



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

**LA CONSULTA PREVIA COMO REQUISITO PARA INICIAR LA ACTIVIDAD
MINERA ARTESANAL Y LA GARANTÍA DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO
AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO EN EL PERÚ**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA:

MAGALY LOPEZ PEREZ

ASESOR:

Dr. RAFAEL ALDAVE HERRERA

LINEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHOS FUNDAMENTALES

TRUJILLO – PERÚ

2015

PÁGINA DEL JURADO



.....
RAFAEL ALDAVE HERRERA
PRESIDENTE



.....
CARLOS SAGAL GROSS
SECRETARIO



.....
FERNANDO ALCANTARA CASTAÑEDA
VOCAL

DEDICATORIA

Este presente trabajo de investigación está dedicado para:

Aquellos seres mágicos: Mis padres

Nelson, mi padre quien a pesar de los obstáculos que he tenido, siempre mantuvo firme sus expectativas en mí y porque cada vez que me reflejo en tus ojos veo el amor indescriptible que sientes por mí.

Yaneth, mi madre amada quien con su nobleza y fortaleza se mantuvo a mi lado para brindarme palabras de aliento y estímulo y enseñar que la vida es un constante aprenden y mejorar.

Omar, mi hermano que siempre me acompañó en el caminar de la vida , para apoyarnos y ayudarnos mutuamente.

A mis ángeles: Mis hijos

Rodrigo y Ana Lucia, que son el amor más puro que tengo y por haber hecho de mí una mujer fuerte, por ser la razón de mi vivir y los que me impulsan a salir adelante para ser su ejemplo a seguir.

A mi esposo: Nino, mi amor y compañero de vida hace 16 años , gracias por ser un guerrero y soporte en momentos difíciles y porque ahora vendrán mayores logros y victorias para nosotros.

Gracias a todos ustedes por formar parte de mi vida; por su esfuerzo; sin duda es solo el inicio de muchas metas culminadas y dedicadas a ustedes.

AGRADECIMIENTO

A DIOS, porque con cada amanecer me regala la oportunidad de mejorar como profesional y ser humano.

A mis padres, por su apoyo constante e inquebrantable por demostrarme fortaleza, generosidad y perseverancia a lo largo de estos años.

A mis profesores, Dr. Rafael Aldave Herrera y Dr. Gesell Méndez Ibáñez, quienes con su guía en el menester de la investigación jurídica hicieron posible completar y cristalizar la culminación de este trabajo de investigación.

LA AUTORA


DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, MAGALY LOPEZ PEREZ, en mi calidad de estudiante de la carrera profesional de Derecho en la Universidad César Vallejo, identificada con DNI N° 40731415, autora de la tesis: “La consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú”, declaro bajo juramento que:

1. La tesis es de mi propia autoría.
2. He respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas. Por tanto, la tesis no ha sido plagiada total ni parcialmente.
3. La tesis no ha sido auto plagiado, es decir, no ha sido publicada ni presentada con anterioridad para obtener algún grado académico previo o título profesional.
4. Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados y por tanto, los resultados que se presenten en la tesis se constituirán en aportes a la realidad investigada.

De identificarse existencia de fraude (datos falsos), auto plagio (presentar como nuevo algún trabajo de investigación propio que haya sido publicado), piratería (uso ilegal de información ajena) o falsificación (representar falsamente ideas de otros), asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Cesar Vallejo.

Trujillo, 12 de diciembre del 2015



.....

MAGALY LOPEZ PEREZ

DNI N° 40731415

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado, presento ante ustedes la tesis titulada “La consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú”, con la finalidad de determinar si la consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú

El presente trabajo de investigación, bajo la modalidad de tesis, se ha convertido en un esfuerzo y constancia, donde el aporte se ha basado en los conocimientos teóricos y experiencias adquiridas a lo largo de toda la formación profesional.

En este sentido, debo aprovechar este apartado para agradecer y reconocer a los Docentes de la Escuela Profesional de Derecho, quien con su conocimiento, orientación y seguimiento han contribuido significativamente a la formación profesional de mi persona, y así como todas las personas que han contribuido al desarrollo del presente trabajo.

Trujillo, 12 de Diciembre del 2015

La Autora

ÍNDICE

PÁGINA DEL JURADO	ix
DEDICATORIA	x
AGRADECIMIENTO	xi
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	xii
PRESENTACIÓN	xiii
ÍNDICE	xiv
RESUMEN	xvi
ABSTRACT	xvii
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA	12
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	13
1.3 JUSTIFICACIÓN	13
1.4 OBJETIVOS	14
1.4.1 GENERAL.....	14
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	14
1.5 HIPÓTESIS	15
1.6 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	16
II. MARCO METODOLÓGICO	18
2.1 CATEGORIZACIÓN	18
2.2 ESCENARIO DE ESTUDIO	19
2.3 CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS.....	19
2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	19
2.5 MAPEAMIENTO.....	20
III. MARCO TEORICO	21
SUBCAPITULO I: POLÍTICAS MINERAS DEL ESTADO PERUANO	21
1.1 Situación de la actividad minera en el Perú.....	22
1.2 Lineamientos de Política Minera.....	26
1.3 Rol de los gobiernos regionales frente a las minerías artesanales	26
1.4 Etapas de fiscalización.....	27
1.5 El Estado Peruano frente a la Actividad Extractiva	27
SUBCAPÍTULO II.- LA ACTIVIDAD MINERA EN EL PERÚ	29

2.1 ANTECEDENTES:.....	29
2.2 MINERIA FORMAL Y MINERIA INFORMAL: ALCANCES.....	29
2.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MINERÍA ARTESANAL EN EL PERÚ.....	30
2.4 REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MINERÍA INFORMAL.....	34
SUB CAPÍTULO III: LOS DERECHOS VULNERADOS POR LA MINERÍA: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO.....	35
3.2 DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO	40
CAPÍTULO IV: DERECHO COMPARADO.....	55
4.1 BOLIVIA.....	55
4.2 BRASIL.....	57
4.3 COLOMBIA.....	59
4.4 ECUADOR.....	60
III. RESULTADOS.....	63
IV. DISCUSIÓN.....	69
V. CONCLUSIONES.....	77
VI. RECOMENDACIONES.....	78
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

RESUMEN

La minería en nuestro país ha significado un avance económico en la economía nacional, pero frente a esta problemática se han acentuado intereses que hacen que no se garanticen los derechos de las personas, tales como, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, donde se evidencia la necesidad de que sea reconocido y respetado por aquellas empresas que se dedican a la explotación y/o exploración de los recursos no renovables, como los minerales, en ese sentido y bajo la perspectiva del Estado Constitucional, se debe garantizar el respeto por los derechos de la persona y la garantía de la estructura del Estado, y ante la ineficacia de aquellos órganos encargados de la fiscalización se propone a la consulta previa como requisito inicial para iniciar la actividad de la minera artesanal, donde se consulte adecuadamente a los pobladores, teniendo en cuenta los beneficios y perjuicios que puede ocasionar, haciendo que el involucramiento de la sociedad en la toma de decisiones sea activo y beneficioso, y que las practicas del derecho comparado han dejado evidenciar aquella necesidad del involucramiento donde se presente lineamientos claros y estratégicos, y toma de acción en las decisiones, pasando a un rol activo donde se manifieste su participación por medio de la consulta y participación ciudadana.

Palabras clave: minería artesanal, derecho, medio ambiente, consulta previa, fiscalización, participación.

ABSTRACT

The Mining in our country has meant economic progress in the national economy, but facing this problem has been accentuated interests that make the rights of people, such as the right to live can not guarantee a healthy and balanced environment where evidenced the need to be recognized and respected by those companies engaged in the exploitation and / or exploration of non-renewable resources such as minerals, in that sense and the perspective of the Constitutional State must ensure respect for the rights of the person and the guarantee of the state structure, and due to the ineffectiveness of those bodies responsible for the audit intends to prior consultation as an initial requirement to start the activity of artisanal mining, where properly consult residents taking into account the benefits and damages that may result, causing the involvement of society in decision-making is active and beneficial, and that the practice of comparative law have left evidence that need the involvement where present clear guidelines and strategic and taking action on decisions, becoming an active role where their participation is manifested through consultation and citizen participation.

Keywords: artisanal mining, law, environment, consultation, supervision, participation.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA

Como punto de partida tenemos que el desarrollo industrial, así como el sistema empresarial de la minería ha dejado de lado la protección del medio ambiente perjudicando directamente a la población, hecho que ha promovido que el derecho estudie cada una de las posibilidades para proteger los derechos de la sociedad, enfocando intereses de protección por parte del Estado y de Estados miembros buscando el reconocimiento de los derechos internacionales.

En el Perú la minería se desarrolla junto a la civilización, desde la época pre inca hemos podido notar que hubo una extracción tecnificada de mineral, por diversos motivos tales como los religiosos, de mano factura o por simple ostentación.

La minería se inicia desde muchos siglos atrás, es una de las primeras fuentes generadoras de trabajo en el Perú, debemos tener en cuenta que a pesar del gran tiempo que viene funcionando la minería siempre se ha tratado de cuidar y preservar el medio ambiente, pero hoy en día eso ya no se está cumpliendo es por eso que en trabajo lo que se busca es que las autoridades competentes tomen conciencia de los graves problemas que trae consigo la explotación de la minería artesanal y no solo hablamos de problemas de salud para las personas que intervienen directamente en esta explotación minera sino también de los múltiples problemas ambientales que se están originando día a día con este poco control que se tiene de parte de las autoridades, lo que se quiere lograr con este trabajo es que se analicen a fondo cada norma que tenga que ver con la Formalización de la Minería Artesanal y que es lo que está fallando respecto a la fiscalización y control de esta minería.

Para proteger los intereses de la población se ha constituido el OEFA que siendo adscrito al Ministerio de Ambiente, que buscan proteger los derechos de la población, cuyo fin principal es alcanzar el equilibrio que armonice las políticas del Estado, el desarrollo económico y la protección de los derechos.

Esta política de fortalecimiento institucional contribuye a mejorar la práctica en el Sector Minero y tener una mayor y eficaz cobertura de protección a los derechos fundamentales y una alternativa a minimizar los impactos de los conflictos socio – ambientales en nuestro país.

Las prácticas mineras si bien es cierto constituye la principal fuente de ingresos – al Estado Peruano – se ha convertido en el factor con mayores niveles de contaminación ambiental, vulnerando derechos humanos y por ende con la activación de los conflictos socio – ambientales. Estos procesos están regulados en la Ley General de Minería (D.S. 014-92-EM).

Ante aquella falta de involucramiento de los actores sociales en la toma de decisiones se han desarrollado estructuras propias donde la participación sea efectiva y la protección de los derechos se vea reflejada en la realidad, es por ello que analizamos a la consulta previa como requisito de participación y respeto de derecho fundamentales.

Nosotros proponemos que las alianzas estratégicas entre estado sociedad, y empresas mineras mejoren los índices de protección al medio ambiente, mediante un diálogo alturado entre los actores sociales, donde se beneficien y encuentren la efectividad de sus derechos y obligaciones.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera la consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú?

1.3 JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación está enfocado a poder contribuir con mejorar las prácticas mineras artesanales y garantizar el respeto del derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, analizando cada categoría conceptual y de análisis que permite vincular a la sociedad, la empresa privada y el Estado.

Por lo que el Estado como ente supremo rector del País debería de implementar políticas sostenidas que se vinculen a los actores sociales, en la solución y/o control de los problemas medioambientales producidos por la actividad minera artesanal, y de esta forma garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado. Por tanto tenemos como impacto social, sí las empresas mineras llegaran a formalizarse podrán dar mejor bienestar a los trabajadores y que así dejen de vulnerárseles el derechos a la salud física y el derecho al medio ambiente, además de contribuir con la economía del Estado a través de los tributos.

Con respecto a los beneficiarios directos tenemos a los pobladores que se encuentran cerca de las empresas mineras, y como beneficiarios indirectos a la sociedad y el Estado.

Finalmente la viabilidad podemos identificar en el contraste con la realidad la informalidad en las empresas mineras que se están vulnerando el derecho a la salud física, y el derecho a vivir en un medio ambiente sano, y que la ley ligeramente está tratando de minimizar la vulneración del derecho antes mencionado, con respecto a las restricciones tenemos que las empresas son reacias al cambio y la normatividad dispersa ayuda poco a la solución del conflicto antes mencionado, por ello se infiere que el horizonte temporal es a largo plazo.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 GENERAL

Determinar si la consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar si al iniciar la actividad minera artesanal se respeta el derecho a la consulta previa

- Determinar los marcos jurídicos y/o programas de protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en la actividad minera artesanal
- Contrastar modelos eficaces del derecho comparado de control del derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en la actividad minera

1.5 HIPÓTESIS

La consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal si garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú, en la medida que se mejoren los canales de diálogo entre el Estado, la sociedad y la empresa privada, aunado al involucramiento de la sociedad como mecanismos de control de la actividad minera.

1.6 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variable(s)	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores	Escala de medición
VI: la consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal	Es un proceso en el cual involucra a la sociedad antes del inicio de una actividad	La consulta previa se realiza yendo al lugar donde se ejecutara la actividad minera, se solicita el involucramiento de la sociedad, se llegan a acuerdos y/o consensos y se ejecutan las propuestas	Analizar los casos de conflictos en el Perú Revisar la normatividad al respecto Determinar los presupuestos del derecho comparado	Razón: Fundamentación
VD: el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú	Es un valor de la persona que permite cuidar el ambiente, preservarlo y conservarlo	El derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado tiene su sustento en el desarrollo sostenible y la inversión, generando una preservación	Analizar los impactos que genera la contaminación en la salud Revisar jurisprudencia para contrastar hipótesis	

		de la flora y fauna local.	Analizar casística al respecto	
			Analizar el derecho comparado	

II. MARCO METODOLÓGICO

2.1 CATEGORIZACIÓN

En este apartado se tiene en cuenta la estructura de la parte teórica del presente trabajo de investigación, siendo así que se ha seguido el método inductivo yendo de lo general a lo específico, donde se inició estructurando las políticas mineras del Estado Peruano tanto de protección como de conservación, asimismo se tuvo en cuenta los lineamientos propios de la actividad minera, así como los roles que tienen los órganos encargados de la fiscalización para lograr un menor impacto en la política de la minería artesanal.

