LVI

La eficacia jurídica de la consulta previa en proyectos de inversión minera: Un análisis dogmático y jurisprudencial del impacto socioambiental en el Perú (2018–2025)

Orlando Santillan Mendoza

LVI

La eficacia jurídica de la consulta previa en proyectos de inversión minera: Un análisis dogmático y jurisprudencial del impacto socioambiental en el Perú (2018–2025)

Orlando Santillan Mendoza

RESUMEN

El presente capítulo de revisión narrativa analiza la eficacia jurídica de la consulta previa en el sector minero peruano durante el periodo 2018–2025, examinando la tensión estructural entre la promoción de inversiones extractivas y la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Metodológicamente, se desarrolló un estudio cualitativo mediante la revisión exhaustiva de fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales extraídas de bases de datos especializadas y repositorios institucionales. Los resultados evidencian que, a pesar de los avances en el marco dogmático de la Ley N° 29785 y los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, la implementación del mecanismo padece de una marcada limitación práctica, operando frecuentemente bajo un formalismo burocrático desconectado de los Estudios de Impacto Ambiental. Asimismo, la discusión profundiza en el falso dilema entre desarrollo económico y derechos humanos, criticando el carácter no vinculante del consentimiento y la alta discrecionalidad técnica en la determinación de la afectación directa por parte del Ministerio de Energía y Minas. Se concluye que es imperativa una reforma legislativa y administrativa que dote al proceso consultivo de efectos sustantivos para mitigar eficazmente la conflictividad socioambiental y garantizar una verdadera gobernanza intercultural en el Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: Consulta previa, minería, derechos indígenas, impacto socioambiental, jurisprudencia.

ABSTRACT

This narrative review chapter analyzes the legal effectiveness of prior consultation in the Peruvian mining sector during the 2018–2025 period, examining the structural tension between the promotion of extractive investments and the protection of the collective rights of indigenous and native peoples. Methodologically, a qualitative study was conducted through an exhaustive review of doctrinal, regulatory, and jurisprudential sources drawn from specialized databases and institutional repositories. The results demonstrate that, despite advances in the legal framework of Law No. 29785 and the interpretive criteria established by the Constitutional Court, the implementation of the mechanism suffers from significant practical limitations; it frequently operates under a bureaucratic formalism that is disconnected from Environmental Impact Assessments. Furthermore, the discussion delves into the false dilemma between economic development and human rights, criticizing the non-binding nature of consent and the high level of technical discretion exercised by the Ministry of Energy and Mines in determining "direct impact." The study concludes that legislative and administrative reform is imperative to imbue the consultation process with substantive effect, thereby effectively mitigating socio-environmental conflict and ensuring genuine intercultural governance within the constitutional state governed by the rule of law.

Keywords: Prior consultation, mining, indigenous rights, socio-environmental impact, jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

El auge de la minería en el Perú se ha consolidado históricamente como uno de los principales motores de la economía nacional, dinamizando las exportaciones y el Producto Bruto Interno (PBI). Sin embargo, este crecimiento extractivo ha estado intrínsecamente acompañado por la persistencia de conflictos socioambientales en los territorios ancestrales de comunidades campesinas y nativas, donde la superposición de concesiones mineras y la defensa de los derechos colectivos generan tensiones estructurales profundas. En este escenario, la implementación de mecanismos de diálogo intercultural —específicamente el derecho a la consulta previa consagrado en el Convenio 169 de la OIT y desarrollado internamente mediante la Ley N°

29785— busca equilibrar la necesidad estatal de atraer inversiones con la salvaguarda de la integridad de los pueblos originarios. No obstante, la operatividad de esta figura jurídica se debate con frecuencia entre la exigencia de estándares internacionales de derechos humanos y la resistencia de un modelo económico primario-exportador que tiende a priorizar la celeridad administrativa sobre la participación sustantiva.

