



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela Académico Profesional de Derecho

XIX PROGRAMA DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 72 DE
LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE - ESTABLECIENDO EL
CARÁCTER OBLIGATORIO DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

PRESENTADO POR:
HELTON WILSON DÍAZ HUACCHA

Cajamarca, julio de 2023

AGRADECIMIENTO

A Dios por haber guiado mi camino durante toda mi carrera universitaria, a todas las personas que depositaron su confianza y en todo momento me brindaron apoyo moral; éste trabajo es el reflejo de las enseñanzas de todos los docentes y la culminación de una etapa que da lugar el logro de un objetivo.

DEDICATORIA

La concepción de este trabajo monográfico está dedicado a Dios y a mis padres, pilares fundamentales en mi vida quienes han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento. Depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	2
DEDICATORIA.....	3
LISTA DE ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN	8

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción del tema	10
1.2. Justificación	11
1.3. Objetivos.....	11
1.3.1. Objetivo general	11
1.3.2. Objetivos específicos	12
1.4. Metodología.....	12
1.4.1. Métodos generales.....	12
1.4.2. Métodos propios del Derecho	13

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Derechos Constitucionales.....	16
2.1.1. Derecho a la igualdad	17
2.1.2. Derecho a la participación ciudadana	19
2.1.3. Derecho a vivir en un espacio ambiental sano	21
2.2. Consulta previa.....	23
2.2.1. Consulta popular	23
2.2.2. Consulta previa.....	27
2.2.3. Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional	32

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DEL PROBLEMA

3.1. Participación ciudadana en el sector minero en el Perú.....	37
3.2. Derecho a la igualdad ante la ley	38
3.3. Derecho a un ambiente sano	39
3.4. Afectación del derecho a la participación ciudadana, a la igualdad ante	

la ley y a un ambiente sano, con el artículo 72 de la Ley N.° 28611 - LGA.....	39
3.5. Propuesta de modificación del artículo 72 de la Ley N.° 28611 - LGA..	41
CONCLUSIONES	46
RECOMENDACIONES.....	47
LISTA DE REFERENCIAS	48

LISTA DE ABREVIATURAS

Poder Judicial.....	PJ
Ley General del Ambiente.....	LGA
Organización Internacional del Trabajo.....	OIT
Código de Minería.....	CM
Ley del Procedimiento Administrativo General.....	LPAG
Ley General de Minería.....	LGM
Defensoría del Pueblo.....	DP
Tribunal Constitucional del Perú.....	TC
Constitución Política del Perú.....	CPP

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 72 DE
LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE – ESTABLECIENDO EL
CARÁCTER OBLIGATORIO DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ**

INTRODUCCIÓN

En nuestra realidad social y jurídica actual, la minería ha generado ciertos conflictos en los que se ven involucrados derechos fundamentales, pero consideramos que en especial, son tres los derechos que se encuentran involucrados, tales como: derecho a la igualdad ante la ley (art. 2, inciso 2), derecho a tener que participar de manera individual o en conjunto en la vida política, social, cultural y económica (art. 2 inciso 17) y el derecho a disfrutar de un espacio ambiental sano, adecuado y equilibrado para un correcto desarrollo de la vida (art. 2, inciso 22) (El Peruano, 2022).

Dentro de este contexto el legislador ha expedido la Ley N.º 28611 (2005) denominada “Ley General del Ambiente” (LGA), norma que regula el derecho fundamental de toda persona a convivir en un espacio saludable, adecuado y equilibrado para el pleno desarrollo de la vida, asimismo, regula el derecho y deber de las personas jurídicas y naturales a la participación responsable en la gestión ambiental, estipulando determinados mecanismos de participación para los ciudadanos en los que están las audiencias públicas, pero desde nuestra óptica las audiencias públicas no han sido establecidas con el carácter obligatorio sino como un medio más de participación ciudadana, por lo que, su implementación no es obligatoria.

En la práctica, diversos proyectos han sido llevados a cabo en sectores que la LGA no regula, por lo que, se ha visto inmersos en múltiples vulneraciones de derechos, en donde no se les consulta la ejecución del proyecto y con ello realizar la aprobación respectiva. Es por eso, que se considera la vulneración de los derechos esenciales de las personas y pueblos que no tienen la condición de indígenas u originarios, esta vulneración es a los derechos a la participación ciudadana, igualdad ante la ley y vivir en un espacio ambiental sano, la misma que debe ser restaurada con la implementación de la consulta previa a todos los habitante y pueblos del Perú en los que existe actividades mineras, siendo este el motivo y desarrollo del presente trabajo.

De esa misma manera, con el presente trabajo se analizó y desarrolló la posibilidad de poder modificar el artículo 72 y sus respectivos incisos de la LGA, en donde indica el aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, por tanto, se tiene primero poder ejecutar

la consulta previa para la autorización correspondiente. Por lo que no se ha tomado en cuenta al resto de la población que habitan en el territorio peruano, en donde se va a ejecutar un proyecto, plan, inversión, programa, entre otros. Siendo este la forma para poder contrarrestar las innumerables vulneraciones de derechos que se viene suscitando y con ello prevalecer la garantía que debe brindar el Estado a la sociedad.

En tal sentido el presente trabajo de estudio se encuentra dividido en tres capítulos, el primero de ellos desarrolla todos los aspectos metodológicos, el segundo el marco teórico y el tercer capítulo desarrolla la discusión y análisis del tema y finalmente hemos considerado las conclusiones y recomendaciones que proponemos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción del tema

La LGA, ha brindado una serie de mecanismo de participación ciudadana, que, en situaciones donde se va a ejecutar algún proyecto, plan, inversión, programa, entre otros, la ciudadanía puede presentar de manera individual o en conjunto una opinión, objeción, posición de vista, entre otros. De la misma manera en su artículo 72 de la Ley antes mencionada, solo ha hecho alusión a que se tiene que efectuar una consulta previa a la población que tiene la condición de indígena, comunidad campesina y nativa para verificar si se puede llevar a cabo el plan que se tiene pensando ejecutar, protegiendo de esa manera su integridad cultural, económica y valores.

El derecho a una consulta previa, consiste en tener que poner de conocimiento de manera previa las medidas administrativas o legislativas a la población sobre determinados actos que atenten contra los derechos colectivos, ya sea de manera física, calidad de vida, cultural o de desarrollo (Ministerio de Cultura, 2011). Por lo tanto, la LGA vulnera los siguientes derechos:

- a) Afectación al derecho a la igualdad ante la ley, debido que la Ley N.º 28611-LGA ha establecido el derecho a la consulta previa solo a la población indígena u originario, dejando de lado a los otros lugares y pueblos en donde también se practica actividad minería y no tienen la condición de la población indígena u originario.
- b) Afectación al derecho a la participación ciudadana, debido que la consulta previa, que solo es aplicable a la población indígena, comunidad campesina y nativa, sino que, debería ser empleado para toda la población, de manera general.
- c) Afectación al derecho de toda persona a vivir en un espacio ambiental sano, debido a las consecuencias que puede llegar a generar la ejecución de un proyecto, plan, programa, entre otros, puede llegar a perjudicar la naturaleza del ambiente.

Si bien, existe la LGA (2005), que en su artículo 1 regula el derecho fundamental de toda persona a vivir en un espacio ambiental saludable, adecuado y equilibrado, para un correcto desarrollo de la vida y en el artículo 47 regula la obligación de las personas jurídicas o naturales a una intervención responsable en la gestión ambiental.

Por lo que, a efectos de mantener vigente el derecho a la igualdad de todas las personas, el derecho a poder vivir en un espacio ambiental sano y el derecho a la participación de la ciudadanía en forma efectiva, se tiene como un fin analizar la posibilidad de poder modificar el artículo 72 de la LGA, para que la consulta previa sea empleada por toda la población, sin distinción alguna.

1.2. Justificación

El estudio se justifica en la importancia de dar una solución a la problemática planteada, debido que el artículo 72 de la Ley General del Ambiente, vulnera los derechos esenciales de las personas, por lo que no se tiene un tratamiento igualitario con la población que no tienen la condición de indígenas, comunidad campesina y nativa.

Con este estudio, se pretende dar lineamientos para considerar que el artículo 72 de la LGA, norme de manera clara, precisa y segura las actividades que se puede efectuar sobre la población que no posee calidad de indígenas, comunidad campesina y nativa, por lo que es necesario se realice una modificación.

