

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**



**TÍTULO:**

“Las atribuciones de los Gobiernos Regionales y su participación efectiva en defensa del derecho al ambiente en el procedimiento de concesión de gran minería, en Tacna, 2015”.

**INFORME FINAL DE TESIS PARA OPTAR EL  
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.**

**PRESENTADO POR:  
CARLOS WILSON PACHECO COHAILA**

**TACNA-PERU  
2016**

DEDICATORIA: A mis padres, en memoria de Wilson, por su inquebrantable fe en mi realización como abogado, a mi madre María, veladora de mis sueños, y a mi hijo Matías, el único ser dueño de mi corazón y voluntad.

## RESUMEN

Los gobiernos regionales en el Perú, bajo las políticas de descentralización de funciones, ha ido progresivamente adquiriendo facultades en diversos ámbitos ya que bajo el criterio de subsidiariedad el cual estipula que el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para que las funciones o competencias puedan ser ejercidas eficientemente.

Es entonces, que la presente investigación plantea la presencia de los gobiernos regionales en concesiones de gran minería, puesto que con las atribuciones actuales, este ente gubernamental solo está facultado para ejercer competencia en minería artesanal y en pequeña minería.

En tanto, las grandes empresas mineras, vienen ejerciendo la minería bajo concesiones expedidas exclusivamente por el Ministerio de Energía y Minas, bajo ciertas irregularidades como la flexibilidad en la revisión de los instrumentos de gestión ambiental, vulnerando el derecho al ambiente de los ciudadanos y poniendo en riesgo los recursos naturales y bienes ambientales.

Es por lo expuesto que nos preguntamos, que si dentro de un Estado Constitucional de derecho el cual debe garantizar y priorizar la defensa de los derechos fundamentales por encima de beneficios o réditos económicos que se obtienen de la minería, se podría sugerir la presencia de representantes democráticos como el Gobierno Regional para la defensa del derecho al ambiente.

## **ABSTRACT**

Regional governments in Peru, under the policies of decentralization of functions, has gradually gained power in various fields since under the subsidiarity principle which stipulates that the closest to the town government is the most suitable for functions or powers can be exercised effectively.

It is then that this research raises the presence of regional governments in large mining concessions, since with the current allocations, this government body is only empowered to exercise jurisdiction in artisanal and small-scale mining.

Meanwhile, big mining companies are exercising mining under concessions issued exclusively by the Ministry of Energy and Mines, under certain irregularities such as flexibility in the review of environmental management tools, violating the right to the environment of citizens and putting at risk of natural resources and environmental assets.

It is for the above we ask that if within a constitutional rule of law which should guarantee and prioritize the defense of fundamental rights over profits or economic returns obtained from mining, it could suggest the presence of a democratic representative and the Regional Government to defend the right to the environment

## INDICE

INTRODUCCION	1
--------------	---

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1	Descripción del problema	5
1.2.	Justificación e Importancia	10
1.3.	Establecimiento de la pregunta significativa	12
a)	Formulación del Problema	12
b)	Establecimiento de las sub preguntas	
1.4.	Objetivos	13
a)	General	
b)	Específicos	

## MARCO TEORICO

## CAPITULO II

### FUNDAMENTOS IUS FILOSOFICOS DEL DERECHO AMBIENTAL

2.1.	IUSNATURALISMO	14
2.1.1.	Introducción al iusnaturalismo	14
2.1.2.	Concepción iusnaturalista	15
2.1.2.1.	El iusnaturalismo en Grecia y Roma	16
2.1.2.2.	El iusnaturalismo Medieval	16
2.1.2.3.	El iusnaturalismo del mundo moderno	17
2.1.3.	Concepto de Iusnaturalismo	19
2.1.4.	Organización normativa iusnaturalista	21
2.1.5.	Derecho Natural	22
2.1.5.1.	Definición	22
2.1.5.2.	Derecho natural post secularización	24
2.1.5.3.	Características de los derechos naturales	25
2.1.5.3.1.	Inalienabilidad	26
2.1.5.3.2.	Universalidad e inmutabilidad	27
2.1.5.4.	Iusnaturalismo deontológico y ontológico	27
2.1.6.	Constitucionalismo ambiental y derechos fundamentales	28
2.1.6.1.	El poder ambiental para decidir	28
2.1.6.2.	Estado ambiental de derecho	31
2.1.6.2.1.	Estado ambiental de derecho según Bellver y Mesa Cuadros	31
2.1.6.2.2.	Elementos del Estado ambiental de derecho y del Constitucionalismo ambiental	32
2.2.	NEOCONSTITUCIONALISMO	33
2.2.1.	Constitucionalismo Moderno	33

2.2.1.1.	Origen del Constitucionalismo	34
2.2.1.2.	Origen del Neoconstitucionalismo	36
2.2.2.	Definición del Neoconstitucionalismo	38
2.2.3.	Clases de Neoconstitucionalismo	39
2.2.3.1.	Neoconstitucionalismo Metodológico	39
2.2.3.2.	Neoconstitucionalismo Teórico	39
2.2.3.3.	Neoconstitucionalismo Ideológico	40
2.2.4.	Características del Neoconstitucionalismo según Prieto Sanchis	42
2.2.5.	Constitucionalización del ordenamiento jurídico	43
2.2.6.	La Ponderación	46
2.2.6.1.	Definición de ponderación	46
2.2.6.2.	Elementos aplicativos en la ponderación	48
2.2.7.	Derechos Fundamentales	48
2.2.7.1.	Definición	48
2.2.7.2.	Teoría de los derechos fundamentales	50
2.2.7.2.1.	Surgimiento de los derechos fundamentales	50
2.2.7.3.	Modelos históricos de fundamentación de los derechos fundamentales	51
2.2.7.3.1.	Modelo de fundamentación historicista	51
2.2.7.3.2.	Modelo de fundamentación iusracionalista	52
2.2.7.3.3.	Modelo de fundamentación positivista	53
2.2.7.4.	Teoría Liberal de los Derechos Fundamentales	55
2.2.7.4.1.	Tesis básica de la Teoría Liberal de los derechos fundamentales	55
2.2.7.4.2.	Fundamentos filosóficos de la Teoría Liberal	56
2.2.8.	Neoconstitucionalismo en el Perú	57
2.2.8.1.	Consecuencias del Neoconstitucionalismo	59
2.2.8.2.	Estado Constitucional	62
2.2.8.2.1.	Definición	63
2.2.8.2.2.	Características	63
2.2.8.2.3.	Fundamentos Jurídicos del Estado Constitucional de derecho	68
2.2.8.3.	Características del Estado Constitucional Peruano	73

### CAPITULO III

#### DERECHO AMBIENTAL Y DERECHO AL AMBIENTE

3.1.	DERECHO AMBIENTAL	76
3.1.1.	Concepto de derecho ambiental	76
3.1.2.	Historia del inicio del derecho ambiental en el mundo	80
3.1.2.1.	En el mundo	80
3.1.2.1.	En Latinoamérica	81
3.1.3.	Derecho ambiental en la legislación peruana	82
3.2.	DERECHO AL AMBIENTE	83
3.2.1.	Concepto	83
3.2.2.	Principios ambientales internacionales	84
3.2.2.1.	La declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo	84

3.2.2.2.	Otros principios internacionales sobre el derecho al ambiente	86
3.2.3.	Derecho al ambiente con relación al Derecho Constitucional	87
3.2.3.1.	Antecedentes	87
3.2.3.2.	El derecho al ambiente en la Constitución Política de 1993	88
3.2.3.2.1.	Aciertos según la doctrina	88
3.2.3.2.2.	Omisiones según la doctrina	90
3.2.4.	El derecho al ambiente equilibrado en la jurisprudencia	92
3.2.5.	Principios ambientales en la Ley general del Ambiente	93
3.2.5.1.	Artículo I. “Del derecho y deber fundamental”	94
3.2.5.2.	Artículo II. “Del derecho de acceso a la información ”	95
3.2.5.3.	Artículo III. “Del derecho a la participación en gestión ambiental”	96
3.2.5.4.	Artículo IV. “”Del derecho de acceso a la justicia ambiental”	97
3.2.5.5.	Artículo V. “Del principio de sostenibilidad”	98
3.2.5.6.	Artículo VI. “Del principio de prevención”	99
3.2.5.7.	Artículo VII. “Del principio precautorio”	100
3.2.5.8.	Artículo VIII. “Del principio de Internalización de costos”	101
3.2.5.9.	Artículo IX. “Del principio de responsabilidad ambiental”	102
3.2.5.10.	Artículo X. “Del principio de equidad”	103
3.2.5.11.	Artículo XI. “Del principio de Gobernanza ambiental”	105
3.3.	PARTICIPACIÓN CIUDADANA	106
3.3.1.	Fundamento para la participación ciudadana mediante representantes democráticos	106
3.3.2.	Legislación que ampara la participación ciudadana	109
3.3.3.	Factores que no favorecen la participación ciudadana	111
3.3.3.1.	El desinterés	112
3.3.3.2.	Falta de organización	112
3.3.3.3.	Limitada información	113
3.3.3.4.	Corrupción de representantes	114
3.3.3.5.	Falta de educación ambiental	115
3.3.4.	Derecho al acceso a la información ambiental para la Participación Ciudadana.	115
3.3.5.	Operatividad de la información en relación con el derecho ambiental	117
3.4.	RECURSOS NATURALES	119
3.4.1.	Definición	119
3.4.2.	Titularidad de los bienes ambientales	120
3.4.3.	El derecho al agua	124
3.4.3.1.	Problemática	124
3.4.3.2.	Legislación sobre el agua	126
3.4.3.3.	¿Por qué en otros países el agua es un derecho fundamental?	127
3.4.4.	El daño ambiental	129
3.4.4.1.	El daño ambiental en los países latinoamericanos	130
3.4.4.2.	Contaminación del agua	132
3.4.4.3.	La crisis ambiental	134
3.4.5.	Área Natural Protegida	137

3.4.5.1.	Definición	137
3.4.5.2.	Área natural protegida en la región de Tacna	139
3.4.5.3.	Gobernabilidad ambiental en áreas naturales protegidas	141
3.5.	LA RELACIÓN SOCIEDAD – NATURALEZA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE	142
3.5.1.	Definición de desarrollo sostenible	142
3.5.2.	La relación sociedad - naturaleza	144
3.5.3.	Responsabilidad social empresarial	145
3.5.4.	Definición de Conflictos Sociales	146
3.5.5.	Tipología de los conflictos sociales	147
3.5.6.	Causas generales de los conflictos sociales en el Perú	148
3.6.	POLÍTICA AMBIENTAL	150
3.6.1.	Política ambiental de gobierno	150
3.6.2.	Política ambiental de Estado	152
3.6.3.	Administración ambiental	154
3.6.3.1.	Sistema nacional de planeamiento estratégico (SNPE)	158
3.6.3.2.	Centro nacional de planeamiento (CEPLAN)	158
3.6.4.	Gestión ambiental	160
3.6.4.1.	Elementos de la Gestión pública.	161
3.6.4.2.	Componentes específicos de la gestión pública ambiental según Iván Quispe Lanegra.	163
3.6.5.	Instituciones públicas en gestión ambiental para la concesión Minera.	165
3.6.5.1.	Presidencia del Consejo de Ministros (PCM)	166
3.6.5.2.	Organismo Superior de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)	166
3.6.5.3.	Instituto Nacional de defensa Civil	166
3.6.5.4.	Secretaría de Descentralización	167
3.6.5.5.	Oficina de gestión de conflictos sociales	167
3.6.5.6.	Ministerio del Ambiente (MINAM)	168
3.6.5.7.	Tribunal de solución de controversias ambientales	168
3.6.5.8.	Comisión Consultiva ambiental	169
3.6.5.9.	Organismo de Evaluación y Fiscalización ambiental.	169
3.6.6.	Encargados del Procedimiento de concesión minera	170
3.6.6.1.	Dirección general de Minería	170
3.6.6.2.	Instituto Geológico Minero Metalúrgico	171
3.6.6.2.1.	Dirección de concesiones mineras	172
3.6.6.2.2.	Unidades que conforman la Dirección de Concesiones mineras	173
3.7.	TUTELA PROCESAL DEL EL DERECHO AL AMBIENTE	175
3.7.1.	Vías procesales	175
3.7.1.1.	En cuanto a acciones civiles	175
3.7.1.2.	En cuanto a acciones en administración pública	176
3.7.1.3.	En cuanto a acciones de garantía constitucional	177



3.7.1.4.	En cuanto a acciones penales en defensa del ambiente	177
3.7.2.	Consideraciones de sanción administrativa ambiental	178
3.7.3.	Potestad sancionadora administrativa ambiental	179
3.8.	INSTRUMENTOS DE IMPACTO AMBIENTAL	181
3.8.1.	¿Qué son los instrumentos de impacto ambiental?	181
3.8.2.	¿Qué es el impacto ambiental?	182
3.8.3.	Evaluación de impacto ambiental	183
3.8.3.1.	Antecedentes	183
3.8.3.2.	Definición de Estudio de Impacto Ambiental (EIA)	184
3.8.3.3.	Proceso del Estudio de impacto ambiental	186
3.8.3.4.	Contenido del Estudio de Impacto Ambiental	186
3.9.	JUSTICIA AMBIENTAL	188
3.9.1.	¿Existe una justicia ambiental?	188
3.9.2.	La dignidad ambiental	190
3.9.2.1.	Alcances del concepto de dignidad humana	190
3.9.2.2.	La dignidad como fundamento para la exigencia de derechos	192
3.9.2.3.	Dignidad humana y el pleno desarrollo de la personalidad	195
3.9.2.4.	¿Qué es la dignidad ambiental?	197
CAPÍTULO IV		
GOBIERNOS REGIONALES Y DESCENTRALIZACIÓN		
4.1.	GOBIERNOS REGIONALES	199
4.1.1.	Definición, misión y finalidad	199
4.1.2.	Los gobiernos regionales y su potestad constitucional en materia ambiental	200
4.1.3.	Funciones ambientales y ordenamiento territorial	202
4.1.4.	Concordancia de políticas sectoriales entre el gobierno central y el gobierno regional	203
4.1.5.	Problemática: Capacidad de los gobiernos regionales para manejar competencias ambientales.	204
4.1.5.1.	Funciones regionales	204
4.1.5.2.	Distribución de las competencias ambientales	207
4.1.5.2.1.	Distribución de funciones entre los niveles de gobierno	207
4.1.5.2.2.	Distribución de funciones al interior del nivel de gobierno	207
4.1.5.2.3.	Proceso de descentralización	208
4.1.2.2.4.	Problemas de competencia ambiental	208
4.1.2.2.5.	Recomendaciones en favor de la descentralización ambiental	210
4.2.	DESCENTRALIZACION	212
4.2.1.	Definición de descentralización	212
4.2.2.	Objetivos de la descentralización	214
4.2.2.1.	Análisis y crítica de los objetivos de la descentralización	216

4.2.3.	El proceso de descentralización en la Constitución	217
4.2.4.	Descentralización y centralización	221
4.2.5.	Descentralización y regionalismo	223
4.2.6.	La descentralización en el Acuerdo Nacional de políticas de Estado	225
4.2.6.1.	Marco jurídico de la política pública de descentralización	228
4.2.7.	Proceso de descentralización	228
4.2.7.1.	La descentralización mediante los Gobiernos regionales en el Perú en la década del 80.	228
4.2.7.2.	Nuevos principios de descentralización	230
4.2.7.3.	El proceso de descentralización	232
4.2.8.	Puntos controversiales en cuanto al proceso de descentralización	233
4.2.8.1.	Criticas al proceso de descentralización	233
4.2.8.2.	Bases legal de la descentralización y el principio de subsidiariedad	235
4.2.8.3.	Descentralización de funciones técnico administrativa	238
4.2.8.4.	Participación ciudadana, descentralización, y ambiente	240

## CAPÍTULO V

### DISCUSIÓN DE POSICIONES

5.1.	PUNTOS RELEVANTES SOBRE EL TEMA DE TESIS Y ESTABLECIMIENTO DE POSICIONES DE LOS ACTORES EN LA CONCESIÓN DE GRAN MINERÍA.	243
5.2.	RÉGIMEN DE GRAN MINERÍA	246
5.2.1.	Aspectos generales de gran minería	246
5.2.2.	Proyección e impacto de la gran minería	247
5.2.2.1.	Impacto económico	248
5.2.2.2.	Impacto ambiental y conflictos sociales	249
5.2.2.3.	Impacto y proyección sobre el acceso a recursos	250
5.2.2.4.	Impacto social	251
5.2.2.5.	Impacto político	252
5.3.	CONFLICTOS SOCIO AMBIENTALES	253
5.3.1.	Definición de conflicto socio ambiental	253
5.3.2.	Ciclo minero y conflicto social	255
5.3.3.	El re apunte de los conflictos socio ambientales en el Perú	259
5.3.4.	La asociación mediática entre temas ambientales y conflictos Sociales	261
5.3.5.	Influencia negativa de la clase política en los conflictos socio Ambientales	262
5.3.6.	Recursos naturales y conflictos socio ambientales	264
5.4.	CONFLICTO SOCIO AMBIENTAL EN LA REGIÓN AREQUIPA, COMO EJEMPLO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS POSICIONES EN CONTRARIO.	267

5.5.	¿QUÉ IMPLICA LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO?	275
5.5.1.	Democracia constitucional en el Estado social democrático	275
5.5.2.	Condiciones de representación democrática según Bovero	278
5.5.3.	Estado social democrático según el Tribunal Constitucional en relación a la actividad empresarial	278
5.6.	LA LIMITADA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN CONCESIONES DE GRAN MINERÍA	282
5.7.	EL COSTO ECONÓMICO DE LA NO EJECUCIÓN DE LOS PROYECTOS MINEROS POR CONFLICTOS SOCIALES Y/O TRABAS BUROCRÁTICAS	286
5.8.	RETOS AL 2021 CON RELACIÓN AL AMBIENTE, CONFLICTOS AMBIENTALES E INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL	291
5.9.	EL ESTADO FRENTE A LOS CONFLICTOS SOCIO AMBIENTALES, POSIBLES SOLUCIONES Y QUE IMPLICA LA DIGNIDAD AMBIENTAL	296
5.10.	DERECHO COMPARADO, EN CUANTO A CONCESIONES MINERAS	302
5.10.1.	En cuanto al procedimiento de concesión minera en Perú	302
5.10.2.	En cuanto a procedimientos de concesión minera en Chile (pedimento o manifestación minera)	304

## CAPÍTULO VI MÉTODO Y DISEÑO

6.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	
a)	Tipo de investigación por los fines	306
b)	Tipo de investigación por el método	306
c)	Tipo de investigación por el ámbito	307
d)	Nivel de investigación	307
6.1.	POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO	
a)	Población	307
b)	Muestra	307
c)	Selección de la muestra	308
6.2.	CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE	

	SELECCIÓN DE LA MUESTRA	
a)	Técnicas	308
b)	Instrumentos	308
CAPITULO VII		
PRESENTACION DE ANALISIS Y COMPROBACION DE HIPOTESIS		
7.1.	MARCO OPERATIVO	309
a)	Operacionalización de las variables	309
7.2.	DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO	311
a)	Fases del planeamiento de la investigación	311
b)	Procesamiento de los datos	311
7.3.	DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	311
7.4.	PRESENTACION DE LA INFORMACIÓN	312
7.5.	DATOS DE LAS UNIDADES DE ANALISIS	312
a)	Cuadros Estadísticos	313
	Cuadro N° 1, Tabla n°1, gráfico n°1	313
	Comentario	314
	Cuadro N° 2, Tabla n°2, gráfico n°2	315
	Comentario	316
	Cuadro N° 3, Tabla n°3, gráfico n°3	317
	Comentario	318
	Cuadro N° 4, Tabla n°4, gráfico n°4	319
	Comentario	320
	Cuadro N° 5, Tabla n°5, gráfico n°5	321
	Comentario	322
	Cuadro N° 6, Tabla n°6, gráfico n°6	323
	Comentario	324
	Cuadro N° 7, Tabla n°7, gráfico n°7	325
	Comentario	326
	Cuadro N° 8, Tabla n°8, gráfico n°8	327
	Comentario	328
	Cuadro N° 9, Tabla n°9, gráfico n°9	329
	Comentario	330
	Cuadro N° 10, Tabla n°10, gráfico n°10	331
	Comentario	332
	Cuadro N° 11, Tabla n°11, gráfico n°11	333
	Comentario	334
b)	Entrevista a Especialista	335
7.6.	Comprobación de las hipótesis	336
a)	Hipótesis específica 1	336
b)	Hipótesis específica 2	337
c)	Hipótesis general	338

CAPITULO VIII  
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1.	CONCLUSIONES	340
8.2.	RECOMENDACIONES	341
	BIBLIOGRAFIA	345
	ANEXOS	358

# INTRODUCCION

La presente investigación se enfoca en un problema social jurídico latente con relación al derecho fundamental a gozar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida, que no viene siendo garantizado ni protegido eficientemente por el Estado, ya que la legislación actual limita o viene postergando una debida representación por parte de una institución o representantes democráticos que canalicen la participación ciudadana en los procedimientos de concesión de gran minería; en consecuencia, se han generado diversos conflictos socio ambientales en las regiones mineras del país.

Concretamente, la economía del país depende de la inversión, producción y renta que produce el ejercicio de las empresas privadas mineras en nuestro territorio, lo cual ha conllevado al Estado a flexibilizar ciertos aspectos en el procedimiento de concesión minera para permitirles la explotación del yacimiento sin ser rigurosos en la verificación de los instrumentos de evaluación ambiental así como en desatender los intereses, costumbres, y el recurso natural de los pobladores de las regiones donde se desarrolla la extracción del mineral, debilitando el ejercicio de participación ciudadana establecidos en la legislación, y no proponiendo nuevos métodos o acciones que permitan mejorar tal participación ciudadana.

La actual legislación nos indica que los procedimientos de concesiones de gran minería son de responsabilidad única y exclusiva del poder ejecutivo, a través del Ministerio de Energía y Minas y sus instituciones especializadas en el procedimiento de concesión de gran minería, lo que concretamente formaliza una decisión unilateral estatal del poder ejecutivo, limitando la democracia participativa, y postergando intereses regionales que deberían ser tomados en cuenta. Claro está, que el Estado democrático constitucional, debería incluir y promover la participación ciudadana como pieza fundamental del garantismo de los derechos fundamentales de los ciudadanos de las regiones mineras, evitando así los múltiples conflictos socio ambientales originados por la exclusión.

La presente investigación propone la participación de los gobiernos regionales como representantes democráticos desde el inicio del procedimiento de la concesión minera

con la finalidad de protección del ambiente e intereses sociales de los ciudadanos de la región, entendiendo que el posible efecto de lo planteado podría reducir los conflictos a futuro.

Las políticas de descentralización del Estado tienen como finalidad concretar un Estado moderno donde sea viable la gobernabilidad bajo un criterio subsidiario a nivel regional. Sin embargo, esta descentralización de funciones en materia ambiental son limitadas, puesto que las funciones se adjudican a instituciones ministeriales dentro de la estructura gubernamental del poder ejecutivo, lo que confirma el pobre avance en política estatal ambiental descentralizada para los gobiernos regionales y a nuestro parecer esta posición actual no integra aspectos democráticos ni facultades compartidas con órganos de gobierno representativos de la sociedad, lo cual es necesario que suceda, por ser el derecho al ambiente un derecho subjetivo colectivo.

La investigación recoge diversas opiniones doctrinarias fundamentando los objetivos, estas explican los factores por el cual el problema es apremiante pero a la vez factible de ser resuelto. Entre estas ideas, debemos tener en cuenta que muchos ambientalistas proponen que sea el factor ambiental el pilar principal de la concretización de las macro regiones en nuestro Estado, estableciéndose nuevas políticas de desarrollo estatal con un ánimo de cambio de paradigma del sistema económico que pueda enmendar el concepto de sostenibilidad ambiental, que por el momento es incierto, y que a futuro este cambio pueda ser trasladado a una corriente universal.

La base teórica contiene capítulos que detallan todo en relación con el derecho ambiental, conflictos socio ambientales, constitucionalismo, iusnaturalismo, gobierno regional y descentralización del Estado, así como un capítulo que resume las posiciones en contrario en cuanto a las hipótesis planteadas.

El primer capítulo establece el planteamiento del problema donde se formaliza el establecimiento de la pregunta ¿Las atribuciones de los Gobiernos Regionales permiten una participación efectiva en defensa del derecho al ambiente en el procedimiento de concesión de gran minería?, el cual pretende ser el guía que justifica la investigación.

El segundo capítulo nos introduce a la teoría de los derechos fundamentales de las personas bajo las corrientes iusnaturalista y el constitucionalismo, principales

aspectos del Estado constitucional de derecho, Estado social democrático, corriente filosófica Neo constitucionalista, Iusnaturalismo, dignidad ambiental, Estado ambiental de derecho.

El tercer capítulo integra conceptos de derecho ambiental como disciplina jurídica y materia que encierra múltiple valores loables a un fin único ligado a la existencia del hombre en relación con su naturaleza; así como, el derecho al ambiente como exigencia al lugar en el que las personas puedan desarrollarse con dignidad. Se señala las facultades de las instituciones que velan por garantizar el derecho ambiental, así como aspectos sobre contaminación y protección de recursos naturales y participación ciudadana en sucesos ambientales.

El cuarto capítulo es desarrollado en relación a la gestión de los Gobiernos regionales, facultades ambientales en el escenario actual de la descentralización de facultades a los gobiernos regionales, la problemática de atribuirle la facultad ambiental al ente del gobierno regional para intervenir en gestión ambiental como responsabilidad compartida, y críticas al proceso de descentralización.

El quinto capítulo, detalla las posiciones en contrario, la del Estado como actor que privilegia las mega inversiones mineras en las regiones, su justificación económica y a su vez al actor en contrario, la sociedad; además, se toca puntos relevantes que inclinan la balanza hacia una protección ambiental de los recursos y de los derechos ambientales de los ciudadanos, tomando como base un ejemplo de conflictividad ambiental, aspectos democráticos en juego, planes gubernamentales hacia el 2021, derecho comparado en cuanto a concesiones mineras, y la crisis económica a partir de la postergación de proyectos mineros en el país.

El sexto capítulo desarrolla el Marco Metodológico u operativo en el que se describen la hipótesis general y específica con las variables e indicadores correspondientes. Se establece que el tipo de la investigación es aplicada, su nivel explicativo y su método el documental-bibliográfico con visos de empirismo. Detallamos que el muestreo subjetivo consiste en la población en general, asimismo, los profesionales de distintas áreas que fueron entrevistados para llegar a las conclusiones que exponemos más adelante.

Finalmente, en el séptimo capítulo se desarrolla la presentación, el análisis y la comprobación de las fases de la recolección de datos, el procesamiento de los



mismos y los resultados expuestos en gráficos y cuadros que expresan la parte empírica de nuestra tesis que viene reafirmada por la argumentación en cada punto.

Las conclusiones y recomendaciones están expuestas en el octavo capítulo. Las conclusiones confirman que con las atribuciones actuales los gobiernos regionales no podrían participar en los procedimientos de concesiones mineras, y aunque la mayoría de los encuestados expresan en forma positivista el sugerir un cambio en la normativa vigente, se ha formulado una recomendación para la modificación de la ley orgánica de gobiernos regionales la cual les permitiría participar bajo responsabilidad compartida con las instituciones que actualmente velan por el procedimiento de concesiones de gran minería.