Como segundo capítulo, se ha tenido en cuenta analizar la actividad minera en el Perú evidenciando la necesidad de tener concepciones claras respecto a la minería, así como la evolución dentro de nuestra realidad nacional.

Posterior a ello, se tuvo en cuenta la relación entre la minería y los derechos fundamentales teniendo en cuenta la normatividad, en el contexto nacional e internacional.

Luego, se ha tenido en cuenta la estructura del derecho a la consulta previa analizando los presupuestos necesarios donde se evidencia la necesidad de estructurar adecuadamente la problemática de la propuesta en contraste con la minería artesanal.

Como penúltimo punto se tocara al derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, en ese sentido se analizara doctrinaria y jurídicamente para poder observar la relación existente entre el medio ambiente y el ser humano.

Finalmente, se ha considerado como legislación comparada a Bolivia, Brasil y Colombia, donde se observara la relación entre la minería y el medio ambiente, y las políticas que han utilizado estos países para poder proteger adecuadamente los derechos de las personas.

2.2 ESCENARIO DE ESTUDIO

La presente investigación se desarrolló en la Ciudad de Trujillo, teniendo en cuenta que se realizó un análisis cualitativo de los documentos relacionados al objeto de estudio.

2.3 CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS

En la presente investigación tenemos como sujetos intervinientes a los siguientes:

- Sociedad.
- Mineras Artesanales.
- Estado con sus organismos específicos.

2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

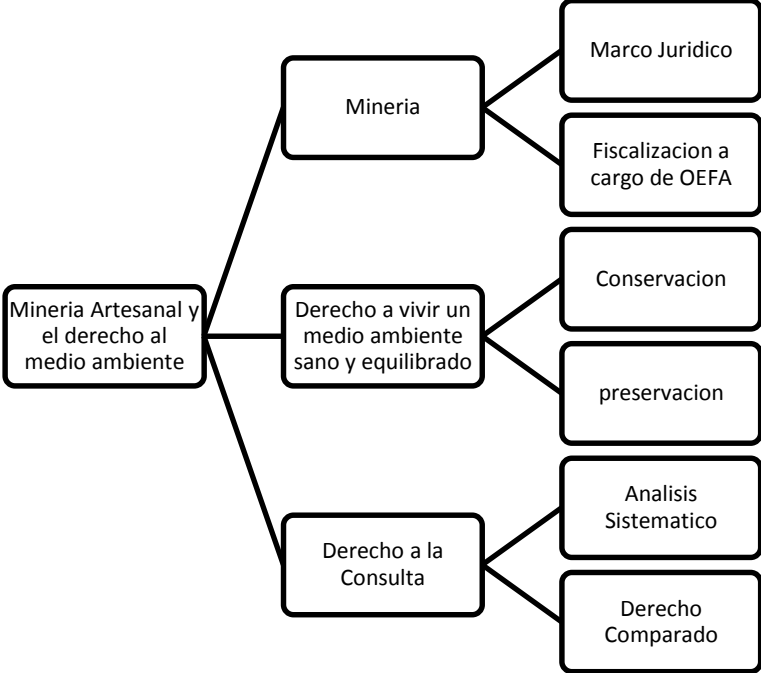
Técnicas

- Observación
- Análisis de documentos

Instrumentos

- Guía de observación
- Guía de análisis de documentos

2.5 MAPEAMIENTO



III. MARCO TEORICO

SUBCAPITULO I: POLÍTICAS MINERAS DEL ESTADO PERUANO

Desde los años noventa, en el gobierno de Fujimori, se otorgó un privilegio desmedido otorgándole marcos normativos y tributarios que era sumamente favorable en comparación con los demás sectores económicos, generando una desproporción entre los ingresos, ganancias y obligación tributaria.

Si bien es cierto, actualmente se han mejorado los marcos normativos de protección ambiental, en cada uno de sus niveles, desde organización hasta sanción, pero la fiscalización sigue siendo la actividad más deficiente dentro de nuestro territorio nacional, por la falta de recursos, personal y decisión política haciendo que se vulneren derechos de la persona y colectivos de la sociedad.

En este sentido Aste (2005) menciona que la minera es una actividad económica que aporta un beneficio significativo al Estado, de donde radica la necesidad por regular adecuadamente dicha problemática de ámbito nacional, donde se evidencie la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la persona y de la sociedad.

En el sector de Energía y Minas se ha manifestado índices de estabilidad jurídica, que permita una mejor y adecuada inversión con condiciones adecuadas de precio y calidad, dejando que la empresa verifique adecuadamente las operaciones que va a realizar dentro del ámbito nacional, y el Estado en palabras de Aste (2005) solo es un árbitro u observador de la actividad empresarial.

La política minera se centra en aprovechar los recursos naturales, específicamente los minerales, cuidando el equilibrio ambiental, y creando condiciones donde el desarrollo sostenible se verifique en una relación entre la empresa y la sociedad.

La vinculación entre la normatividad y el desarrollo del Estado debe de tener incidencia directa con el control directo a las empresas mineras, priorizando la protección del medio ambiente, teniendo en cuenta los estándares y compromisos internacionales plasmados en Tratados y Pactos Internacionales suscritos por el Estado Peruano.

1.1 Situación de la actividad minera en el Perú

a) Minería y Territorio

Por su parte, De Echave (2006) ha reconocido la relación existente entre la normatividad permisiva y los intereses de los inversionistas en nuestro territorio nacional, considerando la riqueza de los minerales y los precios que se han elevado en los últimos años. Debe tenerse en cuenta que la Minería en nuestro país es considerada como la Gran Minería donde la inversión ha permitido que solo las empresas de alto capital hagan un uso adecuado de los recursos minerales, sin afectar el ambiente o salud de los pobladores locales.

La expansión de la minera ha tenido en avance significativo en nuestro país, teniendo al inicio de los años noventa la concentración de la extracción minera solo en los proyectos mineros de Antamina y Yanacocha el 55% de la inversión total en la extracción de la materia prima, configurando un total de 2.26 millones de hectáreas comprometidas a nivel nacional con inversión de empresas mineras, que luego en un estudio realizado a inicio de los 2000 se verificó que se ascendió a 8 millones de hectáreas en el territorio nacional, que afectaba (o beneficiaba) a aproximadamente 45 provincias y cerca de 500 distritos alrededor de todo el territorio nacional, y además debe de referir que el 55% del territorio pertenece a las comunidades indígenas y campesinas reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico (De Echave, 2006).

b) Minería y Pobreza

Teniendo en cuenta el mapa de la pobreza, las actividades mineras se ubican en aquellas zonas donde se encuentra los mayores focos de pobreza y pobreza extrema, en ese sentido De Echave (2006) menciona que aproximadamente el 12% de las actividades mineras se encuentran en zonas de extrema pobreza, el 41% en zonas muy pobres y el 37% en poblaciones pobres, evidenciando que la presencia minera no ha permitido un desarrollo en la zona, sino ha permitido

que se sigan acentuando las brechas sociales entre pobre y ricos dentro del territorio nacional.

Si bien es cierto que la actividad minera ha contribuido en gran medida a dinamizar la economía local, esta no ha garantizado el respeto por los derechos humanos, o el acceso a mejores niveles de vida de los ciudadanos, evidenciando que esta mejora dentro del PBI solo se ha manifestado en cifras y no el desarrollo integral de la población.

c) Minería y Ambiente

Luego que la FAO constatará que Latinoamérica es una extensión del territorio nacional que cuenta con mayor actividad minera verifico que esta también produce daños al ambiente, identificando que entre ellos se tiene que estos degradan al ambiente, ocasionando pérdidas en la calidad y disponibilidad del agua, así como las implicancias en el calentamiento global, y la afectación directa a los derechos de los trabajadores como del medio ambiente.

En nuestro país, las comunidades campesinas y nativas, así como la población de la zona donde se desarrolla la actividad minera han manifestado y denunciado la afectación al medio ambiente donde se encuentran las empresas extractivas, evidenciando que afectan la disponibilidad y calidad ambiental de sus suelos, aires y agua, siendo este último elemento el vital para sobrevivir, asimismo conjuntamente con el derecho vulnerado se han encontrado que esta actividad afecta directamente a la salud de los pobladores y de los trabajadores cuando no se les otorga las condiciones mínimas de trabajo (De Echave, 2006).

Siendo los casos más relevantes los ocurridos en La Oroya, el Callao y Choropampa donde la intoxicación por plomo ha sido un caso que ha salido a la realidad por las constantes denuncias y exigencias de la ciudadanía para que el Estado proteja adecuadamente sus derechos.

d) Minería y Salud

Teniendo en cuenta que las actividades mineras han permitido tener un crecimiento económico en el territorio nacional, el impacto sobre la salud ha sido negativo, así como la afectación directa al derecho de vivir en un medio ambiente sano y equilibrado. Además debe agregarse que la afectación a derechos inherentes a la persona hace que se activen los conflictos sociales, y que la violencia se manifieste en diversas formas (Kuramoto Huamán, 2011).

Uno de los casos reciente y de trascendencia más notoria es aquella de contaminación con plomo en las poblaciones de Oroya y el Callao, donde la población fue expuesta a este material pesado y se produjo daños a la persona y al medio ambiente.

e) Minería y Derechos Humanos

Tal como se observa en los párrafos anteriores, la afectación a los derechos humanos, no solo se configura con la acción sino también con la omisión de las actividades extractivas de cumplir con el reglamento y proteger no solo sus intereses económicos sino también su percepción y responsabilidad social.

La vulneración de los derechos humanos se convierten agravante cuando se contrasta con la pobreza y la pobreza extrema, donde se desarrollan los proyectos mineros o donde se inician estas actividades extractivas, hecho que ocurre en Huancavelica, Junín, Cerro de Pasco, entre otros (Kuramoto, 2001).

Los derechos humanos violados frente a las actividades mineras se relacionan con el derecho a la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, el derecho la vida, entre otros. Otra consecuencia directa de la violación de los derechos humanos se encuentra asociada aquella forma de no consultar adecuadamente a las comunidades indígenas y campesinas, como sucedió con el Proyecto Majaz en Piura, donde el derecho a la consulta previa se encuentra relegado solo a un procedimiento administrativo, muchas veces ilegal, donde no se respetan los derechos de las personas.

Asimismo la calidad y cantidad de agua se vea afectada cuando no se cumplen con lineamientos específicos adecuados para poder proteger, conservar, y preservar dicho derecho fundamental lo que ha llevado a que los conflictos sociales se activen y la confrontación es del Estado, las comunidades indígenas y la empresa privada sea una constante diaria.

En Cajamarca, la Minera Yanacocha, afectado severamente a familias por la destrucción de sus fuentes de agua, ya que luego de numerosos conflictos y reclamos finalmente la empresa asume la responsabilidad de poder hacer llegar agua de calidad a cada uno de los hogares. Otro hecho lamentable es que la aparición de minería dentro de la localidad hace de fuentes naturales de agua Como lagunas, manantiales o quebradas que abastecen a ciudades enteras con miles de habitantes.

Esta carencia o limitación permite que se vulneren entre otros derechos, al derecho a la salud de los más pobres y que se extiendan las brechas entre pobres y ricos, haciendo que sus fuentes iniciales de abastecimiento y supervivencia, tales como la ganadería y la agricultura vayan desapareciendo en el tiempo (Tumialán De la Cruz, 2003).

f) Los Conflictos Mineros

Como la extensión minera trae consigo que se expropie terrenos de los ciudadanos y que no reconozcan derechos de las personas, esto a su vez trae consigo que según vulneren derechos fundamentales y esto hace que se activen los conflictos sociales, donde el Estado tiene una responsabilidad directa ya que la falta de planificación y ordenamiento territorial empresas extractivas vulneren el territorio y nuestra nación.

Por la protección de derechos fundamentales y por la necesidad de ser escuchados se activan los conflictos sociales ante la falta de fiscalización y control adecuado por parte del Estado. El informe de la Defensoría del Pueblo, se encuentra que los conflictos sociales más peligrosos y en efecto Los de mayor trascendencia son los que tienen que referirse a actividades mineras, haciendo

que del total de los conflictos, el 72% de ellos ocurren en zona rurales y el 91% de la totalidad ocurren en zonas de pobreza (Prodiálogo, 2006).

1.2 Lineamientos de Política Minera

- Generar un marco normativo de protección y de conservación al medio ambiente así como que permita un desarrollo equilibrado entre cada uno de los sectores del gobierno y la minería
- Actualizar la normatividad con el finalidad de generar que la inversión sea la adecuada y que exista un trato igualitario entre los inversionistas nacionales como internacionales
- Desarrollar un concepto inclusivo donde se permita que ambos intereses converjan y puedan lograr una protección del medio ambiente, la inclusión social y el desarrollo sostenible dentro de las comunidades en donde se desarrolla la actividad minera
- Propiciar condiciones laborales generadas a partir de la conservación del medio ambiente y de la salud de los trabajadores y de esta forma armonizar con los intereses de la comunidad.
- Desarrollar y promover investigación geológica que permita una evaluación y fiscalización adecuada de los recursos minerales

Con todo lo anteriormente mencionado y lo que se decía es que el Estado promueva un crecimiento de la actividad minera y energética dentro del país y que reduzca los impactos ambientales de este en la sociedad y de esta forma lograr un desarrollo equilibrado y equitativo para el país.

1.3 Rol de los gobiernos regionales frente a las minerías artesanales

Los funcionarios del Gobierno Regional, programan visitas de inspección según el Programa anual de fiscalización, donde realizará inspecciones, recopilar información sobre la fiscalización de sus operaciones y cada uno de sus

alrededores, con el fin de desarrollar un plan de acción específico, así como las coordinaciones necesarias para la inspección.

Posterior a la inspección, los funcionarios competentes suscriben un acta de conciliación, anotando las recomendaciones e infracciones que se evidencian durante la visita respectiva, en el libro de salud y seguridad ocupacional, así como en el libro de medio ambiente (De Echave, 2006)

1.4 Etapas de fiscalización

- i) Prefiscalización, es la etapa donde se prepara a los fiscalizadores para lleguen preparados a la inspección respectiva
- ii) Inspección de campo, involucra las actividades in situ dentro de la fiscalización, conteniendo cada una de las etapas de la etapa anterior.
- iii) post fiscalización, es donde se analizan las áreas de cumplimiento, así como los requerimiento para mejorar el cumplimiento y la protección ambiental, los cuales estarán incluidos en el informe final de fiscalización ambiental.