Por lo tanto, los beneficiarios del presente estudio son los legisladores, abogados, estudiantes y otros que sean afín con la carrera, y de la misma manera servirá de aporte al Derecho Constitucional y Ambiental.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 72 de la Ley General del Ambiente - estableciendo el carácter obligatorio de consulta previa en el Perú.

1.3.2. Objetivos específicos

- a) Identificar los derechos fundamentales que son vulnerados por el artículo 72 de la Ley General del Ambiente.
- b) Analizar el artículo 72 de la Ley General del Ambiente en relación al derecho de consulta previa.
- c) Elaborar propuesta de modificación del artículo 72 de la Ley General del Ambiente, que regule la consulta previa a toda la población.

1.4. Metodología

1.4.1. Métodos generales

A. Descriptiva

La monografía se ha desarrollado dentro del tipo de investigación descriptiva, para tal efecto, Villabella (2015) indica que:

En ella, se tiene como objeto detallar las propiedades, características y los perfiles de los sujetos, comunidades, grupos, objetivos, procesos o cualquier otro fenómeno que se subordine a su examinación. Es decir, únicamente se centra en medir o poder recoger la información de forma independiente o de manera conjunta sobre aquellas definiciones o variables a la que hacen alusión, por lo tanto, su fin no es señalar su relación.

Es en este sentido que hemos descrito el contexto problemático con sus características, factores, peculiaridades y rasgos propios de la problemática, que viene presentando la legislación nacional vigente con relación a la participación ciudadana a través de la consulta previa, y su aplicación obligatoria en los pueblos indígenas u originarios y su no obligatoriedad en los lugares que no tienen dicha condición, en relación con la actividad minera.

B. Explicativa

La monografía se ha desarrollado dentro del tipo de investigación explicativa, al respecto Arias et al. (2016) menciona que este tipo de nivel tiene como finalidad poder dar a conocer las causas del objeto de estudio.

En ese sentido, el estudio empleó el análisis explicativo de LGA y del Ordenamiento Constitucional del Perú. Es por eso que se ha podido explicar la problemática y su posible solución desde un punto de vista jurídico.

1.4.2. Métodos propios del Derecho

A. Hermenéutico

Este método se encarga de brindar una cooperación a la interpretación de las normas legales, mediante la doctrina y jurisprudencia (Sanchez, 2018). Método utilizado para cooperar a la interpretación de las normas que se emiten, logrando darles un sentido a los preceptos normativos.

A.1 Literal

Este método concierne en investigar lo que quiere dar a conocer la norma mediante su naturaleza lingüística. Por lo que es necesario que se tenga en cuenta la gramática y su significado (Villabella, 2015).

Este método permite la utilización de las normas jurídicas y articulado que han sido materia de estudio a través del desarrollo de la presente investigación, como son la Constitución Política del Perú y Ley General del Ambiente.

A.2 Histórico

Este método concierne en poder investigar acontecimientos históricos sobre un tema determinado, con la finalidad de

poder explicar y predecir sucesos actuales sobre la problemática hallada (Villabella, 2015).

Método utilizado para el estudio de la evolución de las normas jurídicas a través del tiempo y la evaluación de los derechos a la igualdad, ambiente sano y participación en la vida social de las personas.

A.3 Sistemático

Este método jurídico concierne en reunir diversos elementos para poder sintetizar en una sola, y con ello una sola explicación. Es por eso que se dice que este método busca relacionar los elementos de estudio (Sanchez, 2018).

Se utilizó para el análisis comparativo de normas relacionadas al medio ambiente y los derechos fundamentales para emplear mecanismos de participación ciudadana.

B. Dogmático

Este método de estudio jurídico tiene como finalidad el poder estudiar el cuerpo normativo para corroborar si se encuentra acorde a lo que necesita la realidad y con ello poder mejorar las falencias que se encuentren suscitando (Sanchez, 2018).

Utilizado para el estudio de conceptos definitivos y de autores autorizados por sus publicaciones en materia jurídica, relacionados con la igualdad de derecho, ambiente sano y consulta popular.

C. Comparado

Este método jurídico concierne en poder contradecir las hipótesis o teorías que componen la investigación, mediante comparaciones de otros estudios que tienen el mismo procedimiento o método científico (Sanchez, 2018).

Por cuanto en el desarrollo del trabajo de investigación se ha comparado la legislación vinculada con el medio ambiente y la participación ciudadana, comparando el tratamiento que cada una de ellas se les otorga en los lugares en los que se practica trabajos de minería.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Derechos Constitucionales

Según el TC, los derechos constitucionales son un entendimiento reflejado en los derechos fundamentales de la persona, pues dichos derechos fundamentales, se encuentran reconocidos por la carta constitucional peruana y, desde una perspectiva subjetiva, permiten la protección de las personas frente a hechos o intervenciones arbitrarias e injustificadas del propio Estado, así como de terceros, considerando una forma de defensa y protección en favor de los ciudadanos; adicional a ello, el ciudadano acoge la facultad de exigir al Estado pretensiones determinadas y de manera concretas con el objeto de efectivizar y garantizar su defensa. En otras palabras, el Estado está en la obligación de accionar según sus facultades, con el objeto de dar garantía a la eficacia, idoneidad y realización de los derechos constitucionales (Caso: Loja Mori, 2005).

Asimismo, desde una perspectiva doctrinaria, los derechos constitucionales pueden ser concebidos como aquel atributo a la persona en razón de su dignidad, así como del reconocimiento en la norma constitucional. El reconocimiento de la expresión “derechos constitucionales” mantiene una calificación de criterio gramatical según la norma que los acoge (Constitución Política del Perú). Siendo así que, entre la expresión “derechos constitucionales” y “derechos fundamentales” existe una similitud de entendimiento, ello en base a lo que ha dado a entender el TC en sus múltiples sentencias (Carrasco, 2018).

Por ello, es relevante mencionar que, todo derecho plasmado en la carta constitucional, independientemente de su ubicación en la norma, mantienen un mismo rango y reconocimiento de protección, ya sea porque se hace referencia a un derecho fundamental o a un derecho constitucional (Alexy, 1993); asimismo, a nivel internacional se ha creído conveniente el considerar la expresión “derecho constitucional” por un criterio de practicidad y sistematicidad, pues, al hacer referencia a dicha expresión, se precisa que un determinado derecho se encuentra reconocido implícitamente en el

ordenamiento estatal de un determinado país (García, 2010).

2.1.1. Derecho a la igualdad

A. Cuestiones previas

Este derecho a la igualdad de mucha importancia y trascendencia en la vida de las personas, es otro derecho fundamental inherente a todo ser humano que se adquiere por el solo hecho de nacer, es decir, es un derecho intrínseco a todas las personas sin excepción alguna. Este derecho permite el desarrollo del individuo en todos los aspectos de su persona y a la vez igualmente permite el cumplimiento de sus objetivos en igualdad de oportunidades y derechos entre todos los integrantes de una sociedad (Huerta, 2005).

Este derecho a la igualdad se ve continuamente afectado y/o transgredido dada nuestra realidad social e idiosincrasia, y en especial en lugares alejados de nuestro país donde la desigualdad es más acentuada o se manifiesta en mayor proporción, y es en estos lugares en donde se desarrolla actividades mineras, es por ello que se necesita de un determinado marco legal que permita ejercer este derecho a la igualdad en condiciones de todos los peruanos sin excepción alguna y sin ningún tipo de discriminación por ningún motivo, y en especial erradicar la desigualdad por la condición social cualquiera que fuere o se presentare (Huerta, 2005).

B. Definición del derecho igualdad

Este derecho a la igualdad es y debe ser concebido como principio-derecho, que permite a las personas encontrarse y desarrollarse en una sociedad en el mismo nivel, desde todos los ángulos de la vida, igualdad, identidad y/o equivalencia en oportunidades de acceso a los medios que brinda el Estado para cubrir nuestras necesidades igualdad de calidad de vida (Montoya, 2007).