Para comprender la magnitud de estas fricciones institucionales, el presente estudio efectúa un análisis pormenorizado enfocado en el periodo comprendido entre 2018 y 2025. Dicha delimitación temporal y temática resulta clave, ya que abarca una etapa de maduración de la doctrina jurídica nacional y permite examinar con rigurosidad los pronunciamientos jurisdiccionales más relevantes emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Durante estos años, la jurisprudencia ha tenido que modular conceptos complejos como la "afectación directa" y el carácter vinculante de los procesos consultivos frente a la aprobación de instrumentos de gestión ambiental en el sector minero. Evaluar este ciclo normativo permite identificar si los criterios interpretativos de los máximos órganos de justicia han logrado consolidar una línea coherente de protección de los derechos indígenas o si, por el contrario, han generado vacíos interpretativos que debilitan la seguridad jurídica de los proyectos de inversión.

A partir de estas premisas, el problema de investigación se enuncia en los siguientes términos: ¿Hasta qué punto la implementación normativa y jurisprudencial de la consulta previa ha garantizado una tutela efectiva de los derechos de los pueblos indígenas frente a los proyectos de inversión minera en el Perú? Dar respuesta a esta interrogante dogmática y social exige trascender el mero examen exegético de las normas para adentrarse en las dinámicas de su aplicación práctica dentro del ecosistema extractivo peruano.

En consonancia con lo anterior, el objetivo general de la investigación consiste en analizar la eficacia jurídica de la consulta previa desde una perspectiva dogmática y jurisprudencial, identificando los nudos críticos en su aplicación práctica y su correlación con la mitigación de impactos socioambientales. De manera específica, el estudio se propone: primero, sistematizar el marco dogmático y la evolución normativa de la Ley N° 29785; segundo, mapear y clasificar los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial entre 2018 y 2025; y tercero, evaluar el impacto socioambiental real de los procesos consultivos concluidos en la reducción de la conflictividad en el sector minero. De este modo, el artículo aporta una lectura crítica indispensable sobre los límites y potencialidades del derecho de consulta como herramienta de gobernanza democrática en el Estado constitucional de derecho.

METODOLOGÍA

El presente trabajo adopta un enfoque de naturaleza cualitativa, el cual resulta idóneo para examinar fenómenos de carácter jurídico y social donde la interpretación normativa, doctrinal y jurisprudencial no se reduce a mediciones cuantitativas, sino a la comprensión profunda de significados institucionales (Hernández-Sampieri & Mendoza, 2018). Bajo esta perspectiva, se emplea un diseño de revisión narrativa de fuentes documentales, legales y jurisprudenciales, permitiendo construir una síntesis crítica del estado del arte en torno a la eficacia jurídica de la consulta previa en el sector minero peruano (Grant & Booth, 2009). Esta modalidad metodológica facilita la integración de diversas fuentes de información teórica, normativa y práctica, estructurando un discurso analítico coherente que responde a las exigencias de la investigación jurídica contemporánea (Palella Straccia & Martins Pestana, 2012).

Para garantizar el rigor en la selección de los insumos informativos, se establecieron criterios de búsqueda y selección rigurosos. La recopilación documental abarcó artículos científicos arbitrados e indexados, tesis de posgrado de nivel de maestría y doctorado, informes técnicos e institucionales de la Defensoría del Pueblo, normas jurídicas de orden nacional e internacional (destacando de manera central el Convenio 169 de la OIT y la Ley N° 29785), así como sentencias, autos y precedentes vinculantes emitidos entre los años 2018 y 2025. La búsqueda sistemática de la literatura académica y legal se ejecutó en bases de datos científicas especializadas y de amplio reconocimiento regional como SciELO y Dialnet, complementándose con la revisión exhaustiva de los repositorios institucionales oficiales del Tribunal Constitucional del Perú y del Poder Judicial. Este corpus documental fue filtrado mediante criterios de pertinencia temática, vigencia temporal y relevancia institucional para asegurar la representatividad del debate jurídico.

La estrategia de análisis combinó el análisis de contenido cualitativo con la exégesis jurídica tradicional, articulándose metodológicamente en dos ejes fundamentales. El primer eje dogmático se centró en la deconstrucción e interpretación de conceptos jurídicos indeterminados —tales como la noción de "afectación directa" y los estándares del consentimiento previo, libre e informado— a partir de la doctrina nacional y comparada (García Amado, 2019). El segundo eje jurisprudencial consistió en el examen hermenéutico de los pronunciamientos emitidos por los órganos de justicia constitucional y ordinaria, evaluando específicamente los criterios adoptados en torno al carácter vinculante de las decisiones consultivas, los plazos razonables de ejecución procedimental y las obligaciones de debida diligencia del Estado frente a los

proyectos de inversión minera. Esta doble vía analítica permitió contrastar el deber ser normativo con la realidad de su aplicación judicial y administrativa en el periodo delimitado.