1.5 El Estado Peruano frente a la Actividad Extractiva

1.5.1 El Estado en la promoción de la actividad extractiva

El Estado respecto al sector minero, trato de otorgarle un sentido de protección, y trata de promover la actividad en base a normas que se encargan de otorgar las condiciones necesarias para lograr que la inversión se manifieste en mejores condiciones de vida de los ciudadanos, en ese sentido el rol del Estado se centra en elaborar políticas de promoción a la actividad minera y la sostenibilidad ambiental, que aseguren además la disminución del impacto ambiental.

1.5.2 Los tres equilibrios deseados

El Estado se encarga de buscar la prevención y cuando se ha ejecutado disminuir o mitificar los impactos en la sociedad y en el ambiente donde se desarrolla el equilibrio entre la economía, social y ambiental. En general, el Estado en cada uno

de sus niveles busca que se desarrolle el sector minera, con ámbitos laborales competentes, al igual como sociales y ambientales, todo ello con la finalidad que el crecimiento sea sostenido, es decir, que en un largo plazo se logre el desarrollo del capital humano, social y físico, además que sea sustentable, que permita un cuidado del medio ambiente con disfrute y beneficie las generaciones actuales y las futuras.

- **El equilibrio económico**

El sector minero aporta directamente al crecimiento económico, lo que debe buscarse es que este proceso sea sostenido, contribuyendo a una distribución adecuada del ingreso y de la riqueza, en ese sentido el Estado busca normar adecuadamente para que la inversión logre sus objetivos dentro de nuestro territorio nacional.

- **Equilibrio social y ambiental**

Para que sea efectivo este equilibrio deben de confluir las responsabilidades en la relaciones de trabajo, donde se otorguen condiciones mínimas para que la labor sea efectiva; responsabilidad con la comunidad, donde las empresas mineras se oriente a generar la responsabilidad en la social donde se trate de mitigar los impactos negativos de la actividad extractiva; responsabilidad con el medio ambiente, donde se proteja adecuadamente el espacio geográfico donde se desarrolla dicha actividad y cumplan con los lineamientos establecidos en la políticas de conservación y fiscalización del medio ambiente.

SUBCAPÍTULO II.- LA ACTIVIDAD MINERA EN EL PERÚ

2.1 ANTECEDENTES:

Según De la Cruz (2003) menciona que “la minería es la actividad que el ser humano realiza para extraer y utilizar las sustancias minerales que existen en la naturaleza. El aprovechamiento de los recursos minerales está presente en la vida del hombre desde las más remotas edades”. (Tumialán De la Cruz, 2003, pág. 1)

Según Glave y Kuramoto (2011), la minería artesanal en nuestro país es una actividad reconocida desde la década de los 80. Su expansión se debe a una combinación entre los problemas y nivel supervivencia que se encuentra ligada a la pobreza y a la falta de oportunidades de empleo que tiene los pobladores de la zona. En este tipo de actividad extractiva, se obtienen minerales como el oro y se incrementan su extracción debido al precio de este metal. A pesar de la diversidad de opiniones y variedad de características respecto a la minería artesanal se puede consensuar que se trata de aquella minería de pequeña escala donde no utilizan mecanismos tecnológicos que disminuyen el impacto ambiental y por lo tanto vulneran el derecho a la salud, al trabajo, y al medio ambiente equilibrado.

Bajo la percepción de lo artesanal se ha identificado que se centran en zonas como Madre de Dios, Ayacucho, Arequipa, La Libertad, y Puno. Agregando además que recientemente se han encontrado algunos relaves mineros pertenecientes a la minería artesanal en el departamento de Piura específicamente en Ayabaca. Asimismo debe mencionarse que esta actividad se convierte en un factor determinante para la economía local y que esto realiza la sobrevivencia y supervivencia de los pobladores de la zona (Glave & Kuramoto, pág. 163)

2.2 MINERIA FORMAL Y MINERIA INFORMAL: ALCANCES

Uno de los problemas más significativos que enfrenta este tipo de minería, es decir, artesanal, es el proceso de formalización que por la diversidad de requisitos así que

muy pocas lleguen a la seguridad jurídica que deben tener tanto los trabajadores como pobladores.

En ese sentido encontramos que esta informalidad hace que el Estado no logre la articulación adecuada de comercialización de metales en la zona y el pago de impuestos respectivos.

Una definición clara que sobre la minería informal es la que se encuentra establecida en el Decreto Legislativo N° 1105 en su artículo 2, donde establece que este tipo de minería es una actividad donde utilizan equipos o maquinarias de la gran minería, y que muchas veces no corresponden a las de la minería formal y por lo tanto no cumplen con normas de carácter administrativo y técnico o económico social y esto genera que se vulneren derechos de los pobladores de la zona y por lo tanto y me estabilice la actividad estatal.

Kuramoto en el año 2001, menciona que los mineros artesanales reconocen que uno de sus principales problemas en la organización y esto hace que su actividad no genere un desarrollo sostenible y, asimismo reconocen que trabajan en lugares que no son de su propiedad, ya sea porque pertenecen a terceras personas o al estado, en este sentido observamos una vulneración a la seguridad jurídica.

Siguiendo al autor antes mencionado, establece que el problema de la organización de la minería artesanal debe ser enfocado desde dos puntos de vista, por un lado insertar a la organización a la cadena del valor de la actividad extractiva y por el otro que la actividad mejore las condiciones de vida de los pobladores locales.

2.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MINERÍA ARTESANAL EN EL PERÚ

Por su parte Kuramoto (2001), menciona que la minería artesanal no es una actividad reciente nuestro país ya que al finales de los 70 se evidencia un acercamiento y reconocimiento este tipo de minería donde se pudo demostrar que el objeto que extraen y la actividad extractiva es el oro, por su precio en el mercado y por la rápida extracción del mineral (Kuramoto Huamán, 2011, pág. 13)

Esta actividad se ha extendido por gran parte del país, ocasionando cada vez más daño ambiental y una severa preocupación por parte del Estado y la Sociedad, no

solo produce contaminación ambiental sino otros daños que se han visto reflejados desde que inicio la minería artesanal, José de Echave, afirma:

“Si bien la minería en el Perú ha sido considerada sobre todo, una actividad alto andina, en realidad, en los últimos años, se ha expandido también en valles trasandinos, zonas de la costa e, inclusive, en la Amazonía alta y baja. En este escenario de expansión, varios son los aspectos centrales que están a la base de los conflictos entre las empresas extractivas, y las comunidades campesinas y nativas: la disputa por el control de recursos escasos (i.e. tierras agrícolas), los recursos hídricos, los temas de contaminación, el desplazamiento de poblaciones y las actividades productivas”. (De Echave, pág. 73)

“El crecimiento de la actividad minera en el Perú ha estado acompañado de un aumento importante de la conflictividad social en el Perú. Según los informes regulares que emite la Defensoría del Pueblo, alrededor de la mitad de conflictos sociales que se producen en el Perú tienen su origen en problemas ambientales y, dentro de ellos, la gran mayoría son conflictos mineros y de hidrocarburos. Uno de los últimos informes de la Defensoría, que precisaba los conflictos por categoría, mostraba que la minería daba cuenta del 64% de los conflictos socioambientales”. (Defensoría del Pueblo, 2010).

Cierto en los últimos años se han suscitado conflictos internos comunidades locales, el Estado y la empresa privada no se ha avanzado y ninguna experiencia para sistematizar dicha información y buscar unos función sostenible que involucre a cada uno de los actores sociales en la solución de los conflictos. (Glave & Kuramoto, pág. 160)

2.3.1 Como se llegó a dar la Ley en el Perú que permite la Formalización de la Minería Artesanal (LEY 27651).

En nuestro país con el paso de los años la cantidad de personas que se dedican a la minería artesanal ha aumentado considerablemente, por lo que el Estado se vio con la necesidad de promulgar la normatividad al respecto para que estos mineros entren al marco de la legalidad.

Sin embargo con el pasar de las décadas existe un aumento considerable de minería artesanal y esto consigo la contaminación y el daño que causan al medio ambiente y a la salud de los pobladores locales.

Siguiendo a Glave y Kuramoto (2001), menciona que los instrumentos otorgados para reformar la descentralización y la ley respectiva que termina adecuadamente los niveles de gobierno y la posibilidad de formar regiones hace Y la conflictividad se vean inmersa en las competencias que tienen respecto a cada una de las materias de desarrollo de su país, ya que la direcciones regionales de minería por falta de claridad dentro de sus funciones, falta de recursos obliga a que la minería se evalúe y fiscalice del gobierno central, por lo tanto esto se tradujo en un alejamiento significativo del sector minero del gobierno para su formalización.

En un inicio el traslado de dichas competencias al gobierno regional les permitiría una presencia de la autoridad dentro de las zonas mineras y de esta forma agilizar la fiscalización y supervisión directa así como el acercamiento de la ciudadanía y promoción de esta actividad empresarial.

En el año 2005 el órgano encargado de proponer y evaluar a la minería fue la dirección General de minería que transfirió a los gobiernos regionales, la capacidad para administrar todos los asuntos respecto a la minería así como se otorgaron funciones para sancionar a la pequeña minería y a la minería artesanal.

Más adelante entre los años 2006 y 2007, agregadas a las funciones antes descritas, se agregaron aquellas que se orientadas a la explotación y explotación de recursos minerales así como aquella función de otorgar concesiones a favor de la minería local y artesanal.

Uno de los puntos relevantes dentro de esta transferencia fue la capacitación técnica que deberían ser otorgados a la minería artesanal ya que no únicamente se solucionaría el problema con el fin de la normatividad sino que deberían conocerse aspectos relacionados con el manejo sostenible de los recursos minerales así como un manejo adecuado del ambiente y de esta seguridad minera, pero lamentablemente esto no logró ser festivo debido a que la capacidad técnica de los mismos gobiernos regionales no cubría dicha necesidad y por lo tanto se encontró una deficiencia en el proceso.

A pesar que el tema de la minería ha sido un tema preocupante dentro del ministerio de energía y minas este no ha tenido un programa efectivo debido a que no se ha realizado un enfoque integral, es decir, sólo se ha observado desde una óptica normativa a un proceso social. Siendo que la minería artesanal el punto de convergencia era como formalizarla o erradicarla. Este proceso de transferencia de los gobiernos regionales no ha logrado facilitar la formalización de la minería artesanal debido a que la lejanía que existe entre estas oficinas y la minería es un factor que ha determinado en muchos casos que no se acerquen adecuadamente a poder solucionar sus problemas y por otro lado, el presupuesto otorgado para poder cubrir dicha necesidad no cubre la diversidad de territorio en nuestro país.

En esta perspectiva el gobierno central presta atención directa a la formalidad de estos mineros, debe observar que no únicamente se solucionará el problema otorgando un marco normativo sino que debe asumirse un trabajo integral y multidisciplinario que permite analizar la problemática de cada zona y proponer alternativas basadas en innovación para garantizar la protección de los derechos de los pobladores, de los trabajadores y generar un clima de inversión sostenible.

Hasta el momento no se han logrado disminuir este índice de informalidad y la fiscalización ha sido trasladada hacia el órgano de evaluación y fiscalización ambiental y está en la gerencia del gobierno regional encargada de la pequeña minería y minería artesanal, con lo cual con lleva a que no se realice una fiscalización adecuada.

En las últimas dos décadas se han iniciado actividades de empadronamiento donde se regule adecuadamente dicha actividad pero no ha logrado ser efectivo, ya que siguen observándose puestos de vulneración de derechos y derrames de minerales que afectan la salud de los pobladores.

Con la dación de la normativa que reconoce la minería artesanal como una actividad que debe seguir con el marco normativo donde se cumplen los requisitos para su iniciación, seguimiento, control, ejecución y fiscalización establece requisitos que deben seguirse para poder proteger los intereses propios del minero y de la sociedad (Kuramoto Huamán, 2011, págs. 15-16-17).

2.4 REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MINERÍA INFORMAL

En nuestra Carta Magna, no se encuentra un capítulo especial referente a la minería informal es por ello que se transcribirá textualmente los referentes a la protección de derechos fundamentales como la salud y el derecho a vivir en un medio ambiente, como normas de protección al medio ambiente, con respecto al derecho a la salud, encontramos regulado dentro del artículo séptimo y el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado en el artículo 2 inciso 22, en lo referente a las actividades económicas, el rol del Estado y la protección del derecho al medio ambiente, prescribe entre los artículos 66 y 70 del mismo cuerpo normativo.

En ese sentido podemos encontrar a la Ley General de Minería como su reglamento donde encontramos las responsabilidades, deberes y obligaciones de las entidades responsables así como de los administrados.

Con respecto a la seguridad ocupacional, cuenta con propia normatividad donde se ubican las condiciones mínimas que deben de cumplir aquellas empresas que inicien o que estén ejecutando actividades extractivas.

SUB CAPÍTULO III: LOS DERECHOS VULNERADOS POR LA MINERÍA: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO

3.1.1 SUJETOS INTERVINIENTES

3.1.1.1 SUJETO ACTIVO

Determinar adecuadamente quién es el sujeto activo dentro de una relación estatutaria, es determinante para tener en claro quién tiene la responsabilidad, ante la vulneración de algún derecho o ante el incumplimiento de lo establecido dentro de la normatividad.

En este sentido debemos advertir que el derecho a la consulta previa se encuentra recogido en diversos documentos y normas internacionales que han sido ratificadas y recogidos por el Estado Peruano para implementarlo dentro de la normatividad, con esta actuación se refleja un compromiso que adquieren la comunidad internacional. Para poder cumplir con los preceptos que garanticen el respeto y la determinación de los pueblos indígenas o triviales. En tal sentido el sujeto activo dentro de este derecho a la consulta es el Estado peruano.

De igual forma a los representantes de los pueblos ya sean indígenas o triviales pueden participar en la coordinación discusión adecuada del proceso de consulta pero no podrán asumir la responsabilidad de conducción, ya que el Estado asume esta función. En ese sentido si se lleva dicha problemática a la Corte Internacional de Justicia, los integrantes de estas comunidades podrán solicitar una exclusión el proceso ya que ellos no tienen ningún tipo de responsabilidad.