El derecho a la igualdad, es intrínseco al ser humano, lo acompaña por el sólo hecho de nacer a lo largo de toda su vida, el derecho a la igualdad, es comprendido como el reconocimiento de igualdad ante la ley que debe realizarse a todo ser humano por otras personas y

en especial el Estado. Esta igualdad, significa el derecho a disfrutar en equiparidad de condiciones de todos los derechos que existen sin que haya algún tipo de distinción originada por causas de raza, color, condición social, idioma, sexo, religión, pensamientos u opiniones de naturaleza política, situación económica o cualquier otra índole (Montoya, 2007).

Un tema de mucha importancia es la efectividad del derecho a la igualdad, para que se ejercite este derecho es importante la participación del Estado peruano, en la implementación de mecanismos de cumplimiento y control del derecho a la igualdad, el Estado se encuentra obligado a garantizar el ejercicio del derecho a la igualdad; sin embargo, paralelamente a las labores y mecanismos desplegados consideramos que también es obligación de todos los ciudadanos no sólo de ejercer o hacer valer este derecho, sino que lo más relevante es respetar el derecho a la igualdad que tienen otras personas.

Por la implementación del derecho a la igualdad y debido a su importancia y repercusión en la vida real, consideramos que además del Estado y la obligación de los individuos que conformamos el mismo, se debe empezar brindándole un tratamiento especial en los hogares de padres a hijos y en los centros educativos con la impartición de conocimientos del derecho a la igualdad, para sembrar las raíces futuras en los futuros ciudadanos (Mamani, 2022).

C. Regulación legal del derecho a la igualdad

Este derecho tiene amparo y regulación en la máxima norma de nuestro orden jurídico, como es la Constitución Política del Perú, en el artículo 2 inciso 2 que prescribe que todo sujeto tiene el derecho a una igualdad ante la ley y, sobre todo, que nadie pueda ser discriminado por alguna causa de raza, origen, idioma, sexo, religión, condición económica, opinión, de cualquier otra índole.

Esta regulación en el nivel de la máxima norma jurídica, brinda al derecho a la igualdad, el nivel de un derecho fundamental de todas

las personas sin excepción alguna y es consustancial al ser humano que permanece desde su nacimiento y le acompaña durante todo el transcurrir de su vida (Gurruchaga, 2018).

2.1.2. Derecho a la participación ciudadana

A. Cuestiones previas

La participación ciudadana es conocida como aquel conjunto de sistemas o instrumentos que es empleado a la población, para que puedan ejercer su participación sobre las decisiones públicas que los inciden. Este derecho se puede manifestarse de manera individual o en conjunto. Se encuentra reconocido por diversos tratados y acuerdos internacionales los cuales el Estado se encuentra suscrito (Valdiviezo, 2013).

Es deber del Estado, como actor y siendo principal gestor de aquellas políticas públicas, no solo se encuentren dedicadas a emitir normas jurídicas para salvaguardar y con ello fomentar la participación ciudadana de los ciudadanos para que sean parte de las decisiones públicas, De la misma manera, se tiene que tener en cuenta que la democracia es un mecanismo la participación de la población (Valdiviezo, 2013).

Como se viene mencionando, como actores de este derecho se tiene a las personas que son parte del territorio de una legislación y el propio Estado. Siendo la población los actores activos, la Constitución ha manifestado que este derecho tiene que ser debidamente respetado, con la finalidad de garantizar y adoptar de manera compartida las decisiones (Carrera, 2015).

B. Definición de participación ciudadana

La participación ciudadana es entendida como aquel conjunto de interacciones que se efectúa entre los ciudadanos y con ello las instituciones públicas que se encuentran orientados a poder intervenir, de forma directa mediante sus organizaciones de asuntos públicos. Que, en base a sus derechos e intereses buscan influir en las decisiones que atentan sus vidas, logrando llegar acuerdos que

permitan tener en cuenta sus opiniones (Corporación Transparencia por Colombia, 2021).

Para poder llevar a cabo la equidad, justicia e igualdad, como una forma de transformación social sobre aquellos gobiernos que tiene la necesidad de aplicar programas, proyectos, beneficio, entre otros, que son empleados para mejorar la calidad de vida de la ciudadanía, por lo que se requiere de la intervención para que, de manera conjunta puedan trabajar (Calle, 2021).

Por tanto, se puede decir que la participación ciudadana como la oportunidad y derecho, de manera colectiva o individual, que tiene la población de poder manifestar demandas e intereses mediante acciones, con el propósito de poder influir en las propuestas y decisiones gubernamentales en los diferentes niveles, tanto nivel, regional o nacional; aportando de esa forma a la mejorar de la calidad de vida y gestión pública de las personas (Jurado Nacional de Elecciones, 2008).

C. La participación ciudadana desde un punto de vista jurídico

En la legislación peruana el asunto de la participación ciudadana se ha evidenciado una apertura por parte de las diversas organizaciones de la sociedad civil, siendo considerado como uno de las pocas legislaciones que abordado de forma amplia su marco legal. Mediante un proceso de conversación y acuerdo, se debe encontrar bases que conlleve a un beneficio general.

De esa misma manera, en la legislación peruana no se puede tratar de participación ciudadana sin poder tratar a la descentralización. Siendo estos, dos procedimientos que se orienta a la construcción de una nueva forma de modelo de vínculos que existe entre la ciudadanía y el Estado. Hay un determinado consenso en el Perú que, para la defensa de la democracia, este es representada mediante la participación de la ciudadana, con el fin de poder de fortalecer y superar la separación que existe entre la política y la ciudadanía.

El Ordenamiento Constitucional del Perú (2022) enuncia en su primer capítulo hace referencia a los derechos de participación que tienen las personas, haciendo alusión lo siguiente:

- a) El derecho a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante de diversos mecanismos (art. 2, inciso 4).
- b) El derecho a poder solicitar alguna información a entidades públicas (art. 2, inciso 5).
- c) El derecho a poder reunirse de manera pacífica y sin armas en establecimiento público o privado, sin la necesidad de poder dar previo aviso (art. 2, inciso 12).
- d) El derecho agruparse de manera libre y conformar organizaciones sin fin de lucro (art. 2, inciso 13).
- e) El derecho a poder participar de manera individual o en conjunto sobre la vida social, económica, política y cultura (art. 2, inciso 17).
- f) El derecho a poder formular pretensiones, de forma conjunta o individual a las instituciones correspondientes (art. 2, inciso 20).

2.1.3. Derecho a vivir en un espacio ambiental sano

A. Cuestiones previas

Este derecho al igual que otros derechos fundamentales, es muy importante en el desarrollo de los sujetos como parte esencial de la sociedad, es por ello que todos los que integramos la sociedad peruana, sin excepción alguna, tenemos el derecho de habitar en lugares que sean ambientes sanos, ecológicamente equilibrados y especialmente que tengan las condiciones adecuadas para el desarrollo del individuo durante toda su vida, dentro de una concepción de cuidado y preservación del paisaje y el ambiente natural (Cerqueira, 2021).

Asimismo, consideramos que el ambiente sano, no sólo es un derecho, sino, además, constituye un deber de todos los seres

humanos, que nos encontramos en la obligación de conservarlo, preservarlo y evitar su contaminación. A la vez constituye una obligación del Estado peruano, conservar y mantener un ambiente sano para que sus integrantes puedan desarrollarse y realizarse como miembros de su sociedad (Alanis, 2013).

B. Definición de medio ambiente sano

Entendemos por ambiente al entorno natural, el mismo que se encuentra conformado por todo lo que existe en el entorno y fuera del ser humano, constituye el conjunto de objetos o condiciones físicas que permiten al ser humano establecer relaciones para su desarrollo en forma individual y colectiva con otros seres humanos, es decir, se presenta o constituye un proceso permanente y dinámico entre los individuos y el medio ambiente, teniendo en cuenta que es el hombre quien despliega actos materiales ejecutivos sobre el medio ambiente en procura de su desarrollo y satisfacción de necesidades, obteniendo como producto su transformación según sus intereses, motivaciones y aspiraciones según sus previos intereses o decisiones (Ministerio Público, 2019).

Cuando el hombre utiliza el medio ambiente en la satisfacción de sus necesidades, se conoce como el aprovechamiento de los recursos naturales.

C. Medio ambiente desde el punto de vista jurídico

Entendemos que el medio ambiente desde una óptica jurídica, es considerado al espacio físico donde el ser humano desarrolla sus actividades y que producto de éstas sufre determinadas modificaciones, esta óptica relacionada a dos aspectos inherentes, por un lado, al territorio, y por el otro a la actividad que despliega el hombre sobre el mismo según sus propios intereses y la satisfacción de sus necesidades (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016).