Éste es el espíritu de la presente investigación, que en base a un marco teórico como el neo constitucionalismo y el iusnaturalismo, declara abiertamente que el momento de la defensa y la exigencia de los derechos ambientales es ahora; porque creemos que investigar sobre temas que aporten soluciones para los problemas climáticos y ambientales que agobian al mundo entero son de vital importancia. Nos rige el precepto que dice: “ni un solo problema será tan importante como el ambiental, ni el económico, ni el hambre, ni el desarrollo, ni la política, ni uno sólo podrá compararse a los problemas ambientales cuando nos demos cuenta que el mundo está lejos de volver a ser el mismo, y que nuestra principal tarea diaria es mantener el mundo con segundos extras de vida”.

# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El Perú, atraviesa un auge económico en crecimiento debido a la explotación de los territorios que contiene un alto nivel de recursos minerales para la extracción y posterior utilización y venta de los mismos a nivel mundial. Esta actividad denominada como minera es una de las actividades con más rentabilidad en el mundo globalizado en estos tiempos, y nuestro Estado en la búsqueda del crecimiento económico, no pudo estar ajeno al mecanismo global de explotación minera, siendo los resultados favorables para nuestra economía, la que viene siendo sólida y sostenible, pero hay algunos aspectos más que debemos analizar de este auge minero.

A lo largo de la historia del Perú, hemos sido un país minero, nuestras primeras sociedades desarrollaban la orfebrería y extracción de los metales preciosos como el oro y la plata; en la actualidad, las compañías extranjeras llegan a territorio nacional a ejercer la minería industrial o gran minería, por la cual el Perú, ahora como Estado Constitucional, recibe impuestos directos derivados de la explotación de los recursos minerales que se encuentran en nuestro territorio.

Esto nos ha puesto como uno de los países en los primeros puestos a nivel mundial en exportaciones de oro, zinc, plata, y principalmente cobre, siendo la minería el rubro que sostiene nuestro crecimiento económico, llegando casi al 78% de ingresos dentro del PBI, generando incremento en el presupuesto para las regiones del Perú, y por consiguiente una sostenibilidad y reserva económica importante pero que aún no se materializa en desarrollo en los aspectos sociales, tecnológicos, comerciales, infraestructura para la producción, políticas de descentralización, etc. Y por lo tanto, ha desatado la preocupación en las regiones donde no se siente una gestión

ambiental adecuada por las instituciones encargadas de las concesiones mineras, por la alteración en sus territorios y el desinterés del Estado en la participación ciudadana, lo cual afecta la democracia y se adhiere además un claro perjuicio en el ambiente ecológico de las regiones.

Actualmente la minería ha generado múltiples problemas en nuestro Estado, siendo uno de los principales, la contaminación, y los conflictos socio-ambientales, que enfrenta a la población con los proyectos mineros que tienen lugar en sus regiones. Las últimas cifras de la Defensoría del Pueblo en su informe mensual de conflictos sociales del mes de diciembre del 2011, señalo que el 56.5% equivalente a 125 casos, de los conflictos sociales que se han presentado, son de tipo socio ambiental; lo que demuestra la insatisfacción general de la población, mediante marchas y protestas en rechazo de este tipo de actividad extractiva, generalizando la preocupación por la contaminación evidente que viene deteriorando todo el ambiente donde nosotros desarrollamos nuestra vida.

En los conflictos socio ambientales, encontramos como factor común, que en las protestas anti mineras, participan no solo los pobladores de las zonas donde se pretende realizar la explotación del territorio para la extracción de minerales, congruentemente se aprecia la gran participación de los ciudadanos que reside en la ciudad de la región, esto debido a que el otorgamiento de tierras mediante las concesiones mineras no solo involucra a la comunidad campesina, residente en dichos sectores, que por lo general son dedicados a la agricultura y pastoreo, también influye en la población residente generando cambios en la biodiversidad de su entorno, ya que necesariamente se requiere de agua para poder realizar la actividad minera y operación de extracción.

Viene ocurriendo además que muchas veces los campamentos mineros, así como sus centros de extracción de mineral ya sean a atajo abierto, subterráneos, o su PAD de lixiviación, se encuentran a distancias muy cortas de los ríos o peor aún de cuencas de ríos que abastecen a toda una población, debido al resquebrajamiento del pad de lixiviación que se encontraba ubicada a escasa distancia de la cuenca del río que los abastecía; o incluso en la cuenca de un río que abastece a toda una provincia (como es el caso de Tacna respecto al río Uchusuma y el centro de lixiviación de MINSUR);

es por esto, que en todos los casos, es toda la población de la región, la que se ve involucrada y resulta afectada con un centro de extracción de minerales (recursos no renovables).

Gran parte de las concesiones mineras ya otorgadas, han desatado conflictos socio ambientales y notamos que los ciudadanos no cuentan con una representación efectiva para la defensa de sus derechos ambientales y sobre todo para la protección del territorio donde residen frente a las autoridades e instituciones designadas facultativamente por el gobierno central. Esto es injusto, puesto que toda población tiene el derecho político a exigir una rendición de cuentas, a participar en asuntos de interés regional debidamente representados, a exigir medios participativos democráticos que garanticen sus planes regionales mediante una explicación sobre los proyectos mineros dentro de sus regiones, y mucho más aún cuando vienen siendo concedidas unilateralmente dentro de su territorio regional con el posible deterioro de su ambiente.

Revisando el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, D.S. 014-82-EM y el Reglamento de procedimientos Mineros, D.S. 018-92-EM, encontramos que los procedimientos de otorgamientos de concesión minera, se realizan mediante trámite administrativo, el mismo que se desarrolla en la ciudad de Lima ante el Ministerio de Energía y Minas por la oficina del Instituto Geológico Minero metalúrgico INGEMMET, cumpliendo con la presentación de determinados requisitos estipulados en la normatividad vigente, sin embargo, existe un gran ausente en todo este procedimiento, teniendo en cuenta que la actividad extractiva de mineral se llevará a cabo dentro del espacio territorial de una determinada región de nuestro país, y además resaltando que el Perú está avanzando hacia la consolidación de un proceso de descentralización de funciones, en el que se ostenta lograr la autonomía de cada una de las regiones, tanto en materia administrativa, fiscal, económica, etc.; por todo lo mencionado nos preguntamos ¿dónde se sitúa el papel de los gobiernos regionales como máximos representantes democráticos de la población de la región y revestidos del ius imperium dentro de este territorio?, ¿no sería acaso conveniente la participación del Gobierno regional en el procedimiento de otorgamiento de una concesión minera que se ubicara dentro de su territorio de gobierno, atendiendo al proceso de descentralización del cual somos parte?.

Con la participación de los gobiernos regionales en los procedimientos de otorgamiento de una concesión minera se podría lograr la inclusión representativa de la población, mediante su máxima autoridad regional, sintiéndose de esta forma representada y teniendo un rol dentro del procedimiento de concesión y un posible apoyo en fiscalización; además otro aspecto fundamental, es respecto a la presentación del EIA, el mismo que es aprobado desde Lima, formulado por técnicos a cargo de los funcionarios del Ministerio de energía y minas la cual es la herramienta necesaria para la buena pro de la concesión, cuando en la práctica es probable que no todo lo expuesto en dicho informe sea verdad y mucho menos cuando ciertas anotaciones sean contrarias a la voluntad del gobierno central para otorgar la concesión debido al interés político, por lo que repercute en aprobación social por el dinero que genera en renta.

Un claro ejemplo de lo mencionado anteriormente, es lo ocurrido con la presentación del EIA del caso MINSUR en Tacna, seguido por la Fiscalía de la Prevención del delito y medio ambiente del Distrito Judicial de Tacna, en el cual se hallaron irregularidades que solo pudieron apreciarse gracias a la inspección del lugar en que se realizará la actividad extractiva. En este sentido los gobiernos regionales, teniendo las facultades correspondientes podrían concurrir al lugar en que se desarrollará la actividad extractiva del mineral y corroborar el EIA, esto como parte de otras facultades como la posible negociación con la empresa privada en defensa de los objetivos regionales y asegurar a la población que su derecho fundamental al goce de un ambiente sano y equilibrado no será afectado. Todo con el fin de evitar futuras amenazas y daños ambientales, que claramente resulta mejor advertir durante el procedimiento de otorgamiento de la concesión, en lugar de esperar a que se produzcan sus efectos y realizar posteriormente marchas y protestas que dejan grandes pérdidas incluso en vidas humanas y generando grandes amenazas al medio ambiente, que con una correspondiente verificación pueden ser fácilmente evitadas.

Vemos, que en Chile el “pedimento” (que en nuestro país equivale a concesión) se realiza antes los tribunales de Justicia de la jurisdicción donde se ubica la concesión que desea constituir; en el caso de Argentina, quien tiene la facultad de otorgar la concesión es la región federal, lo mismo ocurre en Bolivia, Brasil y Ecuador; es

entonces evidente que en todos estos casos la autoridad regional, federal, o jurisdiccional de la zona donde se constituirá la empresa minera, toma un rol preponderante, siendo incluso quien va a decidir el otorgamiento de la concesión minera lo que fortalece el ejercicio de la democracia en los países mencionados, ya que la facultad de la concesión no reposa sobre un solo ente ligado al gobierno central, sino que se ha permitido dentro de la división de poderes e instituciones, darle una independencia de acción a otras esferas de gobierno quizás mucho más cercanas e inmediatas a la población.

En el contexto actual y teniendo en cuenta la legislación comparada, surge la pregunta, si dentro del marco de la descentralización de nuestro país se hace necesaria la intervención de los gobiernos regionales, otorgándoles un rol de participación en el procedimiento de otorgamiento de una concesión minera que se ubique en su ámbito de gobierno, logrando de esta forma la participación democrática de la población mediante sus representantes regionales, logrando la disminución de los conflictos socio ambientales, pero sobre todo garantizando el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

## **1.2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION.-**

### **a) JUSTIFICACION:**

El presente trabajo de investigación, tiene importancia dentro del ámbito social y jurídico, puesto que vemos que la mayoría de conflictos sociales que se desatan en nuestro país son por motivos socio ambientales, ante la posible contaminación por las empresas privadas mineras, además por la falta de protección de derechos ambientales, es decir, la población no siente protección jurídica bajo la legislación actual, por la posible falta de representación en las decisiones que se toma a nivel gobierno central lo que trae a consecuencia la vulneración de sus derechos y sobre todo su ambiente inherente.

Es necesario establecer la posibilidad de nuevas propuestas legislativas o revisión de las existentes para poder responder ante la preocupación de la ciudadanía que por el momento no pueden intervenir en el proceso de políticas de desarrollo del Estado, porque estas no garantizan la inclusión de la voluntad y defensa de derechos de las regiones en materia ambiental, lo que deteriora la democracia participativa, así como al Estado Constitucional de derecho.

Asimismo mediante el análisis de la presente legislación sobre el procedimiento de concesión minera, se profundizará el estudio sobre la posibilidad de proponer una ampliación de facultades necesarias para los gobiernos regionales para que asuman un rol y defiendan los intereses supremos de la región de Tacna, ya que es la institución estatal idónea, que goza de una representatividad democrática con funciones a nivel región.

Argumentamos y justificamos la presente investigación con lo establecido en la Constitución en el artículo 77° penúltimo párrafo el cual señala que existe una política de descentralización de funciones administrativas y económicas, pero que aún no le otorga participación a los gobiernos regionales en temas sobre gran minería, siendo esta propuesta una posible solución y reducción de conflictos socio ambientales y un verdadero cuidado de nuestros bienes ambientales.

## **b) IMPORTANCIA:**

La importancia surge a partir de la necesidad de fomentar una cultura de protección del ambiente, el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales, proteger a las comunidades menos favorecidas por la minería y ampliar la normatividad actual para que permita la presencia de los gobiernos regionales en gran minería para la defensa del derecho ambiental de los ciudadanos para el desarrollo integral, en prevención, preservación, mejora y cuidado del ambiente en respuesta a los conflictos socio ambientales que se viene generando en el país.

Asimismo, entender que se anhela concretar el proceso de una reestructuración del Estado, mediante la descentralización de funciones administrativas y económicas, por lo tanto los gobiernos regionales juegan un papel importante que debe ser impulsado, respetado y congruente a las necesidades nacionales para una debida representación de nuestros derechos y así asegurar que las empresas nacionales e internacionales que adquieran una concesión minera sobre territorio de la región, no dejen una irreparable situación del ambiente en el que vivimos, ya que se calcula que al año 2050, en la ciudad de Tacna, ciertas enfermedades serian consecuencia del agua contaminada, tal es así, que los componentes químicos generarían cáncer y trastornos del sistema nervioso.

La importancia de un proyecto como el presente, radica en que se podría difundir una cultura de protección del ambiente en ciertos sectores de la población de la ciudad de Tacna, fomentarlo, concientizando nuevas costumbres tal como se viene dando en otro lugares del mundo entero reduciendo al mismo tiempo los conflictos socio-ambientales, el gasto para el Estado por los conflictos y pretender una mejor utilización de los recursos generados por una responsable minería en nuestro país y sobretodo en la región. Este es el principal motivo e importancia para realizar este proyecto que busca contribuir con el cambio.



### 1.3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA.-

#### a) FORMULACION DEL PROBLEMA

El problema objeto de esta investigación se puede resumir en la siguiente interrogante:

***¿Las atribuciones de los Gobiernos Regionales permiten una participación efectiva en defensa del derecho al ambiente en el procedimiento de concesión de gran minería?***

#### b) ESTABLECIMIENTO DE LAS SUBPREGUNTAS.-

Además se generan las siguientes interrogantes:

***¿La presencia de los Gobiernos Regionales en el procedimiento de concesión minera, fortalece la democracia y el cumplimiento del deber del Estado en garantizar nuestro derecho al ambiente?***

***¿Se reduce o altera los fines de descentralización de funciones y de bien común del Estado o sus políticas con la presencia de los Gobiernos Regionales en el procedimiento de concesión de gran minería?***

#### 1.4. OBJETIVOS.-

##### a) OBJETIVO GENERAL:

El objetivo **principal** que se propone a explicar mediante la investigación es el siguiente:

- **Determinar si con las actuales atribuciones los Gobiernos Regionales podrían participar en los procedimientos de concesión de gran minería en defensa de nuestro derecho al ambiente, en la región de Tacna, 2015.**

##### b) OBJETIVOS ESPECIFICOS.-

- 1) *Establecer* si con la presencia de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión, se fortalece la democracia y el cumplimiento del deber del Estado en garantizar el derecho al ambiente.
- 2) *Considerar* si se reduce o altera los fines de descentralización de funciones y de bien común del Estado o sus políticas, con la presencia de los gobiernos regionales en los procedimientos de concesión de gran minería.

# **CAPÍTULO II**

## **FUNDAMENTOS IUS FILOSOFICOS DEL DERECHO AMBIENTAL**

### **2.1. IUSNATURALISMO**

#### **2.1.1. Introducción al Iusnaturalismo**

El Iusnaturalismo ha sido la teoría que ha dominado el pensamiento jurídico desde el mundo clásico hasta finales del siglo XIX, sustituido por la doctrina del positivismo jurídico, su gran opositor. De cualquier forma aunque desplazado por el sistema positivista, el modelo Iusnaturalista, sus concepciones sobre el derecho natural y su importancia de la moral en el concepto de derecho siempre se mantiene presente en las discusiones jurídicas, presentándose a menudo como contrapunto crítico a la doctrina positivista y como objeto de la Filosofía del Derecho.

A partir de mediados del siglo XX, posterior a la segunda Guerra mundial es que el positivismo empieza a sufrir una crisis con la aparición de los sistemas constitucionales materiales y de doctrinas sobre derechos fundamentales que cuestionan su compatibilidad con una concepción positivista de derecho; varias de las ideas de concepción Iusnaturalista negadas por el positivismo se ven ahora recuperadas por la doctrina de los derechos fundamentales y por el nuevo movimiento jurídico denominado Neoconstitucionalismo.

Entre ellas debemos destacar la de la relación entre el derecho y la moral, la relativa a las fuentes del derecho y la consiguiente relación entre derecho y la política.

Así, en los puntos siguientes, se procurará exponer una definición de la teoría Iusnaturalista de forma que se abordará algunos de sus puntos principales relacionados a los derechos fundamentales, en esencia el derecho fundamental al ambiente que es materia de la presente investigación y que a nuestro entender viene a ser un derecho natural inmutable e inalienable.

### 2.1.2. Concepción iusnaturalista

La concepción iusnaturalista como teoría del derecho ha dominado el escenario jurídico por un período incomparablemente mayor que su reciente opositor, el positivismo, ya que quizás se pueda decir que nace junto con la propia concepción de Derecho. Obviamente, el discurso de la teoría no es ni podría ser unívoco, sufriendo a lo largo de los siglos una serie de cambios en algunas de sus tesis; entre las variaciones de la Teoría iusnaturalista la más importante se refiere al origen de la ley natural.

Esta corriente asociaba el origen de la ley natural a una voluntad divina, por lo que se le llamaba iusnaturalismo teológico. Esta relación entre la ley natural y la voluntad divina se pueden atribuir en alguna forma a la vinculación innecesaria entre la ética y la religión, tal como se argumenta en el pensamiento de Cicerón<sup>1</sup>, cuando define al derecho natural como *“la razón correcta de acuerdo con la naturaleza, la cual es de aplicación universal, inmutable y eterna. Esta ley natural sería disponible a los hombres, que la podrían reconocer, pero jamás cambiarla. Una ley que vale para todos los hombres donde quiera que estén y que tiene en Dios su único legislador y juez, atentar contra esta ley natural sería como atentar contra la propia naturaleza”*.

Esta superioridad de la ley natural por procedencia divina, permite defender una determinada ascendencia de determinados contenidos materiales revelados a través de la tradición religiosa sobre los acuerdos del hombre cuando se organizó en sociedad. Como explica Bobbio<sup>2</sup>, *“el derecho natural se coloca en una posición de superioridad frente al derecho positivo porque es visto ya como una norma fundada en la misma voluntad de Dios y dada a conocer por ésta a la razón humana o, como dice san Pablo, como la ley escrita por Dios en el corazón de los hombres”*

Históricamente, el derecho natural ha cumplido funciones distintas y opuestas: en ocasiones, ha sido una idea conservadora de la estructura social y política existente. En otras por el contrario actuó de tema revolucionario, como ocurrió en el siglo XVIII y en su lógica consecuencia que es la Revolución francesa. Lo dividiremos en tres etapas:

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto (1993), El positivismo Jurídico, editorial Debate, Madrid-España. Pág. 43.

<sup>2</sup> Ídem.

### **2.1.2.1. El Iusnaturalismo en Grecia y Roma**

Grecia toma el Derecho Natural como normas adecuadas a la naturaleza de las cosas, rectamente interpretada por la razón humana, esto expuesto por el Filósofo Aristóteles el cual divide la justicia en dos, lo que es Natural se refiere a la fuerza en todas las partes independientemente de lo que parezca o no, y legal aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera<sup>3</sup>.

La jurisprudencia Romana acoge las ideas de los estoicos sobre el principio general que gobierna el universo en el cual el hombre es parte de él; esta idea transforma el Derecho Natural en Derecho "ideal", que busca el pensamiento de los principios en la misma naturaleza de las cosas.

En Roma nace el ius gentium como una forma jurídica de impartir justicia basada en la idea de la razón natural de los estoicos, por influencia Cristiana el ius gentium y queda reducido a normas que se encuentran en los pueblos y que pueden coincidir o no con el Derecho Natural. Entre sus principales filósofos se encuentran Sófocles, Aristóteles y Platón.

### **2.1.2.2. El Iusnaturalismo Medieval**

En la época medieval el mayor expositor fue Tomás de Aquino el cual nos habla que el mundo es gobernado por una Divina Providencia (voluntad de Dios) que da un orden general del mundo en el que la razón humana sin necesidad de la revelación es una forma de Derecho Natural por que lo natural es descubierto por razón y no puede en ningún momento ser opuesto a lo que Dios ha revelado.

La teoría iusnaturalista sistematiza las diversas leyes de origen humano y metafísico formuladas por Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII, definiendo diferentes tipos de leyes: la ley eterna, leyes divinas, ley natural y leyes humanas (positivas); siendo las dos últimas las que más le interesaban a la ciencia del Derecho. Esta metafísica teológica en el desarrollo de la doctrina del derecho natural, es la que inserto la idea de la ley superior que consiste en la principal característica del iusnaturalismo.

---

<sup>3</sup> Ídem.

Uno de los puntos fuertes para resaltar de esta fuerte relación entre derecho natural con su fuente teológica y que interesa a los derechos fundamentales consiste en la consideración de un hombre igual en respeto y consideración frente a Dios y a los demás, lo que se puede considerar como origen de una concepción de dignidad de la persona humana.

### **2.1.2.3. El Iusnaturalismo del Mundo Moderno**

La burguesía es la clase que va tomando conciencia de su existencia bajo la necesidad de establecer derechos materiales que protejan lo que ellos consideraban derechos inherentes y luchan por imponer una nueva idea de lo que es el mundo e intenta dar un orden jurídico-político adecuado a sus propios intereses.

Se produce el proceso de la secularización por el cual pasaron inexorablemente todos los campos científicos, intelectuales o artísticos posteriormente al renacimiento, lo que evidentemente se reflejó en un cambio del origen de la ley natural; que partiendo de un origen divino, pasa a ser considerada como algo connatural a los seres humanos y, en seguida, pasa a ser norma dictada por la razón humana, sin embargo no pierde nunca la cualidad de ley superior.

Es decir, de un derecho natural teológico se pasa a un derecho natural profano si se ve desde el punto de vista de los que inician el iusnaturalismo, porque estas leyes se hacen humanas por lo que son susceptibles de errores, además, de lo que se trata es de luchar justamente contra el poder de la Iglesia en la sociedad de la época. Se dan tres factores que contribuyen a la formulación del Iusnaturalismo moderno:

- a) **La secularización**<sup>4</sup> es el proceso por el cual un derecho natural teológico se pasa a un derecho natural profano. Se acaban por alzar voces en favor de un Derecho natural independiente de la religión acaban imponiéndose, debido a numerosas razones, como, que hacía falta asegurar una base común para las relaciones internacionales, que solo podía encontrarse en un Ius gentium que no estuviese basado en creencias religiosas, ya que era muy necesario

---

<sup>4</sup> DORADO PORRAS, Javier (2004) Iusnaturalismo y positivismo jurídico, editorial Dickinson, Madrid España, Pág. 89.

establecer un marco jurídico para el intercambio económico, siempre amenazado por las numerosísimas guerras religiosas y además lo que es más importante mantener sobre todo la paz entre los pueblos que como es necesario sólo podía estar basado en un derecho natural totalmente diferenciado de la religión.

**b) El racionalismo<sup>5</sup>**, se trata de un nuevo método de razonamiento y de reflexión, extraído de las matemáticas y de las ciencias empíricas y es aplicado a todo proceso de pensamiento cultural, incluida la filosofía en general y la filosofía jurídica y política en particular.

**c) El individualismo<sup>6</sup>**, se trata de una ideología que valora sobre todo al individuo antes que a la colectividad, esta nueva tendencia dará lugar a la disolución del orden jerárquico medieval y dará paso a la reconstrucción de la sociedad y del Estado basado en las necesidades y en los intereses de los individuos.

A parte de esto, el contrato social, es la figura central del iusnaturalismo moderno, los que forman parte de este contrato social son las propias personas en estado de naturaleza, así que entre los individuos y la sociedad no se interpone ninguna estructura social ni política que les suponga un pérdida de autonomía o capacidad de decidir por ellos mismos.

Pero hay varios tipos de Individualismo:

- **Absolutista de Hobbes<sup>7</sup>**; Justifica el poder absoluto del Estado, por naturaleza, el hombre es un lobo para el hombre. Si quiere sobrevivir, debe entregar todo su poder a un organismo artificial al Estado o Leviathan.
- **Liberal en Locke**; Entiende el estado de naturaleza como un estado en el que el hombre es titular de derechos de libertad y de propiedad, si bien estos derechos carecen de efectividad al faltar el poder organizado que asegure su

---

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> Ibídem, Pág. 95.

<sup>7</sup> Ibídem, Pág. 101.

defensa y la resolución judicial de los conflictos. En este caso, no hay necesidad de que las personas entreguen su libertad a cambio de que el Estado garantice su seguridad. El Estado para ser legítimo, deberá respetar los derechos individuales ya existentes en el estado de naturaleza<sup>8</sup>.

- **Democrático-radical en Rousseau;** Parte de la bondad natural del hombre y afirma que es la civilización y la instauración de la propiedad privada la que lo ha corrompido. Es posible organizar la sociedad de tal forma que la libertad y la igualdad de la naturaleza queden aseguradas y potenciadas con la unión de todas las personas.

Pero hay en el contrato social una serie de elementos o características que son compartidos por todos:

- El Estado es un ente artificial, surgido a partir de la voluntad libre expresada por todas las personas.
- El individuo es anterior al Estado y a la misma sociedad.
- La fuente de la legitimidad política es el consentimiento, no es posible un poder que se ejerza en contra o al margen del consentimiento real. Es decir, la persona ya es madura para interpretar lo que demanda su propia naturaleza, quiere gobernarse a sí mismo o delegar en otras personas el gobierno para que estos lo trabajen en beneficio de todos.
- El fruto de todo lo anteriormente explicado son las Declaraciones de derecho como serían:

La Declaración de Virginia de 1776.

La Declaración de Francia 1789.

### **2.1.3. Concepto de iusnaturalismo**

El elemento de referencia de una teoría que pretenda llamarse iusnaturalista está en el hecho de tener como punto de referencia su teoría al derecho natural. El iusnaturalismo designa un conjunto de doctrinas muy variadas, que tiene como denominador común la creencia de que el Derecho "positivo" debe ser objeto de una

---

<sup>8</sup> *Ibidem* pág. 104.



valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denominan precisamente: Derecho natural.

Borea Odría<sup>9</sup> considera que: *“el iusnaturalismo es la escuela que estima que la organización jurídica de una sociedad específica debe establecerse respetando un conjunto de principios generales objetivos que están inscritos en su naturaleza y que han sido descubiertos y son estimados como valores fundamentales por los seres humanos, los cuales siempre están vigentes., y que rechaza la calificación de jurídica de cualquier orden o sistema que contravenga estos principios fundamentales que tiene una jerarquía mayor y, por lo tanto, obligatoria frente a las órdenes emanadas por los órganos creadores del derecho positivo”*.

Para Rafael Aguilera: *“por iusnaturalismo podemos entender una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diversas, pero todas ellas con un núcleo común: la creencia en un orden objetivo supra positivo jurídico de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento humano”*<sup>10</sup>.

Esta Teoría filosófica a través del tiempo, y por medio del derecho natural viene a establecer cuáles son las normas o leyes cuya existencia con contenidos materiales esenciales son garantizados por una ley superior, garantizados por un acuerdo social, por el poder político, y este pensamiento iusnaturalista es la atribución a la finalidad del derecho.

La concepción iusnaturalista no comprende tan solo a la pregunta iuspositivista sobre ¿cómo identificar el derecho? O ¿Qué es el derecho? La concepción iusnaturalista abarca también la interrogante ¿qué es lo que requiere el derecho? Y esta pregunta es lo que fundamenta una de las tesis del iusnaturalismo y su ligación entre moral y derecho. Habiendo dicho esto, se debe resolver que clase de normas pueden ser consideradas dentro de la organización normativa con perspectiva iusnaturalista

---

<sup>9</sup> BOREA ODRÍA, Alberto. Derecho y Estado de Derecho. Tratado de derecho constitucional Tomo II. Editorial Monterrico. Lima-Perú.

