sí
 No
 No estoy seguro(a)
8. **¿Considera que la consulta previa garantiza la participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan sus territorios?**
- Sí
 No
 Depende del caso
 No estoy seguro(a)
9. **¿Está de acuerdo con que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe evolucionar en torno a la progresividad para fortalecer la consulta previa?**
- Totalmente de acuerdo
 De acuerdo
 En desacuerdo
 Totalmente en desacuerdo
10. **¿Qué tan satisfecho(a) está con la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú en general?**
- Muy satisfecho(a)
 Satisfecho(a)
 Insatisfecho(a)
 Muy insatisfecho(a)
 No estoy seguro(a)

ANEXO IV
GUÍA DE ENTREVISTA A MAGISTRADO



UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS



“Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho”

TÍTULO: LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

GUÍA DE ENTREVISTA¹

DATOS GENERALES:

Nombre del Entrevistado: Chavez Romero Jorge

Cargo: Juez Superior

Fecha: 13-09-2024

INDICACIONES: Estimado magistrado(a) agradecemos su disposición para participar en esta entrevista, cuyo objetivo es conocer su perspectiva sobre el tema, se le pide que lea con atención a las 04 interrogantes propuestas y las conteste con objetividad, teniendo en cuenta su experiencia profesional y sus conocimientos doctrinarios.

1. ¿Cómo valora la importancia del derecho a la consulta previa en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, considera que constituye un derecho fundamental que tiene reconocimiento jurídico?

Considero q. tiene la cualidad de ser derecho fundamental de orden colectivo; y tiene reconocimiento implícito.

2. ¿Está de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en las STC N° 1171-2019-PA/TC y N° 03066-2019-PA/TC en las que establece que la consulta previa no es un derecho fundamental, no se encuentra reconocido por la constitución de forma expresa o tácita y no tiene rango constitucional?

No estoy de acuerdo. Atenta contra el principio de progresividad de los derechos fundamentales.

¹ Aplicado a magistrados que administran justicia en procesos constitucionales.

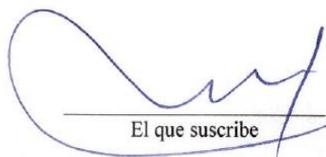


3. En su opinión, ¿la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha fortalecido o debilitado el derecho a la consulta previa en los últimos años?

En la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional considero que el derecho a la consulta previa se ha debilitado, hasta hacerlo inexistente.

4. ¿Cómo afectan las decisiones del Tribunal Constitucional en la práctica judicial a nivel nacional en relación con la consulta previa?

En la administración de justicia en todo ordenamiento se va a ver afectada ya que las decisiones del Tribunal Constitucional pueden constituir doctrina jurisprudencial vinculante, y los demás jueces ceñirse a dicha interpretación o posición jurídica asumida por el máximo intérprete de la Constitución.


El que suscribe



ANEXO V
INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS

INFORME DE OPINIÓN, EXÁMEN DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO DE LA INVESTIGACIÓN DENOMINADO: "LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD".

Nombres y apellidos del Experto: *María Lázaro Carranza*

Grado: *Magister en Gestión Pública*

Autor del Instrumento: Engel Alexis Mego Calle

I. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

Indicadores de evaluación del Instrumento	Criterios cuantitativos	Deficiente					Buena	Muy buena	Excelente
		1	2	3	4	5			
CLARIDAD	Los ítems están formulados con lenguaje apropiado, es decir, sin ambigüedades.								
OBJETIVIDAD	Los ítems del instrumento permitirán mensurar las variables: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad en sus dimensiones e indicadores en sus aspectos conceptuales, concretos, escrutables, comprensibles, verificables, analizables, criticables, explicables y justificables.			X					
ACTUALIDAD	El instrumento evidencia vigencia acorde con el conocimiento científico y tecnológico.						X		
ORGANIZACIÓN	Los ítems del instrumento traducen organicidad lógica en concordancia con la definición operacional y conceptual de las variables: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad permitiendo de esta manera hacer inferencias en función a la hipótesis, problema y objetivos de la investigación.					X			
SUFICIENCIA	Los ítems del instrumento expresan suficiencia en cantidad y calidad.								X
INTENCIONALIDAD	Los ítems del instrumento evidencian ser adecuados para el examen de contenido de las decisiones jurisprudenciales en relación a la guía jurisprudencial por el Tribunal					X			

	Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad					
CONSISTENCIA	La información que se obtendrá, mediante los ítems del instrumento, permitirá analizar, describir y explicar la guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad				X	
COHERENCIA	Los ítems del instrumento expresan coherencia entre la variable: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad			X		
METODOLOGÍA	Los procedimientos insertados en el instrumento responden al propósito de la investigación.			X		

II. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

.....
.....
.....
.....
.....