Sin embargo, pese a la existencia de estos dos aspectos, consideramos que el medio ambiente desde su acepción jurídica

debe ser entendido en uno solo, una unidad en la que todos nos encontramos íntimamente relacionados entre sí.

Otro aspecto que debemos considerar, es que el medio ambiente se encuentra compuesto por elementos naturales y artificiales, en los que influyen la interacción del hombre para buscar su bienestar y satisfacer sus necesidades, que incluye su bienestar en salud, equilibrio ecológico, desarrollo de vida, desarrollo económico, entre otros, que repercuten en el orden jurídico y con una perspectiva hacia el futuro. El vínculo entre el medio ambiente y hombre y el medio ambiente que éste constituye uno de sus derechos fundamentales (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016).

2.2. Consulta previa

Para poder iniciar a conceptualizar este derecho, es necesario precisar lo que aborda una consulta popular, para poder comprender el significado de la consulta previa.

2.2.1. Consulta popular

La consulta popular, desde el punto de vista de su utilización, viene a ser el instrumento, mecanismo o procedimiento, imprescindible en un Estado Social Democrático, que permite a los individuos habitantes de un determinado pueblo, emitir su opinión sobre determinados asuntos de interés nacional y regional o local, que para el presente trabajo como es la explotación minera les va afectar directa o indirectamente (Moran, 2020).

A través de estudios se ha llegado a señalar que, dentro de la consulta popular, se presentan dos figuras de relevancia fáctica y jurídica; el primero de ellos, es el mecanismo jurídico político denominado referéndum, que es entendido como el instrumento principal e indispensable de un país democrático; este mecanismo permite y facilita a los integrantes del pueblo participar activamente, mediante la vía de la consulta, en temas políticos, jurídicos de relevancia para sus intereses y con un carácter de focalización a un determinado lugar; mientras que, el segundo mecanismo, es el

plebiscito, que consiste en una votación popular sobre temas de relevancia constitucional (INEI, 2016).

La controversia o discusión que se presenta entre estas instituciones, es consecuencia de que algunos teóricos confunden los términos; por ello, se propone diferencias tales como, que el plebiscito, es convocado directamente por la ciudadanía; mientras, que el referéndum, lo realizan las autoridades o los órganos gubernamentales; otra diferencia, se presenta, en que en el plebiscito, el pueblo se pronuncia sobre determinados hechos o sucesos, como es la proposición de personas para un determinado cargo, elección de formas de gobierno o anexiones territoriales; mientras que, en el referéndum, el pueblo decide sobre actos normativos que previamente han sido establecidos y que son materia de este mecanismo.

Sin embargo, pese a que persiste esta distinción y controversia, éstas no funcionan en la práctica real, ya que, la historia registra referendos o plebiscitos con ambas características; en tal sentido, propone que ambos términos se utilicen como sinónimos.

A. Formas de consulta popular

a. El referéndum

Para un mayor detalle sobre el referéndum, podemos señalar que este, como ya lo sostuvimos constituye una forma de consulta popular, que surge en las postrimerías del siglo XIX; siendo que, su tratamiento en nuestro orden constitucional del año 1993, el referéndum, tiene un tratamiento normativo con la categoría de ser un derecho fundamental de todos los peruanos, un derecho político, porque su tratamiento y utilización es relevante para la adopción de situaciones jurídicas relacionadas con el ámbito jurídico - político y un derecho colectivo, porque el referéndum es utilizado para consultas de una gran cantidad de personas y de temas que tienen fuerte influencia en un gran número de habitantes del país y en otros casos para todos los ciudadanos del Perú; pues, aparece

como una opción en materia de reformas constitucionales (Villavicencio, 2018).

Ahora, el término referéndum, tiene su origen de la expresión *ad referendum*, empleada por el tratadista francés Jean- Marie Denquin, con la finalidad de poder designar un acuerdo concluido por un pacto concluido por un sujeto bajo reserva de ratificación; precisando, el autor, mencionada fórmula no significa que la ratificación fuese una decisión que haya sido tomada por la población (Wieland, 2017).

Para García (2000), el referéndum, es un derecho del cuerpo electoral, que aprueba o rechaza la decisión de la autoridad legislativa ordinaria, precisando las siguientes clases:

Por su fundamento jurídico: a) Obligatorio, cuando es ordenado por la constitución, siendo este un requisito para su correspondiente validez en ciertos preceptos normativos; b) Facultativo, cuando ha sido llevado a cabo mediante alguna autoridad competente.

Por su eficacia jurídica: a) De sanción o ratificación, cuando el precepto normativo en cuestión solo se va a convertir en una ley, previa aprobación del ordenamiento electoral, complementando así, a la autoridad sancionadora de los preceptos normativos; b) Consultivo, cuando el resultado del referéndum no tiene una índole vinculante para la autoridad legislativa ordinaria (p. 183).

También señalamos que existen opiniones que se refieren al referéndum, como el medio que permite la combinación de dos instituciones jurídicas de la democracia, a decir la combinación de la democracia directa e indirecta; ello es como consecuencia de que se sostiene que existen casos en que determinados proyectos que han sido aprobados por el parlamento y que para su validez legal se prevé el mecanismo de ser sometidos al voto popular, y es con esta aprobación del pueblo que van a obtener la característica de fuerza de ley.

En la doctrina nacional, existen varias definiciones sobre el

referéndum, concibiéndose a éste, como los actos que son denominados votaciones populares, que se encuentran sin la característica esencial de ser actos electorales, incluso se ha llegado a proponer una tipología, teniendo como base los criterios siguientes: a) fundamento jurídico o necesidad jurídica; b) materia; c) eficacia jurídica; d) tiempo de realización; e) origen; y, f) ámbito territorial (Villavicencio, 2018).

Entonces podemos señalar que el referéndum es útil como mecanismo de consulta sobre aspectos del desarrollo de un país sin la característica electoral.

b. El plebiscito

Para comprender a esta figura, debemos remontarnos en la historia, donde los griegos, fueron la cultura que ejecutaron en la práctica una democracia directa; por su parte, los romanos, le dieron un uso más amplio; pero, a partir del siglo IV a. c, las autoridades romanas, acuden a esta institución, con el objetivo de legitimar sus decisiones ante la asamblea de los plebeyos; para después, en la práctica del plebiscito, es utilizado para definir problemas de soberanía (Simonetti, 2020).

Por su parte, Napoleón Bonaparte, mediante esta forma de consulta, logró ubicarse en el estatus de emperador; para ello, se encargó de promulgar una nueva Constitución, proclamándose presidente de las repúblicas italianas, anexando territorio (Piamonte, Parma y Plasencia); en 1804, es coronado por el Papa Pío VII y para legitimar su régimen convoca un plebiscito popular, obteniendo un resultado muy favorable.

Para comprender a detalle la expresión plebiscito, Martínez (1999) precisa que "este tiene su origen en el término italiano plebiscitum, de plebis - pueblo y scitum, que viene a representar la resolución del pueblo; en otras palabras, es la consulta que se hace a los ciudadanos, expresando su rechazo o aceptación sobre asuntos específicos de gran relevancia o de gran interés que puede afectar

al mismo Estado" (p. 552).

Este tema se encuentra abordado por la Real Academia de la Lengua Española (2023), que lo ha definido como una consulta que los organismos públicos someten al escrutinio o voto del pueblo en forma directa, teniendo como objetivo que apruebe o rechace una determinada propuesta sobre soberanía o ciudadanía, propuesta que tiene que ver con la marcha y los intereses del Estado.

El plebiscito, también es entendido como un procedimiento utilizado en una democracia directa, es decir, en donde reina el sistema democrático y no democrático, por el cual, se convoca y se consulta al pueblo, para adoptar o ratificar una decisión política u otorgue o confirme su confianza hacia una persona (Ramirez, 2019).

Por ello, podemos concluir, que el mecanismo del plebiscito, constituye un procedimiento de consulta popular directa, sobre algún tema o asunto político, requiriéndose expreso consentimiento de los ciudadanos.