<sup>10</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (2012). Teoría de los derechos humanos, Grijley editores. Lima-Perú. Pág. 51

#### 2.1.4. Organización normativa iusnaturalista

Todas las normas deberían presentar una estructura estándar, con supuesto de hecho y solución preconcebida, por lo contrario no tendría valor de norma; a partir de una cierta revolución en el sistema jurídico y de la consideración de la fuerza vinculante de la constitución, los principios pasan a ser leídos como verdaderas normas jurídicas, abiertas y abstractas y que demandan un proceso de interpretación más complejo.

En primer lugar, hay que destacar la admisibilidad para los iusnaturalistas de la presencia de un derecho escrito, positivo, lo cual puede conferir criterios más fácilmente comprensibles en orden a regular las relaciones sociales. Así resulta posible en una concepción iusnaturalista la constitución de un sistema exhaustivo de reglas comprendiendo casi la totalidad de las conductas sociales<sup>11</sup>.

Sin embargo, y, he aquí la gran particularidad del sistema iusnaturalista, estas reglas estarían materialmente subordinadas a un criterio de justicia para las soluciones que apuntasen. Desde el punto de vista del juez, lo único que haría falta en este caso sería la realización de este test de adecuación del derecho positivo al sistema de valores descubierto por la razón crítica<sup>12</sup>.

Por otro lado, la teoría iusnaturalista, aunque acepte la presencia del derecho positivo, no lo tiene como elemento indispensable para la existencia del derecho, pues las normas pueden ser “descubiertas” en el derecho natural y, más importante, aplicadas directamente, tal como se propone con las normas constitucionales por el Neoconstitucionalismo.

En este caso la tarea de aplicación, es mucho más compleja una vez que haya un gran margen de soluciones posibles a una misma situación. Todo dependerá de la racionalización realizada por el magistrado que deberá construir una solución a partir del derecho natural.

---

<sup>11</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, (2002). Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra editores, Lima Perú. Pág. 178.

<sup>12</sup> Ídem.

Como se puede observar, la estructura normativa de la relación entre las normas presentadas en el modelo iusnaturalista se parece en algunos aspectos al sistema actual de reglas y principios propuesta por el Neoconstitucionalismo.

En el sistema iusnaturalista, aunque puedan existir reglas, el criterio de validez de las mismas no es seguro. Pese a la ya conocida dificultad de que no hay seguridad respecto a cuales son los criterios de validez que deben ser buscados en un derecho natural no claramente determinado, lo que crea un relativismo intolerable en nuestros días sobre el contenido del derecho.

Por más similitudes que se pueda encontrar entre la teoría iusnaturalista y el Neoconstitucionalismo no entendemos que sean concordantes las teorías una vez que la teoría iusnaturalista hasta normas abiertas de la constitución e incluso derechos fundamentales debe ceder frente al derecho natural.

## **2.1.5. Derecho Natural**

### **2.1.5.1. Definición**

El derecho natural es una doctrina ética y jurídica que postula la existencia de derechos del hombre fundados o determinados en la naturaleza humana. Propugna la existencia de un conjunto de derechos universales, anteriores, superiores e independientes al derecho positivo y al derecho consuetudinario.

Este derecho natural es definido por G. Fassó<sup>13</sup> como *“un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (derecho positivo), y que tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo”*.

El autor Jaques Maritain<sup>14</sup> dice que *“el derecho natural no es otra cosa sino un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano”*.

---

<sup>13</sup> Citado por Bobbio, Norberto. Ob. Cit. Pág. 143.

<sup>14</sup> BOREA ODRÍA, Alberto. Derecho y Estado de Derecho. Tratado de derecho constitucional Tomo II. Editorial Monterrico. Lima-Perú, pág. 35.

Hobbes<sup>15</sup>, a su vez señala que *“el derecho natural como el dictado de la recta razón que hay entre nosotros, acerca de aquellas cosas que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros”*.

Según Javier Hervada<sup>16</sup>, *“el derecho natural es verdadero derecho con ello no solo se quiere decir que existe el derecho natural sino que también se tiene por inconcuso que posee naturaleza jurídica o legal, cuando se habla de derechos naturales son verdaderos derechos del hombre que pueden defenderse en el foro. Su origen se remonta para los teístas al supremo legislador que es Dios”*.

Gustavo Bueno<sup>17</sup>, nos dice que el concepto de derecho natural es *“simplemente el derecho que se opone al derecho positivo y su correspondencia entre escuelas tradicionales del derecho le dan el nombre de Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico”*.

Lo destacable en la idea de derecho natural son dos puntos principales sin cuya comprensión se oscurece la posibilidad de una visión clara de la idea iusnaturalista: el primer punto consiste en el hecho de que, con el derecho natural, el iusnaturalismo siempre ha defendido una idea de ley superior; y el segundo consiste en el hecho de que esta ley superior se ocupa de contenidos materiales, los cuales no pueden ser confrontados por el derecho común.

En síntesis para, G. Peces Barba<sup>18</sup>, en la concepción iusnaturalista moderna, derechos naturales son: *“derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al derecho positivo. Son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana. Tienen carácter abstracto, afectan al ser humano genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del derecho natural sobre el positivo. Al deducirse de un sistema jurídico natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad en la historia no es tomada en cuenta en su configuración”*.

---

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Javier Hervada, (2005) Concepción clásica del derecho natural, Conferencia realizada en Italia en el año 2005, video localizado en you tube en la página <https://www.youtube.com/watch?v=ROQXmyvmHpA>>, visto el 12/6/2016, a las 6:00 p.m.

251. Gustavo Bueno, Conferencia sobre derecho natural, realizada en Oviedo, España, en el año 2012, cuyo video se encuentra en la siguiente página web: < <https://www.youtube.com/watch?v=ROQXmyvmHpA>>, revisado el 12/06/2016 a las 6:00 pm.

<sup>18</sup> PECES-BARRA, Martínez G. (2004), Lecciones de Derechos fundamentales, editorial Dykinson, Madrid – España, Pág. 51

### 2.1.5.2. Derecho natural post secularización

Con el proceso de secularización del pensamiento a partir del siglo XVI y que se ha reflejado en el derecho a través de la retirada del origen divino del derecho natural, la concepción iusnaturalista acaba de encontrar un problema relativo a su criterio último de validez. En un contexto religioso el derecho natural encontraba su criterio de validez en una fuente superior por naturaleza. Con la secularización del pensamiento jurídico el proceso de revelación del derecho natural pierde su fuente metafísica infalible e incuestionable de lo divino para ser sustituida por la razón.

El derecho natural debe ser descubierto a través de un proceso racional, por lo que se atribuye a este derecho una atemporalidad, no sujeta a una perspectiva histórica o a cualquier concepto de voluntad, se hacen derechos necesarios e inherentes a los hombres, por lo que no se alteran en el tiempo o en el espacio, ya no hay voluntad en los derechos naturales, sólo discernimiento, razón.

Esta eliminación de la voluntad con relación al derecho natural constituye un primer paso hacia una evolución en la ciencia jurídica y en el concepto de derecho en la medida que busca hasta cierto punto una neutralidad respecto a la presencia e importancia de la voluntad política para el derecho.

De cierta forma, la racionalización de los derechos naturales aparta la voluntad de su concepto, posibilitando una concepción universal de los derechos naturales. Como refiere Luis Prieto<sup>19</sup>: *“este derecho natural pretendía apelar a lo que de común quedaba entre los hombres ya irremediablemente dividió a propósito de los valores revelados”*.

Si por un lado esta nueva concepción iusnaturalista racionalista hace posible una universalización, por otro ya no más pueden contar con la fuerza de coacción impuesta por la sanción divina, por lo que se debe encontrar otra forma de protección de estos derechos<sup>20</sup>.

Esta protección se hace posible a través de las instituciones ahora relacionando los derechos naturales con el contrato social. Los derechos naturales constituyen el

---

<sup>19</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, (2002). Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra editores, Lima Perú. Pág.176.

<sup>20</sup> Ídem.

propio fundamento del contrato social y, por consiguiente de las instituciones que a partir del mismo surgen. No hay fundamento para el contrato social que no sea la garantía de los derechos naturales del hombre.

En las palabras de Luis Prieto<sup>21</sup>, *“el contractualismo moderno no pretendía dar cuenta de cómo surgió efectiva o históricamente el estado, sino determinar algo en el fondo mucho más importante, que es cómo debe comportarse”*, en suma de acuerdo con la lógica iusnaturalista racionalista, es necesario una posición contractualista porque *“el Derecho y el Estado carecen de apoyatura histórica o teológica y, por tanto, no podían basar su legitimidad en la tradición o en una autoridad superior; el contrato, es decir, el consentimiento individual era el único camino para justificar la sociedad política”*.

### **2.1.5.3. Características de los Derechos naturales**

A partir de las consideraciones presentadas respecto al derecho natural y sus nuevas bases de fundamento posterior a la secularización resulta posible entender mejor las características atribuidas ya no tanto al derecho natural pero a los derechos naturales, que conforme a la tradición racionalista son derechos extraños a cualquier cuestión relativa a la voluntad, dependientes solamente de la razón.

A través del contrato social se afirma toda la soberanía del pueblo de forma que todas las instituciones se conciben como entidades creadas para la protección de los derechos naturales, actuando estos como justificación de todo el poder político.

Por consiguiente, la idea predominante es la de que las instituciones solamente adquieren legitimidad si actúan para proteger estos derechos, que les son anteriores y superiores.

Tratemos entonces, sobre las características atribuidas a estos derechos naturales en la concepción iusnaturalista racionalista, las cuales en nuestra opinión, constituyen artificios con el objetivo de proteger los derechos naturales de la apropiación por parte del poder constituido.

---

<sup>21</sup> Ibídem pág. 179.

### 2.1.5.3.1. Inalienabilidad

La inalienabilidad consiste en una de las estrategias planeadas por los teóricos de los derechos naturales para evitar su apropiación o control por parte del poder político y la cual está directamente ligada a la concepción contractualista del Estado. Para Solar Cayón: *“una vez definidos una serie de poderes o derechos individuales que configuran un espacio sujeto al dominio exclusivo y absoluto del individuo, dicha estrategia opera estableciendo barreras o límites al proceso de cesión de tales derechos que desemboca en la constitución de la autoridad política.”*<sup>22</sup>

De ahí se justifica un poder político limitado por los derechos naturales, que no pueden ser esclavizados políticamente a través de la cesión de sus derechos.

Conforme define Peces Barra<sup>23</sup>, la expresión “derechos naturales” supone referirse a unos derechos a) previos al poder y al derecho positivo, b) que se descubren por la razón en la naturaleza humana, c) que se imponen a todas las normas del derecho creado por el soberano siendo un límite de su acción, *“representan una concepción abstracta que prescinde de la historia y de la realidad social para la identificación de los derechos y no tiene un arraigo sólido en la cultura jurídica y política”*.

Con base en este concepto resulta posible observar la coherencia de la tesis iusnaturalista racionalista en el sentido de que, los derechos naturales son anteriores al poder político debiendo limitarlo en cuanto a la posibilidad de deliberación sobre ciertos asuntos, es coherente que no se sujete a las deliberaciones de la mayoría.

Considerando que el contrato social podría generar la interpretación de la posibilidad de cesión de la libertad en pro de una causa política adoptada por la mayoría, la inalienabilidad de estos derechos esenciales al género humano pretender proteger los derechos de una apropiación indebida por parte de las mayorías.

Con la inalienabilidad la teoría iusnaturalista pretende, dentro de una teoría contractualista, proteger la soberanía de los derechos frente a cualquier acuerdo o voluntad, actuando de forma coherente con su proposición de derechos no sometidos a la voluntad, sino tan solo a la razón.

---

<sup>22</sup> Citado por Peces Barra, Ob. Cit, Pág. 65.

<sup>23</sup> Ibídem, Pág. 68.

#### **2.1.5.3.2. Universalidad e inmutabilidad**

Conforme apunta José Delgado Pinto<sup>24</sup>, el iusnaturalismo concibe sus conceptos morales como definitivos y con pretensión de validez general, en todos los tiempos y contextos. En consecuencia, *“el derecho natural consiste en una serie de reglas o principios relativos a la ordenación justa de la vida social que son universales, inmutables y cuyo conocimiento todos tenemos acceso mediante el uso natural de nuestra razón”*.

Por universalidad se entiende la posibilidad de ser aplicado a todos los hombres, ya que estos derechos estarían relacionados con la propia naturaleza humana, no sometidos a contextos históricos o políticos.

Tal como explica G. Peces Barra<sup>25</sup>, son varios los sentidos que se puede atribuir a la universalidad. El primero, ya mencionado, relacionado con el plano racional, hace referencia a la titularidad del Derecho Natural, lo cual alcanzaría a todos los seres humanos. El segundo se relaciona con el plazo temporal, por lo que el Derecho Natural sería atemporal es decir, su contenido sería lo mismo a lo largo de la historia, no importando el momento en que sea aplicado.

Los derechos del ayer, son los mismos del mañana, a este sentido temporal de la universalidad se le conoce también por inmutabilidad. El último sentido de la universalidad sería el ámbito cultural, donde la concepción iusnaturalista sería válida como derecho natural en cualquier cultura, en cualquier territorio, no importando qué concepción de cultura se tuviera.

#### **2.1.5.4. Iusnaturalismo deontológico y ontológico**

Para Rafael Aguilera Portales<sup>26</sup>, *“el neiusnaturalismo ha sido una corriente histórica de fundamentación filosófica de los derechos humanos, aunque en principio una corriente muy plural y heterogénea. El iusnaturalismo deontológico contemporáneo sostiene que los derechos humanos poseen un fundamento ético, esto es que son*

---

<sup>24</sup> Citado por DORADO PORRAS, Javier, Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Pág. 55.

<sup>25</sup> PECES BARRA, Martínez, Gregorio, (2004), Lecciones de derecho fundamentales, editorial Dikinson, Madrid – España, pág., 191.

<sup>26</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (2012). Teoría de los derechos humanos, Grijley editores. Lima-Perú. Pág. 51.



*“derechos morales”, es decir, los derechos humanos serán un híbrido o síntesis entre exigencias éticas y derechos propiamente por el hecho de ser hombres”.*

El iusnaturalismo ha tratado de defender la posición de los derechos humanos como derechos morales tratando de restar importancia al elemento de la positividad de los derechos humanos como aspecto decisivo fundacional de los mismos.

Antonio Pérez Luño<sup>27</sup> explica que existen dos grandes tendencias que suponen dos grandes versiones del iusnaturalismo:

- Iusnaturalismo ontológico, dogmático o radical, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico trascendente.
- Iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado, que no niega la juricidad del derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su desvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo.

Existe un problema con el iusnaturalismo radical, ya que hay un riesgo de este sector de imponer una “tiranía de valores a los demás. Las sociedades abiertas y pluralistas actuales parecen más proclives a admitir un iusnaturalismo racionalista, deontológico y crítico, que las versiones ontológicas<sup>28</sup>.

Nuestra posición es inclinarnos por el iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado, ya que entendemos que los seres necesitan de la norma positivada para el internamiento de los deberes y la buena conducta, pero que mediante una postura ética podemos discutir el valor de las mismas, fundamentando una mejor interpretación de ciertas normas basadas en libertad, dignidad y salud.

## **2.1.6. Constitucionalismo ambiental y derechos ambientales**

### **2.1.6.1. El poder ambiental para decidir**

Bajo el razonamiento del ambientalista Mesa Cuadros<sup>29</sup>, se debe formular nuevos conocimientos alternos para ejercer el poder ambiental para decidir; si los límites

---

<sup>27</sup> Citado por AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, (2011), Teoría de los Derechos Humanos, editores Grijley, Lima Perú, Pág. 52.

<sup>28</sup> Idem. Pág. 53.

<sup>29</sup> MESA CUADROS, Gregorio (2015), Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de casos sobre conflictividad ambiental, Colección Gerardo Molina, Universidad nacional de Colombia, Bogotá-Colombia. Pág. 27.

ambientales hoy son una ficción legal, lo es sobre todo porque se han convertido en meras autorizaciones para que las nuevas formas de apropiación de la naturaleza, incluido el neoextractivismo actué sin control.

No se puede desconocer que la globalización corporativa contra los derechos ambientales impone el interés de las corporaciones y empresas nacionales y transnacionales, pero no así sus responsabilidades.

La naturaleza en los últimos tiempos adquiere dimensiones extraordinarias al mal uso y por ello se requiere de la construcción de nuevas formas de conocimiento y la necesidad de concertar diálogos de saberes, haberes y poderes como reto, tanto al supuesto único saber, el de los científicos como a la justicia constitucional, desde una teoría de la justicia ambiental conectada por ejemplo a la protección efectiva de los derechos ambientales de todas y todos, incluso desde saberes propios, justicias propias, justicias comunitarias o justicias alternativas:

Dentro de un Estado Constitucional, las ideas y roles por parte de todos los que integran la sociedad son vitales, es por esto que el ambientalista Mesa Cuadros señala que se deben concretar nuevos diálogos para enfrentar en forma integral los cambios al ambiente, motivando lo siguiente:

- Establecer inicialmente que se evidencia la asimetría entre el poder de unos Estados, el de las empresas y la incapacidad de otros Estados de controlar a esas empresas que además promueven la disminución del ya limitado estándar ambiental de las normas internas, promoviendo solo directrices voluntarias y ficticias “responsabilidad social empresarial”, eludiendo responsabilidades extraterritoriales, a pesar de ser empresas transnacionales, por lo que se debe debatir que es la soberanía ambiental y qué estamos dispuestos a perder en cuanto a recursos naturales<sup>30</sup>.
- Las universidades y las facultades de derecho, son los principales entes donde se desarrolla buena parte de la tecnología y tecno entusiasmo depredador y contaminador y es donde se difunde ese pensamiento como la única verdad a seguir, por lo que se debe establecer el constitucionalismo ambiental como parte de la formación universitaria y proyectarlos como

---

<sup>30</sup> Ibídem, Pág. 29

agentes ambientales en vez de agentes económicos listos para aprovecharse del ambiente<sup>31</sup>.

- Los jueces constitucionales pueden cumplir una tarea importante para que el Estado que viene cediendo sus recursos ejerzan proactivamente sus conocimientos tradicionales o sus nuevos conocimientos y el mito del saber científico se deleve y se desnude como lo que es, no la verdad ni la única verdad, si no otra forma de conocer que debe dialogar con otros haberes en equidad de condiciones solo así entonces, estaremos facilitando el surgimiento y presencia de poderes y contrapoderes que potencien la participación que facilita que la “democracia de baja intensidad” se convierta en democracia intercultural y la nueva ciudadanía ambiental, y en el futuro seamos capaces de conceptualizar y ganar en los escenarios jurídicos políticos y públicos correspondientes<sup>32</sup>.
- Los juristas ambientalistas deberían enfrentar a los ecologistas escépticos del Estado, las empresas y los particulares que todavía creen que es posible desarrollarse o crecer a costa de la depredación, la contaminación y la indignidad ambiental<sup>33</sup>.
- Debates como la consulta previa con consentimiento previo, libre e informado, como derecho de todos pero reforzado de manera especial para los pueblos y sociedades étnicas, campesinas y urbanas marginadas, debería ser una primera consideración de este neoconstitucionalismo, donde además, se refuerce el carácter público de la información ambiental, que se produce, socializa y difunde en interés público y no privado o crematístico<sup>34</sup>.

Estas primeras consideraciones deberían disminuir el número de litigios ambientales; con certeza que la conflictividad y los problemas ambientales persistirán por mucho tiempo pero deberíamos caminar a su trámite por otras vías donde los derechos ambientales serían el pensamiento y la acción humana presente y futura.

---

<sup>31</sup> MESA CUADROS, Gregorio (2015), Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de casos sobre conflictividad ambiental, Colección Gerardo Molina, Universidad nacional de Colombia, Bogotá-Colombia Pág., 30

<sup>32</sup> *Ibidem* Pág. 31,

<sup>33</sup> *Ídem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, Pág. 32.

### **2.1.6.2. Estado ambiental de derecho**

La idea del constitucionalismo ambiental y del Estado ambiental de Derecho, se erigen como propuesta teórica encaminada a enfrentar la actual crisis ambiental y civilizatoria a través del reconocimiento formal, material y fáctico de los derechos ambientales.

En consecuencia, el contenido del constitucionalismo ambiental y las definiciones sobre el Estado ambiental de derecho según su complejidad conceptual, demostrarían que el grado de incidencia en materia de conservación y uso sostenible de los bienes comunes y ambientales, está relacionado directamente con la fase de consolidación de dichas propuestas en términos materiales y fácticos incluyendo el reconocimiento sobre la interacción de reglas formales e informales que sirven a este propósito<sup>35</sup>.

#### **2.1.6.2.1. Estado ambiental de derecho según Bellver y Mesa Cuadros**

Para los autores en mención, el Estado ambiental de derecho se define *“como la forma de Estado que propone aplicar el principio de solidaridad económica y social para alcanzar el desarrollo sostenible orientada a buscar la igualdad sustancial entre los ciudadanos mediante el control jurídico en el uso racional del patrimonio cultural”*<sup>36</sup>.

Para Mesa Cuadros<sup>37</sup>, *“el Estado ambiental de derecho es la forma de Estado constitucional que tendría que asegurar, en primer lugar, las necesidades básicas humanas, en segundo lugar, la aplicación material de los tratados internacionales ambientales, las constituciones políticas en su parte ambiental y elementos legales y reglamentarios, y en tercer lugar, el reconocimiento de la huella ambiental sostenible y la protección de los derechos desde la visión trans temporal, trans espacial y trans humanística de la democracia radical”*.

Esta es una definición más completa, la cual se plantea en primer lugar el cambio del modelo de desarrollo de crecimiento económico por el sistema de necesidades básicas, en segundo lugar, la importancia del marco de aplicación ambiental desarrollado en las disposiciones constitucionales y de derecho internacional y en

---

<sup>35</sup> MESA CUADROS, Gregorio (2015), Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de casos sobre conflictividad ambiental, Colección Gerardo Molina, Universidad nacional de Colombia, Bogotá-Colombia. Pág. 45.

<sup>36</sup> *Ibíd.* Pág. 51.

<sup>37</sup> *Ibíd.* Pág. 52

tercer lugar, la centralidad que toman aspectos de límites frente a los procesos de producción y consumo a través del reconocimiento de la huella ambiental sostenible y del reconocimiento de la ciudadanía global y ambiental así como de los derechos intergeneracionales y derechos de otras especies.

#### **2.1.6.2.2. Elementos del Estado ambiental de derecho y del constitucionalismo ambiental**

En el ejercicio de identificación desde los avances teóricos y conceptuales, se propone abordar los dos tipos de elementos principales del Estado ambiental de derecho: característica relacionada a su finalidad y elementos constitutivos propiamente dichos:

Empezando con la primera definición que es la más abstracta y general, se identifica como primera característica del Estado ambiental de derecho, su propuesta frente a la actual crisis civilizatoria desde una perspectiva integral de los derechos que supere la visión excluyente del liberalismo. Aquí se propone el ambiente como elemento central de realización material de todas las generaciones de derechos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos, culturales, ambientales y colectivos<sup>38</sup>.

La segunda característica del Estado ambiental de derecho reside en la necesidad de plantear un cambio de paradigma del modelo actual de crecimiento económico y del establecimiento de límites a los patrones de producción y consumo para ajustar los fines y objetivos del Estado hacia un modelo de sustentabilidad en términos sociales y ecológicos que no sería posible bajo otros escenarios<sup>39</sup>.

La tercera característica corresponde a la universalización de las medidas, valores, principios y derecho ambientales como *conditio sine qua non* del constitucionalismo global contemporáneo. Esta idea desarrollada por Kysar propone una solución frente a los vacíos constitucionales que son identificados en los diferentes sistemas y ordenamientos jurídicos de los países que no tiene claridad sobre medidas de protección al ambiente<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> MESA CUADROS, Gregorio, Ob. Cit. Pág. 53

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> Ídem.

Otros elementos adicionales surgen del desarrollo teórico y conceptual propuesto por Valencia<sup>41</sup>, en el cual, el Estado ambiental de derecho debe orientarse al desarrollo de cuatro aspectos primordiales:

- La participación real sin discriminación de todos los sectores de la sociedad.
- La defensa de los derechos e intereses colectivos a partir de instrumentos jurídicos y políticos de participación.
- El reconocimiento de los conflictos ambientales y de las luchas y resistencias en diferentes escenarios de la vida social
- El cambio de paradigma en las relaciones de los humanos con la naturaleza.

Por otra parte Kysar<sup>42</sup> indica que las normas ambientales constitucionales deberían contener al menos dos tipos de complementos al pensamiento liberal:

- El establecimiento de límites al sistema económico por la disponibilidad de bienes ambientales y naturales,
- Y el entendimiento de los límites de regeneración de los ecosistemas en la toma de decisiones a partir de una valoración integral que incorpore los elementos temporales, espaciales y ecológicos.

Con lo expuesto se da por establecido, la posibilidad de un cambio paradigmático hacia un nuevo Estado ambiental de derecho, el cual puede ampliarse a un tratamiento universal del ambiente en forma integral y de base para las legislaciones actuales.

## **2.2. NEOCONSTITUCIONALISMO**

### **2.2.1. Constitucionalismo Moderno**

El Constitucionalismo que es base primordial del Neoconstitucionalismo, tiene como influencia de sus inicios la Revolución americana y francesa, es así que el Neoconstitucionalismo tiene una tendencia o pertenencia europea, no sólo por la revolución francesa sino porque en varios de sus principios institucionales se pueden reconocer su fuente de inspiración en la tradición americana, pero las más valiosas

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, Pág. 54.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, Pág., 55.

elaboraciones jurisprudenciales, se han dado en el Tribunal Constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn, aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar principalmente en Italia y España, es una corriente jurídica reciente y en proceso interno de conformación y consolidación<sup>43</sup>.

Dentro de esto se entiende que todo el devenir histórico que hay en nuestra sociedad, hace que existan nuevas perspectivas en cuanto a los derechos de las personas (derechos fundamentales), porque si se parte desde las revoluciones tanto americana como francesa, lo que se busca es la independencia, la libertad, el respeto de los derechos fundamentales que no se encuentra muy distante de lo que se busca hoy en día, ya que al estar inmersos en el Neoconstitucionalismo al igual que en épocas remotas también buscamos esta protección, respeto de nuestros derechos fundamentales, que no sean transgredidos por nadie, ni siquiera por el Estado que es el principal defensor de la Constitución y por ende de los derechos que nos asisten.

#### **2.2.1.1. Origen del Constitucionalismo**

Desde épocas muy remotas se ha tratado de estudiar la importancia de los derechos humanos, tratando de determinar desde cuando existe o se considera el origen del Constitucionalismo. Es así que podemos decir que se inició “ *las institucionales surgidas por la Revolución Francesa en el año 1789, lo que hacen es instaurar un modelo de Estado liberal de Derecho más puro que el Inglés, después de un mes de haber tomado la Basílica, los representantes electos del tercer Estado, convertidos en Asamblea General van a probar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en agosto de 1789*”, es pues en esta declaración realizado por representantes del liberalismo, principal corriente que destaca que los hombres nacen y permanecen libres, con sus derechos naturales imprescindibles, que vendrían hacer la libertad, la propiedad y la seguridad<sup>44</sup>.

Como todo gran suceso histórico, nace a través de alguna iniciativa, es así que “*para que se dé la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se tiene como*

---

<sup>43</sup> SANTIAGO, ALFONSO, Neoconstitucionalismo; Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, fecha 03 de abril del 2008; [En Línea] artículo en formato PDF. Página web consultada <<http://ancmip.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>>, fecha de consulta el día 16 de octubre del 2014.

<sup>44</sup> Video de la Página Youtube, denominado “Constitucionalismo” Subido por Educativa, Contenido [EN Línea], Página web Consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=IGs92V-vGYw>>, Fecha de Consulta: 03 de octubre del 2015.