3.1.1.2 SUJETO ACTIVO

En nuestro Estado es un poco controversial determinar que un grupo de personas, pueblos indígenas, gocen de un derecho que no tienen todos los ciudadanos debido a su situación integral y visión comunitaria de cada situación. Se descuida muchas veces y durante muchos años, luego

del reconocimiento internacional se busco que se disminuya aquella desigualdad otorgándole derechos que permitan una equiparación y un trato y equitativo con los demás ciudadanos.

En ese sentido el derecho a la consulta ha sido reconocido para toda la población indígena desde nuestra Constitución Política en el artículo 89, en el propio reglamento del Instituto de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro Peruanos, así como en la Ley de Comunidades Nativas, en ellos podemos observar que el Estado peruano reconoce a estas comunidades o pueblos como organizaciones con derechos, con idioma particular con características culturales y sociales propias, con su propia forma de administrar su recursos, de disponer de ellos, y de transferirlos.

En el 2009, la OIT en su Observación N° 79 señaló que, al encontrar diversa normatividad que hace referencia a los pueblos indígenas aún no quedaba claro a quien se le aplicaba dicho convenio.

En dicho documento hace referencia que aún no existe un reconocimiento integral a los pueblos indígenas y que existe un tratamiento discriminatorio entre los pueblos indígenas de la Amazonia, de la sierra o de la costa y en eso país. En ese sentido dicho organismo recomendó el Estado peruano y con la finalidad de evitar futuras confusiones tome las medidas necesarias para que todas aquellas personas que se encuentran comprendidas dentro de la categoría de pueblo indígena puedan ser beneficiadas por los derechos de la mía y no se les trate de manera diferenciada.

En el convenio 169 de la OIT, se evidencian elementos que permiten indicar claramente un pueblo indígena y de esta forma incorporarlos adecuadamente dentro de nuestra normatividad:

1. Elemento objetivo, se hace referencia a aquellas características propias y originarios de un pueblo indígena que todos comparten un territorio determinado, dichas características hacen referencia a su forma de observar el mundo, su cosmovisión, su cultura, sus usos, tradiciones, costumbres, entre otras actividades propias de cada pueblo.

2. Elementos subjetivos, hace referencia al auto reconocimiento que tienen los integrantes de una comunidad para formar parte de ella es decir, los integrantes del pueblo indígena para su comunidad.

El derecho a la consulta manifestado en el convenio 169 de la OIT, un derecho colectivo que debe realizarse de forma organizada, participativa involucrando a cada uno de los actores sociales con la finalidad de poder obtener criterios que permitan garantizar y satisfacer las necesidades de cada uno de los intervinientes

3.1.2 OBJETO A CONSULTAR

De acuerdo con lo establecido en el convenio 169, y las normas nacionales como internacionales de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas, así como las disposiciones y resoluciones planteadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona que deben someterse a consulta todas las medidas sean legislativas o administrativas que tengan incidencia con los pueblos. Tal como lo establece el artículo 6 y 15 del convenio ante referidos y el artículo 19 de la declaración para los pueblos indígenas.

En ese sentido la misma declaración en su artículo 32, manifiesta la necesidad de buscar el consentimiento de aquellas poblaciones en las cuales su territorio o propiedad. Tal como se estableció en la sentencia de la corte interamericana caso Saramaka versus Surinam donde se establece claramente la obligación que tiene el estado para consultar antes de la aprobación de proyectos que tengan gran importancia y que afecten los derechos de los pueblos indígenas originarios por tal motivo debe buscarse antes de iniciar con dicha actividad el consentimiento para un desarrollo equilibrado.

De lo anteriormente explicado se puede concluir que siguiendo con los estándares internacionales y de obligatorio cumplimiento por el Estado peruano de realizarse un proceso que permite el consentimiento de los

pueblos indígenas para originar o establecer proyectos que afecten su equilibrio, además debe consultar sobre las medidas administrativas, legislativas que se implementen a estos pueblos.

Con respecto al derecho de consulta debe manifestarse con los documentos nacionales como internacionales para su evidencia deben concurrir requisitos primordiales establecidos dentro de la normatividad, que sea una consulta previa que se implemente por un proceso de diálogo consensuado, basado en experiencias interculturales donde se respete la buena fe y las costumbres y que permita un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas.

3.1.3 ACCIONES DEL ESTADO

En los últimos años el Estado peruano ha promovido el desarrollo de unidades que tramiten una inversión privada sostenible donde se evidencia que la función se oriente al respeto de los derechos de los pobladores de la zona de la comunidad y de los aledaños, por lo tanto ha implementado niveles de consultas que permita un adecuado cumplimiento de estos estándares y a la vez que se implementen dentro del desarrollo económico de la zona.

Luego de la suscripción del Tratado de Libre Comercio en el año 2007, el Estado peruano mediante el poder ejecutivo promulgó 96 decretos legislativos que luego de las facultades delegadas por poder legislativo elaboro dicha normatividad, la peculiaridad de estos decretos es que afectaba directamente los derechos de los pueblos indígenas, esto debido a que no era consultados.

Podemos observar que el Estado no se encontrado a nadie le ha implementado físico en el que se acerque para poder garantizar el unidad y el estado pero esto no es lo suficiente, ya que según los informes de defensoría del pueblo los conflictos sociales han ido en aumento y estos han vulnerado no únicamente derechos particulares sino derechos sociales

La normatividad nacional al respecto del derecho a la consulta es la siguiente:

NORMA	FECHA	RESUMEN
Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH	21/06/2000	Aprueba la directiva para asegurar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, así como las comunidades nativas y campesonas.
Decreto Supremo N° 038-2001-AG	22/06/2001	El reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas
Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM	20/12/2002	Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales en el sector energía y minas
Decreto Supremo N° 042-2003-EM	12/12/2003	Establece como requisito el compromiso de la población para el desarrollo de las actividades mineras
Ley N° 28611	13/10/2005	Ley general del ambiente
Decreto Supremo N° 012-2008-EM	20/02/2008	Reglamento de participación ciudadana para las actividades de Hidrocarburos
Decreto Supremo N° 028-2008-EM	26/06/2008	Reglamento de participación ciudadana en el sector minero

Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM	26/06/2008	Normas que regulan el procesos de participación ciudadana en el sector minero
Ley N° 29785	23/08/2011	Ley del Derecho de la consulta previa
D.S. N° 001-2012-MC	30/04/2012	Reglamento de la ley de consulta previa

3.2 DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO

Atendiendo a la investigación de Diez Picazo (1975) debemos entender que construir normas jurídicas no parten de una generalidad, siendo los acontecimientos o hechos los que a partir de un conflicto o de una lucha social han logrado un reconocimiento, y estructúralos dentro de una categoría o prerrogativa que tiene la concepción mundial y trata de integrar todos los ámbitos y posiciones que impliquen un reconocimiento no únicamente normativo sino también social bajo normas o establecimientos jurídicos que permiten generar instituciones propias con autonomía, eficacia, y efectividad dentro de la rama legal.

En el Glosario de Estadísticas del Medio Ambiente de las Naciones Unidas califica al medio ambiente como la totalidad de las condiciones externas que afectan a vida, el desarrollo y la supervivencia de un organismo. (Organización de las Naciones Unidas, 2013, pág. 608)

Es así que Sánchez Gómez define al medio ambiente como el conjunto de factores naturales que rodean a los seres vivos, esto es, se trata de los elementos predominantes, el lugar, región, o espacio en el que nacen, crecen o se desarrollan y mueren los animales, las personas, la flora y la fauna. Es todo lo que queda comprendido en donde se ubica a las cosas, insumos, fábrica, comercio negocio, escuela ciudad, Estado o nación. (Sánchez Gómez, 2003, pág. 52)

Es así que con los conceptos preliminares establecidos en el capítulo anterior podemos establecer que el medio ambiente es aquel espacio circundante a la vida

con características esenciales, parte de aquel lugar de la tierra donde habitan los seres vivos. Es en mérito a ello que surge la terminología de “biodiversidad”, referida a la variabilidad de organismos vivos de cualquier naturaleza, incluido los ecosistemas terrestres, acuáticos y marítimos que le dan esencia y razón de ser al planeta tierra.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en la Sentencia EXP. N.º 0018-2001-AI/TC, alegando que este es un conjunto de elementos que interactúan entre sí, conformado por factores que hagan posible la existencia humana y de los demás seres vivos; siendo así, esta interrelación entre el ser humano y su medio ambiente se encuentra condicionado por el tiempo y espacio determinado, lo que influye en la vida material y psicológica de los seres humanos.

Se considera, también, al medio ambiente como el conjunto de recursos físicos que hacen posible y amparan la vida y constituyen la base para la satisfacción de las necesidades humanas. Es por ello, que algunos autores entienden al ambientalismo como un sistema constituido por agentes físicos, socio-culturales relacionados entre sí que condicionan la vida de los seres humanos a la vez que son modificados y condicionados por éstos.

3.2.1. Ubicación del Derecho al Ambiente en el Contexto Nacional

El reconocimiento de los derechos es un proceso histórico, haciendo que se generen nuevas concepciones a partir de un criterio singular que permita determinar adecuadamente que precepto puede ser considerado como derecho, y que costumbre puede ser considerada como principio.

Para poder ubicar adecuadamente derecho y librado repasaremos brevemente cada una de las generaciones que permiten determinar qué tipo de derechos son los que se encuentran incluidos dentro de cada una de ellas. En la primera generación encontramos aquellos derechos que fueron reconocidos posterior a la revolución francesa y norteamericana en donde podemos observar los derechos civiles y políticos, es decir, aquellas prerrogativas que los ciudadanos hicieron el Estado para que estén los proteja, las coberturas y les genere condiciones

necesarias para poder ejercitarlos en base a su dignidad como personas. En la segunda generación de derechos, nos centramos en el siglo XX donde los derechos pasaron de un del ámbito personal a una índole social, teniendo en cuenta algunos elementos históricos tenemos en México 1917, en Alemania en 1918 donde se generó una conciencia social de reclamo que permitió reconocer el derecho de un grupo de personas y de esta forma lograr que se generen lazos de igualdad y equidad dentro del Estado y frente a la normatividad, esto debido a que el Estado no le era suficiente el reconocimiento del derecho a la vida, y libertad, sino que necesitamos de una igualdad integral donde todos puedan gozar de condiciones mínimas de salud educación, vivienda, etc., en ese sentido surgieron los derechos económicos, sociales y culturales. Posterior a ello tenemos aquellos derechos que pertenecen a la tercera generación que siguieron a partir de finalizada la Segunda Guerra Mundial y luego de la Declaración Universal de las Naciones Unidas en este sentido los Estados se preocupan por asumir compromisos que se reflejen Pactos internacionales, donde aparte de reconocer los derechos fundamentales propios de la persona se reconocen necesidades que deben impulsar el desarrollo tales como la revolución industrial y de esta forma garantizar la satisfacción. En ese concepto tuvo que darse una percepción distinta a la economía, al progreso y el desarrollo, a partir de dichas variables se disgrega como una de mención la materia ambiental. Tal preocupación permitió un reconocimiento único y exclusivo dentro del Estado con la finalidad de garantizar una calidad de vida en un tiempo determinado. En este sentido se logró determinar adecuadamente que los derechos eran indivisibles, y pertenecían única y exclusivamente a las personas, siendo este un todo integral donde todos los derechos eran y formaban parte de ella, a partir de la cual giraban los demás, ese reconocimiento implicó que se generen nuevos cambios normativos y que satisfagan las necesidades de la sociedad para generar una vinculación entre los derechos sociales, civiles, y personales, haciendo que la solidaridad forme parte del desarrollo integral no únicamente de la persona sino también de la sociedad generando condiciones económicas adecuadas que permiten cada decisión con estándares de sostenibilidad y que se manifieste adecuadamente su necesidad económica como el respeto por los derechos de la misma.

Siendo así estos derechos de tercera generación, llamados también derechos de solidaridad busca que el Estado proteja adecuadamente sus intereses y la de los particulares con correlación directa hacia el hombre y que así se puedan proteger también sus derechos.

Según Walther Valdés nos menciona que existen particularidades dentro de estos derechos de tercera generación, por un lado la existencia de mayor de implicancias y solidaridad que en otros derechos y un hecho que vincula adecuadamente los derechos sociales e individuales, en ese sentido es así a donde nosotros queremos llegar con el derecho al medio ambiente reconocido como tal, dentro de la Conferencia sobre el medio humano realizada en la ciudad de Estocolmo en el año de 1972 donde se estableció que: el hombre tiene derechos personales y además el Estado debe permitir que se generen condiciones de vida adecuadas donde le permita llevar una vida digna de gozar de un bienestar y que debe protegerlos actualmente mejorando las condiciones futuras y presentes.

En este desarrollo también encontramos que los derechos como alimentación y la paz manifiestan una vinculación directa entre derechos colectivos y derechos individuales, tal como el derecho al ambiente saludable, como podemos observar esta importancia fue debido al grado de solidaridad que tienen estos derechos de tercera generación y con efectos de combatir adecuadamente los desastres y conflictos que traían consigo la vulneración de derechos dentro de la sociedad. Existen autores que mencionan que existe una cuarta generación de los derechos humanos que como puede evidenciarse presuponen la coexistencia y goce de todos los derechos de las generaciones anteriores pero que expresan básicamente su concepción en la forma de cómo abordar intereses propios y particulares a fin de que sean preservados en un equilibrio entre lo social, lo cultural, lo económico, y lo ético y de esta forma generar una sociedad con niveles de consumo y con lógicamente adecuados y económicamente sostenibles permitiendo que los recursos de la naturaleza sea sustentables en el tiempo.

3.2.2. El reconocimiento del derecho al medio ambiente como derecho humano.

El derecho humano del medio ambiente busca que las políticas del Estado permitan el uso adecuado de los recursos de la naturaleza y que el consumo o producción de otros elementos no permitan la degradación ambiental y que busquen una sustentabilidad y vigencia de los derechos tanto individuales como colectivos para que todos puedan disfrutar de un derecho al medio ambiente donde se encuentre un ecosistema ecológicamente equilibrado. Demetrio Loperena, menciona que el hecho de reconocer el derecho al medio ambiente como un derecho humano se convierte en un hecho complicado ya que confluyen y convergen derechos y conceptos tan grandes que son difíciles de tener una percepción clara. Esta concepción radica desde la academia, donde se encarga de definir adecuadamente cuál es la concepción de uno u otra definición o variable conceptual pero en las prácticas quizás sea más conveniente analizarlo desde la afectación y conservación del mismo, pero eso dependerá de la concepción con la que se pretenda trabajar. En derecho ambiental actualmente ha desarrollado preceptos y concepciones normativas de protección y conservación al ambiente estableciendo esquemas dentro de la estructura organizacional del Estado que protejan y promuevan una gestión ambiental adecuada.