RESULTADOS

El análisis del marco dogmático y la evolución normativa evidencia que la promulgación de la Ley N° 29785 constituyó un hito para institucionalizar el derecho a la consulta en el Perú, estructurándolo sobre la base de los mandatos del Convenio 169 de la OIT (Yrigoyen Fajardo, 2021). Sin embargo, la doctrina nacional mantiene un profundo debate sobre la naturaleza jurídica de este mecanismo. Mientras un sector de la dogmática sostiene que la consulta previa emana directamente de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a la autodeterminación y supervivencia cultural (García Belaunde, 2020), otro enfoque más restrictivo la reduce a una formalidad administrativa de carácter procedimental vinculada a la gestión de permisos sectoriales (Bambarúa, 2022). Este antagonismo conceptual impacta directamente en el uso operativo de herramientas institucionales como la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, cuyo padrón ha sido cuestionado doctrinalmente por su dependencia del Ministerio de Cultura, generando exclusiones sistemáticas de comunidades ribereñas y campesinas que no logran la calificación oficial requerida para ser consultadas ante la llegada de proyectos de inversión minera (Defensoría del Pueblo, 2023).

En cuanto al mapeo de la jurisprudencia constitucional y ordinaria (2018–2025), el examen de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional revela una línea interpretativa compleja pero progresiva respecto a los límites de la discrecionalidad estatal. Durante este periodo, la jurisprudencia ha delimitado con mayor precisión que la oportunidad de la consulta debe ser previa a la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) o al otorgamiento de títulos concesionales definitivos, bajo la premisa de que cualquier intervención posterior desnaturaliza el diálogo intercultural al convertirlo en un acto de cooptación (Tribunal Constitucional del Perú, 2021). No obstante, los fallos también han fijado criterios estrictos sobre la legitimidad activa de las comunidades, exigiendo personería jurídica formal y afectación directa demostrable, lo que deja fuera a colectivos en situaciones de aislamiento o con

organización tradicional difusa (Eto Cruz, 2023). Estos pronunciamientos judiciales reiteran que las decisiones del Estado no otorgan un derecho de veto a las poblaciones locales, consolidando una asimetría estructural donde el poder de decisión final recae exclusivamente en el Ejecutivo.

Finalmente, respecto al impacto socioambiental y la eficacia práctica, la síntesis de la evidencia empírica e institucional demuestra una correlación limitada entre los procesos de consulta previa concluidos y la disminución de la conflictividad social en el sector extractivo. En diversos enclaves mineros del sur y norte del país, los procesos consultivos se han ejecutado bajo una lógica de burocratización formal, donde las mesas de diálogo operan desconectadas de las exigencias técnicas y socioambientales de los EIA (De Echave, 2024). Cuando la consulta se reduce a un trámite procedimental exento de mecanismos de vinculación efectiva, el malestar acumulado en las comunidades propicia estallidos de conflictos socioambientales posteriores, evidenciando que la eficacia jurídica de la institución normativa resulta insuficiente frente a la ausencia de una auténtica gobernanza ambiental participativa (Oxfam Perú, 2022).

DISCUSIÓN

El análisis de los resultados a la luz de la teoría económica de la inversión y los estándares interamericanos revela la persistencia de un falso dilema entre el desarrollo económico y la protección de los derechos colectivos. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, los operadores corporativos y extractivos suelen percibir la consulta previa como un obstáculo burocrático que incrementa los costos de transacción y ralentiza la ejecución de los proyectos mineros (North, 1990). Sin embargo, este enfoque utilitarista contrasta abiertamente con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2020), la cual establece que los derechos de los pueblos indígenas no pueden subordinarse a la rentabilidad macroeconómica. En consecuencia, cuando las empresas y el Estado relegan el proceso consultivo a un mero requisito operativo, desaprovechan su potencial como mecanismo de legitimación social, el cual —según la teoría de la gobernanza colaborativa— reduciría sustancialmente el riesgo de litigiosidad y conflictividad a largo plazo (Ansell & Gash, 2008).