2.2.2. Consulta previa

La consulta previa es un derecho fundamental colectivo de la población indígena que es empleada mucho antes que adoptar una medida administrativa o legislativa que posiblemente va afectarlos, por lo propio que promueve una conversación intercultural de buena fe que sucede entre la población indígena y el Estado con la finalidad de poder consensuar, previo libre e informado consentimiento. En el año 1995, ingresó a vigencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. De la misma manera, no fue hasta el 5 de junio del año 2009, cuando se llevó a cabo la protesta social el "Baguazo", se emitió la implementación en el año 2011 mediante la Ley N.º 29785 - Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en el Convenio 169 de la OIT. Después, en el año 2012 se hizo publicó su reglamento mediante el Decreto Supremo N.º 001-2012-MC. Este último, tuvo diversas críticas, debido a la exoneración de la consulta previa en los servicios públicos (Carhuatocto, 2021).

La emisión de la Ley N.º 29785 - Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios demanda a la administración pública ciertos lineamientos que tiene que tener en cuenta al momento de sus actuaciones (Valdiviezo, 2013).

Así mismo, el autor antes citado ha indicado que los elementos que son parte de los supuestos en este procedimiento público de consulta previa es el siguiente:

Desde una óptica subjetiva, la norma hace referencia dos sujetos, por un lado, tiene a la entidad que individualiza a la potencial nociva y que es quien va a llevar a cabo la consulta, llamada entidad promotora; siendo principalmente los beneficiados la población indígena u originario; por otro lado, se tiene a los inversionistas y otros participantes.

Desde una óptica material, la finalidad directa de la acción, es el proyecto de decisión que tiene el Estado, siendo una característica obligatoria que representa la afectación de los derechos colectivos, tal como la identidad cultural y calidad de vida de los pobladores originarios e indígenas. Es así como encontramos a la iniciativa legislativa, administrativa y a los planes, proyectos y programas de desarrollo nacional o regional.

Solo se va a poder consultar aquellas decisiones o medidas de las autoridades públicas que atenta contra la población indígena, en otras palabras, tiene un impacto sobre las condiciones y derechos de vida. Por ejemplo, los proyectos, programas, políticas, leyes, decisiones u otros que interfiera en su idioma, salud, normas forestales, educación, entre otros (Gamboa & Snoeck, Sebastien, 2012).

El derecho a la consulta es aplicado a la población 'indígena' u 'originario', estas personas podrán tener sus representantes, siendo elegido por la propia población, conforme sus reglas; por tanto, es deber del Estado promover el proceso de consulta previa (Snoeck, 2013).

A. Ley de consulta previa – Ley N.º 29785

Esta Ley fue aprobada en el mes de agosto del año 2011, siendo un proceso político por parte de las entidades indígenas que aceptaron un documento sin modificaciones, pero con determinadas críticas o salvedades. Su contenido más resaltante es la identificación de un proceso de consulta con fases orientadoras y el pacto que se realiza entre el Estado y la población indígena (Gamboa & Snoeck, Sebastien, 2012).

Etapas del proceso de consulta

Establecido en los artículos del 8 al 16 de la ley en mención y el Decreto Supremo N.º 001-2012-MC que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 29785 (2011), en donde establece las siguientes etapas:

a) Inicio del proceso

Identificando la medida a consultar.

b) Reuniones preparatorias

Con la organización representativa de los pueblos.

c) Plan de consulta

Considerando, identificación de los pueblos indígenas, obligaciones tareas y responsabilidades de los sujetos, los plazos y el periodo de tiempo para poder consultar, así como la metodología y los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso.

d) Etapa de publicidad de la medida

Donde las instituciones promotoras deben brindar a las organizaciones representativas de la población indígena u originario de las medidas administrativas o legislativas, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas.

e) Etapa de información

Obligación de las instituciones promotoras ofrecer la información a la población indígena y a sus representantes por un periodo de tiempo de entre 30 - 60 días calendario, de forma oportuna y

adecuada.

f) Etapa de evaluación interna

Las personas representativas del o la población indígena y su representante deben realizar una evaluación y examen sobre los logros e influencias de las medidas administrativas y legislativas, dicho examen deberá completarse en un plazo máximo de 30 días calendarios.

g) Etapa de diálogo

La comunicación intercultural se efectúa en base aquellos aspectos en donde se evidencian diferencias entre las posturas de la propuesta de la institución promotora y de las que se han presentado por la población indígena en un periodo máximo de 30 días calendarios.

h) Suspensión y abandono del proceso de diálogo

Por un periodo que no supere los 15 días calendarios por hechos o actos ajenos a las partes pudiendo volverse a reiniciar en coordinación de ser posible con los representantes del o los pueblos indígenas.

i) Acta de consulta

Conteniendo los acuerdos adoptados y firmados por los representantes del o los pueblos indígenas y por los funcionarios debidamente autorizados por la entidad promotora.

j) Etapa de decisión

La decisión final debe estar debidamente motiva.

k) Plazo máximo del proceso de consulta

Son de 120 días calendarios.

l) Informe de consulta

Culminado el proceso, la entidad promotora debe publicar en el portal web: a) La propuesta de medida que su puso a consulta, b) El plan de consulta, c) Desarrollo del proceso, d) Acta de consulta, e) Decisión adoptada de ser el caso.

m) Financiamiento del proceso

En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiarlos costos del proceso de consulta. En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida. Las entidades promotoras identificarán o modificarán sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique el presente artículo.

n) Consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional

Serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En toda la etapa del proceso de consulta se debe resaltar que las entidades estatales competentes ya sean la Presidencia del Consejo de Ministros, los diferentes Ministerios, los Organismos Públicos y los Gobiernos Regionales o Locales son los encargados de llevar adelante todo el proceso a través de un diálogo intercultural formal respetando la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios que conlleva a que la entidad estatal obtenga una decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa.

Dicha decisión deberá estar debidamente motivada e implica una evaluación de los diferentes puntos de vista, las sugerencias y recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, todos estos acuerdos adoptados es de fiel cumplimiento para ambas partes, correspondiendo al Estado en caso de no existir acuerdos adoptar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

El proceso de consulta significó al inicio una nueva forma de diálogo intercultural que se da entre el Estado y la población indígena, sin embargo, no fue así. Lamentablemente ha sido un proceso que ha

presentado una serie de deficiencias, como la falta de legitimidad sobre la poca participación de las entidades indígenas regionales y nacionales, el interés del Estado en brindar una celeridad en el proceso, vulnerando los principios del plazo razonable, flexibilidad y el desconocimiento de diversos acuerdos logrados en la fase del diálogo y la introducción de documentos nuevos que no conforman la consulta.

Por lo tanto, la consulta no debe ser comprendida como una posibilidad de poder lograr un pacto o no, sino como aquel proceso para realizar de forma conjunta una propuesta que recoja determinadas prioridades de desarrollo que influye en el Estado. La OIT ha indicado que, en el mecanismo de consulta se tiene que asegurar que se realicen iniciativas de la población indígena, suponiendo el desarrollo de sus propias instituciones y con ello teniendo en cuenta que no se atente con el derecho a la autonomía de la población indígena (Gamboa & Snoeck, Sebastien, 2012).

2.2.3. Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional

A. Derechos Constitucionales

Expediente N.º 01272-2015-PA/TC (Callao)

Resumen

En el expediente N.º 01272-2015-PA/TC (2021) se ha resuelto un Recurso de agravio constitucional que ha sido interpuesto por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú (IDLADS Perú) contra la resolución emitida el 19 de agosto del año 2014, por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao que ha confirmado la apelada, declarándolo improcedente la demanda interpuesta.

El representante del IDLADS Perú ha presentado una demanda de amparo contra la Municipalidad del Callao, planteando la siguiente pretensión: que se encontraba vulnerando los derechos a la

integridad psíquica y moral, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la tranquilidad y la paz y tranquilidad, la participación ciudadana, a gozar de un medio ambiente equilibrado y sano de quienes viven en mencionada provincia (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2021).

El Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao a través de una resolución declaro improcedente la demanda en aplicación del artículo 5, numeral 2, del Código Procesal Constitucional, en base que el proceso de amparo no es el adecuado en resolver el conflicto planteado, por lo propio que hay una vía jurisdiccional ordinaria en donde se hace valer sus derechos correspondientes (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2021).

La Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, confirmó la resolución que había sido apelada, debido que el demandante pretende un control abstracto de la norma, lo cual hace alusión a una demanda de inconstitucionalidad. Por lo que se interpuso un recurso de agravio constitucional y fue declarado fundado el recurso (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2021).