En Lisboa y luego de la declaración de 1988, donde se evidencia una conferencia internacional de protección del derecho al medio ambiente se promueve el reconocimiento a este derecho dentro de la normatividad nacional y como parte del desarrollo integral de la persona así como también obliga a los estados que implementen dentro de su marco legal parámetros para poder garantizar un ambiente digno y que respete el equilibrio ecológico.

El grupo de expertos investigadores en materia ambiental de la ONU se encargó de colocar las primeras concepciones sobre los principios y derechos inmersos dentro del derecho ambiental, evidenció la preocupación general porque la sociedad reconozca adecuadamente este derecho en tal sentido no debe manejarse una concepción monótona si no integral donde se evidencia aquella relación entre los derechos de la persona y el desarrollo integral, basado en ciencia, tecnología y economía.

El reconocimiento de este derecho como derecho humano se produce a raíz de que el ciudadano tome conciencia de los efectos que puede tener dañar el ambiente de donde se desarrollan.

La mayoría de los autores sostienen que la existencia del medio ambiente como derecho encuentra su formulación en el principio 1 de la declaración de Estocolmo Sobre Medio Humano, de 1972, cuando esta reconoce jurídicamente el derecho fundamental a la libertad, igualdad y disfrute de condiciones adecuadas en medio ambiente de calidad, lo que permita a los habitantes de este espacio geográfico desarrollar una vida digna, y, por el contrario, los Estados se encuentran en la obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras, lo que fue acuñado como desarrollo sostenible (Durán Ponce de León, 2011).

No debemos olvidar que la Declaración de Estocolmo no conlleva un cumplimiento obligatorio dado que según el derecho internacional, posee un carácter no vinculante. Por ello los principios de la Declaración de Estocolmo no generan obligaciones internacionales susceptibles de ser seguidas por todos los Estados; sin embargo, sirve de directriz para los estados miembros y demás para la adopción de políticas y medidas que conlleven a la conservación y protección de este derecho.

Un segundo instrumento legal que incorpora este derecho es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en cuyo artículo 24 señala expresamente, que *“todos los pueblos tienen derecho a un satisfactorio medio ambiente favorable a su desarrollo”*.

Así también, la idea del derecho al medio ambiente como derecho fundamental, se puede encontrar en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en el Salvador, el 17 de Noviembre de 1988. Concretamente en los artículos 10

(Derecho a la Salud) y 11 (Derecho a un adecuado Medioambiente) de este documento (Prodiálogo, 2006).

El derecho a un medio ambiente reconoce, tácitamente, los derechos de las generaciones futuras, los llamados “derechos intergeneracionales”. De este modo, el reconocimiento de este derecho es entendido como una precondition para la existencia y disfrute de los otros derechos humanos en el mundo.

Un sector de la doctrina internacional reconoce que el derecho al medio ambiente pertenece a la categoría de derecho humano de tercera generación, a los cuales pertenecería el “derecho al medio ambiente” junto con el “derecho a la paz” y el “derecho al desarrollo”, entre otros, son los más novedosos, aunque no gozan todavía de un reconocimiento general por parte de todos los Estados. Los autores consideran que estos derechos se derivan de conceptos como el de “solidaridad entre las naciones” idea que es el fruto de los, cada vez mayor, procesos de interdependencia entre los Estados. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pág. 136)

Sobre el particular existe una gran discusión entre los autores internacionales para determinar: 1) Si realmente existe una categoría de derechos humanos denominada de “tercera generación”; y 2) de ser así, para considerar si puede ser aceptado el derecho al medio ambiente como uno de ellos. Vasak y M`Baye afirman que, en su opinión, si existen los derechos humanos de tercera generación debido a que ellos representan *una evolución en la doctrina de los derechos humanos*. En este sentido, los derechos humanos de esta generación provendrían de una “*dinámica visión de los derechos humanos que consideraría y acomodaría la cambiante situación internacional con la creciente capacidad mundial para evitar los impedimentos que evitarían el disfrute de las libertades y la vida de mucha gente en el mundo*”. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pág. 138)

En consecuencia, en su opinión, únicamente el derecho al medio ambiente podría ser considerado dentro de esta categoría, mientras que el derecho a la paz y el derecho al desarrollo no deberían estar incluidos en ella.

3.2.3. Fundamento del Derecho Humano al Medio Ambiente

Como bien puede observarse los marcos normativos han nacido a partir del reconocimiento de la dignidad de la persona y en materia ambiental reconoce además que esta predomina sobre los demás derechos fundamentales, ya que la concepción de la dignidad es anterior al reconocimiento de cualquier derecho y que el reconocimiento del derecho a vivir un medioambiente sano radica en el reconocimiento de la dignidad de la persona. Entonces es necesario poder definir adecuadamente el ambiente donde se desarrolla la persona, Y por lo tanto cuando afectamos al ambiente también afecta muy directamente a la persona y por lo tanto su dignidad. Asimismo existe vinculación directa con el derecho a la vida, ya que no sólo se refiere a la inviolabilidad de este sino que debemos generar condiciones de calidad donde se desarrollen adecuadamente de una manera digna, diferente y adecuada a cada una de las personas. Por lo tanto esta vida digna no depende únicamente de condiciones físicas sino también de condiciones importantes para el ambiente y para el desarrollo personal de la persona. Martín Mateo analiza que la calidad de vida es un criterio valorativo que enaltece los recursos naturales y la capacidad de desarrollo de la persona y por lo tanto debe generarte un plan de bienestar lo que supone generar un ambiente físico donde se respete la naturaleza de la persona y del espacio donde yo se desarrolla, con una concepción antropológica que permita identificar adecuadamente que sujetos intervienen directamente en este proceso de desarrollo, la responsabilidad es que estos generan el desarrollo de las mismas y la forma de cómo invierte las condiciones para lograr un objetivo como está establecido dentro de las políticas de gobierno, asimismo dividen ciertos criterios donde se menciona una tutela donde el bienestar

sea un criterio primordial para determinar la calidad de vida teniendo las condiciones básicas y necesarias que permita subsistir y seguir en un determinada localidad, y que la conservación de los recursos se evalúe con factores de sustentabilidad y sostenibilidad donde el equilibrio con el ecosistema y con el medio ambiente no afecta el desarrollo integral de la persona.

De lo expuesto se puede señalar en mayor o menor medida que exista una relación directa entre medioambiente y la persona, y desde una concepción antropológica podríamos decir que se generen condiciones donde la justicia prevalezca y la equidad sea un factor social.

3.2.4. Características del Derecho Humano al Ambiente Sano y Equilibrado

A- Es un derecho que pertenece al hombre y no al medio ambiente, en una primera impresión podría sonar redundante pero esta concepción permite alejar las concepciones ecologistas que garantizan que los vegetales o animales tengan derechos sino que el ciudadano es el titular de dicho derecho, sin basarse en concepciones aisladas de igualdad ecológica sino en condiciones de desarrollo y protección integral.

B- Es un derecho recíproco ya que no se efectiviza solo con la protección de generaciones actuales sino que se evidencia para generaciones futuras, existen personas que limitan este postulado debido a que mencionan la difícil forma de comprobarse dicha relación directa en generaciones futuras, por ser inexistentes. Pero la presunción de que las personas tendrán las mismas necesidades en el futuro permite que conservemos los derechos, el medio ambiente y generemos un desarrollo un equilibrio adecuado permitiendo así vivir dentro de espacios y estándares que se respeten y que se preserven para las generaciones futuras y éstas hagan lo mismo para con las generaciones posteriores.

C- Es un derecho colectivo e individual, no se radica desde una concepción aislada de una protección individualista de la persona ni tampoco de una protección del media del Estado, por lo tanto deben confluir ambas prerrogativas para que se haga una protección integral de un grupo de personas y estas de su territorio, desde un punto de vista podemos observar que se reconocen algunos intereses colectivos y

que simplemente garanticen un adecuado cumplimiento de los objetivos propios del Estado peruano y éste a su vez permite a una conservación, defensa, buscando el perfeccionamiento del ambiente donde se desarrolla el ser humano generando así un desarrollo adecuado y equilibrado de la persona.

3.2.5. El objeto del Derecho humano al ambiente: el “bien ambiental”

En líneas precedentes donde no se evidencia una definición clara y exacta del medio ambiente se concibe la necesidad de crear conceptos y efectos se convierta en una tendencia de la se obtengan concepciones en donde se permita crear condiciones de vida y sostenibilidad, ya que en la doctrina nacional como internacional tiene sus propias concepciones.

En este apartado, es preciso señalar que el objeto del derecho al medio ambiente debe estar reconocido dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales y debido a inexactitud de estas muchas veces permite que no se haga un reconocimiento adecuado.

Con la intención de precisar algunos conceptos, es necesario revisar algunos criterios que permitan obtener una concepción constitucional del derecho al ambiente y determinar adecuadamente el bien jurídico de protección.

En ese sentido debemos considerar algunas concepciones respecto a la concepción del bien jurídico, por un lado entendemos a la percepción de la crisis donde podemos reconocer al medio ambiente como una esencia natural que radica en la naturaleza y por otro lado podemos observar a una preocupación ambiental que se radica en estándares de solidaridad donde generaciones futuras puedan cubrir su necesidad a partir de un reconocimiento integral por parte de las personas que forman aquella necesidad intangible dentro de los derechos de tercera generación llamados derechos de la generalidad, y así generar un equilibrio y desarrollo integral de la persona. Si la preocupación radica en el temor a que desaparezcan los recursos naturales, y se busca una adecuada protección de los derechos podemos observarla como un mismo concepto económico donde confluya el recurso humano y social, que busque preservar un conjunto de recursos naturales.

Revisamos algo de la historia del derecho podemos observar que dentro de los ordenamientos jurídicos modernos prevalecen aquellos que se orientan a la protección de los intereses individuales de la persona entendiendo que esta concepción nació a partir de un reconocimiento propio del derecho subjetivo y entendió que esta facultad llegaba a un reconocimiento posterior de la persona.

Concebir dicha problemática busca que no se resquebrajen concepciones restrictas del medio ambiente sino que se requiere del reconocimiento de la tutela de este bien jurídico ambiental y que esto permitirá un reconocimiento de los derechos individuales de las personas. Además se puede evidenciar que el reconocimiento de este bien jurídico radica en la forma de cómo el legislador haya concebido la concepción del objeto y bien jurídico del derecho humano al medioambiente.

En este sentido es necesario detenernos para poder observar adecuadamente cuál es la concepción del medioambiente en la ámbito jurídico, y de esta forma tener una definición clara y concreta que permita tener concepciones que radiquen en la doctrina jurídica integral y que desarrollen percepciones que garantice un adecuado cumplimiento de los fines sociales y jurídicos del derecho en el medio ambiente, este derecho tiene concepciones variadas y diversas desde la concepción desde la cual se concibe limitadamente al derecho, hasta aquellas formas que buscan su protección en ese sentido Rodríguez Arias, el penalista español, elabora una concepción acerca de las posiciones acerca del medio ambiente:

A- Concepción amplia del ambiente, esta concepción radica en reconocer a todo el que rodea al ser humano bajo esta concepción no se podía dividirse entre sectores el primero de ellos es un ambiente natural que es aquel que ha sido dado por la naturaleza, un ambiente humano que se considera como aquel creado por el hombre, y un ambiente social que integra condiciones de calidad de vida o bienestar.

B- Concepción restringida del medio ambiente en esta concepción se busca reducir todas las concepciones acerca del medioambiente y por lo tanto se centran en determinar algunas condiciones e identifican claramente el medio ambiente, es decir, consideran exclusivamente al aire y el agua como parte de este derecho y se

encargan de determinar algunas condiciones que identifican claramente el medioambiente es decir considerarlo como parte y medioambiente, haciendo que los demás factores que están allí influyen para que esté pueda cambiar, modificarse o alterarse en tal sentido carece de fundamento doctrinario y pese a haber realizado un investigación se puede observar de que esta postura no existe una definición clara que permite entender adecuadamente cuales son las concepciones jurídicas filosóficas, doctrinarias o sociales que permiten que se haya y se realiza una protección tan restrictiva.

C- Concepción intermedia de medioambiente esta concepción ha sido apreciada y concebida por parte de los escenarios y la mayor parte de ellos, ya que esta vinculación de elementos biológicos, naturales Son los que permiten el desarrollo de la persona.

En nuestro país esta concepción radica en la protección de seres bióticos y abióticos que conllevan a una protección integral de la persona y de esta forma lograr que se efectivicen los canales de comunicación.

Por su parte, Caillaux Zazzali, no considera una definición exacta pero se encarga de verificar adecuadamente que el contexto será quien se una definición adecuada y que debe encontrarse los niveles del ambiente y la ecología.

Por su parte, la UNESCO, considera al medio ambiente como biosfera, que es donde se desarrolla el ser humano, y todos los elementos que lo rodean son considerados medio ambiente.

En la Constitución Política de nuestro país, se reconoce a este derecho dentro del artículo 2, inciso 22 donde hace reconocimiento, si bien es cierta toma una concepción ecologista su preocupación se basa en una búsqueda saludable del medio ambiente, buscando el equilibrio entre el medio ambiente y la preservación de la naturaleza. Tratando de buscar la calidad de vida basada en la concepción del interés del ser humano en el desarrollo de la vida y el equilibrio con el medio ambiente.

La preocupación por el medio ambiente equilibrado radica en la necesidad por lograr establecer parámetros donde la dignidad cobre relevancia jurídica y social.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia N.º 03343-2007-PA/TC ha establecido que este derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado. Esto es, que, en el primer supuesto, implica que las personas tienen la facultad de poder disfrutar un medio ambiente donde existe una interrelación de sus elementos, de manera armónica; por lo que, la intervención humana no debe traer como consecuencia, la alteración de esta armonía. Por otro lado, en el segundo supuesto, el derecho que tiene todo ser humano implica también un deber, en este caso, el deber de preservar el medio ambiente que lo rodea, para lo cual, debe existir la intervención por parte del Estado, esto es, realizando acciones para la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, así como, con la abstención de planes y acciones que puedan causar perjuicios irremediables en el medio.