PROMEDIO DE VALORACIONES: LUGAR Y FECHA: *Chachabamba, Pucallpa, 23-10-2024*

[Firma]
.....
Matia Lozano Cartagena
ABOGADA
REG. ICAA N°635

.....
DNI: 46371592
CELULAR Nro. 927341418

INFORME DE OPINIÓN, EXÁMEN DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO DE LA INVESTIGACIÓN DENOMINADO: "LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD".

Nombres y apellidos del Experto: PIAR MERLEDES CAYLAHUA ROSÉS

Grado: MAGISTER EN GESTIÓN PÚBLICA

Autor del Instrumento: Engel Alexis Mego Calle

I. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

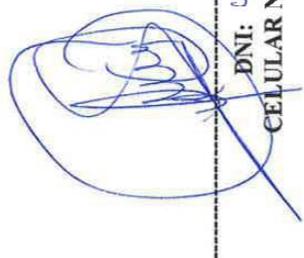
Indicadores de evaluación del Instrumento	Criterios cuantitativos	Deficiente					Bueno	Muy bueno	Excelente
		1	2	3	4	5			
CLARIDAD	Los ítems están formulados con lenguaje apropiado, es decir, sin ambigüedades.		2	3					
OBJETIVIDAD	Los ítems del instrumento permitirán mensurar las variables: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad en sus dimensiones e indicadores en sus aspectos conceptuales, concretos, esesutables, comprensibles, verificables, analizables, criticables, explicables y justificables.						X		
ACTUALIDAD	El instrumento evidencia vigencia acorde con el conocimiento científico y tecnológico.								X
ORGANIZACION	Los ítems del instrumento traducen organicidad lógica en concordancia con la definición operacional y conceptual de las variables: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad permitiendo de esta manera hacer inferencias en función a la hipótesis, problema y objetivos de la investigación.						X		
SUFICIENCIA	Los ítems del instrumento expresan suficiencia en cantidad y calidad.						X		
INTENCIONALIDAD	Los ítems del instrumento evidencian ser adecuados para el examen de contenido de las decisiones jurisprudenciales en relación a la guía jurisprudencial por el Tribunal						X		

	Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad					
CONSISTENCIA	La información que se obtendrá, mediante los ítems del instrumento, permitirá analizar, describir y explicar la guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad				X	
COHERENCIA	Los ítems del instrumento expresan coherencia entre la variable: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad				X	
METODOLOGÍA	Los procedimientos insertados en el instrumento responden al propósito de la investigación.					X

II. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

.....

PROMEDIO DE VALORACIONES: **LUGAR Y FECHA:** CATACHAPOYAS, 24-10-2024


 DNI: 41053346
 CELULAR Nro. 985 245025

INFORME DE OPINIÓN, EXÁMEN DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO DE LA INVESTIGACIÓN DENOMINADO: "LA CONSULTA PREVIA EN LA GUÍA JURISPRUDENCIAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA AFECTACIÓN A LA PREMINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD".

Nombres y apellidos del Experto: JUAN CARLOS RUIZ ZAMORA

Grado: magister en ciencias Penales

Autor del Instrumento: Engel Alexis Mego Calle

I. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

Indicadores de evaluación del Instrumento	Criterios cuantitativos	Deficiente					Bueno	Muy bueno	Excelente
		1	2	3	4	5			
CLARIDAD	Los ítems están formulados con lenguaje apropiado, es decir, sin ambigüedades.								
OBJETIVIDAD	Los ítems del instrumento permitirán mensurar las variables: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad en sus dimensiones e indicadores en sus aspectos conceptuales, concretos, escrutables, comprensibles, verificables, analizables, criticables, explicables y justificables.								
ACTUALIDAD	El instrumento evidencia vigencia acorde con el conocimiento científico y tecnológico.								
ORGANIZACIÓN	Los ítems del instrumento traducen organicidad lógica en concordancia con la definición operacional y conceptual de las variables: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad permitiendo de esta manera hacer inferencias en función a la hipótesis, problema y objetivos de la investigación.								
SUFICIENCIA	Los ítems del instrumento expresan suficiencia en cantidad y calidad.								
INTENCIONALIDAD	Los ítems del instrumento evidencian ser adecuados para el examen de contenido de las decisiones jurisdiccionales en relación a la guía jurisprudencial por el Tribunal								

	Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad					
CONSISTENCIA	La información que se obtendrá, mediante los ítems del instrumento, permitirá analizar, describir y explicar la guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad				X	
COHERENCIA	Los ítems del instrumento expresan coherencia entre la variable: La guía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre la consulta previa y la afectación a la preminencia del Principio de Progresividad				X	
METODOLOGIA	Los procedimientos insertados en el instrumento responden al propósito de la investigación.				X	

II. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

.....
.....
.....
.....

PROMEDIO DE VALORACIONES: **LUGAR Y FECHA:** Chachapoyas, 28/10/2024



JUAN CARLOS RUIZ ZAMORA
ABOGADO
ICAJ. 1800
DNI: 76697287
CELULAR Nro. 941707495