Análisis

Los derechos esenciales de todas las personas tienen una doble connotación, una subjetiva y una objetiva. En la primera se hace alusión a los sujetos que les pertenece los derechos y el objetivo se hace alusión a la protección que se le tiene por la relevancia del contenido de los derechos. Por eso que se dice que los derechos fundamentales se encuentran compuestas por garantías subjetivas e institucionales.

Como ya se conoce, la población indígena u originario se encuentran vestidos de una determinada autonomía, reconocida por la Constitución. Por lo tanto, es de gran relevancia que se tenga presente los derechos colectivos que cuentan estas organizaciones, tales como: identidad cultura y étnica, a la tierra, consulta previa, autodeterminación, salud, educación, participación ciudadana, entre

otros.

Por lo tanto, al presentarse una afectación a sus derechos, es factible que se haya declarado fundado la demanda, ya que, se demostró que existe una vulneración de derechos parte de la empresa.

Expediente N.º 02775-2015-PA/TC (Pasco)

Resumen

En el expediente N.º 02775-2015-PA/TC (2017) se ha resuelto un Recurso de agravio constitucional que ha sido interpuesto por el Asentamiento Humano Uliachin contra la resolución emitida el día 4 del mes de marzo del año 2015, ordenada por la Sala Mixta Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Pasco, que ha resuelto declarándola infundada la respectiva demanda.

La demanda fue interpuesta por el Asentamiento Humano Uliachin, contra la Municipalidad Provincial de Pasco, quien solicita la inmediata suspensión de la ejecución del relleno sanitario de la ciudad de Cerro de Pasco, que se encontraban realizando en la propiedad de la recurrente, muy cerca de otras viviendas, también del río San Juan y de un manantial. Por lo tanto, se vulnera su derecho a un medio ambiente equilibrado y sano, por lo que se pone en peligro la salud de las personas (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2017).

El Segundo Juzgado Civil de la Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Pasco, declaró infundada la demanda, debida que no se ha acreditado de manera adecuada la amenaza de vulneración del derecho a vivir en un ambiente equilibrado y con ello el adecuado desarrollo de la vida de las personas. Por lo tanto, se ha declarado infundada la demanda de amparo (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2017).

Análisis

Se puede evidenciar que el presente caso, que la parte demandante

no ha probado la posible afectación que le ocasionara el relleno sanitario. Por lo que no se cumple con la petición solicitada. Toda población indígena ha entablado ciertas conexiones culturales, espirituales, económicas y sociales con sus recursos, territorios y tierras, siendo elementos esenciales para su existencia e identidad. Sin embargo, no solo basta la sindicación, sino también se tiene que probar.

B. Consulta previa

Expediente N.º 03066-2019-PA/TC (Puno)

Resumen

En el expediente N.º 03066-2019-PA/TC (2022) se ha resuelto un Recurso de agravio constitucional que ha sido interpuesto por las Comunidades Campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará, contra la resolución que ha declarado como improcedente la demanda, emitido por la Sala Civil de la Provincia de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno.

Los representantes de las comunidades mencionadas interponen la demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), pretendiendo se declare la nulidad de las concesiones mineras brindadas a la empresa minera Cemento Sur S.A. Alegando que las cuadrículas de las concesiones mineras brindadas se superponen sobre aquellas áreas que se encuentran perteneciendo al territorio de la comunidad de Chilla Chambilla. De la misma manera, han indicado que se llevó a cabo sin respetar el derecho a la consulta previa, a la libre determinación de los pueblos de la identidad cultura, a la propiedad comunal y religiosa (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2022).

Por otro lado, el Juzgado Mixto de la Provincia de Chucuito-Juli de la Corte Superior de Justicia de Puno, ordenó la improcedencia de la demanda, debido que los demandantes pueden recurrir primero a la vía administrativa. De la misma manera, la Sala Civil de la Corte

Superior de Justicia de Puno, confirmó la resolución apelada mencionando que, no se encuentra claro que las organizaciones demandantes pertenezcan a la población indígena, debido que no se acreditado de manera idónea. Por lo tanto, en esta última instancia fue declarada improcedente, porque no es considerado un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2022).

Análisis

Ha generado un gran debate la decisión del TC, ya que diversos juristas se han pronunciado al respecto, en la que indican que es descabellado lo ordenado, debido que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente en la legislación peruana desde el año 1995, por lo que es parte de la norma constitucional, conforme lo establece el artículo 55 y la 4ta disposición final y transitoria del Ordenamiento Constitucional. Así mismo es ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ratificado en diversas sentencias.

Por lo tanto, la forma en que ha resuelto el TC no se encuentra dentro de los márgenes de la Constitucionalidad.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DEL PROBLEMA

3.1. Participación ciudadana en el sector minero en el Perú

Sobre la participación ciudadana en el sector minero, debemos señalar que cuenta con regulación en nuestra Constitución Política del Perú del año 1993, en específico en el artículo 2 inciso 17 que establece que toda persona tiene derecho, a participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (El Peruano, 2022), entonces estamos tratando de un derecho de naturaleza fundamental de todos los integrantes de la sociedad peruana.

Ahora este derecho constitucional y acorde con la problemática tratada en el presente trabajo, es decir, la participación ciudadana con relación a la actividad minera en nuestro país, y en específico señalamos que se presenta la siguiente legislación:

a) Tenemos la LGA (2005), que en su Capítulo 4 sobre el acceso a la información ambiental y participación ciudadana, establece artículos que desarrollan este derecho, así tenemos el artículo 47 que regula el deber que tienen las personas naturales o jurídicas a participar responsablemente en la gestión ambiental, en su artículo 48 regula los mecanismos que deben establecer las autoridades públicas, en lo referente a la participación ciudadana en la gestión ambiental y finalmente en el artículo 51 regula los criterios a seguir en los procedimientos de participación ciudadana, entre los cuales con especial importancia se destaca en su inciso f) las audiencias públicas que se realizan, al menos, en la zona donde se desarrollará el proyecto de inversión y se elegirá el lugar que permita la mayor participación de los potenciales afectados con la actividad minera.

b) La participación ciudadana en el sector minero han sido desarrolladas, con el Decreto Supremo N.º 028-2008- EM (2008), por el cual se aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero; es en este decreto supremo que se fija como su objetivo en el artículo 1 normar la participación ciudadana responsable de toda

persona, natural o jurídica en forma individual o colectiva, en los procesos de definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente, relativas al aprovechamiento sostenible de los recursos minerales en el territorio nacional, posteriormente en el artículo 3 se regula la participación ciudadana respecto a las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo, en el artículo 4 regula la consulta de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, señalándose en relación al derecho a la consulta, que se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana, por lo que los mecanismos de participación ciudadana, deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el ámbito de influencia minera. Y finalmente en su artículo 6 regula los mecanismos de participación ciudadana que podrían emplearse, estableciendo entre otros, y los relacionados con el presente trabajo, sólo a talleres participativos y audiencias públicas.

3.2. Derecho a la igualdad ante la ley

En este caso nos encontramos ante otro derecho de nivel constitucional, con regulación propia en nuestra carta magna, en específico en el artículo 2 inciso 2, establece que, toda persona tiene derecho, a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (El Peruano, 2022).

Teniendo en cuenta la prescripción textual de la norma antes citada, es fácil concluir que en nuestro país no existe o por lo menos no debería existir, desigualdad de ningún tipo y por ningún motivo, por lo que en el ámbito jurídico y en especial en la expedición de leyes igualmente no puede existir desigualdad, de allí que las normas deben ser emitidas en igualdad de condiciones para todas las personas y en igualdad según que se presenten las circunstancias que la norma regula, por lo que ante la presencia de una

norma que privilegie a una determinada población, viola el derecho a la igualdad de las personas y consiguientemente desde el punto de vista jurídico consideramos debe ser expectorada del ordenamiento jurídico.

3.3. Derecho a un ambiente sano

El derecho a un ambiente sano, es igualmente otro derecho con regulación constitucional, su prescripción se encuentra en el artículo 2 inciso 22, establece que toda persona tiene derecho, a la paz, tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (El Peruano, 2022).