El artículo 2 inciso 22 de la Constitución habla de un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, sobre lo que el tribunal dice lo siguiente:

En la sentencia expedida en el EXP. N.º 0018-2001-AI/TC, establece que, la terminología “adecuado”, está enfocado al conjunto de bases naturales de la vida y calidad, comprendiendo los componentes bióticos, abióticos, ecosistemas y demás, conformando un ecosistema; debiendo existir niveles adecuados y armónicos entre ellos para que puedan desarrollarse de modo correcto y estos ecosistemas no se extingan, dado que, la extinción y/o escases de algún elemento modifican el ambiente en el que se desarrolle el hombre.

Por consiguiente, el inciso 22) del artículo 2º de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2002)

El medio ambiente permite disfrutar otros derechos. Es un derecho de *base*, como la vida: la situación del ser humano se deteriora considerablemente con un medio ambiente adverso. *Lo equilibrado* es que el sistema siga operando según sus principios de conservación de la vida, como dice la cita, con simetría.

De igual forma puede advertirse, que la Constitución Política del Perú manifiesta que para el desarrollo de la vida humana el ambiente debe ser adecuado y equilibrado, por lo tanto, esto implica una obligación estatal, así como el involucramiento directo de la ciudadanía, con el fin específico de mantener en equilibrio la sociedad y los recursos naturales para que el ser humano viva en armonía y equilibrio en su entorno en condiciones ambientales dignas. En conclusión, el derecho al medio ambiente adecuado implica que el Estado proteja al mismo frente a los ataques suscitados sobre este con la finalidad de desarrollar condiciones ambientales aceptables conforme lo establece el artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que prescribe el derecho a un medio ambiente seguro, sano como condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo.

3.2.6 La obligación jurídica estatal de proteger el derecho al vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado

Dentro del ordenamiento territorial encontramos instrumentos que se enfocan a una gestión ambiental adecuada que permita contribuir a la protección del derecho a vivir equilibrado y lograr una protección a este derecho.

Dentro del artículo pertinente referido al medio ambiente en nuestra Constitución y en documentos internacionales se obliga a los Estados a que se preocupen por generar condiciones donde se respeten adecuadamente los derechos humanos, el desarrollo de la persona y el equilibrio integral de esta con la sociedad, por lo tanto deberán buscar órdenes de justicia y desarrollo integral donde la protección de la persona sea el fin supremo de cada sociedad.

El Tribunal constitucional puede evidenciar el reconocimiento de este derecho así como que el medioambiente se verifique no sólo en condiciones necesarias y aceptables si no que se evidencie en un reconocimiento a la sociedad, al medio ambiente y se proteja en condiciones aceptables de salubridad.

El respeto por la dignidad debe ser un factor que diferencie el reconocimiento de este derecho ya que la concepción que se utiliza para poder diferenciar adecuadamente un derecho humano se encuentra en base de calidad y fundamento

del medio ambiente, haciendo que este permita un desarrollo integral y sostenible de la persona.

3.2.7 El contenido constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado

Según la sentencia del Tribunal Constitucional N 03510-2003-AA/TC, el derecho a vivir un ambiente sano se divide en dos elementos el primero de gozar de un ambiente adecuado y el segundo que estén bien aquella relación de componentes permite que las personas puedan gozar y disfrutar adecuadamente los ambientes interrelacionarse de forma natural y armónica con el mismo, interviniendo directa e indirectamente en condiciones de equilibrio y que proteja adecuadamente el desarrollo de la persona y su dignidad.

La concepción de que el medioambiente se preserve trae consigo la obligación de que se proteja adecuadamente este derecho en tal sentido el Tribunal Constitucional ha elaborado poderes públicos, mediante estructuras sostenibles que permitan un disfrute adecuado del mismo bajo condiciones adecuadas de forma, fondo y legalidad.

CAPÍTULO IV: DERECHO COMPARADO

4.1 BOLIVIA

En nuestro vecino país prevalece la presencia de mineras que se organizan mediante cooperativas que surgieron a mediados de los años cincuenta, y que su actividad se encuentra desarrollada de acuerdo a la Legislación específica, en dicha norma se establecen las prerrogativas donde se evidencie la necesidad de controlar adecuadamente la organización, estructura cumplimiento, consentimiento, consulta, medidas de protección y control por parte del Estado.

4.1.1 Concesiones mineras

A partir del Gobierno de Facto de 1973, se establecieron presupuestos donde se estableció que la explotación minera se realice en coordinación con el Estado mediante contratos de concesión, luego este proceso fue reconocido y estipulado por el Gobierno Boliviano en 1982 como una medida de compromiso y protección social.

Según La Fuente (2010) actualmente cerca del 90% de las cooperativas mineras poseen mecanismos de concesión donde han logrado establecerse de acuerdo a la normatividad nacional, y el resto de las minerías han sido otorgadas por arrendamiento u usufructo dentro del territorio boliviano, otro grupo son los mineros informales que trabajan en condiciones reprobables y contaminan el medio ambiente.

En los Ríos de Madre de Dios y Beni, existen pequeños mineros que respetan la normatividad y que son considerados como parte de la Minería Artesanal, trabajan en condiciones de salubridad y respetando los índices ambientales establecidos en las normas y reglas específicas.

4.1.2 Marco legal minero

En Bolivia se dispone de un cuerpo normativo específico, que desde 1997 ha logrado establecer las bases claras y específicas mediante la normatividad 1777; asimismo debe evidenciarse que esta norma no trata de forma singular a las

cooperativas de la minería, y homogeniza la forma de tratamiento, así como el tratamiento nacional como internacional, en tal sentido radica en una concepción de los índices de modernidad confluyendo con categorías específicas.

En la normatividad Boliviana, se establecieron además normas y reglamentos específicos donde se midan adecuadamente los índices de impacto ambiental e identifique aquellas actividades que no generan impacto o simplemente el impacto es menor.

4.1.3 Impuestos:

En el Derecho Boliviano existen dos impuestos son los que dirigen directamente a la actividad minera, por una parte contamos en impuesto complementario a la minería que se encuentra aplicable a todo el ámbito minero nacional e internacional y por otro lado encontramos el impuesto sobre las utilidades de las empresas que tiene que ver con la actividad económica que realice.

El impuesto sobre utilidades de las empresas se cuenta con una normatividad que obliga a las empresas que deben tributar el 25% de sus ingresos asimismo mediante el Decreto Supremo N° 24.780 se estableció un tratamiento particular a la pequeña minería de las cooperativas, en ese sentido a este tipo de empresas se pudo realizar reducción a los montos establecidos dentro de la estructura tributaria y de esta forma garantizar un impuesto deducible para cada sector.

El impuesto complementario por la minería es un tributo que se encuentra regulado dentro del código de minería boliviana para poder configurar adecuadamente este tributo se tienen cuenta el valor bruto de la venta y le diferencia con la fluctuación de precios así como el pago de exportación que realizan las empresas mineras.

Dentro de la minería boliviana, la problemática es la aportación de los tributos debido a su excesivo valor y su evidente obligación tributaria que imposibilita que pequeños minerías puedan acceder a un índice de oponibilidad.

4.1.4 Políticas estatales que promueven los procesos de formalización:

En el gobierno boliviano la política de formalización que se orientan a una formación integral de las pequeñas minerías o cooperativa basadas en seguridad dentro de la empresa y fuera de ella, con la inclusión de mujeres dentro de dicha actividad y orientando sus proyectos como fondos concursales a fin de erradicar la pobreza y el trabajo infantil.

En el Decreto Supremo N° 25.747 se regula los concerniente a la seguridad social como un requisito que permitía a las cooperativas mineras integrarse al sistema en un corto plazo y otorgar prestaciones de salud, que consistía en afiliar a los trabajadores mineros a un seguro social por el tiempo en el que dure su trabajo, la aportación que se realizaba era el 10% de su sueldo mínimo que ellos estaban obligados.

Se creó un fondo minero de inversión minera todo ello con la finalidad de reactivar el gobierno y la economía, así como transformar dicha cadena productiva con mecanismos que define el fortalecimiento y fiscalización, basados en sistemas gerenciales, otorgando un valor agregado a cada una de las transacciones y mejorando la gestión de calidad en cada uno de los centros de producción, además buscando un manejo de pádel medioambiente.

Finalmente se creó la empresa boliviana del oro, una minera estatal que se encargó de buscar formalizar descubrí que empezó a trabajar con la pequeña minería y la minería artesanal.

4.2 BRASIL

La minería artesanal o pequeño empresa minera, dentro de Brasil es denominada garimpo, cobra vital importancia dentro de la economía y sociedad brasileña ya que según su estructura y organización, la actividad de las pequeñas minas represento 71%, la mediana minería el 25% y sólo el 5% pertenece en las grandes minas, debido a la informalidad no se han considerado aquellas pequeñas niñas ya que el control y seguimiento es una lucha titánica.

Antiguamente la explotación de las minerías se basaba índices de arrendamiento posterior a ello se utilizó la concesión para que pueda exportarse adecuadamente

los recursos naturales y de esta forma se garantice una fiscalización y control por parte del Estado, es decir el gobierno federal se encargaba de realizar un proceso posterior a la extinción de dichos minerales.

En la Constitución Política del 1988 tiene algo de preferencia especial con la minería artesanal, buscando y estructurando incentivos para realizar investigación y permisos que permitían que los recursos minerales puedan ser ejecutados dentro de los parámetros de la formalidad.

Los programas y acciones de la política nacional y medioambiente, hace que la economía radique en la estructura adecuada de la minería, es decir que dicha actividad debe adaptarse a las normas y la realidad, regulándose mediante los mecanismos legales específicos o mediante aquellos que permiten una interacción directa entre la idealización minera y la producción en mi ambiente.

En dicha prerrogativa se diferencia claramente el trato hacia la pequeña, ya que esta depende de la concepción y de la extensión que pueden tener sobre determinados territorios, así como la legalización que tienes en la Concepción de programas.

Los Planes de gobierno dentro del Estado de Brasil se resalta en el que ellos planes que permiten garantizar una formalización adecuada de la empresa minera utilizando algunos regímenes de explotación así como de aprovechamiento de los recursos, creando espacios de permiso donde el inicio de la actividad sea la cuestión posterior al proceso para ser evaluado y fiscalizado por el Estado peruano, implementando la protección y la seguridad ambiental en base a difusión tecnológica y sostenible, así como planes piloto que permiten una asistencia directa a los trabajadores como a las empresas mineras el plan de acción en Brasil buscó la protección y promoción de las actividades de las pequeñas empresas o microempresas dicha actividad se basaba en la generación de empleo en base a gente emprendedora, y buscaba la protección de la minería artesanal.

La Secretaría de minas del gobierno brasilero implementó un programa de fomento de la pequeña minería, donde se pudo apreciar las acciones, informaciones, capacitaciones constantes, formación adecuada de recursos humanos y materiales, estructura básica, legislación adecuada, canales efectivos de comunicación,

asistencia, estímulos tanto fiscales como financieros, entre otros, con la finalidad de que se formalicen adecuadamente y se respondan a los parámetros establecidos dentro la normatividad y de esta forma lograr un desarrollo equilibrado y sostenible de acuerdo a los intereses de la sociedad y los intereses del Estado a fin de evitar futuros conflictos sociales o desastres que pueden terminar con la pérdidas de vidas o en la vulneración al integridad física de la persona o su salud.

4.3 COLOMBIA

En Colombia encontramos el ministerio de minas y energía es que a través de normas, decretos, resoluciones, y pronunciamientos se ha encargado de controlar adecuadamente la fiscalización en minas, en todas las escalas, a través de estándares indicadores que permiten medir adecuadamente el seguimiento e involucramiento de los gobiernos sub nacionales en la actividad minera.

En el año de 1996 se promulgaron normas y directivas que permitieron crear un código de minería donde estableció las normas, procesos, y procedimientos que permitieron la inclusión en la formalización de la minería dentro del territorio colombiano, así como una fiscalización adecuada tanto personas naturales como jurídicas con la finalidad de cumplir con lo establecido entre la normatividad sin hacer una distinción en cada uno de los niveles de la minería y solamente buscar el cumplimiento normativo.

Se debe apreciar que la pequeña minería en Colombia se encarga básicamente de la extracción de minerales como el carbón, arcilla y metales preciosos como el oro esto debido a la geografía propia del país colombiano.

En Bogotá, se construyó un parque minero industrial que buscaba la reubicación de pequeños mineros que no contaban con un registro en el ministerio de minas y lograr un ordenamiento territorial con la finalidad de estructurar adecuadamente planes, programas, políticas que permitan una adecuada evaluación de la calidad de vida involucramiento directo en las decisiones políticas y sociales, además dichos procesos contaban con marco legales específicos donde se buscaba una protección adecuada de los derechos de la persona, del ordenamiento territorial, así como actividades propias que permitían al ciudadano poder ingresar insertarse

dentro de la problemática nacional, de esta forma se buscaba generar un menor impacto dentro del medioambiente y por ende lograr un desarrollo sostenible en teléfono mía y la sociedad.

En el caso de aquellas minas que extraían el oro y el carbón se encontraban distribuidas alrededor de todo el territorio nacional ya que ellos, los mineros artesanales y pequeños, se encontraban amenazados por la gran minería ya que tenían miedo a que se les podría recortar su reconocimiento legal. Dentro del territorio colombiano existe una reducción considerable dentro de las áreas indígenas o protegidos, ya que la extensión de la grande día a día, ha ido arrasado con parques, bosques, ecosistemas y medioambiente. Asimismo cualquier actividad en materia ambiental necesita de una licencia que es emitida por el gobierno central con la finalidad que se evalúen adecuadamente los componentes y presupuestos, y así puedan obtenerse en los procedimientos que permiten un acercamiento hacia la realidad y el gobierno sub nacionales.