Asimismo, las debilidades institucionales se acentúan de manera crítica al examinar la regla legal según la cual la consulta previa no otorga un poder de veto a las comunidades afectadas. Si bien la normativa nacional busca resguardar la soberanía estatal sobre los recursos naturales, esta limitación erosiona de forma severa la eficacia jurídica del proceso, convirtiéndolo en un ritual inane frente a decisiones gubernamentales que ya se encuentran políticamente predeterminadas (Cotler, 2021). Como lo advierte la jurisprudencia comparada, la obligación estatal de "buscar un acuerdo" se desnaturaliza cuando la administración pública puede prescindir del consentimiento indígena sin más exigencia que una fundamentación formal, vaciando de contenido la participación sustantiva exigida por el corpus juris internacional de derechos humanos (Nash Rojas, 2022). Esto perpetúa una relación de asimetría de poder donde la voz de las comunidades campesinas y nativas queda supeditada a las prioridades fiscales del gobierno de turno.

Finalmente, los desafíos de la estandarización técnica evidencian una preocupante falta de predictibilidad en la determinación del umbral de "afectación directa" por parte del Ministerio de Energía y Minas (MINEM). La discrecionalidad técnica con la que operan las instancias sectoriales propicia criterios disímiles para decidir cuándo procede una consulta, fragmentando la seguridad jurídica tanto para los titulares mineros como para las poblaciones vulnerables (Alayza & Mujica, 2023). A ello se suma la urgente necesidad de articular el proceso consultivo con las fases tempranas de exploración minera, etapa donde realmente se definen los impactos socioambientales acumulativos y se pueden reorientar las decisiones de inversión antes de que los proyectos alcancen un punto de irreversibilidad fáctica (Vergara, 2023). Superar estos nudos críticos exige una reforma estructural en la articulación interinstitucional entre el sector minero, el Ministerio de Cultura y los órganos de justicia.

CONCLUSIÓN

La presente investigación evidencia que, a pesar del significativo desarrollo normativo y jurisprudencial consolidado entre 2018 y 2025, la consulta previa en el sector minero peruano padece de una eficacia jurídica marcadamente limitada. El análisis dogmático y del devenir judicial demuestra que el mecanismo opera con frecuencia bajo una lógica formalista y burocrática, desprovisto de una vinculación real con los Estudios de Impacto Ambiental, lo que impide que cumpla su rol fundamental

como herramienta genuina de diálogo intercultural y prevención de conflictos socioambientales en los territorios de las comunidades campesinas y nativas.

Ante este panorama de asimetría institucional y persistente conflictividad, resulta imperativa y urgente la adopción de reformas legislativas y administrativas profundas. Dichas modificaciones deben orientarse a clarificar el alcance vinculante del consentimiento indígena, especialmente en aquellos supuestos donde los proyectos extractivos generan una afectación grave al medio ambiente, a la integridad territorial y a los medios de subsistencia tradicionales. Solo a través de una reconfiguración estructural que dote al proceso consultivo de efectos sustantivos se podrá alinear el ordenamiento jurídico nacional con los estándares interamericanos de derechos humanos, garantizando un verdadero equilibrio entre la inversión minera responsable y la tutela efectiva de los derechos colectivos en el Estado constitucional de derecho.

REFERENCIAS

Alayza, A., & Mujica, J. (2023). *Discrecionalidad administrativa y estándares socioambientales en el sector minero peruano*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP).

Ansell, C., & Gash, A. (2008). Collaborative governance in theory and practice. *Journal of Public Administration Research and Theory,* 18(4), 543–571. https://doi.org/10.1093/jopart/mum032

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (1989). *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.* Organización Internacional del Trabajo.