*antecedente la Constitución de 1791 de Francia, que sintetiza el preámbulo de la misma Declaración”.*<sup>45</sup>

En la línea histórica del Constitucionalismo o en términos generales de una Constitución positivizada, no se puede dejar de mencionar la Constitución de Estado Unidos en 1787, esta Constitución se dio con anterioridad la Revolución Americana en 1776, siendo América el primer vestigio de Constitucionalismo en su manera más primogénita. Otra Constitución que tuvo gran importancia y que trascendió a América del sur, fue la Constitución de Cádiz de 1812, llamada “la Pepa”, la cual fue instaurada en las nuevas colonias españolas que se fueron colonizando, fue influyente en todos los nuevos lugares en donde se empezó la colonización española. Es por eso que en Perú, la primera Constitución que se implantó, fue la Constitución de Cádiz.

La repercusión de las Constituciones propiamente dichas parte del Constitucionalismo, no sólo fue una mera declaración de derechos, sino fue una nueva mentalidad de emancipación de las grandes potencias de que eran colonias los países de América. Es por eso que el proceso de independización en América a través de la creación de nuevos Estados libres; al ser pues la Constitución el “contrato social” entre el pueblo y el Estado.

El Constitucionalismo como corriente es básicamente un “*sistema de normas jurídicas que pretenden regular los aspectos fundamentales de la vida política de un Estado, es la forma de organizar un Estado en base a una ley suprema, al que el resto de las normas jurídicas deben respetar, la Constitución, que asegure al pueblo la igualdad, el goce de sus derechos naturales, el respeto a su dignidad humana y organice y limite los poderes del Estado*”<sup>46</sup> “Constitución como Ley de Leyes”.

Desde la evolución del Constitucionalismo diversos estudiosos como Ferrajoli y Comanducci aportan nuevas perspectivas en nuestra era, ya que Ferrajoli considera que existe a través del tiempo un cambio en el Constitucionalismo, denominándolo Neoconstitucionalismo plasmándolo como un Constitucionalismo lusnaturalista, de

---

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> Blog de la Clase de Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana de la República de Santo Domingo, Artículo jurídico [En Línea], Página web consultada < <http://derechoconstitucionalunibe.blogspot.pe/2015/09/el-constitucionalismo.html> >, Fecha de consulta: 20 de septiembre del 2015.



igual manera un Constitucionalismo Positivista la cual está vinculada con un Estado Legislativo de Derecho.<sup>47</sup>

### 2.2.1.2. Origen del Neoconstitucionalismo

Como toda corriente jurídica, se encuentra de la mano con un devenir propiamente histórico es así que el Neoconstitucionalismo no está ajeno a esto, ya que para Miguel Carbonell el *“Neoconstitucionalismo para ser referencia textos constitucionales que surgen después de la 2da guerra mundial, ya que son textos distintos, Constituciones distintas; porque contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, dentro de la idea que un Estado Constitucional tiene el deber de satisfacer los derechos fundamentales, es por eso que esas Constituciones del Neoconstitucionalismo tienen un catálogo amplio de derechos que nunca antes han existido en la historia del Constitucionalismo”*.<sup>48</sup>

El hito histórico que marca un antes y un después dentro del Constitucionalismo claramente es la Segunda Guerra mundial porque en ella fueron vulnerados derechos fundamentales (la vida, la seguridad, la dignidad, etc.); es por eso que a raíz de ésta los Estados crean nuevas Constituciones en donde no queden exentos los derechos fundamentales, sino que se encuentran como parte fundamental de las mismas, como amplios catálogos de derechos; es así que no sólo éstas nuevas Constituciones están sujetas a la separación de poderes o distribución del poder dentro de un Estado, sino que *“inciden fuertemente en el diseño de las sociedades a las que se pretenden aplicar (Constituciones materializadas)”*.<sup>49</sup>

Dentro de las Constituciones que se encuentran dentro de la nueva corriente Neoconstitucionalista tenemos *“Constitución de Italia 1947, Alemania 1949, luego las Constitucionales que son resultado de la transición democrática en Europa del Sur, Portugal 1976 y España en 1978, y las Constituciones en América latina, con dos grandes referentes Brasil 1988 y Colombia 1991”*.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Universidad de Alicante. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 34 (2011), Revista en Formato PDF. Página web consultada <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32780/1/Doxa\\_34.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32780/1/Doxa_34.pdf)>

<sup>48</sup> Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Ídem.

Para Miguel de Carbonell se *“habla de Neoconstitucionalismo para hablar de una práctica jurisprudencial de muchos tribunales, que vienen trabajando de manera diferente dentro del paradigma del Constitucionalismo clásico, cuando estos tribunales supremos aplican las Constituciones nuevas, tienen que aplicar técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal, etc.”*.<sup>51</sup>

El jurista Carbonell dice que la tendencia Neoconstitucionalista no sólo es una nueva visión de la Constitución o de un Estado Constitucional de Derecho, sino que se traslada al campo jurisprudencial en la cual los tribunales están obligados a aplicar estas “Nuevas Constituciones”, estos novedosos principios que amparan al Estado, y es así que surgen nuevas técnicas interpretativas para el conflicto entre principios constitucionales, o derechos fundamentales, entre las cuales tenemos la ponderación o la técnica del balanceo, la proporcionalidad, la razonabilidad, etc.; que en épocas muy remotas, hablando del Constitucionalismo clásico no se avizoraban estas figuras interpretativas.

Cabe resaltar en la nueva función jurisprudencial Neoconstitucionalista la labor de los jueces, los cuales deben aplicar o trabajar con los valores y principios que se encuentran Constitucionalizados, es así que este mismo *“Neoconstitucionalismo a través de garantías judiciales, y a través de los jueces, generan activismo judicial, por la mayor intervención de los jueces en el paradigma del Estado Constitucional”*.<sup>52</sup>

Los jueces en este nuevo modelo de Estado cumplen una función importante en garantizar judicialmente la no vulneración de los derechos fundamentales, repercutiendo en sí en la protección del Estado Constitucional en sí.

Finalmente entendemos que para Miguel de Carbonell *“La Constitucionalización del ordenamiento jurídico, han sido impregnados por los mandatos normativos de las Constituciones, todo el derecho debe ser leído a la luz de la Constitución. Siendo esto parte del Neoconstitucionalismo”*.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> Ídem.

La influencia de la Constitución dentro de un Estado Neoconstitucionalizado, es importante, tal como señala Carbonell, todo el Derecho de un Estado debe ser leído a la luz de la Constitución, en otras palabras que todo Derecho y derecho no debe contravenir la Constitución de un Estado, ya que estaría atentando el principio de Supremacía Constitucional, y el orden normativo, jurídico y social de un Estado.

### **2.2.2. Definición del Neoconstitucionalismo**

Es también llamado Constitucionalismo contemporáneo, para Prieto Sanchís<sup>54</sup>, existen tres acepciones principales, en primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designado por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente por constitucionalismo cabe entender, también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.

Bajo estas tres concepciones que le da Prieto Sanchís, el Neoconstitucionalismo se aprecia porque existe una cobertura total por parte del Neoconstitucionalismo en la competencia de una país, ya que se habla de un modelo o tipo de Estado, una determinado forma de organización política que debe ser regida por un Estado, en cuanto al segundo punto y tercero se habla de un aspecto más teórico en donde se fundamentará este tipo de Estado.

El constitucionalismo así como el Neoconstitucionalismo, designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.<sup>55</sup>

Entendemos que en este concepto de constitucionalismo moderno, que se menciona mecanismo normativos e institucionales, que en su conjunto entendemos a un Estado

---

<sup>54</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS; Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial; Editorial Palestra Editores; Edición Lima 2002. Pág. 109-110

<sup>55</sup> Citado por OSPINA RENDÓN, Juan Carlos, Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho, Ponencia Presentada ante el IV congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, realizado en la ciudad de Pasto, Departamento de Nariño, País Colombia; marzo 2008; [En Línea] artículo jurídico en formato WORD, página web consultada < <http://www.maximogris.net/cgi-sys/suspendedpage.cgi> >, fecha de consulta 19 de octubre del 2014.

que opta medidas, políticas las cuales están destinadas para que se cumplan y protejan los derechos fundamentales de las personas que lo integran.

### **2.2.3. Clases de Neoconstitucionalismo.-**

Para el reconocido jurista Paolo Comanducci, señala que dentro de la nueva concepción Constitucionalista, denominada Neoconstitucionalismo, existen 3 clases distintivas, la cuales las desarrolla de la siguiente manera: <sup>56</sup>

#### **2.2.3.1. Neoconstitucionalismo metodológico.-**

Para Comanducci, *“es la idea de la conexión necesaria entre Derecho y moral, de dos maneras, conexión identificativa y conexión justificativa”*<sup>57</sup>, este primer elemento identificativo es sólo la identificación del Derecho, para lo cual es necesario recurrir a criterios morales, solo básicamente señala Comanducci si es que se considera que el Derecho tiene elementos justos, es decir, si el Derecho es justo necesita de un criterio moral (justicia) para entenderlo. El otro elemento justificativo es *“la idea de Alexy, Dworkin que cualquier justificación en el marco jurídico, por ejemplo la motivación de una sentencia, tiene que estar justificado en última instancia por principios morales, por el medio de que esos principios constitucionales”*.<sup>58</sup>

El Neoconstitucionalismo propone que las Constituciones hayan integrado dentro de los mismos principios morales, a los derechos fundamentales, y que a través de estos principios, estas decisiones están justificadas en la ley, y la Ley en la Constitución.

#### **2.2.3.2. El Neoconstitucionalismo teórico**

Se entiende de dos maneras diferentes, *“es una teoría que describe el modelo de Estado Constitucional de Derecho, describiendo la realidad jurídica contemporánea, pudiéndose interpretar por Comanducci que no es más ni nada menos el Positivismo Jurídico Teórico de hoy en día, que solo ha cambiado de modelo de sistema jurídico, ha realidad jurídica de hoy frente la realidad del siglo 19”* <sup>59</sup>; la modificación que existe

---

<sup>56</sup> Neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico según Comanducci, publicado el 18 de agosto del 2015 [archivo en video] Web Youtube. Recuperado <<https://www.youtube.com/watch?v=KBOnH6FiXeU&feature=youtu.be>>; Fecha de consulta: 02 de septiembre del 2015.

<sup>57</sup> Ídem.

<sup>58</sup> Ídem.

<sup>59</sup> Ídem.

es diferente porque el objeto de estudio es distinto por el mismo devenir histórico, pero la metodología o enfoque es el mismo.

Otros autores piensan diferente, *“que es diferente el objeto, la actitud y el método, ya que el Neoconstitucionalismo es una teoría normativa y no describe un objeto, y que sólo valora el objeto y afecta al mismo”*<sup>60</sup>. Bajo estas diferentes perspectivas existe la Teoría Positivista del Neoconstitucionalismo desarrollada por Ferrajoli, los Teóricos Neoconstitucionalistas desde un punto metodológico, resaltando Dworki, Atienza y Robert Alexy; quienes piensan que es necesaria la conexión entre Derecho y Moral.

### **2.2.3.3. Neoconstitucionalismo Ideológico.**

En esta perspectiva *“al Derecho se le debe obediencia con dependencia de su contenido, es decir, solo se debe obediencia si el Derecho es Constitucionalizado, si es que en la Constitución se incorpora derechos fundamentales y si es que la Constitución es moralmente correcta”*.<sup>61</sup>

En nuestra época se concibe una Constitución todopoderosa, omnipresente que está sobre toda norma jurídica del ordenamiento jurídico de un país, es así que en ella descansan derechos fundamentales, que tienen una tendencia iusnaturalista y relacionada con la moral, ya que como bien se desarrolla líneas arriba, es una Constitución moralmente correcta, es decir, que tiene una aceptación por parte de la propia sociedad.

Por otro lado hay otra tesis de Neoconstitucionalismo Ideológico que dice: *“el modelo de Estado Constitucional de Derecho no es sólo un modelo que describe la legalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, sino un modelo positivo”*.<sup>62</sup>

Si tomamos como cierto el párrafo anterior, aceptamos que el Neoconstitucionalismo Ideológico le da una valoración positivista al modelo de Estado Constitucional del Derecho, no sólo un Estado en donde se cumpla a preeminencia la Constitución sino un nuevo modelo político de Estado que tiene como base fundamental la Constitución política del Estado.

---

<sup>60</sup> Ídem.

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> Ídem.

Finalmente, existe la tercera tesis del Neoconstitucionalismo Ideológico, cual corresponde a la idea expresada por Dworkin de la Lectura Moral de la Constitución, es decir, *“que la Constitución debe ser leída e interpretada a la luz de la mejor oralidad política disponible en un momento dado, y la idea que sigue es que hay una única respuesta correcta a todas las cuestiones jurídicas, y que esta única respuesta depende de la aplicación de los principios constitucionales que son en sí mismo principios morales, a través de no, una técnica de aplicación del Derecho que es la Subsunción lógica de los Positivistas, sino que sería la técnica de la Ponderación de principios, método del balanceo”*.<sup>63</sup>

Como lo señala Dworkin, cuando existe un problema o un caso específico en donde existe la disputa o colisión de dos o más derechos fundamentales, que en la decisión judicial se pueden afectar, no se realiza la Subsunción lógica, ya que no se trata de una simple adecuación de la conducta humana a la norma jurídica, sino que están en jaque derechos fundamentales, es así que al ser principios morales, y distintos a una norma, se debe aplicar la técnica del balanceo, en la cual se pondera el derecho que causará mayor satisfacción en su aplicación, buscando el menor porcentaje de afectación o disminución del otro derecho en colisión, ya que no se puede escoger un derecho y otro no, porque se debe valorar distintas circunstancias, siendo meramente subjetivo este método, ya que los valores son dados por la misma persona que realiza la Ponderación.

Para Comanducci *“el Modelo de Estado Constitucional de Derecho es parte del Neoconstitucionalismo ideológico, y lo importante de dicho Neoconstitucionalismo, que éstas normas funcionen bien, no hay que perder nunca la posibilidad de poder admirar al Derecho desde un punto de vista externo, desde un visto Moral, de nuestra consciencia, y ver si es que es correcto o incorrecto”*.<sup>64</sup>

Dentro del Neoconstitucionalismo hablar del modelo de Estado Constitucional es una figura importante en la actualidad, es así que para el jurista Paolo Comanducci, se busca principalmente que las normas tengan un funcionamiento óptimo dentro de un Estado, y que la misma sociedad tenga un papel importante, señalando si es correcto o no, este funcionamiento, si las normas son realmente optimas, y que si es que tienen un impacto en la sociedad, un impacto positivo. Según Comanducci *“No se debe*

---

<sup>63</sup> Ídem.

<sup>64</sup> Ídem.

*cambiar la metodología para entender un sistema jurídico constitucionalizado, es suficiente las herramientas dadas por el Positivismo Jurídico”.*<sup>65</sup>

#### **2.2.4. Características del Neoconstitucionalismo según Prieto Sanchis**

Prieto Sanchís ha tratado de resumir el Neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

<sup>66</sup>

- Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

La Constitución como cualquier otra norma nace dentro de un contexto social, político y cultural, es por esas consideraciones que cumple con las exigencia de la sociedad y del contexto apropiado, en este caso peruana; de ser lo contrario se entendería meramente como una declaración política hecha por un Estado; al tener una fuerza vinculante sobre las otras normas jurídicas, la primacía y su sentido vinculante, la hace superior.

- Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.

La supremacía de la Constitución por sobre otra norma; se vincula con la pirámide de Kelsen, por la cual la Constitución es la cúspide de la misma, por su importancia y el rango que tiene. Al condicionar la validez de las demás normas, ya sea por el método para su promulgación, o en caso exista una norma que la contradiga, existe una consecuencia, el realce de su importancia en el ordenamiento jurídico.

- Tercero, eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico ley-para desplegar su fuerza vinculante;

---

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> Ídem.

La fuerza vinculante de la Constitución, es sobre todas las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, es así que los preceptos constitucionales, o normas constitucionales son de aplicación inmediata, al no hacerlo se estaría vulnerando los derechos de las personas.

- Cuarto, garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

Esto es el control concentrado y difuso de la Constitución, siendo el primero en realizar este control, los magistrados o jueces, que tienen el deber y obligación de velar por la supremacía de la Constitución peruana y de los principios de la misma; y el control concentrado, está a cargo del Tribunal Constitución, como ente primordial para la defensa y respeto de la Constitución.

- Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.

El Estado Constitucional, está inspirado en los principios y derechos emanados por la Constitución de dicho Estado; la defensa de estos derechos y principios hacen que el Estado se encuentra inmerso dentro de la tendencia Neoconstitucionalismo, al considerar la Constitución peruana una material, rígido y fundamental, que propugna directrices sociales y políticas para que el Estado funcione.

### **2.2.5. Constitucionalización del ordenamiento jurídico**

Para Riccardo Guastini, plantea ciertas características para diferenciar si dentro de un ordenamiento jurídico existe la influencia de la Constitución Política del Estado, es así que plantea 7 características marcadas al respecto, y tenemos: <sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.



- **Constitución rígida.** - *“significa que una constitución no se reforma de la misma manera que se reforma una ley, a mayor grado de rigidez mayor grado de Constitucionalización”*.<sup>68</sup>

Dentro de un Estado Constitucional básicamente en nuestro país, la creación de normas o la derogación de las mismas tienen un procedimiento de poca complejidad, pero en el caso de la reforma de la Constitución, el proceso es rígido y se encuentra estipulado en el artículo 206° de la Constitución Política Peruana, en donde señala de forma taxativa los presupuestos a cumplirse para la reforma:

- **Art. 206°: Reforma Constitucional.** *“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República”*

*“La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.*

- **La garantía jurisdiccional de la Constitución.-** *“para ser rígida se debe imponer al ordenamiento para que sea efectivo, se necesita una garantía jurisdiccional”*.<sup>69</sup>

Esta garantía jurisdiccional vendría hacer el Principio de Supremacía de la Constitución, normada en el artículo 51° de la Constitución Política Peruana, que textualmente dice:

---

<sup>68</sup> Ídem.

<sup>69</sup> Ídem.

- **Artículo 51°: Supremacía de la Constitución** *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.*
- **La fuerza vinculante de la Constitución.-** *“la idea de que todas las normas jurídicas son plenamente aplicables por sus destinatarios y son obligatorias”.*<sup>70</sup>
- **La sobre interpretación del texto constitucional.-** *“los intérpretes no se limitan para interpretar sólo elementos gramaticales, sino que utilizan argumentos analógicos que les permiten del texto constitucional, norma implícitas para regular cualquier efecto de la vida social y política, y que en esa medida condicionan el contenido del resto del ordenamiento jurídico. Cuando una Constitución es sobre interpretada no quedan espacio vacios, la Constitución se vuelve invasiva”.*<sup>71</sup>
- **La aplicación directa de las normas constitucionales.-** *“supone en primer lugar que la Constitución rige entre la relación entre particulares, y en segundo lugar significa que todos los jueces tienen el deber de aplicar la Constitución y todas las normas”.*<sup>72</sup>

Esta característica sobre la Constitucionalización de un ordenamiento jurídico está vinculada con la el Principio de Supremacía Constitucional, amparado en el artículo 51° de la Constitución; asimismo sobre el poder de esta en base a la Constitucionalización del Derecho de un Estado, en donde el nivel de intervención constitucional es superior, ya que los principios constitucionales prevalecen y son los operadores de justicia (jueces) los que deben aplicar sin excepción por ser su deber.

- **La interpretación conforme de la ley a la Constitución.-** *“el juez hará una interpretación de la ley que se acomode con la Constitución para salvar la constitucionalidad, si hay más de una interpretación el juez debe escoger la*

---

<sup>70</sup> Ídem.

<sup>71</sup> Ídem.

<sup>72</sup> Ídem.

*interpretación que maximice los efectos normativos de las normas constitucionales”.*<sup>73</sup>

Los jueces al ser operadores y aplicadores de Derecho, deben interpretar las leyes conforme o a la Constitución del Estado Peruano, velando por el cumplimiento de los principios constitucionales, ya que dentro de la interpretación existen diversos tipos o sentidos de interpretación que el juez debe buscar para que la interpretación se encuentre de acuerdo a las normas constitucionales o principios constitucionales.

- **La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.**-“*significa que la Constitución prevea un sistema de solución de conflictos entre órganos políticos, la jurisdicción constitucional orgánica; que los órganos jurisdiccionales asuman la facultad de conocer casos en toda su extensión (sin aplicar la lógica de politics questions, que están librados de la intervención de los jueces), se elimina, no hay restricción en el poder público donde no haya una lectura constitucional apropiada realizada por los jueces y supone que las normas constitucionales son utilizadas en el debate público, que los actores políticos, sociales; debaten tomando en cuenta la Constitución que es un eje discutivo”.*<sup>74</sup>

En la Constitución Política Peruana, se establece la organización y funciones del Estado Peruano, donde se da la distribución de poder, por lo que la Constitución tiene una influencia significativa en el poder político de un Estado; es la misma Constitución quien designa el modo de solución de conflictos entre poderes del Estado, y es la misma Constitución el centro de la vida política y social de una nación.

## **2.2.6. La ponderación**

### **2.2.6.1. Definición de ponderación.-**

Según Luis Arroyo Jiménez<sup>75</sup> “*la ponderación es el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y*

---

<sup>73</sup> Ídem.

<sup>74</sup> Ídem.

<sup>75</sup> ARROYO JIMENEZ, Luis (PONDERACION, PROPORCIONALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO) [En Línea] Artículo alojado en la Revista para el Análisis del Derecho INDRET N°33 Año 10. Disponible : < [www.indred.com](http://www.indred.com)> ; fecha de consulta 23 noviembre 2014

*fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada.”*

*Ponderar, “es una actividad desarrollada para valorar qué cualidades de un sujeto u objeto en comparación con las de otro (que las posee en una misma semejanza valorativa), permiten una mejora para una determinada actividad; en síntesis la inclinación por tal o cual objeto o cosa que nos representará mayores beneficios, todo ello lógicamente a consecuencia de esta actividad o cálculo valorativo”.<sup>76</sup>*

“Entonces entendemos por ponderación cuando se resuelven conflictos entre principios; y valorar cuales con las cualidades que están sujetas para la comparación de principios, definiendo ahí una inclinación sobre una u otra ley o norma en conflicto, crear una semejanza valorativa. Uno de los grandes desafíos del Derecho de nuestro tiempo es la superación de la “simplicidad pura” de la propuesta kelseniana con una “complejidad pura” que integre el objeto de la ciencia jurídica y en general el objeto del pensamiento jurídico con “normas”, hechos y valores. Hans Kelsen brindó un aporte de gran relevancia para la superación de la “complejidad impura” que disolvía el pensamiento jurídico en las ciencias sociales y las humanidades recientemente desarrolladas, en la biología y en el Derecho Natural, pero nos parece que sobre todo en nuestros días de cambio de era de la historia, cuando se presentan planteos antes inimaginables para las soluciones jurídicas, es imprescindible aprovechar la simplicidad pero superarla en la “complejidad pura”, que integre en el mundo jurídico, con alcance tridimensional, la realidad social, las normas y los valores sin confundirlos”.<sup>77</sup>

La ponderación la realizan los jueces y magistrados mediante una valoración de los principios que se debaten. En nuestro país la ponderación es hecha por el Tribunal Constitucional, generando precedentes, es por eso que los magistrados deben valorar o ponderar los principios correctamente, evitando vulnerar los derechos constitucionales. Es así que la ponderación en el campo del Derecho es importante, para la solución de controversias, cuando dos derechos fundamentales colisionan y con la intervención del Tribunal Constitucional aclarando estas controversias.

---

<sup>76</sup> MORALES MONCAYO, Esteban (Ensayo sobre Ponderación) [En Línea] Artículo Alojado en SCRIBT .Disponibile: <www.script.com>; fecha de consulta el 23 noviembre del 2014.

<sup>77</sup> NILVE , Moisés (Traducción del libro de Hans Kelsen “TEORIA PURA DEL DERECHO”) Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 163 y ss. –capítulo X–; cabe c. asimismo, [En Línea]. Biblioteca Jurídica Virtual, Teoría pura del derecho, 2ª. Ed. Kelsen, Hans, trad. Vernengo, Roberto J., página web consultada < www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039 > fecha de consulta el 22 noviembre del 2014.

## 2.2.6.2. Elementos aplicativos en la ponderación

- **El juicio de adecuación:** A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo (...)
- **El juicio de necesidad:** *El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.*
- **El juicio de proporcionalidad:** *A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada. (...).*

Se considera que la ponderación aún espera mayor desarrollo jurisprudencial. La crítica a esta técnica denota fuerza en la medida que desvirtúa que haya derechos prevalentes, cuando el principio de unidad de la Constitución supone un plano de igualdad para todos los derechos fundamentales. No obstante ello, la ponderación constituye un referente de importancia para nuestro ordenamiento y al mismo tiempo, una guía metodológica para el esclarecimiento de las controversias difíciles”.<sup>78</sup>

## 2.2.7. Derechos fundamentales

### 2.2.7.1. Definición

Conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son así los derechos humanos positivizados en la Constitución<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> FIGUEROA GUTARRA, Edwin, PONDERACION CONSTITUCIONAL [En Línea] Artículo Alojado en **JURIDICA 239, El Peruano publicado el 24 de febrero de 2009 Disponible:** <http://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/08/31/ponderacion-constitucional/>, fecha de consulta 20 de noviembre 2014.

<sup>79</sup> Citado por OROS CARRASCO, Rodolfo; El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, Edición 2014. Pág. 231.

Como se entiende, estos derechos fundamentales se encuentran amparados en nuestra Constitución Política, ya que en el artículo 2° señala que toda persona tiene derecho a (...) enumerándose los derechos protegidos por nuestro Estado, empero, debemos resaltar que dicho artículo es clausula *numerus apertus*, que quiere decir que no se debe contemplar sólo los derechos fundamentales que se encuentran taxativamente estipulados en dicho artículo, sino otros que quizás no se encuentren ahí, siempre que tengan relevancia constitucional, por ejemplo que se encuentren en otros artículos de la Constitución o en tratados internacionales.

La ONU define a los derechos humanos como *“garantías esenciales para que podamos vivir como seres humanos. Sin ellos no podemos cultivar ni ejercer plenamente nuestras cualidades, nuestra inteligencia, talento y espiritualidad”*.<sup>80</sup>

De igual manera el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que *“...los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, tiene una posición central en el ordenamiento jurídico, esta centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen la eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas como el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (art. 200) haya previsto determinadas garantías constitucionales, a fin de salvaguardar el principio de supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”*.<sup>81</sup>

Lo dice el propio Tribunal Constitucional en forma concreta, los derechos fundamentales son inherentes a la persona, y constituyen una manifestación de la dignidad, de igual manera que dentro de un Estado se deben dar mecanismos jurídicos para una protección eficaz y real; es así que para poder buscar el cumplimiento de la Constitución se han dado mecanismo como el control difuso, concentrado, las garantías constitucionales las cuales buscan que cese la afectación o vulneración del derecho y poder restituir las cosas al estado anterior a la afectación.

---

<sup>80</sup> Contenido extraído de la Página oficial de la Organización de las Naciones Unidas [En línea] Página web consultada: <<http://www.un.org/es/rights/overview/>>, Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2015.

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 10087-2005-PA/TC

## 2.2.7.2. Teoría de los Derechos Fundamentales

### 2.2.7.2.1. Surgimiento de los Derechos Fundamentales

Existen 4 posturas marcadas sobre el surgimiento de los Derechos Fundamentales, entre ellas tenemos:

- **Postura Naturalista:** *“cuya propuesta es que todos los seres humanos tenemos derechos porque la naturaleza los otorgó, o en su defecto, los derechos han sido asignado por Dios y fue descubierto por la razón”.*<sup>82</sup>

Al ser una postura naturalista se deduce la naturaleza de los derechos humanos, concibiéndola a través de un ser supremo (Dios), quien otorgó al ser humano estos derechos, o porque simplemente la naturaleza lo otorgó.