Este derecho a un ambiente sano, según esta disposición constitucional está regulado en conjunto con otros derechos fundamentales de la persona que son conexos al medio ambiente sano, tal es así que es conexo con el derecho de toda persona a su integridad moral, psíquica, física, a la paz, y a su libre desarrollo y bienestar.

Esta regulación fundamental en conjunto de estos derechos nos lleva a concluir con meridiana claridad la importancia que la máxima norma le brinda a la persona y su derecho a la paz, tranquilidad física, psíquica y moral, todo ello dentro de un ambiente sano.

Este derecho a un ambiente sano tiene su desarrollo en la LGA, que en sus artículos I del Título Preliminar y artículo 1 regula el derecho fundamental de toda persona a viviren un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida.

3.4. Afectación del derecho a la participación ciudadana, a la igualdad ante la ley y a un ambiente sano, con el artículo 72 de la Ley N.º 28611 - LGA

No siempre existe armonía interna en el marco jurídico del país, lo que origina afectación de derechos de las personas integrantes de la sociedad, como se da en el presente caso que es materia del presente trabajo que consideramos que la Ley N.º 28611, en su artículo 72 y sus respectivos incisos, atenta los siguientes derechos fundamentales: Participación ciudadana, Derecho a la igualdad ante la ley y Derechos a un ambiente sano y sus derechos conexos de los pobladores que habitan en lugares que no tienen la condición de pueblos indígenas u originarios y existen actividades

mineras. Teniendo en cuenta el artículo 67 del Ordenamiento Constitucional, hace alusión a las políticas que tiene que implementar el Estado para sostener los recursos naturales del ambiente.

3.4.1. Como se ha señalado, los derechos a la participación ciudadana, a la igualdad ante la ley y a un ambiente sano, tienen rango constitucional y son de aplicación en favor de todos los peruanos y no pueden ser afectados desde ningún punto de vista, ni administrativo y en especial no puede ser afectado con la emisión de leyes.

3.4.2. El Estado peruano, tiene el deber de garante en la protección de la persona humana y la vigencia efectiva de sus derechos, este deber implica hacer cumplir los preceptos constitucionales y legales, y en especial cuando se presentan situaciones fácticas - jurídicas, como es la actividad minera y los derechos de participación ciudadana, igualdad ante la ley y el derecho a un ambiente sano.

3.4.3. La Ley N.º 28611 en su artículo 72, ha previsto el derecho a la consulta previa a favor de los pueblos indígenas u originarios respecto a la emisión de medidas legislativas o administrativas.

3.4.4. Se debe agregar que, el derecho a la consulta previa en lo referente al sector minero ha tenido un desarrollo en el Decreto Supremo N.º 028-2008-EM, que en el artículo 3 norma la participación ciudadana respecto a las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo. En el artículo 4 regula la consulta de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, como reiteramos este derecho es de aplicación obligatoria cuando se trata sólo de pueblos indígenas u originarios donde se desarrolla actividad minera.

3.4.5. En este mismo orden de ideas el Decreto Supremo N.º 028-2008-EM, en lo que respecta a los lugares o pueblos que no tienen la condición de indígenas u originarios, en su artículo 6 regula los mecanismos de participación ciudadana que podrían emplearse, estableciendo entre otros, a talleres participativos y audiencias públicas. En esta norma tampoco se incluye la consulta previa como mecanismo de

participación ciudadana y audiencias públicas, tampoco han sido regulados con el carácter de obligatorio.

3.4.6. Por tanto, se puede decir que el artículo 72 de la Ley N.º 28611 vulnera los siguientes derechos:

- a) Afectación al derecho a la igualdad ante la ley, contenido en el artículo 2 inciso 2, de nuestra Constitución Política del Perú, por cuanto todas las personas debemos recibir un tratamiento igualitario en la emisión de los dispositivos legales.
- b) Afectación al derecho de toda persona a vivir en un espacio ambiental sano, contenido en el artículo 2 incisos 22 de nuestra carta magna debido a las consecuencias que puede llegar a generar la ejecución de un proyecto, plan, programa, entre otros, puede llegar a perjudicar la naturaleza del ambiente.
- c) Afectación al derecho a participación ciudadana, contenido en el artículo 2 incisos 4 y 17 de nuestra carta magna, por cuanto todas las personas tenemos el derecho de información, expresión y participación en forma individual o asociada en la vida económica, social y cultural. La afectación se produce en el sentido de que, si bien existe actividad minera, ésta no se desarrolla sólo en lugares donde existen pueblos indígenas u originarios; sino, que también existe minería en lugares donde los pobladores y pueblos no tienen dicha condición.

3.4.7. Ante este panorama legal consideramos que la Ley N.º 28611, el artículo 72 tiene que ser modificada y considerar a la consulta previa como un derecho de manera general para toda la población.

3.5. Propuesta de modificación del artículo 72 de la Ley N.º 28611 - LGA

Mediante la presente, se da a conocer la propuesta de modificación del artículo 72 de la Ley N.º 28611-Ley General del Ambiente.

PROPUESTA

SUMILLA: Proyecto de Ley que modifica el artículo 72 de la Ley General del Ambiente – Ley N.º 28611

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 72 LEY GENERAL DEL AMBIENTE – LEY N.º 28611

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la realidad social y jurídica actual, la minería ha generado ciertos conflictos en los que se ven involucrados derechos fundamentales, pero consideramos que en especial, son tres los derechos que se encuentran involucrados, tales como: derecho a la igualdad ante la ley, derecho a tener que participar de manera individual o en conjunto en la vida política, social, económica y cultural de la Nación, y, el derecho a disfrutar de un espacio ambiental sano, equilibrado y adecuado para un correcto desarrollo de la vida.

Dentro de este contexto el legislador ha expedido la Ley N.º 28611 denominada “Ley General del Ambiente” (LGA), norma que regula el derecho fundamental de toda persona a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, asimismo, regula el derecho y deber de las personas naturales o jurídicas a la participación responsable en la gestión ambiental, estableciendo determinados mecanismos de participación ciudadana.

La LGA, ha brindado una serie de mecanismo de participación ciudadana, que, en situaciones donde se va a ejecutar algún proyecto, plan, inversión, programa, entre otros, la ciudadanía puede presentar de manera individual o en conjunto una opinión, objeción, posición de vista, entre otros. De la misma manera en su artículo 72 de la Ley antes indicada, solo ha hecho alusión a que se tiene que efectuar una consulta previa a la población que tiene la condición de indígena, comunidad campesina y nativa para verificar si se puede llevar a cabo el plan que se tiene pensando ejecutar, protegiendo de esa manera su integridad cultural, económica y valores.

1.1. Análisis de la propuesta legislativa

II. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los fines que persigue la presente propuesta de modificación de Ley, se encuentra orientado a salvaguardar el Derecho de consulta previa que tiene la población indígena y originaria, para que sea de aplicación general para toda la población, siempre y cuando el asunto lo amerite.

El investigador de la Universidad Nacional de Cajamarca, propone la siguiente modificación de Ley:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 72 DE LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE – LEY N.º 26811.

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículo 72.- Del aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas

72.1 Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales.

72.2 En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.

72.3 De conformidad con la ley, los pueblos indígenas y las comunidades nativas y campesinas, pueden beneficiarse de los recursos de libre acceso para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Asimismo, tienen derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras, debidamente tituladas, salvo reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros, en

cuyo caso tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos.

El artículo modificado contiene el siguiente texto:

Artículo 72.- Del aprovechamiento de recursos naturales

72.1 Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras **de la población**, adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales.

72.2 En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de **la población en general**, los procedimientos de **consulta previa obligatoria** se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los **representantes correspondientes**, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.

72.3 De conformidad con la ley, **la población**, pueden beneficiarse de los recursos de libre acceso para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Asimismo, tienen derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras, debidamente tituladas, salvo reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros, en cuyo caso tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

FINALES

Primera.- Adecuación

En un plazo máximo no mayor de 30 días se tiene que efectuar los respectivos cambios e ingresar a la respectiva vigencia.

Segundo.- Informe sobre avance de la implementación de la modificación.

El Ministerio del Ambiente, mediante su entidad correspondiente tendrá que emitir anualmente, según su competencia, un informe de evaluación de la implementación y aplicación de las disposiciones de la modificación de la Ley General del Ambiente (artículo 72).