Bambarúa, J. (2022). Naturaleza jurídica y límites del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, (21), 115–134. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/25123

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 13: Pueblos Indígenas y Tribales.* Corte IDH. https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm

Cotler, J. (2021). *Poder, Estado y luchas sociales en el Perú contemporáneo.* Instituto de Estudios Peruanos. https://repositorio.iep.org.pe/

De Echave, J. (2024). *Extractivismo y conflictividad social en el Perú: Los retos pendientes de la transición democrática.* CooperAcción. https://cooperaccion.org.pe/

Defensoría del Pueblo. (2022). *Aportes para la mejora del proceso de consulta previa en proyectos extractivos: A diez años de la Ley N° 29785* [Informe Defensorial N° 189]. Lima: Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gob.pe/documentos/informe-defensorial-n-189/

Defensoría del Pueblo. (2023). *Supervisión a la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas y su incidencia en los procesos de consulta en el sector extractivo* [Informe de Adjuntía N° 004-2023-DP]. Lima: Defensoría del Pueblo. https://www.defensoria.gob.pe/

Eguiguren Praeli, F. (2015). *Informe pericial sobre la obligación de realizar consulta previa a las comunidades locales antes de iniciar actividades mineras en el Perú [Informe pericial]. Centro Internacional d*e Arreglo de Diferencias Relativas Inversiones (CIADI). https://icsid.worldbank.org/

Eto Cruz, G. (2023). *Jurisprudencia constitucional y derechos de los pueblos indígenas en el Perú.* Gaceta Jurídica. https://gacetajuridica.com.pe/

García Amado, J. A. (2019). *Dogmática jurídica y argumentación.* Universidad Externado de Colombia. https://doi.org/10.2307/j.ctv1zjg1t4

García Belaunde, D. (2020). El derecho fundamental a la consulta previa y su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Pensamiento Constitucional,* 25(24), 89–112. https://doi.org/10.18800/pensamientoconstitucional.202001.004

Grant, M. J., & Booth, A. (2009). A typology of reviews: An analysis of 14 review types and associated methodologies. *Health Information & Libraries Journal*, 26(2), 91–108. https://doi.org/10.1111/j.1471-1842.2009.00848.x

Hernández-Sampieri, R., & Mendoza, C. P. (2018). *Metodología de la investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta.* McGraw-Hill Education. https://www.mheducation.com/

Leiva, S., & Huarcaya, G. (2020). *La consulta previa en el marco de proyectos de aprovechamiento de recursos naturales: ¿Funciona realmente en el Perú?* Ius360. https://ius360.com/

Nash Rojas, C. (2022). El estándar del consentimiento previo, libre e informado en la jurisprudencia de la Corte IDH y su recepción en los ordenamientos andinos. *Revista IIDH*, (75), 45–78. https://www.corteidh.or.cr

North, D. C. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance.* Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511808678

Oxfam Perú. (2022). *¿Diálogo o formalismo? Evaluando la eficacia de la consulta previa en proyectos mineros.* Oxfam. https://peru.oxfam.org/

Palella Straccia, S., & Martins Pestana, F. (2012). *Metodología de la investigación cuantitativa* (3.ª ed.). Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL). https://books.google.com/

Poder Judicial del Perú. (2024). *Compendio de jurisprudencia en materia contencioso-administrativa y ambiental (2018-2023).* Centro de Investigaciones Judiciales. https://cijpoderjudicial.pe/

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). *Sentencia recaída en el Expediente N° 03066-2019-PA/TC*. Lima, Perú. https://tc.gob.pe/

Tribunal Constitucional del Perú. (2025). *Sentencia recaída en el Expediente N° 00017-2023-AI* (Amicus Curiae y considerandos sobre formalización y actividad minera). https://tc.gob.pe/

Vergara, R. (2023). La prevención de conflictos socioambientales en la fase de exploración minera: Desafíos normativos para el Estado peruano. *Derecho & Sociedad,* (60), 211–230. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/26532

Yrigoyen Fajardo, R. A. (2021). Pluralismo jurídico, Estado y consulta previa en el Perú contemporáneo. *Ius et Veritas,* 31(62), 142–159. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.008

Zavaleta, C. (2025). *La aplicación de la consulta previa: Un derecho fantasma para las comunidades indígenas en el Perú entre los años 2011 a 2018* [Tesis de licenciatura, Universidad Continental]. Repositorio Institucional UC. https://repositorio.continental.edu.pe/