- **Postura Positivista:** *“argumentan que el hombre tiene derechos por que la ley los otorga, siendo que el Estado garantiza su cumplimiento a través de instituciones: la norma jurídica es el mecanismo más idóneo para regular los conflictos sociales”.*<sup>83</sup>

Dentro de la postura positivista, se entiende que los derechos fundamentales fueron otorgados por la ley, eso quiere decir que el Estado es quién garantiza el cumplimiento de estos derechos, y que básicamente la norma jurídica regula los conflictos que puedan existir dentro de una sociedad políticamente organizada.

- **Postura Axiológica:** *“considera que los humanos somos seres morales y que los derechos humanos promoverían el bienestar de la sociedad, a través de esa distinción entre lo bueno y lo malo. El otorgar libertades al individuo y que este ejerza su libre albedrío buscando no irrumpir en la libertad de los otros”.*<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Blog denominado Antropología y Derechos Humanos, Autores del artículo LOPEZ MARTINEZ, Liliana, HERNANDES, Eduardo; BARRANCO VERA, Luz Alejandra; CASTAÑEDA PEREZ, Diana Alejandra: [En Línea] Página web consultada: < <http://antropologiaderechoshumanos.blogspot.pe/2011/03/como-surgieron-los-derechos-humanos.html>>, Fecha de consulta: 25 de septiembre del 2015.

<sup>83</sup> Ídem.

<sup>84</sup> Ídem.

Esta postura más idealista, considera que los derechos humanos son inherentes al ser humanos y que por el hecho de ser seres morales, los propios derechos fundamentales o humanos, nacen de la sociedad; teniendo como precepto moralista, este nacimiento de derechos humanos a través de la distinción de lo bueno y lo malo.

Asimismo que la persona que goza de estos derechos fundamentales, puede ejercer su libre albedrío o decisión sobre las cosas, citando la célebre frase “*el ejercicio de mis derechos terminan, cuando empiezan los de los otros*”, poniendo un límite a este libre albedrío, siempre y cuando no se afecten derechos de los demás.

- **Postura Histórica:** “*que manifiesta que la emergencia de los Derechos humanos a través de coyuntura y procesos sociales que la encaminaron a ellos. Los derechos fundamentales surgen porque se tiene la necesidad de sentirnos protegidos, es así que la historia de una nación va formando lo que se tiene ahora*”.<sup>85</sup>

Como todo devenir o evolución de una sociedad en el tiempo, a través de diversos hechos históricos se manifiesta la necesidad de los derechos humanos, para el respeto de la persona dentro de la sociedad, para que no se vulnere sus derechos, como lo sucedido en la Primera y Segunda Guerra Mundial que fue el detonante, para la Creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, marcando un hito en la historia.

### **2.2.7.3. Modelos históricos de fundamentación de los derechos fundamentales**

#### **2.2.7.3.1. Modelo de Fundamentación Historicista**

Por este modelo, se combina pretensiones y elementos propios del nuevo pensamiento liberal ilustrado (...) según esta corriente los elementos sustanciales del Estado y de la Sociedad se habían ido formando con el devenir del tiempo, hasta petrificarse y resultar imposible cualquier cambio.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Ídem.

<sup>86</sup> BASTIDA, Francisco; Villaverde Ignacio, Requejo Paloma, Presno Miguel Angel, Aláez Benito, Saratosa Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Publicado en la Editorial Tecnos, Madrid 2004; Libro en Formato PDF, página web consultada < [www.unioviedo.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF](http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF) > ; fecha de consulta : 04 de febrero del 2015



Se entiende que al hablar de formación con el devenir del tiempo, es por el transcurso de los años, el cambio tanto de la sociedad y de las personas que hacen resurgir un cambio en la concepción que se tiene de los derechos fundamentales, básicamente lo entendemos en que tanto con las Revoluciones que han existido en el transcurso de nuestra historia, así como el cambio de mentalidad de las personas, hacen que la importancia del hombre sea mayor, se llegue a concentrar todos los esfuerzo en la revalorización de la persona humana, sus derechos y libertades que tiene y deben de gozar dentro de una sociedad.

Bajo este modelo se acuñó el término Constitución histórica para referirse ha aquellas normas antiguas cuyo núcleo sustancial era intangible (...) formada por costumbre o determinadas leyes.<sup>87</sup>

Si entendemos una Constitución histórica mas no una Constitución escrita, es la primera en base al transcurso del tiempo, la costumbre y actos repetitivos que se han concretizado, es así que este tipo de Constitución tiene su base fundamental en la costumbre y otras leyes que han podido ser pactos entre los monarcas o reyes con el pueblo, pero que no han sido plasmadas de manera física o escrita, dándole una rigurosidad o formalidad a la misma, no siendo un obstáculo para su cumplimiento. Es por eso que podemos hablar del sistema anglosajón en donde no existe leyes escritas sino que todo está en base a la costumbre, sin desmerecer esto a que no se cumpla sino todo lo contrario, siendo de obligatorio cumplimiento, pese a no ser escrita.

#### **2.2.7.3.2. Modelo de Fundamentación Iusracionalista**

La fundamentación se da en el Derecho Natural, es el Derecho suprapositivo, reconducible en la esencia misma de la naturaleza humana. En este derecho hallarían su origen todas las libertades del hombre que, por tanto serían inherentes a su persona, y que cualquier individuo podría llegar a conocer a través de la reflexión sobre su propio ser.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Ídem

<sup>88</sup> Ídem

Este modelo iusracionalista, se encuentra ligado con el Derecho Natural, un Derecho que tiene como naturaleza la importancia del hombre y las libertades que lo rodean, estas libertades como lo hemos dicho son inherentes a las personas, a cada individuo y es por eso que cada persona puede llegar a conocerlas y a conocerse a sí mismo.

Es así que bajo este modelo hablamos de un estado de naturaleza, por el cual todo individuo tiene igualdad absoluta, es pues esta situación anterior a la formación de la sociedad políticamente organizada (Estado), ya que la única manera para que el hombre pueda gozar de libertades es a través del pacto social que ha realizado con el Estado, es éste último quien reconoce libertades a los individuos.

Este pacto es celebrado por estos individuos que se encuentran en estado de naturaleza (Hobbes), es ese desprendimiento de derecho naturales absolutos (Derecho Natural) que al cederlos a un ente superior (Estado), este en contraprestación les da determinadas libertades, asegurando y garantizando, el cumplimiento y respeto de las mismas. Este desprendimiento o renuncia de los derechos naturales es lo que se llama pacto social (Rousseau) conocido hoy en día, y que de manera incipiente fue desarrollado por Hobbes.

### **2.2.7.3.3. Modelo de Fundamentación Positivista**

Bajo este modelo, no existen Derechos previos al Estado (ni previos en cuanto a anteriores en la historia, ni previos en cuanto fundamentados en un supraderecho como sería el Derecho natural, que procedería.<sup>89</sup>

Si se entiende como cierto, se estaría dejando de lado el devenir histórico de nuestra evolución en la sociedad y cómo sociedad o pueblo, estamos frente al no reconocimiento de la evolución histórica (modelo histórico) de los derechos fundamentales. Esto es falso, puesto que tanto las revoluciones de nuestra era, como la costumbre de los pueblos han reconocido en cierta manera y contribuía con el

---

<sup>89</sup> BASTIDA, Francisco; Villaverde Ignacio, Requejo Paloma, Presno Miguel Angel, Aláez Benito, Saratosa Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Publicado en la Editorial Tecnos, Madrid 2004; Libro en Formato PDF, página web consultada < [www.unioviedo.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF](http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF) > ; fecha de consulta : 04 de febrero del 2015.

reconocimiento de los derechos fundamentales y como todo proceso histórico se llega a lo que somos en la actualidad.

Si se parte de que no existen Derechos previos a la constitución de la sociedad políticamente organizada o Estado hoy en día, hablamos de que se toma en cuenta solo el momento de la formalidad o constitución del Estado como punto de partida del reconocimiento de los derechos fundamentales.

En el estado de naturaleza no existen derechos naturales sino más bien capacidades naturales porque las libertades solo son posibles tras el pacto social, porque existe Estado que garantiza los derechos subjetivos.<sup>90</sup>

Si bien es cierto esta formalidad que se da con el reconocimiento de los derechos por parte del Estado en la constitución o llamado pacto social del mismo con los individuos en estado de naturaleza, hacen que este reconocimiento tenga mayor validez o respeto porque ahora existirá un ente superior que tiene fuerza y derecho para poder cumplir, respetar y garantizar los derechos que han sido pactados, y que no solamente los reconoce sino que las personas o ciudadanos que integran la sociedad pueden hacer libremente uso de sus libertades, pero con la condición o límite de que no pueden contravenir los derechos de otras personas y que no vayan en contra del Estado y su permanencia del mismo en el tiempo.

Este modelo vendría hacer como hoy en día se tiene la concepción de los derechos fundamentales, que recién nacen con el reconocimiento que se les da por parte del Estado, en una Constitución Política, que en nuestro caso como en otros países del mundo existe taxativamente el reconocimiento de dichos derechos, hablando de nuestro caso en particular debemos decir que existe un catálogo de derechos fundamentales expresos en nuestra Constitución Política; sin embargo es una cláusula *numerus apertus*.

La formalidad con la que goza nuestra Constitución Política del Estado Peruano, parte de un modelo positivista, puesto que se encuentra de manera escrita; los derechos son producto de un devenir histórico así como el reconocimiento de los derechos

---

<sup>90</sup> Ídem.

naturales o innatos de cada persona, que gozaba desde tiempos muy remotos, y que al devenir en una Constitución moderna lo único que hacen es una formalidad, que genera un respaldo; puesto que el deber de un Estado es de proteger y garantizar los derechos fundamentales de cada ciudadano peruano así como el respeto de la personas humana y su dignidad.

#### **2.2.7.4. Teoría fundamental de los derechos fundamentales**

##### **2.2.7.4.1. Tesis básica de la teoría Liberal de los derechos fundamentales**

Según la concepción liberal “*los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado*”. Cada individuo pertenece de manera inherente un ámbito de libertad, en razón de su dignidad como miembros del género humano, y que el poder público encuentra vedadas sus posibilidades de acción a lo largo de este espacio.<sup>91</sup>

En caso esta tesis sea cierta, se debe decir que cada persona se sentiría con poder y facultad de realizar lo que se le plazca, es decir, estaríamos en total anarquía sin tener un ente que nos guíe y brinde seguridad, porque podría existir un ejercicio abusivo de un derecho, esto se daría por extralimitar nuestro derecho sin pensar en que también afectamos a nuestro conciudadano.

Estos derechos aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuales son los cursos de acción a emprender.<sup>92</sup>

Cada persona tiene esa liberalidad de poder realizar cualquier acto de disposición, pero bajo esta perspectiva no debe existir una intromisión por parte del Estado, ya que al hacerla se estarían limitando los derechos fundamentales de la persona.

Es idea no es razonable, pero de alguna manera cuando hablamos del Neoconstitucionalismo vemos que debe existir por encima de los órganos del Estado el respeto de la Constitución que es la que ampara nuestros derechos fundamentales, esa garantía que nos da vendría estar relacionada con esta tesis básica, puesto que

---

<sup>91</sup> Ibídem Pág. 254

<sup>92</sup> Ídem

la primacía de estos derechos generan un ámbito de libre disposición y gozo de nuestro derecho.

#### **2.2.7.4.2. Fundamentos filosóficos de la Teoría liberal**

De la Teoría Liberal, los máximos representantes son Locke y Kant, es por eso que los fundamentos filosóficos que proponen son importantes para poder entender los derechos fundamentales y las concepciones que proponen.

- **Según Locke:**

Para Locke; el cual ofrece “*una fundamentación de corte contractualista y iusnaturalista de la concepción de los derechos como derechos de defensa frente al Estado*”.<sup>93</sup>

En primer lugar, se entiende que todo ser humano, goza de derechos fundamentales, y al ser parte de una sociedad políticamente organizada se hace uso de éstos en este ambiente. Cuando se habla del enfoque contractualista y iusnaturalista, se dice que en base al iusnaturalismo los derechos naturales o fundamentales son innatos a todo ser humano, y están por encima de cualquier ley, es por eso que el valor supra que tienen éstos, hacen que su importancia y trascendencia sea mayor. Si se entiende como cierto, se puede decir que los derechos naturales o fundamentales no tienen un límite, que cualquier persona puede hacer uso de los mismo sin medir las consecuencias, pudiendo realizar un abuso de su derecho.

Para esto el Estado, el cual pone óbices, los cuales delimitan el uso de los derechos para que no contravengan los derechos de las demás personas, y menos que exista el ejercicio abusivo del derecho.

Locke sostiene que el hombre es “*dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones*”<sup>94</sup>, en definitiva el hombre es su propio dueño, y por ende puede gozar de sus derechos fundamentales (ley natural) sin ninguna restricción, asimismo que no se les puede negar los mismos al tener su naturaleza de absolutos e innatos.

---

<sup>93</sup> *Ibidem* pág. 255

<sup>94</sup> *Ídem*

- **Según Kant:**

Para Kant, que fue otro de los filósofos que habló del Liberalismo, éste se ocupó del problema de la fundamentación de la libertad como atributo inherente al individuo. La posibilidad de una fundamentación semejante encontraba en primer lugar un inconveniente en su oposición radical al principio de causalidad natural.<sup>95</sup>

El Liberalismo tuvo su renacer por las Revoluciones contemporáneas, y su máxima propuesta fue los derechos fundamentales como freno al poder político del Estado; la libertad es uno de los derechos más importantes de la persona, ese fundamento del liberalismo da importancia al hombre y su dignidad.

Se dice que Kant proponía que como toda cosa debe tener un límite, el límite de los derechos naturales o fundamentales era el derecho natural de otra persona, es pues la propia vulneración del derecho de otras personas que hace la vez de obstáculo para el ejercicio del propio derecho, existiendo una autorregulación; asimismo recalca la importancia del Estado como ente encargado de cuidar, velar y garantizar los derechos de las personas, reprimiendo todo tipo de conducta que atente contra estos, o contra las personas que son los titulares de los derechos.

#### **2.2.8. Neoconstitucionalismo en el Perú**

Debe determinarse si el Perú como Estado se encuentra adoptando la tendencia Neoconstitucionalista, es así que podemos decir que a partir de la Constitución de 1979 se da un gran cambio dentro de la vida constitucional del Estado Peruano, ya que como señala Miguel de Carbonell es a partir de las Constituciones post Segunda Guerra Mundial, que se positivizan los derechos fundamentales; es así que dentro de la vida política del Estado, la Constitución de 1979 es la indicada, es así que dentro de esta se tienen diversas características:

- **Respeto y Exaltación de los derechos humanos**, como no lo hubo en anteriores textos constitucionales. Motivado porque se salía una dictadura militar y la Asamblea Constituyente coexistió en ella. La reacción sobre esta

---

<sup>95</sup> Ibídem Pág. 256

situación consistía en la afirmación y defensa de los derechos humanos, frente a un régimen que no se había caracterizado precisamente por respetarlo.<sup>96</sup>

- **Presenta el texto constitucional una impronta antimilitar;** es así que la Constitución está en consta del militarismo y contra lo que representa un gobierno de facto; es así que en la Carta de 1979, existen artículos consagrados expresamente a la defensa de los gobiernos constitucionales.<sup>97</sup>
- **Perfeccionamiento de la protección procesal de los derechos humanos;** en esta Constitución se superan imprecisiones, y se establecen específicos canales de protección, fundamentalmente a través de dos acciones, el habeas corpus y el amparo.<sup>98</sup>
- **Configuración de nuevos órganos Constitucionales;** conlleva a la superación de la trilogía clásica de poderes del Estado; en así el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el poder Judicial, ya no son los únicos que concentran el poder político y las grandes decisiones. Al lado de ellos actúan otros órganos constitucionales, que tienen plena autonomía administrativa, económica y política, como el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal de Garantías Constitucionales, Ministerio Público y el Jurado Nacional de Elecciones.<sup>99</sup>

El Neoconstitucionalismo se dio en el Perú a partir de la Constitución de 1979, al ser una Constitución después de la Segunda Guerra Mundial y puesto que consagra en gran medida la protección de los derechos fundamentales, y la creación del Tribunal de Garantías que en nuestra época es el Tribunal Constitucional, de igual manera el reconocimiento del habeas corpus y acción de amparo.

Posteriormente en la vida política del Estado Peruano se han ratificado y suscrito diversos convenidos, pactos, tratados, como instrumentos internacionales de

---

<sup>96</sup> Extracto del Libro extraído de la Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2217/8.pdf>>, Fecha de Consulta: 24 de septiembre del 2015.

<sup>97</sup> Ídem.

<sup>98</sup> Ídem.

<sup>99</sup> Ídem.

protección de los derechos humanos, y que forma parte del Derecho doméstico con rango constitucional.<sup>100</sup>

Entro los Convenios más significativos, tenemos a los suscritos por la OIT (Organización Internacional de Trabajo), Pactos como el de San José de Costa Rica, Tratados Internacionales de protección de Derechos humanos, suscripción de la Declaración universal de los Derechos Humanos, etc.

Cabe mencionar que Miguel de Carbonell, señala que *“en América Latina está emergiendo un paradigma constitucional autoritario, que usando la Constitución, usufructuándose, está separándose de la democracia y de los límites del poder”*.<sup>101</sup>

Es así que en países de América, se está dando la vulneración del Estado Constitucional de Derecho y el respeto de la Constitución, esto a través de poderes autoritarios, en el caso específico de Venezuela en donde se restringen el derecho a la libertad de expresión, información y de prensa; y todo esto basándose en el supuesto respeto de la Constitución; teniendo la Constitución de simple símbolo ya que en la práctica no se respetan ningún derecho fundamental de las personas.

Miguel de Carbonell dice que *“Las Constituciones son el tiempo, no son normas que se lean separadas de la historia”* y que; *“Un orden constitucional es un deber de los ciudadanos”*.<sup>102</sup>

### **2.2.8.1. Consecuencias del Neoconstitucionalismo**

Como toda nueva corriente jurídica, tiene repercusiones dentro de su aplicación, es por eso que dentro de las Consecuencias Jurídicas del Neoconstitucionalismo tenemos<sup>103</sup>:

---

<sup>100</sup> Contenido extraído de la Página web la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 30 años trabajando por los Derechos Humanos en el Perú [En Línea] Página web consultada: < <http://derechoshumanos.pe/2008/11/a-60-anos-de-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos-2/>> Fecha de Consulta: 15 de octubre del 2015.

<sup>101</sup> Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.

<sup>102</sup> Ídem.

<sup>103</sup> José Humberto Ruiz Riquero, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Titulada “ La Aplicación de la Teoría del Precedente Vinculante Norteamericano en el Perú y sus Repercusiones Jurisprudencias”, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Noviembre 2012, Contenido en Formato PDF [En Línea] Página web consultada: < [http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL\\_Ruiz\\_Riquero\\_Jos%C3%A9.pdf](http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL_Ruiz_Riquero_Jos%C3%A9.pdf)> Fecha de consulta: 10 de octubre del 2015.



## **a) Cambio de Tesis en la Definición del Derecho**

Refleja Prieto Sanchís que: *“En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, el Neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral”*.<sup>104</sup>

*Es por eso sustancialmente que el cambio de visión que se tiene del Derecho es importante, ya que en el Neoconstitucionalismo se da la vinculación necesaria entre derecho y moral, en cambio para los Positivistas o debería existir la misma; estando desvirtuado porque el Derecho tiene preceptos y principios morales, que no pueden estudiarse de manera separada, sino entenderse de manera conjunta como lo hace el Neoconstitucionalismo, ya que el respeto de los derechos humanos está vinculado con los conceptos de dignidad del ser humanos, llevándonos a juicios de valoración de orden moral. Existe una conexión tangible en la relación de Derecho y Moral en el artículo 1º de nuestra Constitución, “el cual propone el parámetro de valoración de la dignidad de la persona como postulado base de todo el ordenamiento constitucional”*.<sup>105</sup>

## **b) Mayor Complejidad del Derecho**

Se habla de una mayor complejidad del Derecho, *“por la evolución sin pausa de los derechos fundamentales, por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales”*.<sup>106</sup>

Los derechos fundamentales hacen que el derecho se haga más complejo, por la misma concurrencia de principios y preceptos constitucionales que priman por encima de cualquier ley, es así que en caso de conflictos se deben interpretar y aplicar la ley, conforme los mismo, generando un grado de complejidad para los operadores de justicia, para aplicar técnicas interpretativas y métodos de solución de principios y no solo la subsunción de la norma. “Todos estos elementos, en forma cohesionada,

---

<sup>104</sup> Ídem.

<sup>105</sup> Contenido extraído del Blog del autor FIGUEROA GUTARRA, EDWIN; Artículo jurídico denominado “Neoconstitucionalismo e Interpretación Constitucional, ¿Hacia nuevos horizontes en el Derechos?”, Página web consultada <<https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>>, Fecha de Consulta 20 de junio del 2013.

<sup>106</sup> Ídem.

juegan un rol fundamental en la solución de conflictos y constituyen la base del Estado Neoconstitucional”.<sup>107</sup>

### **c) Plena vigencia de los Derechos Fundamentales**

Claro está que dentro de las consecuencias más significativas de un Estado Constitucional de Derecho, la primacía de la Constitución e implícitamente la de los derechos fundamentales de la personas está asegurada, porque es el mismo Estado quien debe velar por esta protección. Es así que “Estado Neoconstitucional, permiten una aplicación plena de los derechos fundamentales, cuyo norte aplicativo, en la definición de Peces Barba, es la de poseer una juricidad y una moralidad básicas. Juricidad porque los derechos fundamentales contienen mandatos vinculados a realizaciones para la protección de un derecho; y moralidad, porque la vinculación a la protección de la dignidad de la persona, representa una impostergable obligación para el juez constitucional”.<sup>108</sup>

### **d) Reposicionamiento de los jueces Constitucionales**

Ese reposicionamiento está vinculado que los jueces en general deben proteger los derechos fundamentales, y asegurar la Supremacía Constitucional, ya que se encuentra dentro de su prerrogativas como operador del Derecho, es así que en el caso de existir conflicto entre derechos o principios constitucionales el juez debe aplicar las técnicas interpretativas correspondientes para la aplicación o elección del principio o derecho constitucional en conflicto, solo en el caso concreto.

Los jueces tienen un rol importante en el respeto de la Constitución, ya que la misma es omnipresente y se habla de la Constitucionalización del Derecho.

Estos jueces constitucionales, específicamente se refieren a los que integran el Tribunal Constitucional, que es el único para resolver conflicto de índole constitucional o referente a derechos fundamentales, asimismo que dicho tribunal es el único encargado de interpretar el sentido de la Constitución. La tarea interpretativa de los “jueces de dichos órganos debe significar una materialización de los derechos

---

<sup>107</sup> Ídem.

<sup>108</sup> Ídem.

fundamentales demandados, naturalmente concediendo tutela cuando corresponda. En ese orden de ideas, deviene pertinente reforzar la labor de los mismos y en esa línea, el Neoconstitucionalismo presta un apoyo invaluable al constituir, como nuevo planteamiento en la teoría del Derecho, un medio invaluable para la defensa de los derechos fundamentales”.<sup>109</sup>

#### **2.2.8.2. Estado Constitucional**

Para hablar de un Estado Constitucional debemos también considerar a unos elementos que lo integran, es así que tenemos: la dignidad humana, el principio de soberanía popular, la Constitución como Contrato, los principios del Estado de Derecho y Estado social.<sup>110</sup>

En un Estado Constitucional *“el principio de supremacía constitucional lo conforman el principio liberal en el cual se encuentra una división de poderes y los derechos humanos a través esencialmente de la igualdad y la libertad; y el principio democrático en el cual se encuentran los principios de la mayoría que en otras palabras podía decirse que es la soberanía popular”*.<sup>111</sup>

Siguiendo la misma línea conceptual, tenemos que este párrafo nos dice que parte de la división de poderes como expresión del Estado Constitucional, también se encuentra presente la igualdad y libertad, en su máxima expresión pero con regulación de éstas por parte del Estado, ya que es el ente supremo que determina el cumplimiento de la Constitución por sobre otras leyes.

También se denomina al Estado Constitucional un Estado de Derecho<sup>112</sup> ya que puede ser estudiado bajo diferentes enfoques; como una aspiración política o como una pretensión de seguridad jurídica, lo cual equivale a una visión ideológica bajo los ámbitos de la ciencia política o de la ciencia del derecho. Ambas ideologías pretenden justificar y legitimar el Estado bajo un sustento jurídico.

---

<sup>109</sup> Ídem.

<sup>110</sup> HABERLE, Peter, Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Primera Reimpresión 2003, Impreso en México. Pág.1

<sup>111</sup> Página Web del Comité Directivo Estatal de Líderes Juaristas de Nuevo León, artículo titulado ¿Qué es un Estado Constitucional?, autor José Roberto Salinas Padilla; Página web consultada <[http://lideresjuaristasnuevoleon.mx.tl/blog\\_14401\\_-QUE-ES-UN-ESTADO-CONSTITUCIONAL--.html](http://lideresjuaristasnuevoleon.mx.tl/blog_14401_-QUE-ES-UN-ESTADO-CONSTITUCIONAL--.html)>; [Fecha de consulta el día 05 de septiembre del 2014].

<sup>112</sup> GIL RENDON, Raymundo, artículo jurídico titulado “El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos”, se encuentre en línea <<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>> contenido en formato PDF. [Fecha de consulta el día 05 de septiembre del 2014]

Cuando hablamos de un Estado Constitucional de Derecho o Estado de Derecho bajo el enfoque de estudio que se le quiera dar, se puede hablar de un ideal o un debe ser, ya que la expectativa o lo que busca es el cumplimiento por parte del Estado y todas las personas que lo integran, el respeto de la Constitución y por ende los derechos fundamentales que en ella reposan, es por eso que al encontrar este baladí, algunos estudiosos hablan de un paradigma o algo ideal que se debe buscar en todo Estado.

Finalmente podemos decir que para Miguel de Carbonell *“El Estado Constitucional se ha basado en 3 premisas axiológicas; la libertad, la igualdad, y también en la idea del límite de los poderes”*.<sup>113</sup>

#### **2.2.8.2.1. Definición**

El Estado Constitucional corresponde *“determinar el contenido de la Ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La constitución es material, orgánica y procedimental, material porque tiene derecho que serán protegidos con particular importancia (...), orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son llamados a garantizar los derechos, procedimental porque se establecen mecanismo de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas”*.<sup>114</sup>

Se puede entender de esta definición de Estado constitucional, lo que resalta de manera evidente es la estructura del poder, la separación de poderes, asimismo la importancia de la Constitución como ente primordial del Estado Constitucional, que se expresa como la garantía del cumplimiento de los derechos constitucionales o fundamentales dentro de un Estado, el cual sabemos que corresponde a una sociedad políticamente organizada, en un territorio, y bajo una autoridad.

#### **2.2.8.2.2. Características.-**

---

<sup>113</sup> Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015

<sup>114</sup> ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y justicia, artículo jurídico en formato PDF, se encuentra en el Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [En Línea] página web consultada < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf> >, fecha de consulta el día 12 de octubre del 2014.

En cuanto a las características del Estado Constitucional tenemos:<sup>115</sup>

- **El principio pro homine y pro libertatis:** Estos principios mandan a entender a la norma que se revise, del modo más favorable a la persona.