La formalización de las decisiones políticas buscaba que los mineros artesanales se pongan de acuerdo a la normatividad, y de esta forma lograr un registro y un control y fiscalización con una garantía que garantice la permanencia de ellos dentro de programas específicos con mejoramiento tecnológico así en forma de erradicación del trabajo infantil y de la pobreza tal como lo establece documentos internacionales.

El gobierno y grandes empresas tratan de desacreditar una pequeña minería profesional con la concepción de que esta minería es ilegal y no cumple con los estándares nacionales, y no se preocupan por aquellos políticos que se encargan de proteger y cuidar el medio ambiente, contaminar menos y buscar una tecnología que no sea obsoleta y que se acerque hacia los objetivos planteados dentro de la normatividad.

4.4 ECUADOR

La pequeña minería y minería a escala se ejecutan a través de la formalización, y el problema radica en la necesidad de diferenciar las minas formales y algunos casos también informales.

La informalidad de la minería surge a raíz de una crisis económica dentro de los años 70 y continúa hacia los 90 donde se realizaron varios esfuerzos para formalizar aquellos grupos de minería donde no se encontraron adecuadamente grupos específicos que disminuyen o controlen la formalización.

La minería en pequeña escala o en pequeñas proporciones no garantiza una disminución adecuada de estos y el acceder a tecnologías de calidad permitiría un aprovechamiento eficaz de dicho recurso, buscando el incumplimiento de obligaciones fiscales bajo una adecuada control por parte del Estado.

A inicios de los 2000, los planes nacionales que buscaban la implementación adecuada de normas que permitían una sustentabilidad y responsabilidad por parte de los empresarios instructores y que represente un inversión a largo plazo y de protección al medio ambiente, a la sociedad y el Estado en su totalidad en este sentido podemos observar que la minería a pequeña escala y la minería artesanal buscaba promover espacios donde se desarrolle adecuadamente dichos cambios sociales y se busquen beneficios económicos en cada uno de sus niveles, ya sea desde una concepción aislada como de concepciones que permitirían acercarse adecuadamente a los instrumentos y mecanismos de formalización mediante preceptos y calificativos que lograrían el cumplimiento de la normativa específica, así como aquellos donde se involucre el Estado para formar parte de esta norma y políticas que garanticen el desarrollo sostenible como cada uno de los espacios que puedan lograr y la inversión que puedan obtener a partir de un adecuado involucramiento por parte del Estado.

La explotación minera deja bastantes pérdidas no sólo económicas sino también ambientales, es por ello que el Estado erradicar dicha minería creando equipos interdisciplinarios que actúan mediante tipos desconcentrados y concentrados de poder.

Siendo así que el ejercicio de esta minería depende de la accesibilidad a la formalización y busca que simplemente mecanismos eficaces y efectivos con logros que se fundamenten en la sostenibilidad y eficacia.

En Ecuador, la minera se evidencia en la promulgación tanto de la minería a pequeña escala como de la artesanal, por tal motivo deben incluirse dentro de

actividades legales y que se comprometan a un cuidado exclusivo del medio ambiente en ese sentido el gobierno impulsó mecanismos para formalizar adecuadamente a la minería artesanal y presentar espacios donde los mineros artesanales pueden recibir información y lograr una formalización adecuada a través de los mecanismos establecidos dentro de la propia norma así, de la Secretaría Nacional del agua, ministerio de ambiente, ministro de producción que permita un adecuado seguimiento, fiscalización y control.

III. RESULTADOS

Siendo así, se analizaron adecuadamente la forma de cómo se alcanzaron los objetivos específicos, determinándose lo siguiente:

- **ANALIZAR SI AL INICIAR LA ACTIVIDAD MINERA ARTESANAL SE RESPETA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

Las comunidades indígenas guardan dentro de su cultura una forma de vida particular para ver, actuar y sobretodo su desenvolvimiento con el mundo que lo rodea, ello en mérito a su estrecha relación existente entre sus tierras y recursos naturales, por ser estos su principal fuente de recursos para su subsistencia, así como constituyen un elemento integrante de la cosmovisión indígena y religiosidad, abarcando así su identidad cultural (Prodiálogo, 2006).

Conforme ya se ha desarrollado, a lo largo de los años, la vinculación existente entre las comunidades indígenas y el medio ambiente se ha visto menoscabada en mérito a las desposesiones y el no reconocimiento legítimo que se han hecho de sus tierras, y sobre todo de la cosmovisión que se tiene sobre éstas, su tradicionalismo y culturas religiosas. Esto se evidencia en los problemas ambientales por los que las comunidades indígenas y nativas acaecen, ello en mérito a que las actividades mineras y forestales, los programas agrícolas y acuícolas, la industrialización; avanzan desplazando a estas poblaciones vulnerables, dado que atacan y causan perjuicio a su entorno ambiental, esto es, las especies de la fauna y flora extintos, los ecosistemas, destruidos; los niveles de contaminación incrementan; entre otros problemas que causan malestares directos en la sociedad indígena que habita cada espacio medio ambiental propio de cada grupo (Panfichi, 2007).

Así también, como ya se había mencionado, mediante el Convenio N° 169 de la OIT regula el derecho de las comunidades indígenas a participar en la utilización, gestión y conservación de los recursos naturales, se reconoce el derecho de poseer sus tierras tradicionales y gestionar su medio ambiente y los recursos que existen en él.

Por otro lado, este Convenio de la OIT establece también el derecho a la consulta previa, esto es, la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en la formulación de los planes de inversión y desarrollo en los territorio donde habitan; así pues, la Corte Interamericana ha establecido lineamientos para este derecho:

- a) Desde las primeras etapas inherentes a los planes de inversión y desarrollo, el Estado se encuentra en el deber de hacer viables y efectivas la participación y consulta de los pueblos que pueden ser afectados por dichos planes.
- b) El Estado se encuentra en el deber de ofrecer la información más completa posible y promover la comunicación entre los pueblos afectados; sobretodo, la consulta a los pueblos indígenas y tribales debe ser efectuada de buena fe, esto es, debe ser llevada a cabo mediante mecanismos que culturalmente sean aceptables r os pueblos indígenas y tribales y que se base en una información clara, oportuna y transparente respecto a las consecuencias señaladas en el punto anterior.

Lo esencial es que el pueblo indígena tiene el derecho a no otorgar su consentimiento a proyectos de inversión o desarrollo que no garantice su existencia física y cultural, en la medida en que no se encuentra norma constitucional alguna que justifique el obligar a un pueblo a renunciar a su existencia y modo de vida, cuestión esencial en materia de derechos humanos colectivos.

El PNUMA asumió la responsabilidad de conseguir que los Estados reconozcan los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, así como, que estos tengan la participación de los beneficios económicos y comerciales que se deriven de él. Así pues, es importante informe denominado “The Global Environment Perspective”, publicado en 1987, donde el PNUMA señaló la necesidad de concertar un instrumento internacional, jurídicamente obligatorio, para proteger los recursos biológicos del mundo. En esta investigación se identificaron grandes causas de pérdida de la biodiversidad: la degradación o la pérdida total de hábitat, la explotación excesiva de los recursos biológicos, la contaminación, la introducción de especies no nativas (forasteras o exóticas) y el cambio climático. (Organización de las Naciones Unidas, 2013)

No es razonable admitir enfoques restrictivos al derecho a la vida; este derecho no implica únicamente que todo ser humano no pueda ser privado de su vida, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna. Por lo cual, el Estado deberá generar condiciones mínimas adecuadas que otorguen al desarrollo de la vida de los pueblos indígenas la dignidad para poder desenvolverse y emitir sus manifestaciones culturales, religiosas, entre otras, sin que existan dificultades o trabas que la impidan. Asimismo, los Estados tienen el deber de adoptar medidas concretas, orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, las cuales deberán tener una atención prioritaria.

Ahora bien, la actuación de las autoridades campesinas y nativas y de las rondas campesinas tiene como finalidad en el contexto de sus respectivas comunidades la validación de sus reglas jurídicas, las cuales no conocen grados de especialización tal cual se observa en el derecho occidental. Lejos de organizarse en ramas o especialidades, las normas consuetudinarias

pueden regular indistintamente problemas surgidos en la convivencia marital, el reparto de tierras, y del acceso al agua, el uso de los productos y/o recursos comunales, el inicio de la temporada de siembra y cosecha, etc. ello abarca también el uso de los recursos naturales en el territorio en que se encuentran ubicadas las comunidades campesinas y nativas, donde las reglas consuetudinarias hacen referencia de forma conjunta e indiferenciada a un conjunto de aspectos que en términos derecho occidental son perfectamente diferenciables. (Durán Ponce de León, 2011, pág. 70)

- **DETERMINAR LOS MARCOS JURÍDICOS Y/O PROGRAMAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO EN LA ACTIVIDAD MINERA ARTESANAL**

La mayoría de los autores sostienen que la existencia del medio ambiente como derecho encuentra su formulación en el principio 1 de la declaración de Estocolmo Sobre Medio Humano, de 1972, cuando esta reconoce jurídicamente el derecho fundamental a la libertad, igualdad y disfrute de condiciones adecuadas en medio ambiente de calidad, lo que permita a los habitantes de este espacio geográfico desarrollar una vida digna, y, por el contrario, los Estados se encuentran en la obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras, lo que fue acuñado como desarrollo sostenible (Durán Ponce de León, 2011).

No debemos olvidar que la Declaración de Estocolmo no conlleva un cumplimiento obligatorio dado que según el derecho internacional, posee un carácter no vinculante. Por ello los principios de la Declaración de Estocolmo no generan obligaciones internacionales susceptibles de ser seguidas por todos los Estados; sin embargo, sirve de directriz para los estados miembros y demás para la adopción de políticas y medidas que conlleven a la conservación y protección de este derecho.

Un segundo instrumento legal que incorpora este derecho es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en cuyo artículo 24 señala expresamente, que *“todos los pueblos tienen derecho a un satisfactorio medio ambiente favorable a su desarrollo”*.

Así también, la idea del derecho al medio ambiente como derecho fundamental, se puede encontrar en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en el Salvador, el 17 de Noviembre de 1988. Concretamente en los artículos 10 (Derecho a la Salud) y 11 (Derecho a un adecuado Medioambiente) de este documento (Prodiálogo, 2006).

El derecho a un medio ambiente reconoce, tácitamente, los derechos de las generaciones futuras, los llamados “derechos intergeneracionales”. De este modo, el reconocimiento de este derecho es entendido como una precondition para la existencia y disfrute de los otros derechos humanos en el mundo.

Un sector de la doctrina internacional reconoce que el derecho al medio ambiente pertenece a la categoría de derecho humano de tercera generación, a los cuales pertenecería el “derecho al medio ambiente” junto con el “derecho a la paz” y el “derecho al desarrollo”, entre otros, son los más novedosos, aunque no gozan todavía de un reconocimiento general por parte de todos los Estados. Los autores consideran que estos derechos se derivan de conceptos como el de “solidaridad entre las naciones” idea que es el fruto de los, cada vez mayor, procesos de interdependencia entre los Estados. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pág. 136)

Sobre el particular existe una gran discusión entre los autores internacionales para determinar: 1) Si realmente existe una categoría de derechos humanos

denominada de “tercera generación”; y 2) de ser así, para considerar si puede ser aceptado el derecho al medio ambiente como uno de ellos. Vasak y M`Baye afirman que, en su opinión, si existen los derechos humanos de tercera generación debido a que ellos representan *una evolución en la doctrina de los derechos humanos*. En este sentido, los derechos humanos de esta generación provendrían de una “*dinámica visión de los derechos humanos que consideraría y acomodaría la cambiante situación internacional con la creciente capacidad mundial para evitar los impedimentos que evitarían el disfrute de las libertades y la vida de mucha gente en el mundo*”. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pág. 138)

En consecuencia, en su opinión, únicamente el derecho al medio ambiente podría ser considerado dentro de esta categoría, mientras que el derecho a la paz y el derecho al desarrollo no deberían estar incluidos en ella.

- **CONTRASTAR MODELOS EFICACES DEL DERECHO COMPARADO DE CONTROL DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO EN LA ACTIVIDAD MINERA**

En ese sentido se analizó las concepciones de los países de Bolivia, Brasil, Colombia y Ecuador, donde se evidencio la necesidad de formalizar los estándares establecidos dentro de la normatividad específica, y lograr establecer mecanismos de fiscalización dentro de cada uno de sus Estados.

IV. DISCUSIÓN

Para discutir los resultados ya obtenidos en el presente trabajo de investigación, ha de confrontarse la hipótesis con las fuentes actuales del derecho con la finalidad de validarla, es por ello que se transcribirá la hipótesis para confrontarla, nuestra hipótesis es:

La consulta previa como requisito para iniciar la actividad minera artesanal si garantizará el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado en el Perú, en la medida que se mejoren los canales de diálogo entre el Estado, la sociedad y la empresa privada, aunado al involucramiento de la sociedad como mecanismos de control de la actividad minera.

Para lo cual confrontaremos dicho supuesto con la normatividad, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado de la siguiente manera:

DOCTRINA

Los antecedentes se remontan a los inicios de la creación de una política de gestión pública ambiental con la promulgación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, reforzado con la creación del Consejo Nacional de Medio Ambiente (CONAM) en 1994, con una participación del Estado preponderante.

Entendiéndose por minería artesanal –o a pequeña escala- de oro como una actividad plenamente reconocible en el país desde mediados de la década de 1980. Su proliferación se debe sobre todo a una combinación de supervivencia y oportunidad, muy ligada a la creciente pobreza y a la falta de oportunidades de empleo, pues para aquellos la actividad extractiva es su único modo vivendi, sin embargo es necesario recalcar que esta actividad ha sido degradada por su sobre explotación y falta de regulación y acción por parte del Estado Peruano.

Por este motivo se ha intentado combatir este problema a través de las distintas legislaciones que se han venido dándose hace 20 años con la formalización de la minería artesanal y decretos legislativos sancionadores a los actores que desmedren el medio ambiente.

Sin embargo a pesar de los grandes avances que se han obtenido, conceptual y jurídicamente, la contaminación al medio ambiente causado por la informalidad de la minera ambiental es grave y las leyes que ha promulgado el poder legislativo no se han aplicado de manera efectiva en nuestra realidad, pues la mayoría de mineros que practican la mencionada actividad rehúsan a formalizarse.