CONCLUSIONES

1. Se llegó a concluir que los derechos fundamentales que son vulnerados por el artículo 72 de la Ley N.º 28611-Ley General del Ambiente son los siguientes: Derecho a la igualdad ante la ley, a vivir en un ambiente sano y a la participación ciudadana.
2. De esa misma manera, se evidenció que el artículo 72 de la Ley General del Ambiente reconoce el Derecho a la Consulta Previa solo a los sectores indígenas u originarios, afectando gravemente el derecho colectivo de la población que no tiene esta condición de indígenas u originarios, donde se realizan actividades de minería u otros proyectos. Por lo que solo les queda seguir padeciendo de las consecuencias que originan estas medidas, viéndose vulnerados sus derechos fundamentales y colectivos.
3. En esa medida, se concluyó que es viable que se emita una modificación a la Ley General del Ambiente, específicamente el artículo 72 e incisos correspondientes. Regulando de esa manera el Derecho a la consulta previa de manera general, para que en los sectores en donde se practiquen actividades de minería u otros proyectos, puedan hacer valer el respeto de sus derechos.
4. Se logró determinar que los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 72 de la Ley N.º 28611, son los siguientes: el artículo 2, inciso 17 del Ordenamiento Constitucional, en donde indica que toda persona tiene el derecho a participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; también se tiene el artículo 2 inciso 2 del mismo ordenamiento, en la que indica que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, por lo que nadie puede ser discriminado; por último, se tiene al artículo 2 inciso 22 del Ordenamiento Constitucional, en donde indica que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Poder Legislativo, implemente mecanismos para salvaguardar los derechos esenciales de las personas, tales como: el derecho a vivir en un ambiente sano, a una igualdad ante la ley y a la participación ciudadana en los sectores que la Ley General del Ambiente no regula.
2. Se propone al Poder Legislativo, tenga presente la propuesta de modificación del artículo 72 de la Ley General del Ambiente, teniendo presente a la población en donde se realizan actividades de minería u otros proyectos, y que no tienen la calidad de indígenas u originarios, puedan ser resguardado sus derechos.
3. Se recomienda a los investigadores que puedan efectuar nuevos estudios sobre la vulneración de derechos que ha recaído la emisión del artículo 72 de la Ley N.º 28611 en donde, la población que no tiene la calidad de indígenas u originarios no tiene la potestad de emplear una consulta previa ante la ejecución de actividades de minería u otros proyectos, para que de esa forma se pueda dar una solución de manera conjunta.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alanis, G. (2013). *Derecho a un ambiente sano*. UNAM. <https://bit.ly/3iJ5cdV>
- Arias, J., Villasis, M., & Miranda, M. (2016). El protocolo de investigacion III: La poblacion de estudio. *Revista Alergia Mexico*, 63(2), 201 - 206. <https://bit.ly/2krGzo6>
- Calle, S. (2021). Participación ciudadana urbana cantonal en el gobierno local. *Revista Ciencias Pedagógicas e Innovación*, 9(1), 85 - 91. <https://bit.ly/3jXO70z>
- Carrera, F. (2015). La Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador. *Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación.*, 2(1), 47 - 65. <https://bit.ly/3RWQL3g>
- Cerqueira, D. (2021). *El Derecho a un ambiente sano*. Fundación para el debido proceso. <https://bit.ly/3INkkBE>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2016). *El derecho humano al medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. <https://bit.ly/2NdczBJ>
- Corporación Transparencia por Colombia. (2021). *Garantizar la participación ciudadana*. Corporación Transparencia por Colombia. <https://bit.ly/3E5TDVL>
- El Peruano. (9 de Septiembre de 2008). Decreto Supremo N° 028-2008. El Peruano. <https://bit.ly/3QDVYw4>
- El Peruano. (7 de septiembre de 2011). Ley N.° 29785. *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indigenas u originarios, reconocidos por el convenio 169 de la OIT*. <https://bit.ly/3Xc3l0c>
- El Peruano. (2022). *Consitución Política del Perú*. Editora Perú. <https://bit.ly/3w0tfrO>
- Gamboa, C., & Snoeck, Sebastien. (2012). *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del*. REALIDADES S.A. <https://bit.ly/3YNAQq7>
- Gurruchaga, M. (2018). *Justicia e igualdad: dos conceptos relacionados, relacionales y valorativos*. Universidad de las Islas Baleares . <https://bit.ly/3ixETaR>
- Huerta, L. (2005). *El derecho a la igualdad*. <https://bit.ly/3lOv033>

- INEI. (2016). *Consulta Popular y Democracia Directa*. INEI. <https://bit.ly/2GnERfG>
- Jurado Nacional de Elecciones. (2008). *Guía de participación ciudadana en el Perú*. Jurado Nacional de Elecciones. <https://bit.ly/3K3UI4n>
- Loperena, D. (2009). Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección. *CIDH*, 1 - 18. <https://bit.ly/3INjHrM>
- Mamani, D. (2022). Derecho a la igualdad y no discriminación como norma lus Cogens desde la perspectiva de género. *Revista de Derecho*(10). <https://bit.ly/3iD4yi6>
- Ministerio de Cultura. (7 de Septiembre de 2011). Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Lima, Lima, Perú: Ministerio de Cultura. <https://bit.ly/3IJHJ6Z>
- Ministerio del Ambiente. (13 de Octubre de 2005). Ley N.º 28611. *Ley General del Ambiente*. Lima, Lima, Perú: Ministerio del Ambiente. <https://bit.ly/3QCyxTO>
- Ministerio Público. (2019). *El Derecho a un ambiente sano*. Dirección General de Derechos Humanos. <https://bit.ly/3ZzUV4v>
- Montoya, A. (2007). *La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental*. Editorial Aranzadi, S.A.U. <https://bit.ly/2NPU7mV>
- Moran, E. (2020). La consulta popular en México. Una propuesta para el fortalecimiento de su diseño institucional a partir de experiencias normativas latinoamericanas. *Universidad de la Sabana*, 29(2), 501 - 534. <https://bit.ly/3XrLTVp>
- RAE. (13 de Enero de 2023). *Plebiscito*. Plebiscito: <https://bit.ly/3Wb3H5S>
- Ramirez, A. (2019). Analisis de la democracia participativa Colombiana. A proposito del plebiscito por la paz 2016. *Universidad Libre*(115), 172 - 203. <https://bit.ly/3Xbtcp0>
- Sanchez, A. (2018). El metodo juridico: diferentes lineas metodologicos y una propuesta de sintesis. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(21), 251 - 278. <https://bit.ly/3XwTvpo>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 02775-2015 (Tribunal Constitucional 11 de Noviembre de 2017). <https://bit.ly/3lwLwuS>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 01272-2015-PA/TC (Tribunal

- Constitucional 21 de Mayo de 2021). <https://bit.ly/3HTmOwc>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 03066-2019-PA/TC (Tribunal Constitucional 20 de enero de 2022). <https://bit.ly/3jUVqX1>
- Simonetti, L. (2020). *Plebiscito: ¿Mecanismo democrático?* Libertad y Desarrollo. <https://bit.ly/3iy3psn>
- Snoeck, S. (2013). *El derecho a la consulta previa*. Biblioteca Nacional del Perú. <https://bit.ly/3jN24i0>
- Valdiviezo, M. (2013). *La Participación Ciudadana en el Perú y los Principales Mecanismos para Ejercerla*. Gestion Publica y Desarrollo. <https://bit.ly/3YtO5MV>
- Villabella, C. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. *UNAM*, 921 - 953. <https://bit.ly/2GGMCOR>
- Villavicencio, M. (2018). *El referendun en la legislación comparada*. Congreso de la República. <https://bit.ly/3GCtxu1>
- Wieland, H. (2017). El referéndum. Concepto general y regulación legal en el Perú. *PUCP*, 273 - 304. <https://bit.ly/3H4Vs7t>

NOMBRE DEL TRABAJO

Trabajo de Suficiencia Profesional_pdf

AUTOR

Helton Wilson Diaz Huaccha

RECUENTO DE PALABRAS

12098 Words

RECUENTO DE CARACTERES

66808 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

50 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

386.2KB

FECHA DE ENTREGA

Dec 21, 2023 1:51 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Dec 21, 2023 1:52 PM GMT-5**● 25% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos:

- 21% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 21% Base de datos de trabajos entregados
- 12% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)
- Fuentes excluidas manualmente