La importancia de la dignidad humana, y la libertad de la persona como una directriz importante dentro de un Estado Constitucional, puesto que se debe velar por la supremacía de estos derechos innatos e inherentes a la persona dentro de una sociedad.

- **Principio de interacción:** También denominado de “retroalimentación” es un efecto de la aplicación del principio pro homine; que advierte que la interpretación de un derecho humano, el operador de justicia o el servidor público, no pueden conformarse con su análisis parcial, deben visualizar a los derechos humanos como temas de derechos del “bien común nacional” y vincularlos a los temas del “bien común internacional”.

Este principio de interacción se ve abocado en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, los cuales deben ser visto en un todo, ya que al momento de su interpretación, se debe velar por considerarlos como bienes comunes internacionales o nacionales, siendo así que al ser un bien común supranacional y nacional, como obligación y deber del Estado.

Es así que al hablar de ese bien común internacional, se encuentra positivizado y reconocido por las naciones a través de las diversas declaraciones de derecho humanos, que con el devenir evolutivo de la sociedad han sido reconocidos, bajo la observancia de los estados. Y como bien común nacional, el respeto de la Constitución Política del Estado, en donde se encuentran positivizados los derechos fundamentales, y otros derechos no positivizados, esto a consideración del artículo 2° de la Constitución Política del Estado Peruano, que es un artículo *numerus apertus*.

---

<sup>115</sup>POZO CABRERA, Enrique, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia; artículo jurídico ubicado en Apuntes Jurídicos; contenido [En línea], página web consultada <[http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/1348\\_DOC\\_884\\_DOC\\_dr.Pozo.pdf](http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/1348_DOC_884_DOC_dr.Pozo.pdf) >, fecha de consulta : 23 de diciembre del 2014

- **Principio de promoción:** Manda a que el operador de justicia o el servidor público, no adopten una interpretación imparcial; deben hacer una interpretación comprometida con los derechos humanos y convertirse en agente protector de los mismos.

En base a este principio los operadores de justicia, y demás funcionarios públicos, deben promover, velar por la interpretación de los derechos humanos, ya que cada persona que es parte del Estado, deben reconocer la primacía de los derechos fundamentales, el reconocimiento por parte de todas las personas, y más aún de los que aplican el derecho, para que no exista una vulneración por parte de los mismos servidores del Estado.

- **Principio de universalidad:** Promueve que los derechos humanos rijan en todas partes y con la misma intensidad y con “igual jerarquía” Alude, por supuesto, a un cuerpo mínimo de derechos, dentro de ellos, a una también cuota básica igualitaria de cada derecho; sin perjuicio de los aditamentos que puedan hacer los diferentes Estados.

Este principio expresado en nuestra Constitución Política del Estado, se encuentra positivizado en la misma, además de la ratificación y suscripción por parte del Estado Peruano de declaraciones y convenios en materia de derechos humanos. Asimismo este principio debe promover los derechos humanos pero de una forma igualitaria o de igual jerarquía, sin dejar de lado la ponderación de principios, esta ponderación no elige a un derecho y se olvida otro, sino que se busca el que cause mayor satisfacción en su aplicación para el caso concreto, de igual manera cada Estado tiene fines supremos y derechos fundamentales que son velados con mayor intensidad.

- **Legitimación del poder estatal.-** En cuanto al poder coercitivo del Estado, el iusnaturalismo racionalista que reemplazó la “voluntad divina” por la voluntad popular, partiendo de la premisa de la “libertad” y la “igualdad” de todos los seres humanos.

Esta legitimación del poder se da desde tiempos remotos “El Contrato Social”, es la obra fundamental en donde se expresa este principio, puesto que fue la misma sociedad quien se desprende de un poco de su libertad, para que un ente (Estado) pueda darle en retribución seguridad y protección de su persona y derechos.

- **Justificación de las decisiones judiciales.-** a nivel de las decisiones judiciales es quizá en donde se nota más la presencia iusnaturalista, incluso en versiones que son verdaderos atavismos históricos; que lesionan los núcleos intangibles de los derechos humanos como la vida, la libertad, la igualdad.

Este principio es uno de gran relevancia para el Derecho Penal, la motivación de las resoluciones judiciales o la justificación de las mismas es un principio y función de la función jurisdiccional que es desarrollada por el poder Judicial y amparada en el artículo 139° numeral 5) de la Constitución Política del Estado Peruano, bajo este precepto constitucional ideal, el Poder Judicial se encuentra obligado a que todo operador de justicia (magistrados) tengan que sustentar sus decisiones judiciales, dándoles un porqué, un motivo, razones que expresen su tendencia y decisión judicial; ya que son estas decisiones que de alguna manera van a afectar un derecho fundamental de la personas, es decir, por ejemplo que en una resolución de Prisión Preventiva, el juez deberá decidir y fundamentar sobre declarar fundada o infundada la prisión, vulnerando o afectando el derecho a la libertad del imputado, de igual manera en donde se discuta la propiedad, patrimonio, etc. (bienes jurídicos protegidos por el Estado Peruano)

- **Derecho a la resistencia.-** dentro de lo que constituye el marco regulatorio por parte del Estado, el derecho a la resistencia que se lo considera parte del “Derecho Natural” busca regular “situaciones límite”, de forma que el derecho justo – Derecho Natural- representado por la resistencia popular, la desobediencia civil u otras manifestaciones del pueblo, no sean callados, lesionados por un Derecho Positivo ejercido en forma despótica o arbitraria.

Bajo este principio, el mismo pueblo (sociedad) tienen la facultad de hacer cumplir sus derechos, es así que en un caso de que se emita una ley, en donde se ve expresamente la vulneración de un derecho fundamental, es la sociedad quien pondrá límites (resistencia) para el respeto de sus derechos.

Existe una Garantía Constitucional expresada en la Acción de Inconstitucionalidad de una norma, la cual tiene una consecuencia jurídica, que es la expulsión de esta norma espuria, la cual atenta contra los derechos fundamentales, esta acción la que pueden ejercer los ciudadanos para velar por sus derechos.

- **Principio de indivisibilidad:** Destaca que los derechos humanos están vinculados entre sí como si fueran vasos comunicantes, y que por lo tanto no es válida la interpretación sectorial, en el sentido, por ejemplo, de enfatizar algunos e ignorar otros; esto induce, por lo contrario, a la interpretación integral de los derechos; un derecho está siempre vinculado a los otros derechos, conectados unos y otros.

Una de las características de los derechos fundamentales, es esa unidad o indivisibilidad que gozan, puesto que estos están vinculados entre sí, y no pueden ser interpretados aisladamente, es pues esta interpretación la que vincula otros derechos. Se encuentra relacionado con el principio de interacción que debe existir entre los derechos fundamentales.

- **Principio de irreversibilidad:** una vez reconocido el derecho humano por un país, no resulta válido después derogarlos; puesto que, se afectan a derechos adquiridos; los derechos deben ser siempre más amplios cobijar más al ser humano evitando lesionar derechos que una vez reconocidos se hayan aplicado y en consecuencia generado derechos que ya le pertenecen a la persona.

La importancia que tienen los derechos fundamentales los hacen tener un carácter irreversible, no pueden ser derogados por que se vulneraría los derechos adquiridos y reconocidos por el Estado, así como al Estado Constitucional, que propugna el respeto de los derechos fundamentales, claramente vinculado con la seguridad



jurídica que debe brindar el Estado por el respeto de los derechos de todos los ciudadanos que integran la sociedad.

### **2.2.8.2.3. Fundamentos jurídicos del Estado Constitucional de Derecho.**

Dentro de un Estado Constitucional existe características fundamentales o esenciales, que se reflejan como rasgos característicos de esta institución, es porque eso que tenemos<sup>116</sup>:

#### **a) Supremacía de la Constitución**

Expresa en las siguientes características:

- ***Resulta del hecho de ser el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; es decir la fuente o el principio del orden estatal entero, y hace que todo lo demás, dentro de la vida del Estado, sea de determinada manera y no de otra diferente.***

Al referirse con el primer fundamento de orden jurídico del Estado, está dirigido a la importancia que tiene la Constitución dentro de un ordenamiento jurídico, así como bien lo señaló Kelsen, al encontrarse la Constitución dentro de la de la pirámide del ordenamiento jurídico de un país, ya sea por el rango e importancia que tiene ésta, por ser inspiración y fuente para las demás leyes o normas que se encuentran en la misma.

- ***Rige para los Estados que tienen Constitución rígida, ó más o menos rígidas.***

En cuanto a esta característica podemos señalar que al hablar de una Constitución rígida o menos rígidas, se habla de cuán fácil es poder realizar algunas modificaciones a la misma, es así que en el caso de nuestra Constitución Política peruana, para la modificación de la Constitución debemos remitirnos a la misma en

---

<sup>116</sup>VELASQUEZ RAMÍREZ, Ricardo, Fundamentos Jurídicos de Estado Constitucional, Apuntes de las clases del Diplomado de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, artículo jurídico [En Línea], en formato Word; página web consultada <  
[https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=0CE4QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.uigv.edu.pe%2Fdiplomadoderecho%2FFUNDAMENTOS\\_JURIDICOS\\_DEL\\_ESTADO\\_CONSTITUCIONAL.doc&ei=FYqhVPabNcTuggSbzYHoDA&usg=AFQjCNFaq-TlavVTsW4pumuU5Pd0q3swnQ&sig2=oZGeJFfZOLrrOGin4s54Kw&bvm=bv.82001339,d.eXY](https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=0CE4QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.uigv.edu.pe%2Fdiplomadoderecho%2FFUNDAMENTOS_JURIDICOS_DEL_ESTADO_CONSTITUCIONAL.doc&ei=FYqhVPabNcTuggSbzYHoDA&usg=AFQjCNFaq-TlavVTsW4pumuU5Pd0q3swnQ&sig2=oZGeJFfZOLrrOGin4s54Kw&bvm=bv.82001339,d.eXY) > , fecha de consulta: 26 de diciembre del 2014

el artículo 206° que a la letra dice: “ *Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.*”

*La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.*

*La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas y a un número de ciudadanos equivalentes al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.*

Como se aprecia en este artículo de la Constitución peruana referente a la reforma constitucional, el mecanismo de reforma o de modificación de la misma es complejo, puesto que requiere de la aprobación del Poder Legislativo (Congreso) en donde se encuentran los representantes el pueblo (nación), además de hablar de un número de aprobación por parte de los congresistas; entonces tenemos que nuestra Constitución es rígida puesto que tiene mecanismo establecidos en sí misma para su modificación o reforma.

- ***Parte de la premisa que la superioridad de las normas constitucionales, sobre las normas legales y administrativas, provienen de su carácter no solamente fundante del Estado, sino que da las bases y fundamentos para el ordenamiento jurídico.***

Sobre este punto, al hablar de premisas o normas constitucionales se habla de los derechos y principios fundamentales que se encuentran expresados en la Constitución, los cuales por su importancia y rango se encuentran por encima de cualquier norma legal o administrativa, haciendo mención que esta supremacía de los principios por sobre las normas, se expresa no solo por el carácter fundamental de estas normas, sino que es un fundamento del ordenamiento jurídico.

- ***Constituye el fundamento positivo de las leyes; es el primer fundamento del orden jurídico, es la ley de leyes, y porque no hay Estado sin Constitución.***

El reconocimiento de esta característica es importante porque darle la importancia de ley de leyes, asimismo al decir que no existe Estado sin Constitución, bajo esta premisa hoy en día no se concibe un Estado moderno o Estado Constitucional que no tenga una Constitución, la cual es sólo la expresión de ese gran “Contrato Social” que no habló Rosseau, de ese pacto entre el pueblo y el Estado para poder vivir en una sociedad organizada, en donde el Estado vele por la seguridad y permanencia en el tiempo de la misma.

Se basa, como sostiene Kelsen, en dos principios del orden jurídico, el de supraordenación y el de subordinación de las normas.

Debemos resaltar finalmente que *“ésta supremacía es una cuestión de hecho: ella es la norma suprema de sistema jurídico en la medida de su efectividad para dotar de validez a la pluralidad de normas que lo integran (...) en ese sentido la Constitución es la fuente de fuentes (norma normarum)”*.<sup>117</sup>

Esta norma (Constitución) al hablar de validez, se refiere a que al no contravenirla esta nueva norma jurídica es válida, y porque cuenta con los mecanismo de validez para la expedición de una norma jurídica, asimismo que al hablar de efectividad, en relación a que esta nueva norma va a integrar un sistema jurídico que tiene bases y fundamentos fuertes expresados en la supremacía de la Constitución.

## **b) Jerarquía de las Normas Jurídicas**

- ***Emerge del principio de la supremacía de la Constitución.***

Este principio es también reconocido por nuestra Constitución Política del Estado peruano en su artículo 138° segundo párrafo, el cual en otras palabras que en caso de existir un conflicto entre normas jurídicas y constitucionales, primaran las últimas

---

<sup>117</sup> LANDA ARROYO, CÉSAR, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año 2010, artículo jurídico [En Línea] en formato PDF, página web consultada < [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_20853-1522-4-30.pdf?101111144745](http://www.kas.de/wf/doc/kas_20853-1522-4-30.pdf?101111144745)>, fecha de consulta : 26 de diciembre del 2014.

por sobre las primeras, en base a este principio de supremacía de la Constitución, elemento esencial dentro de un Estado Constitucional.

- ***Reconoce que la existencia de una jerarquía en las normas jurídicas en función de sus órganos emisores, de su importancia y de su sentidos funciona– resulta un orden jurídico, en este caso más propiamente un orden constitucional, garantía de la seguridad jurídica.***

La jerarquía de normas dentro de un ordenamiento jurídico es hablar de la pirámide de Kelsen, la cual explica claramente cuáles son los niveles de las normas dentro de un ordenamiento jurídico, es así que la importancia de la emisión de la norma, de que poder del Estado proviene, resulta muy importante dentro de un Estado Constitucional, porque una ordenanza municipal no tiene la misma competencia, jerarquía o importancia que una norma con rango de ley.

De igual manera se expresa que es una garantía de la seguridad jurídica tener esta diferenciación entre los niveles de las normas jurídicas, para no caer en un desorden e intromisiones entre poderes y competencia entre sí, se trata de diversificar el ordenamiento jurídico poniendo límites de competencia y rango de las normas jurídicas para velar con la seguridad jurídica.

- ***Los niveles jerárquicos –normas constitucionales, normas legales y normas administrativas– se genera de los principios de supremacía y subordinación.***

Como se ha hecho mención en un ejemplo anterior, no se puede hablar de un mismo rango entre las normas, de igual manera del grado de competencia que abarcan cada una, y menos si se ve violado el principio de separación de poderes de un Estado Constitucional, es por eso que existen niveles de jerarquía entre las normas constitucionales, legales y administrativas, primando las primeras por el carácter fundamental que tienen, y que como se sabe son fuente de leyes.

### **c) Inviolabilidad de la Constitución**

- ***Emerge de las reglas de superioridad y de subordinación normativa.***

Ninguna norma puede contravenir la Constitución, asimismo que dentro del ordenamiento jurídico la norma básica y fundamental, la que se encuentra dentro de la cúspide de la pirámide de Kelsen es la Constitución y todas las normas se subordinan a ésta.

Sobre las reglas de superioridad y subordinación, se puede advertir que ninguna norma por el principio de supremacía constitucional puede violar algún derecho consagrado en la Constitución, de ser así es expulsada del ordenamiento jurídico; de la misma manera podemos complementar que el respeto de estas reglas, principios que sustentan un Estado Constitucional hacen que la sociedad tenga seguridad, y certeza que sus derechos comprendidos en esta carta magna serán respetados y cumplidos, por cualquier entidad del Estado.

- ***El respeto de la norma constitucional se da por parte de las normas inferiores y por sus respectivos operadores legislativos, como una seguridad para el mantenimiento de un Estado constitucional de derecho.***

Existe un sometimiento por parte de los poderes del Estado y por cualquier organismo o entidad que se encuentra en un Estado, para cumplir los fines de seguridad dentro de un Estado Constitucional de derecho.

Este respeto de la norma constitucional, por parte de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico se da por que la Constitución tiene un rango superior a las demás normas, es más importante, es la inspiración para la creación de nuevas normas, es por eso que nadie puede estar en contra de ésta.

- ***Del incumplimiento de tal principio surge el fenómeno antijurídico de la inconstitucionalidad de las leyes, fenómeno que precisamente es materia de control.***

Al hacer mención sobre este fenómeno antijurídico denominado “inconstitucionalidad”, nuestra Constitución Política peruana, la tiene contemplada, esta se da cuando una norma jurídica es emitida y válidamente

promulgada, pero en su aplicación tiene rasgos o características dentro de esta que contraviene derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, es decir se tiene que hacer un control de la constitucionalidad de dicha norma, tenemos conocimiento que este control de la constitucionalidad nace desde la sentencia del Juez Marshall en Estados Unidos; en el Perú existen dos tipos de control constitucional, el control difuso y el control concentrado.

El Tribunal Constitucional al hacer un control concentrado de una norma jurídica en controversia, puede existir consecuencias jurídicas, tal como la expulsión de la norma jurídica del ordenamiento jurídico con la declaración de su inconstitucionalidad.

Este es un mecanismo de protección que tiene la propia Constitución para depurar a toda norma del ordenamiento jurídico que esté en contra de ella.

### **2.2.8.3. Características del Estado Constitucional peruano**

Para el jurista italiano Guastini señala siete condiciones que permiten hablar de la Constitucionalización de un determinado sistema jurídico<sup>118</sup>:

- **Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;**

El ordenamiento jurídico peruano tiene que estar en armonía con la Constitución, es así que la Constitución es rígida; la nuestra cumple con este requisito, puesto que para que exista una modificación de la Constitución tiene que pasar por un proceso que se encuentra expresamente contemplado en la misma, en el artículo 206°

- **La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;**

Esta característica, se encuentra contemplada en la Constitución en su artículo 138° párrafo segundo, en donde los jueces o magistrados en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma jurídica, la primacía de la primera sobre la segunda debe de primar, como base del control difuso de la Constitución, y así también como ultima ratio el control concentrado o constitucional de las normas jurídicas, que contravenga a la constitución.

---

<sup>118</sup> Citado por SANTIAGO, Alfonso, Neoconstitucionalismo; Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional, fecha 03 de abril del 2008; [En Línea] artículo jurídico en formato PDF. Página web consultada < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf>>, fecha de consulta el día 16 de octubre del 2014

- **La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”;**

Por lo que se refiere esta condición, cuando se habla de que la Constitución no es un conjunto de normas pragmáticas, debemos entender que pragmatismo se dice cuando las normas constituyen un Derecho Válido pero no pueden ser directamente aplicable, esto se da porque requieren de una promulgación de una ley que es la que hace factible el cumplimiento, estaríamos hablando de normas jurídicas que son objeto de un proceso de promulgación.

Las normas preceptivas constituyen normas de Derecho válido, eso quiere decir que las normas constitucionales no necesitan de otras normas para ser aplicadas, sino que son de aplicación inmediata, ligada claramente con la eficacia de estas normas constitucionales, el respeto de dichas normas.

La diferencia entre una y otra, estaría en la aplicación que tiene cada una de estas, es decir, la primera de estas necesita de otras normas por ende es de aplicación indirecta, en contra posición de la segunda que al ser preceptiva debe ser de aplicación directa.

- **La “sobre interpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;**

Respecto a esta condición, se agrega que la sobre interpretación de la Constitución debe tener parámetros, es decir, el máximo intérprete de la Constitución Política de nuestro Estado es el Tribunal Constitucional, las otras interpretaciones deben estar encausadas fielmente a los principios implícitos que emanan de la Constitución.

- **La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;**

Esta condición sobre la aplicación directa de las normas constitucionales, está concatenada o vinculada con la condición de las normas constitucionales son preceptivas, esto se da porque la aplicación de estas normas o derechos fundamentales o constitucionales no deben esperar la regulación por parte de otras normas, sino que su aplicación debe ser inmediata.

Sobre este punto vinculado a las relaciones entre particulares, claramente que dentro de un Estado constitucional de derecho, nadie está exento de cumplir con las normas

jurídicas impuestas por Estado y de igual manera de gozar de toda la protección de sus derechos fundamentales, es por eso que para toda persona que sea parte del Estado peruano es extensiva la aplicación directa de estas normas constitucionales; no se encuentra relacionado con la naturaleza de las personas sino que para todos abarca la protección de los derechos fundamentales. Todos estamos bajo el manto protector de la Constitución Política del Estado Peruano.

- **La interpretación conforme a la Constitución de las leyes y normas inferiores;**

A propósito de esta condición que nos señala Guastini, podemos decir que se encuentra relacionada con el segundo párrafo artículo 138° de la Constitución, el cual nos dice en otras palabras sobre la supremacía de las normas constitucionales por sobre otra norma o ley; si lo tomamos de forma extensiva y como ya lo hemos mencionado con anterioridad la Constitución corresponde una norma fuente, en donde las demás normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento se encuentran inspiradas en ésta.

Por ser esto cierto y al estar inmerso en un Estado Constitucional, y al cumplir con todas las características de uno el nuestro, debe cumplirse con esta condición, puesto que toda norma debe ser interpretada bajo los parámetros o conforme a la Constitución, todas las normas sin excepción, ya sabemos que al realizar esta interpretación y ser contraria a la Constitución una norma inferior, esta será expulsada.



# CAPITULO III

## DERECHO AMBIENTAL y DERECHO AL AMBIENTE

### 3.1. DERECHO AMBIENTAL.-

#### 3.1.1. Concepto de Derecho ambiental.-

El concepto de Derecho ambiental según Brañes<sup>119</sup> es: *“El derecho ambiental se define como: el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de manera relevante en los procesos de interacción que tiene lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”*.

Según la especialista Ada Alegre Chang<sup>120</sup>: *“El derecho ambiental es una rama del derecho que se caracteriza por ser una disciplina de síntesis, que articula conceptos jurídicos y no jurídicos de diversas áreas del conocimiento para regular las conductas humanas a través de principios que configuran una aproximación a la realidad, desde la perspectiva del interés público y con un alcance que trasciende espacial y temporalmente los enfoques tradicionales del Derecho. Las fronteras en el derecho ambiental van más allá de lo individual y colectivo, e incluso del presente, porque se orienta a tutelarlas condiciones que permiten asegurar la vida y la continuidad de esta, pero no simplemente en su sentido físico o natural de supervivencia, sino en el sentido amplio que se asocia a la propia dignidad del ser humano y al valor intrínseco que tiene la vida en sí misma”*.

Deja en claro que el derecho ambiental encierra hasta el momento diversas áreas que vienen siendo reguladas en los marcos jurídicos y al mismo tiempo principios que

---

<sup>119</sup> SAN MARTÍN VILLAVERDE, Diego, (2015) El daño ambiental, editores Grijley, Lima-Perú. pág. 23.

<sup>120</sup> ALEGRE CHANG Ada (2010), Los derechos fundamentales, estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Gaceta jurídica. Lima – Perú. Pág. 469.

siguen generando un comportamiento uniforme dentro de lo que respecta al derecho ambiental; cabe mencionar dos puntos vitales desde el punto de vista del concepto de Ada Alegre, el primero es que el derecho al ambiente trasciende lo individual o colectivo y que la defensa del ambiente no solo implica la protección de la misma, sino un sentido mucho más amplio como es la dignidad colectiva y personal, ya que un ser viviente que no sienta que su ambiente sea digno para su crecimiento, sin duda se siente afectado, por lo que la idea de asociar la defensa del ambiente junto a conceptos de dignidad es un concepto que debemos ampliar.

Señala además la doctora Alegre Chang<sup>121</sup>: *“que el derecho ambiental es una disciplina jurídica, con todo el rigor metodológico y técnico que sustentan los sistemas jurídicos contemporáneos que, no en vano, es el resultado de un largo madurar a través de la historia de las civilizaciones. A pesar de los trascendente y loable del fin último al que se orienta, el derecho ambiental no debe ser entendido solamente desde una perspectiva emocional, sino fundamentalmente con la razón y la técnica y, por ende, su ámbito de actuación y los resultados de su aplicación deben ser concordantes con las reglas y principios generales del derecho. La legalidad, razonabilidad, predictibilidad, y en sí, la seguridad jurídica no son solo compatibles con el derecho ambiental, sino que son una exigencia de este”*.

Notamos que el derecho ambiental según Ada Alegre, ha pasado por una evolución rápida, desde una preocupación hasta ser parte esencial de las legislaciones, atribuyéndole legalidad y protección. Existe además una característica loable en el estudio del derecho ambiental que viene generando principios y reglas del derecho en base a la protección de un valor moral y ético, ya que el ambiente viene generando tendencias en la sociedad que velan por el mejor interés para el ambiente.

Según Carlos Andaluz Westreicher<sup>122</sup> el derecho ambiental es: *“el conjunto de normas y principios de acatamiento imperativo, elaborados con la finalidad de regular las conductas humanas para lograr el equilibrio entre las relaciones del hombre y el ambiente al que pertenece, a fin de lograr un ambiente sano y el desarrollo sostenible”*.

---

<sup>121</sup> CHANG ALEGRE, Ada, Ob.Cit. pág.469.

<sup>122</sup> ANDALUZ WESTREICHER Carlos, (2006) Manual de derecho ambiental, editorial Proterra, Lima, Perú, pg. 505.

El autor Carlos Andaluz nos menciona el concepto genérico sobre la relación entre personas con su ambiente, los goces, el uso, la racionalidad de los recursos, los límites al ser humano para no ocasionar un daño irreparable en el ambiente, tratando de equilibrar la mencionada relación, en base a prácticas sociales, culturales, respeto, cuidado y utilización racional de los recursos naturales. Cabe mencionar además que se menciona el concepto de desarrollo sostenible, que es uno de los pilares de cualquier plan y política ambiental.

Para Alejandro Lamadrid Ubillús<sup>123</sup> aún difícil llegar a un consenso unánime en cuanto al concepto de derecho ambiental, el señala que: *“existen varios factores por las cuales aún no se llega a un acuerdo final, como la juventud de la rama como disciplina jurídica independiente; la progresiva evolución del término ambiente; la progresiva evolución del Derecho ambiental”*.

Seguramente por ser una rama moderna del derecho, es que el autor no siente que se pueda concretar una concepción individual sobre derecho ambiental y que la misma aun debería mantener relación a otra rama del derecho con la que se pueda ejercer mejor su ejercicio y protección, el además añade que: *“Estos factores pueden ser el común denominador en las diferentes legislaciones de acuerdo al continente en las cuales la denominación ambiente tiene sus variantes, y aquí en el Perú lo denominamos medio ambiente, también dándole una similitud de conceptos con la ecología y la diferencia radica en que la ecología es una disciplina de síntesis a diferencia del derecho ambiental que es una interdisciplinaria, interactuante y perfectible”*.<sup>124</sup>

Nos señala el autor que el concepto puede variar según la sociedad, continente y según la cultura de los ciudadanos; aquí en Perú el concepto de derecho ambiental ha sido ligado directamente a la ecología, en un principio por como el autor inclina su concepto sobre derecho ambiental hacia una incertidumbre y plantea estos factores, por los cuales aún no se concreta un concepto válido e incuestionable.

El derecho al ambiente es en realidad nuevo pero es a la vez constante, y lo es debido a que viene siendo legislado por casos u actos de contaminación y alteración de los ecosistemas en ciertos países, teniendo como al mayor afectado al hombre por lo que

---

<sup>123</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011), Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, editora ediciones legales, Lima-Perú, pág. 93.

<sup>124</sup>Ibidem. Pág. 96.

el derecho rápidamente debe proteger los derechos del ser humano e integrar a nuestro cuadro legislativo normatividad que se adecue a la necesidad de evitar contaminaciones.