“La minería es la actividad que el ser humano realiza para extraer y utilizar las sustancias minerales que existen en la naturaleza. El aprovechamiento de los recursos minerales está presente en la vida del hombre desde las más remotas edades”. (Tumialán De la Cruz, 2003, pág. 1)

Por su parte, De Echave (2006) ha reconocido la relación existente entre la normatividad permisiva y los intereses de los inversionistas en nuestro territorio nacional, considerando la riqueza de los minerales y los precios que se han elevado en los últimos años. Debe tenerse en cuenta que la Minería en nuestro país es considerada como la Gran Minería donde la inversión ha permitido que solo las empresas de alto capital hagan un uso adecuado de los recursos minerales, sin afectar el ambiente o salud de los pobladores locales.

La expansión de la minera ha tenido en avance significativo en nuestro país, teniendo al inicio de los años noventa la concentración de la extracción minera solo en los proyectos mineros de Antamina y Yanacocha el 55% de la inversión total en la extracción de la materia prima, configurando un total de 2.26 millones de hectáreas comprometidas a nivel nacional con inversión de empresas mineras, que luego en un estudio realizado a inicio de los 2000 se verificó que se ascendió a 8 millones de hectáreas en el territorio nacional, que afectaba (o beneficiaba) a aproximadamente 45 provincias y cerca de 500 distritos alrededor de todo el territorio nacional, y además debe de referir que el 55% del territorio pertenece a las comunidades indígenas y campesinas reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico (De Echave, 2006). Asimismo se ha considerado a las teorías del pluralismo jurídico y del análisis cultural del derecho como soporte para iniciar con el proceso de la consulta previa.

El derecho humano del medio ambiente busca que las políticas del Estado permitan el uso adecuado de los recursos de la naturaleza y que el consumo o producción de

otros elementos no permitan la degradación ambiental y que busquen una sustentabilidad y vigencia de los derechos tanto individuales como colectivos para que todos puedan disfrutar de un derecho al medio ambiente donde se encuentre un ecosistema ecológicamente equilibrado. Demetrio Loperena, menciona que el hecho de reconocer el derecho al medio ambiente como un derecho humano se convierte en un hecho complicado ya que confluyen y convergen derechos y conceptos tan grandes que son difíciles de tener una percepción clara. Esta concepción radica desde la academia, donde se encarga de definir adecuadamente cuál es la concepción de uno u otra definición o variable conceptual pero en las prácticas quizás sea más conveniente analizarlo desde la afectación y conservación del mismo, pero eso dependerá de la concepción con la que se pretenda trabajar.

REGULACIÓN NACIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA

En este contexto encontramos al Derecho a la consulta es percibida como aquella facultad que tienen los pueblos tribales e indígenas, para que mediante un dialogo intercultural, donde el Estado comunique sobre las actividades que se desarrollaran en su territorio y si ellos están de acuerdo o no con la actuación administrativa para la implementación o ejecución de un programa o proyecto.

El Convenio N° 169 de la OIT, desarrolla proposiciones y disposiciones en las que se protege e integra a los pueblos indígenas, pueblos tribales y semitribales en los países independientes, siendo los únicos Convenios de la OIT, conjuntamente con el Convenio N° 107, que se ocupan de los derechos de estas comunidades indígenas.

El Convenio N° 169 de la OIT se centra básicamente en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, tal como lo ha determinado en su artículo 3.1, mediante el cual se reconoce el derecho consuetudinario, a sus tierras, territorios y recursos, al empleo, a la educación y a la salud; con lo que se otorgó una mayor atención y reconocimiento internacional de los pueblos indígenas sobre su manera de vivir y sus instituciones.

Así también, en sus artículos 14° y 15° de este Convenio se desarrolla el derecho que tienen las comunidades indígenas a la propiedad y posesión sobre las tierras

que tradicional y ancestralmente ocupan, lo cual conlleva a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que existen en el área y espacio geográfico en el cual se desarrollan y las cuales deben estar protegidas (Neuliep, 2015).

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007); en las cuales se han establecido derechos fundamentales como:

El Estado peruano, conforme lo establece la Constitución Política del Perú de 1993 en los artículos 43° y 3°, formalmente asume las características básicas del Estado Social y democrático de Derecho; es decir, se sustenta en los principios esenciales de soberanía popular, distribución o reconocimiento sustantivo de los Derechos Fundamentales, separación o independencia de las funciones supremas del Estado y supervisión constitucional. Principios de los cuales se deriva la igualdad ante la ley, mediante el cual debe existir el respeto de los derechos y libertades individuales, colectivas, culturales y políticas; con un reconocimiento de la pluriculturalidad de la sociedad peruana (Panfichi, 2007).

En este Estado Social de derecho, el ser humano es parte de una sociedad heterogénea en mérito a la variedad de sus costumbres y manifestaciones culturales; siendo así, se reconoce la existencia de comunidades campesinas y nativas, conforme se prevé en el artículo 88 de la Constitución Política del Perú. Siendo así, nuestra Carta Magna señala una tolerancia a la diversidad, ello partiendo de lo establecido en el artículo 2 inciso 2 del cuerpo legal citado: igualdad ante la ley; siendo esta una aspiración de la población peruana; por lo que, los ciudadanos no pueden ser diferenciados arbitrariamente por motivos como opinión, religión o idioma y sobre todo por su cultura y procedencia. Con lo cual, dentro de un estado social de derecho se pretende construir una unidad sobre la base de una diversidad y pluriculturalidad. Es por esto que, el Estado Peruano respeta la dignidad de la persona como fin supremo, por lo que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios

y ancestrales del Perú” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005, pág. Fundamento 1)

La Constitución Política de 1993 en su artículo 2 inciso 19, no solo debe limitarse al reconocimiento jurídico del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural; sino también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, medios de comunicación social, asignación de un presupuesto específico, con la finalidad de promover las diversas manifestaciones culturales. El Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el Estado social y democrático de Derecho también debe promover las manifestaciones culturales, legítimamente, mediante el ejercicio de la potestad tributaria; por cuanto que los fines económicos, sociales, políticos y culturales son también objetivos a cumplir con la imposición de tributos o con su exoneración. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005, pág. Fundamento 5)

JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional en su Sentencia N.º 03343-2007-PA/TC ha establecido que este derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado. Esto es, que, en el primer supuesto, implica que las personas tienen la facultad de poder disfrutar un medio ambiente donde existe una interrelación de sus elementos, de manera armónica; por lo que, la intervención humana no debe traer como consecuencia, la alteración de esta armonía. Por otro lado, en el segundo supuesto, el derecho que tiene todo ser humano implica también un deber, en este caso, el deber de preservar el medio ambiente que lo rodea, para lo cual, debe existir la intervención por parte del Estado, esto es, realizando acciones para la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, así como, con la abstención de planes y acciones que puedan causar perjuicios irremediables en el medio.

El artículo 2 inciso 22 de la Constitución habla de un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, sobre lo que el tribunal dice lo siguiente:

En la sentencia expedida en el EXP. N.º 0018-2001-AI/TC, establece que, la terminología “adecuado”, está enfocado al conjunto de bases naturales de la vida y calidad, comprendiendo los componentes bióticos, abióticos, ecosistemas y demás, conformando un ecosistema; debiendo existir niveles adecuados y armónicos entre ellos para que puedan desarrollarse de modo correcto y estos ecosistemas no se extingan, dado que, la extinción y/o escases de algún elemento modifican el ambiente en el que se desarrolle el hombre.

Por consiguiente, el inciso 22) del artículo 2º de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2002)

El medio ambiente permite disfrutar otros derechos. Es un derecho de *base*, como la vida: la situación del ser humano se deteriora considerablemente con un medio ambiente adverso. *Lo equilibrado* es que el sistema siga operando según sus principios de conservación de la vida, como dice la cita, con simetría.

DERECHO COMPARADO

BOLIVIA

En nuestro vecino país prevalece la presencia de mineras que se organizan mediante cooperativas que surgieron a mediados de los años cincuenta, y que su actividad se encuentra desarrollada de acuerdo a la Legislación específica, en dicha norma se establecen las prerrogativas donde se evidencie la necesidad de controlar adecuadamente la organización, estructura cumplimiento, consentimiento, consulta, medidas de protección y control por parte del Estado.

En Bolivia se dispone de un cuerpo normativo específico, que desde 1997 ha logrado establecer las bases claras y específicas mediante la normatividad 1777; asimismo debe evidenciarse que esta norma no trata de forma singular a las cooperativas de la minería, y homogeniza la forma de tratamiento, así como el tratamiento nacional como internacional, en tal sentido radica en una concepción de los índices de modernidad confluyendo con categorías específicas.

En la normatividad Boliviana, se establecieron además normas y reglamentos específicos donde se midan adecuadamente los índices de impacto ambiental e identifique aquellas actividades que no generan impacto o simplemente el impacto es menor.

BRASIL

Los Planes de gobierno dentro del Estado de Brasil se resalta en el que ellos planes que permiten garantizar una formalización adecuada de la empresa minera utilizando algunos regímenes de explotación así como de aprovechamiento de los recursos, creando espacios de permiso donde el inicio de la actividad sea la cuestión posterior al proceso para ser evaluado y fiscalizado por el Estado peruano, implementando la protección y la seguridad ambiental en base a difusión tecnológica y sostenible, así como planes piloto que permiten una asistencia directa a los trabajadores como a las empresas mineras el plan de acción en Brasil buscó la protección y promoción de las actividades de las pequeñas empresas o microempresas dicha actividad se basaba en la generación de empleo en base a gente emprendedora, y buscaba la protección de la minería artesanal.

COLOMBIA

En Bogotá, se construyó un parque minero industrial que buscaba la reubicación de pequeños mineros que no contaban con un registro en el ministerio de minas y lograr un ordenamiento territorial con la finalidad de estructurar adecuadamente planes, programas, políticas que permitan una adecuada evaluación de la calidad de vida involucramiento directo en las decisiones políticas y sociales, además dichos procesos contaban con marco legales específicos donde se buscaba una

protección adecuada de los derechos de la persona, del ordenamiento territorial, así como actividades propias que permitían al ciudadano poder ingresar insertarse dentro de la problemática nacional, de esta forma se buscaba generar un menor impacto dentro del medioambiente y por ende lograr un desarrollo sostenible en teléfono mía y la sociedad.

V. CONCLUSIONES

1. La consulta previa como requisito para iniciar la actividad de la minería artesanal garantizará la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, en la medida que el involucramiento de la sociedad sea constante e informado, y que el control del Estado se encuentre en todos sus sectores y niveles.
2. El derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado se encuentra afectado cuando el Estado en cada uno de sus niveles no garantiza su eficaz funcionamiento dentro de la actividad minera, es decir, cuando no controla adecuadamente dicha actividad extractiva.
3. Finalmente se puede concluir que el Estado no ha garantizado una comunicación efectiva entre los actores de los conflictos sociales, y por tanto antes de mitificar incrementaba la intensidad y violencia.

VI. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Ministerio del Ambiente que genere un convenio con el Ministerio de Energía y Minas con la finalidad de proponer una iniciativa de promoción, control, fiscalización y sanción respecto a la inclusión de la consulta previa como requisito para iniciar la actividad de la minería artesanal en el Perú.
2. Se recomienda al OEFA que se encarga de fiscalizar adecuadamente a las empresas extractivas y de esta forma se conserve el medio ambiente y controle adecuadamente la actividad extractiva dentro de nuestro país.
3. Se recomienda a los investigadores de Derecho que contrasten sus investigaciones no solo con la normatividad sino con las demás fuentes del Derecho y con las ciencias conexas, para establecer mecanismos donde se creen adecuadamente los espacios de discusión y aporte.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Agenda 21 Publicación del Instituto de Estudios Ambientales Fondo Editorial 1998 Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. ANDÍA CHAVEZ, Juan, MANUAL DEL DERECHO AMBIENTAL. Editorial El saber. Lima - Perú 2010
3. Banco Mundial. La tarea acuciante del desarrollo: Informe sobre el desarrollo mundial 1991. Washington D.C., Banco Mundial, 1991.
4. Bases para una Política Ambiental. Jorge Guzmán Rodríguez G&R Consultores Impresión Visual Service. Lima – Perú
5. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.
6. CELI AREVALO, Marco A, DERECHO AMBIENTAL, Industria Gráfica ABC SAC. Trujillo – Perú. 2007
7. CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ, 1993
8. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993. Serie A, N° 13.
9. Fernández Arias, Luis Miguel, el presente constituye un extracto de su Tesis titulada “Acciones de Amparo como instrumento de Defensa del Derecho al Ambiente Saludable”, del año 2004, para optar el título profesional de Abogado, en la Universidad Nacional de San Agustín, de Arequipa, el cual logró. Ha sufrido las modificaciones necesarias a efecto de darle autonomía a un tema que en dicha tesis tenía como objetivo aclarar cuál era el contenido de este nuevo derecho en relación a su defensa mediante la Amparo.
10. LOPEZ SELA, Pedro Luis, DERECHO AMBIENTAL, IURE Editores. México – 2006
11. German Vera Esquivel El Derecho Internacional del Medio Ambiente Derecho y Ambiente. Pontificia Universidad Católica del Perú.

12. Guillermo Figallo Adrianzen La Gravitación del Derecho Ambiental sobre el Derecho Agrario
13. Luis Diez-Picazo, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, Ariel, Barcelona, 1975
14. Modelo abierto de gestión para resultados en el sector público. Banco Interamericano de Desarrollo, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Albert Serra et alt. Nueva Cork, Caracas 2007
15. North, Douglas, Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
16. PIERRE, Foy. "DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL", Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú. Lima – Perú. 2003
17. Pierre Foy Valencia.- En Busca del Derecho Ambiental. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 2001.
18. REY CANTOR, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Porrúa, México, 2008
19. RODRIGUEZ BECERRA, Manuel, "Entre la inserción y el Aislamiento"; Siglo del Hombre Editores. IEPRL, Universidad Nacional, 1997.
20. RODRIGUEZ BECERRA, Manuel; "Grupo Intergubernamental ad hoc sobre bosques", documento preparado para la Unidad de Política Ambiental, 1995, sin publicar.
21. Sagasti, Francisco. Hacia una reforma del Estado peruano: pautas para la reestructuración del Poder Ejecutivo. Esa, 1997.
22. Tomassini, Luciano. "Estado, gobernabilidad y desarrollo". Monografía N° 9, BID, Washington D.C, 1993.