Señala el autor Antonio Vercher<sup>125</sup> que, *“si la contaminación y degradación del ambiente no afectaran al hombre o mejor dicho, si el tema de la protección del medio ambiente no estuviera enfocado al medio humano, no habría necesidad de protegerlo”*.

Esta explicación implica la preponderancia del ser humano en el derecho ambiental en el que se condiciona la aparición de la legislación sobre derecho ambiental al bienestar del ser humano en su ambiente como ser esencial, no son solo los sucesos o fenómenos ambientales como huracanes, tornados, maremotos, contaminación, etc., lo esencial para el concepto de ambiente es el ser humano, en realidad es lo que importa para el derecho.

Afirma el jurista Raúl Brañes<sup>126</sup>, que: *“el derecho ambiental se ocupa principalmente de las normas jurídicas que regulan las relaciones más inmediatas entre la sociedad y la naturaleza, y centre su atención en aquellas normas que han sido:*

*a. Establecidas para restringir, prohibir o permitir determinadas conductas con relación al ambiente y sus componentes, los recursos naturales, como por ejemplo, normas que establecen vedas, que restringen la caza y que prohíben el tráfico de residuos peligrosos.*

*b. Regular o establecer derechos y obligaciones con relación a los componentes del ambiente, como por ejemplo, regulaciones sobre flora y fauna, acceso a recursos genéticos y ley de aguas.*

*c. Establecer y asignar las competencias de las autoridades encargadas de velar o manejar el ambiente y los recursos naturales, como por ejemplo las competencias del MINAM, del SERNANP, de la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre del Ministerio de Agricultura, y del Ministerio de Energía y Minas, entre otras”*.

---

<sup>125</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, “El uso del derecho penal para la protección del medio ambiente en España”, editorial Cordillera (2000), pg. 371.

<sup>126</sup> Página web Manual de la legislación ambiental patrocinada por el Ministerio del ambiente del Perú disponible en: [http://www.legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com\_content&view=article&id=4&Itemid=1919] revisado el 12/7/15 a las 10:29

Esto entre otros puntos son lo que encierra la legislación nacional sobre derecho ambiental, resumido en estos tres puntos por el doctor Brañes; como desarrollaremos más adelante un análisis sobre la legislación nacional sobre en derecho ambiental que se encuentra regulada en la ley N° 28611, así como las instituciones que desarrollan los principales conceptos que hemos mencionado y como estos primeros alcances están ligados a los objetivos enmarcados para la presente investigación.

### **3.1.2. Historia del inicio del derecho ambiental en el mundo.-**

#### **3.1.2.1. En el mundo:**

El Derecho Ambiental se desarrolló como lógica respuesta a la necesidad de explotar los recursos naturales en un marco de racionalidad, aprovechamiento sostenible y protección del ambiente. Su evolución ha sido rápida y progresiva, incorporándose paulatinamente en todas las ramas jurídicas y adquiriendo, a su vez, autonomía propia como disciplina vinculada con casi todas las ciencias<sup>127</sup>.

Aquí mostramos algunos acontecimientos que impulsan el avance del Derecho Ambiental y que van creando y modificando conceptos fundamentales.

- *La Conferencia de Estocolmo de 1972* centró la atención internacional en temas medioambientales, especialmente los relacionados con la degradación ambiental y la contaminación transfronteriza. Este último concepto era muy importante, ya que señalaba el hecho de que la contaminación no reconoce los límites políticos o geográficos y afecta a los países, regiones y pueblos más allá de su punto de origen. Estos problemas medio ambientales mundiales tan importantes incluyen, por ejemplo, todo tipo de contaminación, el cambio climático, la reducción de la capa de ozono, el uso y administración de los océanos y los recursos de agua dulce, la deforestación excesiva, la desertificación y la degradación de la tierra, los vertidos peligrosos y la disminución de la diversidad biológica.

- *En la Cumbre por la Tierra de 1992* se reconoció internacionalmente el hecho de que la protección del medio ambiente y la administración de los recursos naturales deben integrarse en las cuestiones socioeconómicas de pobreza y subdesarrollo.

---

<sup>127</sup> Página web del frente Universitario Peronista de la Universidad de Buenos aires, disponible en: [<http://federacionuniversitaria71.blogspot.com/2008/09/historia-del-derecho-ambiental.html>] revisado en fecha 13/7/15 hora: 11:54 pm.

Esta idea ha sido recogida en la definición del término desarrollo sostenible (o sustentable) hecha por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo (la Comisión Brundtland) en 1987 como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. Este concepto fue diseñado para satisfacer los requisitos de los partidarios del desarrollo económico así como los requisitos de los que están interesados principalmente en la conservación medio ambiental.

*La reunión de Río de Janeiro* señaló que los diferentes factores sociales, económicos y medio ambientales son interdependientes y cambian simultáneamente. El objetivo principal de la Cumbre fue introducir un programa extenso y un plan nuevo para la acción internacional en temas de medio ambiente y de desarrollo que ayudarían a guiar la cooperación internacional y el desarrollo de programas en el presente siglo.

- *El Protocolo de Kyoto* es un instrumento internacional, consensuado en 1997 y auspiciado por la ONU, para luchar contra el cambio climático. El objetivo es que los países industrializados reduzcan en forma gradual sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en promedio un 5,2% con relación al nivel de 1990. Hay compensaciones financieras para facilitar el cumplimiento de la meta.

### **3.1.2.2. En Latinoamérica:**

Estos tratados son los que más relevancia tuvieron en el inicio de las legislaciones a nivel mundial, en el caso de Latinoamérica, el derecho ambiental incidía en el código civil en conceptos sobre responsabilidad, es a partir del tratado de Estocolmo que las constituciones latinoamericanas iban incluyendo el derecho ambiental como parte de sus textos, no como derecho fundamental pero si al menos a grandes rasgos dentro de las políticas estatales a desarrollar.

De la misma manera, poco a poco se fueron instituyendo administraciones para gestionar la protección del ambiente; como consecuencia del contexto político en Latinoamérica por su inestabilidad, fragilidad y diferencias de ideas sobre desarrollo económico el derecho ambiental era la última preocupación de los gobiernos, es decir no era primordial desarrollar una voluntad política en consideraciones ambientales.

Es justamente en la década del 90, específicamente en la convención de Río en el año 1992 el que impulsa a la participación de los estados latinoamericanos en forma

general conjuntamente con la OEA que señalo que el derecho ambiental, ya no sólo era un derecho de tercera generación con sentido difuso, sino que era necesario que sea considerado un derecho fundamental, por lo que las constituciones lo abordaron en sus modificaciones de tal manera.

### **3.1.3. Derecho ambiental en la legislación peruana**

La legislación peruana a partir del reconocimiento constitucional del derecho al ambiente como derecho fundamental en la Constitución del 79, ha ido implementando legislación con la finalidad de crear instituciones que puedan garantizar una eficiente gestión ambiental.

Estas instituciones deben prever los alcances generales de las materias adheridas al concepto ambiental; lo dicho, no solo implica protección de recursos, advierte también sobre responsabilidades penales, tributación, políticas, descentralización, funciones institucionales etc. Por eso detallaremos las principales legislaciones referidas a la investigación.

- Constitución política del Perú de 1993, artículo 2 inc. 22. (derecho fundamental)
- Constitución política del Perú de 1993, artículo 66 (recursos naturales patrimonio de la Nación)
- Constitución política del Perú de 1993, artículo 67 (política nacional del ambiente)
- Ley N° 26410 (22/12/94) Ley del Consejo Nacional del Ambiente
- Ley N° 28611 Ley General del Ambiente
- Ley N° 27446 (23/04/2001) Ley del Sistema de Evaluación del Impacto ambiental
- Ley N° 28245 (08/06/2004) Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión ambiental.
- Decreto Supremo N° 008-2005-PCM (28/01/2005) reglamento de la ley N° 28245, ley del sistema nacional de gestión ambiental.
- Decreto Legislativo 1013 que aprueba la ley de la ley de creación, organización y funciones del Ministerio del ambiente art. 1. Modificado por el Decreto legislativo N°1039.
- Decreto Supremo N° 039-2008-AG, Reglamento de organización y funciones de la autoridad nacional del agua (ANA)
- Ley N° 29325 (04/03/09) Ley del Sistema Nacional de evaluación y Fiscalización ambiental - OEFA

- Decreto Supremo N° 001-2009-MINAM reglamento de organización y funciones del organismo de evaluación y fiscalización ambiental – OEFA

## 3.2. DERECHO AL AMBIENTE.-

### 3.2.1. Concepto:

Para empezar la presente investigación, es necesario establecer una diferencia rigurosa entre el concepto de derecho ambiental y derecho al ambiente, el primero en relación a la disciplina jurídica que estudia los aspectos del derecho al ambiente que es el derecho constitucional enmarcado en nuestra Constitución política; al respecto diversos autores nos dan una aproximación al concepto.

Primero debemos establecer que es el ambiente o medio ambiente como lo ha señalado el Tribunal Constitucional: *“el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales, vivos e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)”*.<sup>128</sup>

Así Guillermo Cano<sup>129</sup> sostiene refiriéndose al medio ambiente y a sus partes integrantes como el entorno, esto es: *“el medio donde el hombre existe lo integran diversos elementos. La mayor parte son físicos: la tierra-fauna, las minas; los recursos naturales en suma; otros elementos son inmateriales, como por ejemplo el ruido, o de creación humana, estos últimos derivan de la transformación de aquellos (producción industrial, agrícola, forestal, etc.) o consisten en fenómenos sociológicos”*.

Este concepto está ligado a lo que vendría a ser el derecho al ambiente, inclinado al disfrute y goce los espacios dignos para el crecimiento del ser humano, el derecho al ambiente encierra los elementos esenciales para la creación humana y de cómo

---

<sup>128</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril del 2005, derivada del expediente N°0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

<sup>129</sup> Citado por VERA ESQUIVEL, Germán (2011), Definición del derecho internacional del medio ambiente, ARA editores, Lima-P<sup>129</sup>Ídem, pág. 96.



los fenómenos sociológicos vienen generando mejores niveles de relación entre el hombre y su ambiente, tales como por ejemplo, las áreas de protección natural, los bosques municipales, áreas de esparcimiento forestal, playas libres de contaminación etc., etc. Lo descrito en este párrafo es esa facultad del ser al disfrute de estos espacios es decir su derecho al ambiente.

Se concluye estableciendo una idea de diferencia entre ambos conceptos, podemos decir que el derecho ambiental es la rama del derecho que estudia los aspectos tanto legales como los principios que vienen regulando la conducta del hombre en relación a su medio ambiente lo cual genera protección y condiciones básicas para la subsistencia en base a la dignidad del ser. Y la exigencia del concepto mencionado como derecho ambiental es lo que vendría a ser el derecho al ambiente por parte de los ciudadanos.

### **3.2.2. Principios Ambientales Internacionales.-**

Nuestro país se integra al ordenamiento mundial de la protección del ambiente, adhiriéndose en tratados a nivel mundial, uno de los más importantes es el Tratado ambiental de Río de Janeiro por lo que se debe señalar los principios relevantes a fin de respaldar los objetivos de la investigación, siendo estos, fuente esencial de la legislación adoptada en nuestro Estado.

#### **3.2.2.1. La declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo**

En el mes de Junio del 1992, se proclama una serie de principios, entre los que destacan los siguientes:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como presupuesto indispensable para el desarrollo

sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responde adecuadamente a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.

- Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los estados tiene responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías, los recursos financieros del que disponen.
- Las autoridades nacionales deberán procurar y fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, priorizando el interés público y sin distorsionar el comercio, ni las inversiones internacionales.

Estos principios reconocen y proclaman los derechos al ambiente, estableciendo pilares guía para las sociedades que desean una protección real de su ambiente, lo que implica la participación de todos los ciudadanos en prevención del deterioro del ambiente, utilizando valores de solidaridad, integración, salud.

Uno de los principios de la declaración de Río enfatiza el costo social por dañar el ambiente, responsabilizando a los países en desarrollo como el principal agente de contaminación y que sus acciones se han alejado de la prevención que requiere el ambiente, lo que crea responsabilidad a la sociedad, Estados, y organizaciones que no cumplen los objetivos planteados para proteger el planeta.

Estados Unidos es uno de los países que más consumo genera, siendo este uno de los responsables de la alteración ambiental en muchos lugares, puesto que sus recursos naturales no son lo suficientes para cubrir la necesidad del mercado interno que debe abastecer; es por esto que el costo social sobre el ambiente está dirigido a países que deben aplicar política solidarias y proteccionistas para la subsistencia de los recursos del planeta en condiciones que favorezcan al hombre.

Es importante señalar que el contexto temporal en el que se firmó este tratado ocurre en etapa de consecuencias graves para el medio ambiente, puesto que desde años

previos a 1992 se avizoró el calentamiento global hacia el siguiente siglo, así como deshielo de los polos, los bosques deforestados y la contaminación del agua dulce por la minería industrial y la minería informal sin fiscalización.

Además el crecimiento de la densidad poblacional conlleva al uso de muchos recursos naturales y por el modelo económico actual con intensidad alta de producción, es que se impulsó a las empresas transnacionales a elevar el grado del consumismo a nivel mundial. No urgía o trascendía una preocupación por parte de los estados en tal punto de la década de los noventa en plena convención de Río de Janeiro pero si lo es en la actualidad sobre todo en los países donde los recursos ya se encuentran al borde de la escasez.

### **3.2.2.2. Otros principios internacionales sobre el derecho al ambiente**

Previo a la revisión de los principios del derecho ambiental a nivel nacional es preciso hacer un breve recorrido por algunos otros principios del derecho internacional que son los siguientes:

- Principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al ambiente de otros estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional; siendo sus más celebres concreciones el convenio de Basilea, sobre movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación (1985), la convención del derecho del mar (1982), el Convenio de la diversidad biológica (1992) y la Convención marco de cambio climático (1992).
- Principio de la acción preventiva; que se traduce en políticas de prevención en el país parte y la suscripción de acuerdo como la declaración de Río.
- Principio de la buena vecindad y cooperación internacional; se derivan de éste apotema la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación y el daño ambiental, y la obligación de cooperar en la mitigación de riesgos ambientales y emergencias.
- Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas; los estados deberán colaborar con la conservación del ambiente teniendo en cuenta el aporte que han realizado al estado actual del ambiente; en otras palabras, los países industrializados tiene una mayor obligación de contribuir a la restitución del equilibrio de los ecosistemas como concretamente se puede observar en el protocolo de Kyoto.

- Principio de precaución; especialmente relevante a nivel internacional en los casos de pruebas atómicas.
- Principio del contaminador; pagador o internalización de costos;
- Principio del desarrollo sostenible.

Estos contemplan conceptos que son base de la investigación como participación ciudadana, responsabilidad social, por ser el derecho al ambiente un derecho difuso, colectivo y globalizado el cual obliga a los países a la prevención de la contaminación, bajo el principio de solidaridad social que deben tener los ciudadanos y sus representantes, así como la responsabilidad por hechos que no hayan podido ser controlados, la reparación y restauración de los ambientes dañados, planes de contingencia ambiental, y políticas estatales que permitan concretar todo lo mencionado en este párrafo.

### **3.2.3. Derecho al ambiente con relación al Derecho Constitucional**

#### **3.2.3.1. Antecedentes**

La conferencia de Estocolmo en 1972 fue la que marcó el inicio de la propagación de normatividad constitucional con respecto a derecho ambiental, equilibrio ambiental, protección ambiental, goce del ambiente, etc.; además de los diversos casos de contaminación a nivel mundial que exigían una postura estatal por parte de los gobiernos.

Esta conferencia tuvo una gran influencia en los países sudamericanos para impulsar el reconocimiento constitucional del derecho al ambiente, por lo que el Estado peruano incluye en su Constitución de 1979 el concepto en sentido integral en un artículo que pretende proteger diferentes aspectos.

La norma de la constitución de 1979 nos dice lo siguiente:

*Artículo 123: “Todos tiene el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.*

Como podemos apreciar en la Constitución Política de 1979, el artículo dirigido a la protección ambiental no formaba parte del cuerpo de los derechos fundamentales de

la persona, pero en la Constitución de 1993 si se propuso incluir el derecho a gozar de un ambiente adecuado en forma integral a otros derechos colectivos de tercera generación.

El artículo 123°, formo parte del Título III del régimen económico, capítulo II, sobre los recursos naturales, en los cuáles en conjunto con el artículo en mención, se normaban otros artículos conceptuando los recursos naturales renovables y los no renovables, y sobre la soberanía y protección estatal de los mismos.

Con este precedente el derecho ambiental como disciplina novedosa, marca un inicio de formulación de legislación que se viene extendiendo con el fin de concretarse las bases de un país moderno que protege el derecho al goce de un ambiente equilibrado así como el desarrollo sostenible, y por lo mismo a partir de su reconocimiento en nuestra Constitución se ha ido concretando avances, instituciones, políticas y desarrollo tomando en cuenta lo ambiental.

### **3.2.3.2 El derecho al ambiente en la Constitución Política de 1993**

#### **3.2.3.2.1. Aciertos según la doctrina:**

Una vez hecho mención lo que señala la Constitución de 1979 se ha analizado la presente normatividad en cuanto al derecho al ambiente.

Esta vez, se integró el derecho a gozar de un ambiente adecuado en el artículo 2°, sobre los derechos fundamentales de la persona, por lo que se considera que influenciablemente es gran avance para la protección del mismo, asi como para la exigencia como garantía estatal que debe prevalecer entre intereses públicos sobre privados.

Lo que precisa el artículo 2 inciso 22 de la Constitución es lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho: a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.”*

Ciertos autores señalan la necesidad y el gran avance que se tuvo con el reconocimiento del derecho del ambiente en la sección de derechos fundamentales

de la persona como por ejemplo el autor Raúl Canosa Usera<sup>130</sup> que nos dice: *“la preocupación por lo concreto, por las condiciones vitales del ser humano, lejos de ser un error, acerca las constituciones a los ciudadanos y deberían acrecentar un sentimiento constitucional”*.

*“Esta suerte de constitucionalismo existencialista, atento a las necesidades de los individuos y preocupado por sus condiciones materiales y espirituales, es el signo de nuestro tiempo. En este contexto aparecen en los ordenamientos “derechos vitales” cuyo número no deja de crecer en la medida en la que nuevas necesidades se suman a las ya existentes y quedan justificadas”<sup>131</sup>.*

*“Cada época presenta, pues, sus necesidades: los nuevos intereses, muchas veces controvertidos en nuevos derechos. Son valores y necesidades vitales histórica y culturalmente determinadas, las que determinan la aparición de esos nuevos intereses y derechos. La constitucionalización de lo ambiental tiene que ser enfocada desde los presupuestos enunciados: un nuevo interés que, junto con otros de índole social, adensa el constitucionalismo contemporáneo”<sup>132</sup>.*

Raúl Canosa<sup>133</sup>, nos dice que el derecho constitucional ambiental debe reparar primero, en los principios constitucionales relativo al ambiente; segundo, en la dimensión subjetiva de los intereses ambientales y su protección; tercero, en lo esencial de la organización y acción de los poderes públicos con atribuciones ambientales; y cuarto, y último, en la distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas.

Con lo expuesto, el Estado es responsable de regular las actividades que repercuten en el ambiente, teniendo en cuenta la organización de los órganos que se basan en materia ambiental, es fundamental para elaborar regulaciones que resulte una suerte de núcleo común de defensa y que se establezcan políticas tanto estatales, como gubernamentales que puedan afianzar los órganos dedicados al ambiente y descentralizar funciones con el fin de atender en forma inmediata cualquier contingencia ambiental que puedan vulnerar derechos fundamentales.

---

<sup>130</sup> CANOSA USERA, Raúl. (2004) Constitución y medio ambiente. Jurista Editores. Lima-Perú. Pág. 128.

<sup>131</sup> Ídem.

<sup>132</sup> CANOSA USERA, Raúl. (2004) Constitución y medio ambiente. Jurista Editores. Lima-Perú. Pág. 128

<sup>133</sup> SAN MARTÍN VILLAVARDE, Diego, (2007) El daño ambiental, editores Grijley, Lima-Perú Pág. 268.

### 3.2.3.2.2. Omisiones según la doctrina:

Lamentablemente el derecho ambiental no ocupó un reconocimiento único independiente de otros conceptos sobre derechos colectivos. Para el constitucionalista Marcial Rubio Correa<sup>134</sup>, hay tres aspectos que la constitución de 1993 ha omitido con respecto a lo que estipuló la constitución de 1979:

- El primero, el derecho a la preservación del paisaje y la naturaleza. Tal vez se debió añadir de acuerdo a ley con la finalidad de evitar interpretaciones extremas. Una norma de este tipo es muy importante en el mundo contemporáneo. En el que las fuerzas que maneja el ser humano son capaces de depredar el paisaje de una manera antes nunca vista<sup>135</sup>.
- La segunda norma no transcrita es el deber de conservar el ambiente. La constitución de 1993 en general ha recogido pocos deberes para el pueblo. El que comentamos ha sido uno de los olvidados, para demérito de la Constitución en nuestro criterio<sup>136</sup>.
- La tercera norma no transcrita ha sido la que convertía en deber del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental, norma muy importante y que en caso alguno colisiona con la idea neoliberal de Estado que tenían los constituyentes, porque en esencia aquí se trata de normar y supervisar. En nuestro criterio ha sido equivocado suprimir este dispositivo<sup>137</sup>.

Se cae en cuenta que el constitucionalista entiende que el derecho al ambiente si bien fue reconocido dentro de los derechos fundamentales, ha sido normado dentro de un artículo que protege integralmente otros derechos de tercera generación como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo y al descanso. Por lo que haber señalado estas omisiones a partir del razonamiento de Marcial Rubio nos invita a pensar que la legislación especial debe contener muchísimas aristas o variables que deben abarcar todos los extremos que no fueron mencionados en la norma constitucional.

---

<sup>134</sup> RUBIO CORREA, Marcial (1999) Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo I, Fondo editorial PUCP. Lima-Perú.

Pág. 413.

<sup>135</sup> Ídem.

<sup>136</sup> Ídem.

<sup>137</sup> Ídem.

El autor Alejandro Lamadrid Ubillús<sup>138</sup>, comparte la anterior idea, en cuanto a las omisiones señalando que: “*de ambas normas constitucionales fluye con claridad que solo se menciona el derecho y deber ambiental de todo ciudadano, con relación a habitar en un medioambiente adecuado, sin embargo, no se define en qué consiste el medio ambiente o qué elementos lo integran*”.

En la Constitución de 1979, se incluía tanto al paisaje como a la naturaleza y aunque en sentido general no especifica que es lo que implica la naturaleza, siquiera nos da un alcance de protección constitucional sobre el ambiente, lo cual carece la norma constitucional del 93.

Para Raúl Canosa Usera “existe un derecho constitucional ambiental, del cual no duda, pero algo distinto es que se hable de una disciplina autónoma como tal, en vista de que existe debate continuo sobre la autonomía de la misma del derecho ambiental sobre el derecho administrativo<sup>139</sup>”.

Coincide con tal apreciación el autor Cassagne<sup>140</sup> cuando establece que: “en suma el derecho ambiental constituye una rama del derecho administrativo que, por sus peculiaridades, configura una suerte de derecho administrativo especial, con principios y técnicas del Derecho Público”.

No estamos de acuerdo con este último planteamiento sobre el derecho ambiental, en realidad creemos que su importancia ha derivado un reconocimiento en la mayoría de las constituciones, por lo que su importancia ha trascendido al punto de formularse legislación con procedimientos especiales administrativamente y pueden ser protegidos por medio de procesos constitucionales. El único inconveniente para cierto sector de la doctrina es que el presente contexto de abuso del ambiente o contaminación en exceso genera la necesidad de independizar el derecho al ambiente como un artículo en el que se señale específicamente la dimensión tangible protegida.

#### **3.2.4. El derecho al ambiente equilibrado en la jurisprudencia**

El Tribunal Constitucional a través de sus magistrados ha establecido aportes durante los años de juzgamiento con el fin de concretar un concepto sobre el derecho al

---

<sup>138</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro (2011) Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos. Ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 78.

<sup>139</sup> SAN MARTÍN VILLAVARDE, Diego, (2015) El daño ambiental, Grijley editores, Lima-Perú. Pág. 266.

<sup>140</sup> Ídem.



ambiente, tal concepto se encuentra referido en las sentencias N° 00018-2001-AI/TC, 00964-2002-AA/TC, 0048-2004-PI/TC, 01206\_2005-AA/TC, donde se ha establecido que dicho derecho fundamental está configurado por:

- El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado
- El derecho a la preservación de dicho ambiente

La sentencia normativa N° 0048-2004-AI/TC, fundamento 17° establece lo siguiente: *“En su primera manifestación, esto es, el derecho de gozar de un medioambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medioambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad, de lo contrario, su goce sería frustrado y el derecho quedaría así, carente de contenido”.*

Se resalta que la jurisprudencia conjuga la relación entre el ser humano y su ambiente como armoniosa y natural, siendo una relación intrínseca por lo que cualquier tipo de alteración que no permita la mencionada armonía dejaría sin efecto el derecho al ambiente.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia N°03343-2007-PA/TC ha establecido:

*“El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales - libertad negativa (de no dañar el medio ambiente), como los derechos prestacionales - libertad positiva (evitar proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan)-en **su faz reaccional**, se traduce en la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En su **dimensión prestacional**, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, los cuales se traducen a su vez, en un haz de posibilidades, esto no solo supone tareas de conservación,*

*sino también de prevención y, evidentemente, de reparación o compensación de los daños producidos”.*

Un comentario a la sentencia en el análisis de Alejandro Lamadrid<sup>141</sup>, nos dice: *“debe enfatizarse que la prevención y la realización de acciones destinadas a ese fin, tienen especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño a tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos par la sociedad”.*

Ciertamente la prevención es una pieza básica del derecho al ambiente, si combinamos ambas sentencias, daríamos cuenta que la prevención es uno de los medios para que la armonía y naturalidad entre el ser humano y su ambiente lo que permite que su desarrollo como persona sea digno e integral.

### **3.2.5. Principios ambientales en la ley general del ambiente.-**

Los principios del derecho ambiental son las guías o ideas con fuerza general que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales del derecho ambiental. Desde una óptica sociológica son productos culturales, por lo que son respuestas que da la sociedad para salvaguardar el entorno natural y el desarrollo sostenible de las distintas regiones que conforman nuestro planeta.

El especialista Henry Carhuatocto Sandoval<sup>142</sup> dice: *“a nuestro entender son supra normas que dan fundamento, dirección y coherencia a las normas de derecho ambiental. Sin duda, su origen se encuentra en la sociedad nacional y mundial, en la medida que son estas organizaciones sociales, a través de los principios del derecho ambiental que expresan sus convicciones, posiciones, creencias o juicios de valor sobre cómo enfrentar la problemática ambiental del mundo del siglo XXI”.*

El Título preliminar de la Ley general del Ambiente contiene XI directrices que serán los que iluminarán y guiarán toda la legislación ambiental. A continuación se revisa uno a uno estos principios con el aporte explicativo de cada uno de ellos por parte de los doctrinarios ambientales.

#### **3.2.5.1. Artículo I.- Del derecho y deber fundamental**

---

<sup>141</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro (2011) Derecho ambiental contemporáneo crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 87.

<sup>142</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry (2009), Guía de derecho Ambiental, Jurista editores, Lima- Perú. Pág. 24

*“Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el **deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental** y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.*

Para Dino Caro Coria<sup>143</sup>: *“Este es un derecho derivado de la propia dignidad humana y que tiende a preservar la integridad de la sociedad humana, resulta oponible al Estado y exigible a él, pero que por sobre todas las cosas requiere el concurso de todos los actores sociales para su cumplimiento efectivo”.*

Este es uno de los derechos fundamentales en la teoría de los derechos humanos, pues es uno de los presupuestos fundamentales para el ejercicio del resto de derechos.

Este derecho es reconocido por primera vez en el Principio primero de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano<sup>144</sup>, según el cual *“el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones futuras”.*

En cuanto a la importancia de este principio para los objetivos planteados se debe señalar que el principio recalca el deber de los ciudadanos a contribuir con la gestión ambiental, en forma participativa y fiscalizadora, siendo el mismo hombre el que deteriora el ambiente y a la vez el mismo que lo protege.

Dino Caro enfatiza las condiciones del ambiente relacionando a la dignidad humana como base elemental de la exigencia. La dignidad humana requiere ámbitos que le permitan desarrollarse en forma integral, por lo que el concepto de dignidad social es alcanzable a través del principio en mención.

### **3.2.5.2. Artículo II.- Del derecho de acceso a la información**

---

<sup>143</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, Ob. Cit. Pág. 125.

<sup>144</sup> Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Conferencia de naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972).

*“Toda persona tiene el derecho a acceder y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento”.*

Esto es en concordancia con el derecho a la libertad de acceso a la información pública y también de las instituciones privadas en caso se vulnere el derecho citado. El artículo 41 de la ley general del ambiente señala que no habrá diferencias de ninguna índole con los que quieran solicitar información a cualquier institución, y con referencia sobre salud, con más importancia aún.

Según Carhuatocto Sandoval<sup>145</sup>: *“la ciudadanía, las ONGs vinculadas a la defensa del medio ambiente, la Fiscalía de prevención del delito, la defensoría del pueblo, el poder judicial, los gobiernos locales y los gobiernos regionales, deben convertir en un hábito responsable el ejercicio de su derecho a solicitar información a empresas productivas, entidades sectoriales y potenciales infractores.”*

Al respecto el autor señala que las instituciones por más que se encuentren fuera de las facultades otorgadas por el Estado no permitiendo su participación en temas ambientales, estos deben hacerse cargo de las peticiones de información para absolver la preocupación de la sociedad ante la posibilidad de contaminación, esto no solo basado en el principio que encierra la ley general del ambiente, sino además de los principios derivados de los tratados en los que se señala que el ser humano es el afectado por lo tanto debe ser el más interesado en solicitar esta información como medida de prevención.

Mario Valls, nos dice: *“el carácter frecuente oculto de la amenaza ambiental impone la necesidad de hacer pública toda la información relativa a la misma y, especialmente, evaluar el impacto ambiental de obras y actividades, y de difundir sus conclusiones para que los interesados puedan intentar oportunamente los remedios jurídicos adecuados para defender sus derechos”.*

---

<sup>145</sup> Carhuatocto Sandoval, Ob. Cit. Pág. 31.

Se tratará específicamente este principio, por ser uno de los pilares fuente de la investigación, puesto que la información ambiental es el canal que genera la participación de la ciudadanía en la defensa del derecho ambiental.

### 3.2.5.3. Artículo III.- Del derecho a la participación en la gestión ambiental

*“Toda persona tiene el **derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones**, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental”.*

Para Alejandro Lamadrid<sup>146</sup>. *“La participación ciudadana es inherente a la gestión ambiental; en tal sentido, la política, legislación y administración aplicadas al ambiente no deben excluirla sino auspiciarla”.*

La ley general del ambiente en su artículo 47° coloca ciertos límites dentro de los cuales se ejercerá este derecho de participación ciudadana.

- Participación de manera responsable, ello implica por ejemplo que para asumir una posición u opinión esta debería estar sustentada en información veraz o documentadamente avalada o haber estado participando activamente en el tema ambiental objeto de intervención
- Debe actuarse con buena fe, transparencia y veracidad, evidentemente la participación ciudadana se hace honesta, leal y privilegiando el bienestar general y no intereses, proselitistas o individualistas.

El artículo 31° de la Constitución canaliza la participación ciudadana como un derecho a participar en los asuntos públicos a través del referéndum para temas como iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas.

Muchos de los conflictos socio ambientales actuales derivan del ausente ejercicio de participación ciudadana, mientras que las leyes especiales legaliza el acto como

---

<sup>146</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro, Ob. Cit. Pág. 130.

posible y necesario, el gobierno central no reviste de importancia la opinión de la sociedad cuando se trata de concesiones mineras.

El mismo autor Carhuatocto<sup>147</sup> opina lo siguiente: *“el deber de participación responsable es vulnerado cuando se trasgreden disposiciones legales sobre participación ciudadana y toda acción o medida que tomen las autoridades o los ciudadanos que impida y obstaculice el inicio, desarrollo o término de un proceso de participación ciudadana conforme lo señala el numeral 2 del artículo 47° de la ley general del ambiente”*.

#### **3.2.5.4. Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental**

*“Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por **la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva**, al conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos”*.

*“Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”*.

Según Raúl Brañes<sup>148</sup>, el concepto de *“acceso a la justicia ambiental es entendido como la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”*.

La justicia ambiental es un remedio jurídico al que deben acceder la persona o población afectada por un daño ambiental, y cuyos resultados deberían verse en un plazo razonable. Además se deben implementar a nivel judicial juzgados especializados en materia ambiental, con un fin protector dinámico por el ambiente en resguardo el desarrollo sostenible y la salud de la población.

---

<sup>147</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, Ob. Cit. Pág. 35.

<sup>148</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, Ob. Cit. Pág. 136.

El país está lleno de conflictos socioambientales que posiblemente justifique la creación de los mismos al menos en ciertos aspectos, ya que en el caso del Ministerio Público se ha de notar que si cuentan con fiscalías ambientales con independencia. En caso los juzgados que se plantea existan serían susceptibles de admitir las acciones por responsabilidad civil por daño al ambiente, acciones contenciosas administrativas que deben resolverse con celeridad y procesos constitucionales ambientales, etc.

### 3.2.5.5. Artículo V.- Del principio de sostenibilidad

*“La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente ley, se sustentan en la **interacción equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional**, así como en la satisfacción de las necesidades actuales y futuras generaciones”.*

Es necesario centrarse en el concepto de desarrollo sostenible, y según Elsa Galarza Contreras<sup>149</sup>, define sostenibilidad como: *“el proceso donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas presentes sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que, por ende, involucra la utilización de recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales para acrecentar el potencial actual y futuro, y así atender las necesidades y aspiraciones humanas”*

El principio de sostenibilidad toma congruencia cuando se estructura en forma organizada, los aspectos sociales, ambientales y económicos: para muchos estudiosos ambientales lo económico viene agrediendo lo ambiental, por lo que el concepto de sostenibilidad implica otros aspectos ligados a responsabilidad social.

Así tenemos que Cajamarca, poseedora de la mina de oro más grande de Sudamérica ocupa el segundo lugar en el mapa de la pobreza del país (2006). El 100% de la población rural de dicha ciudad se abastece de aguas usadas por la minería. La escena se repite en Áncash, donde el 55% de su gente sufre de pobreza y desempleo, el canon minero triplico de 4 a 12 millones de soles<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Citada por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry (2009) Guía de derecho ambiental, jurista editores, Lima-Perú. Pág. 40.

<sup>150</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro. Ob. Cit, pág. 143.

En síntesis, el desarrollo sostenible es un sistema para limitar nuestras actividades de manera responsable y duradera cuando se trata de recursos naturales que deben ser protegidos hacia el futuro. Se requiere un crecimiento económico equitativo bajo los criterios de igualdad, justicia social y adecuada distribución de ingreso, privilegiando las mejores condiciones de vida de la población, y principalmente, de una adecuada regulación legal que acerque a la sociedad a dichos objetivos.

### **3.2.5.6. Artículo VI.- Del principio de prevención**

*“La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”.*

El Estado es el encargado de prevenir los posibles casos de contaminación a través de sus instituciones especializadas, pero prevenir no puede ser confundido con reparar, remediar, o compensar, la prevención comprende aspectos previos a la contaminación de un sector; el deber de prevenir consiste en actuar con debida diligencia, adquirir mayor pertinencia a medida que aumenta el riesgo constantemente por conocimiento sobre las operaciones de alto peligro ambiental, que impliquen materiales dañinos a ser utilizados o procesos con métodos precarios tales como en caso de minería ilegal, etc.

Esto quiere decir que el deber del Estado no solo se manifiesta en resguardar que las actividades de los concesionarios se hagan dentro de los parámetros previstos de acuerdo al marco jurídico preestablecido para la protección del ambiente, sino también en ejercer un control a priori; esto es, realizar los estudios pertinentes, para que antes de realizarse las actividades que puedan afectar el medio ambiente, se tenga cierto grado de certeza sobre las consecuencias que dicha actividad pueda ocasionar. Solo de esta manera se podrán adoptar medidas destinadas a evitar el daño o, en todo caso, hacerlo tolerable<sup>151</sup>.

La realidad señala progresos o avances de prevención como la reciente implementación de fiscalías de protección del ambiente, o haber tipificado a la minería ilegal como delito, o las instituciones de estudios de impacto ambiental a cargo del

---

<sup>151</sup> Fundamento 12 de la sentencia del TC, recaída en el exp. N° 1206-2005-PA/TC.



Ministerio del Ambiente, o las instituciones de fiscalización ambiental (OEFA) pero estos avances legislativos e institucionales aún no establecen una verdadera política nacional sobre el ambiente que pueda ser interiorizada por los ciudadanos y desarrolladas por los diferentes niveles de gobierno, si el caso fuera tal como lo señalamos, se podría decir que existe una política ambiental preventiva y cualquier acción preventiva realizada sea un precedente vinculante para diferentes casos con un razonable riesgo.

### **3.2.5.7. Artículo VII.- Del principio precautorio**

*“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”.*

Vera Esquivel<sup>152</sup> cita el siguiente dato importante; *“durante la época de los ochenta, este principio fue invocado por el gobierno alemán para justificar la imposición de medidas coactivas tendientes a reducir la contaminación del aire, la lluvia ácida y la contaminación del mar del Norte”*<sup>153</sup>.

Tal es el caso, que ante un posible peligro que no tenga una confirmación en base a pericia o técnica por parte de profesionales o instituciones especializadas, será suficiente con tan sólo el uso de la lógica común como para impedir la realización de un proceso que a priori podría contaminar el ambiente.

Alejandro Lamadrid ilustra el principio con un buen ejemplo: *“la adecuación de las medidas a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción”*, lo que finalmente persigue esta previsión legal, es la revisión periódica de la decisión funcional con respecto a la censura o medida precautoria funcional con respecto a la censura o medida precautoria de la actividad contaminante.

Por ejemplo, si una determinada empresa utiliza para sus actividades una sustancia, cuya utilización posteriormente es censurada por la autoridad administrativa o judicial, por existir indicios razonables de su efecto perjudicial, para los seres vivos y el

---

<sup>152</sup> VERA ESQUIVEL, Germán (1998) Negociando nuestro futuro común, el derecho internacional y el medio ambiente en el umbral del nuevo milenio, editorial PUCP, Lima-Perú, pág.156.

ambiente, y si se da el caso que luego de algún tiempo, los estudios científicos universales demuestran la benignidad de dicha sustancia; entonces la autoridad deberá reconsiderar su decisión y permitir el uso de esta sustancia por parte de la empresa X<sup>154</sup>.

En tal caso, la duda siempre favorece al operario, pero cuando se trata del ambiente, la prevención y las medidas de cautela para evitar la contaminación sería lo adecuado. Tal prioridad ambiental surge de otros principios conexos como el de prevención y sostenibilidad.

### **3.2.5.8. Artículo VIII.- Del principio de Internalización de costos.**

*“Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos”.*

El ambiente es un bien protegido susceptible de reparación. Esto no quiere decir pagar por contaminar, sino internalizar los costos de los potenciales daños al ambiente en el proceso de producción del agente contaminador. Ello en razón a que se entiende que el responsable de un riesgo es quien debe hacerse cargo de las consecuencias que su actividad puede ocasionar a la sociedad. El código civil establece la responsabilidad contractual por este tipo de hechos.

Este principio es una de las fuerzas coactivas a utilizar por parte de las instituciones en su trato de relación con las empresas privadas inmersas en el ejercicio de la minería, empezando por la prevención realizando un estudio profundo para demostrar los posibles gastos en dinero en caso de contaminación posterior.

Henry Carhuatocto Sandoval<sup>155</sup> nos dice: *“los instrumentos de gestión ambiental tiene esa finalidad preventiva y mitigadora de potenciales impactos negativos al ambiente de la actividad empresarial. Se trata entonces de incluir en los costos del empresario, el valor de medidas mitigadoras al daño ambiental y no de un pago por contaminar,*

---

<sup>154</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, Ob. Cit. Pág. 166.

<sup>155</sup> Citado por LAMADRID UBILLÚS, Ob. Cit. Pág. 171.

*permitiendo la restauración del ambiente así como la compensación por el daño inferido”.*

De acuerdo a Carlos de Miguel Perales<sup>156</sup>: “debe reconocerse que la responsabilidad civil es un instrumento jurídico cuya primera finalidad no es precisamente la protección del ambiente. Si todo el derecho civil se preocupa por la persona a lo que se encamina la protección de la responsabilidad civil principalmente es a la propiedad y a la salud de las personas. De ello se deriva, indirectamente, una protección al ambiente, pero solo en cuanto hay un bien patrimonial o personal que ha sido dañado”.

### **3.2.5.9. Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental.**

*“El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generado, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”.*

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes está obligado en principio a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda.

Este principio a diferencia del principio de prevención que se ubica en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental o el principio de internalización de costos al interior de la cadena productiva del agente, tiene como escenario el daño ambiental producido debido a la realización de una actividad productiva u otra distinta a esta, pero idónea para producir un daño ambiental<sup>157</sup>.

Un claro ejemplo sería, que podrían incurrir en responsabilidad ambiental los gobiernos regionales que construyen carreteras o captaciones de agua sin estudios técnicos ambientales o sin contar con la opinión técnica favorable de la autoridad ambiental competente<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Citado por SAN MARTÍN VILLAVERDE, (2015) El daño ambiental, Un estudio de la institución del derecho ambiental y el impacto en la sociedad. Grijley editores, Lima-Perú, Pág. 277.

<sup>157</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011) Derecho ambiental contemporáneo, Crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú, Pág. 173.

<sup>158</sup> Ídem.

Ahora el nivel de responsabilidad por daño ambiental en el ámbito del derecho privado puede responsabilizar no solo a la empresa por los daños ocasionados al ambiente, sino también a las personas naturales (gerentes directores) que realizando dirección de proyectos mineros o de otra índole provocan y ocasionan el daño ambiental.

Para ello se deberá probar que dichas personas tenían pleno conocimiento que las actividades entrañaban serios riesgos ambientales, o que hayan autorizado expresamente la actividad sin tener en cuenta los estudios de impacto ambiental o instrumentos de gestión ambiental o bien adulterándolos o no tomando en cuenta la real situación del lugar donde se debe realizar el estudio.

### **3.2.5.10. Artículo X.- Del principio de equidad**

*“El diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales deben contribuir a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y económicas existentes, y al desarrollo económico sostenible de las poblaciones menos favorecidas. En tal sentido, el Estado podrá adoptar, entre otras, políticas o programas de acción afirmativa, entendida como el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas, en un aspecto o varios de su vida social o económica, a fin de alcanzar la equidad efectiva”.*

Para explicar este principio, Oswaldo de Rivero<sup>159</sup>, nos comenta un ejemplo, de su obra destacada “el mito del desarrollo” en el cual nos advierte lo siguiente: *“si la población urbana de Bolivia, India, Marruecos o Perú sigue creciendo y la producción de alimentos, energía y agua no le siguen el paso, el resultado será más pobreza como consecuencia de una tremenda presión demográfica sobre estos tres recursos cruciales.*

*La explosión demográfica urbana depredará las tierras agrícolas expandiéndose sobre ellas y agudizándose aún más la falta de seguridad alimentaria. Las ciudades con poca agua y aguas contaminadas harán que muchas epidemias se vuelvan endémicas. La población en busca de energía hará leña los bosques, causando la erosión de los suelos y bajando aún más la producción de alimentos. Con explosión*

---

<sup>159</sup> Citado por CARHUATOCO SANDOVAL Henry, ob. Cit. Pág. 65.

*demográfica urbana y sin seguridad alimentaria, energética e hídrica no existirá expectativa de desarrollo. Sin agua, la nación no tendrá alimentos; ninguna escuela servirá con niños desnutridos; ninguna fábrica podrá tener alta productividad sin suficiente energía y agua; en fin, ninguna familia podrá tener una vida saludable sin suficientes alimentos, agua y energía”.*

Sin desarrollo socioeconómico de las poblaciones rurales y de extrema pobreza no es posible implementar políticas públicas ambientales; las estrategias de conservación in situ por ejemplo deben necesariamente contribuir a erradicar la pobreza y reducir las diferencias sociales y económicas existentes. Nuestras políticas públicas en materia ambiental están inexorablemente fusionadas con nuestras políticas públicas socioeconómicas, siendo el resultado de ambos instrumento, el desarrollo sostenible del país.

Alejandro Lamadrid<sup>160</sup>, hace un aporte en este tema, en caso se utilice las áreas naturales protegidas para evitar el desarrollo social, él nos dice: *“el establecimiento de un área natural protegida no puede seguir siendo visto como un factor para el no desarrollo social al restringir el uso de los recursos como un factor para el no desarrollo social al restringir el uso de los recursos naturales y constituir un escollo legal para efectuar obras públicas de electrificación rural, ductos de irrigación, captación de agua potable o para construir un camino vial, esto los excluiría aún más socialmente”.*

Lo importante es reducir la pobreza mediante el correcto uso de políticas gubernamentales que puedan reducir la brecha entre los que si consideran tener un desarrollo social adecuado y los que no sienten el alcance de los planes de esas políticas. La protección de las áreas naturales no puede ser excusa como para postergar un avance tecnológico a los grupos pobres viviendo alrededor de estas áreas. Esta parte podría interpretarse como una contradicción a lo que intentamos plantear con la protección del ambiente, pero en sí hay que sopesar ciertas veces, tratando de buscar una combinación que no afecte ni al ser humano ni al ambiente que habita.

---

<sup>160</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, Ob. Cit. Pág. 174.

### 3.2.5.11. Artículo XI.- Del principio de gobernanza ambiental

*“El diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales se rigen por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia”.*

Para el autor Carhuatocto Sandoval<sup>161</sup>: *“El objetivo de este principio es hacer posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia. En dicha labor contribuirá notablemente la búsqueda de complementariedad de los instrumentos de gestión ambiental, los instrumentos de incentivos y sanción de los diferentes sectores con competencias ambientales”.*

La gobernabilidad implica muchas de las aplicaciones o estrategias implementadas por el Estado en el ejercicio de sus funciones, es decir, son procesos, interacciones entre los sujetos, planes que involucran a la población. En sector ambiental se necesita mucha motivación e incentivos para encontrar una participación ciudadana activa y constante, esto es parte de la gobernabilidad que realiza el Estado.

Elsa Galarza Contreras<sup>162</sup> nos dice: *“el concepto de gobernabilidad y buen gobierno se refiere al ejercicio eficiente, eficaz y legítimo del poder, y la autoridad para el logro de los objetivos sociales, económicos y ambientales”.*

Craig Macfarland<sup>163</sup> manifiesta que: *“la gobernabilidad se puede definir como la interacción entre las estructuras, los procesos y las tradiciones que determina cómo se debe ejercer el poder, cómo se adoptan las decisiones y cómo participan los ciudadanos y sectores involucrados”*

El objetivo de este principio es hacer posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados en la toma de decisiones, manejo de conflictos y

---

<sup>161</sup> CARHUATOCO SANDOVAL Henry, ob. Cit. .pág. 67.

<sup>162</sup> GALARZA CONTRERAS, Elsa. (2002) Ruta hacia el desarrollo sostenible del Perú, UP-centro de investigación. Lima-Perú. Pág. 17.

<sup>163</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, ob. Cit. Pág. 175.

construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia. En dicha labor contribuirá notablemente la búsqueda de complementariedad de los instrumentos de gestión ambiental, los instrumentos de incentivos y sanción de los diferentes sectores con competencias ambientales.

### **3.3. PARTICIPACIÓN CIUDADANA**

Uno de los pilares de la presente investigación es el tema de la participación ciudadana, que a nuestro parecer debe ser ejercida mediante *representación democrática en los procesos de concesión minera*, este pilar fundamental está incluido como garantía democrática debidamente suscrita en la Constitución. *La participación es uno de los alcances capaz de consolidar la democracia liberal y fortalecer al Estado moderno*<sup>164</sup>

#### **3.3.1. Fundamento para la participación ciudadana mediante representantes democráticos**

El especialista en derecho ambiental, Carlos Andaluz Westreicher<sup>165</sup> nos dice respecto a la participación ciudadana, lo siguiente: *“Los seres humanos constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado además la voluntad del pueblo es la base del poder político, por lo tanto, es natural que deban garantizarse los canales para su adecuada participación en el quehacer público, así como la tutela eficaz de sus derechos fundamentales”*.

Este concepto tiene dos enfoques importantes para la investigación, el primero es “la voluntad del pueblo es la base del poder político”, es decir el Estado debe reconocer que la voluntad mayoritaria de la población es justamente materia de protección y en eso radica el poder político estatal, y el segundo enfoque es el deber de “canalizar la adecuada participación”, y esta canalización a nuestro razonamiento puede ser mediante mediadores o mediante representantes democráticos con poder político en base a la voluntad del pueblo.

---

<sup>164</sup> FOR VALENCIA, Pierre, (2012) Gestión ambiental y empresa, editorial rodhas, Lima-Perú. Pág. 158.

<sup>165</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos (2013), Manual de Derecho Ambiental, Iustitia editores, Lima Perú, Pág. 600.

Según Carhuatocto Sandoval<sup>166</sup>, *“la participación ciudadana en materia ambiental se puede definir como un proceso mediante el cual se integra al ciudadano, en forma individual o colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control ejecución de las acciones que incumben a la gestión ambiental: ello permitirá al ciudadano ejercer otros derechos, puesto que solo informado puede tener conciencia de su realidad, sus oportunidades y su problemática ambiental”*.

Bajo este concepto, el ciudadano tiene un derecho a toma de decisiones en la gestión ambiental, y estas decisiones solo pueden hacerse efectivas o viables a través de representantes que tengan una relación jerárquica con el Estado, ya que de otra forma, la protección ambiental sería canalizada mediante acciones judiciales o administrativas en primera instancia, lo que no permitiría una real anticipación a los daños al ambiente.

Asimismo el artículo 10 de la declaración de Río de Janeiro precisa: *“el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda (...) así como de participar en los procesos de adopción de decisiones”*. Por su parte el artículo 23, numeral 1 inciso a) de la convención americana de derechos humanos, establece que *“toda persona tiene derecho a participar en asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes”*

La declaración de Río establece niveles a los cuales los ciudadanos puedan asistir para la toma de decisiones, ya que tienen derecho a participar en asuntos públicos o por medio de representantes, a nivel provincia, el que goza de tal representación democrática viene a ser el Alcalde provincial, y a nivel regional, viene a ser el Presidente regional que justamente goza de facultades en gestión y políticas ambientales según la ley de Gobiernos Regionales.

Estas acciones son exclusivas a las personas públicas o privadas, de manera colectiva o individual, que estén en el sector privado o en el público. Por eso es obligación del Estado garantizar este derecho de participación ciudadana; pero, correlativamente, todos los ciudadanos tenemos la obligación de colaborar con el Estado para lograr estos propósitos y que el costo de realización de la inclusión de

---

<sup>166</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, Alejandro, Ob. Cit. Pág. 130



participación pueda ser realizable. El estado protege el derecho a la tutela jurisdiccional y administrativa, este derecho nos asiste sea en forma personal, o sino en defensa de la colectividad, ya que al ser un derecho difuso, nos permite accionar en nombre de los demás

Mediante el ejercicio del derecho a participación en gestión ambiental, se concreta la facultad bilateral para participar junto a nuestras autoridades encargadas en la elaboración, ejecución, y evaluación de las políticas ambientales y de las normas ambientales, e inclusive, cuestionar las acciones de las instituciones a cargo.

Para argumentar lo expuesto, mencionaremos un ejemplo a nivel Ministerial, la resolución ministerial 467-2004-MEM/DM<sup>167</sup> del 6 de noviembre del 2004, que revocó la autorización de la evaluación ambiental para la realización del proyecto de exploración minera “Yanacocha Sur cuenca del río Porcón Cerro Quilish, a favor de la empresa minera Yanacocha S.R.L. hasta que se cumpla con una serie de condicionamientos de transparencia y de participación ciudadana necesarios para la continuación de las actividades de exploración.

Otro ejemplo es la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocida además en el convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT), la cual tiene como objeto realizar una consulta previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos su existencia física, calidad de vida, o identidad cultural; ellos si bien desarrollan su vida dentro de una región en particular, son representados por sus instituciones según artículo 6° de la Ley en mención, ya que ellos mantienen costumbres alternas y reglamentos alternos en cuanto a jerarquía organizativa que difiere a la legislación nacional.

### **3.3.2. Legislación que ampara la participación ciudadana**

La participación ciudadana es parte importante en todo procedimiento de concesión minera, ya que se debe garantizar que la misma no contrarié el interés colectivo o la paz individual de las personas. Es un deber ciudadano señalar si se infringe cierta

---

<sup>167</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Ob. Cit. Pág. 602.

normatividad dentro de las concesiones mineras, sea que se perjudique personalmente por la acción o perjudique a todos.

En cuanto a las normas sobre participación ciudadana en nuestra legislación, encontramos las siguientes:

- *Constitución Política*: el numeral 17, del artículo 2° de la Constitución Política, señala que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada en la vida política económica, social y cultural de la nación.
- Los artículos 2° y 31° de la Constitución señalan que existe un derecho a participar en los asuntos públicos a través del referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas.

Andaluz Westreicher<sup>168</sup> nos señala la omisión de la carta magna en cuanto a la relación derecho ambiental con la participación ciudadana diciendo: *“La Constitución no ha recogido expresamente el derecho-deber a un ambiente sano, lo que algunos han denominado la corresponsabilidad en la tutela de este bien jurídico entre el Estado, la sociedad civil y el sector empresarial; ya que la carta simplemente hace referencia al derecho ciudadano mas no al deber; sí existen criterios jurisprudenciales que establecen que tal corresponsabilidad existe de manera implícita en la constitución”*.

- *Ley General del Ambiente*: precisa en su artículo 46° que este derecho a participación en la gestión ambiental incluye el derecho de toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible.

Correlativamente a los derechos, las personas naturales o jurídicas tienen los siguientes deberes:

---

<sup>168</sup> ANDALUZ WESTREICHER. Ob. Cit. Pág. 601

- Contribuir a una efectiva gestión ambiental
  - Ejercer los derechos de propiedad, libertad de trabajo, comercio e industria en armonía con el ambiente.
  - Proteger la salud de las personas, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible.
  - Proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades, la información que requieran para una efectiva gestión ambiental.
  - En forma individual o colectiva, a emitir opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental.
- ❖ *Ley N°27806, Ley de Transparencia y acceso a la Información Pública. TUO aprobado por decreto Supremo N°043-2003-PCM.*
- ❖ *Reglamento de la Ley de Transparencia y acceso a la información pública, aprobado por decreto Supremo N°072-2003-PCM.*
- ❖ *Ley N°28245 Ley Marco del Sistema Nacional de gestión ambiental. Señala que la información de que dispongan las autoridades en materia de agua, suelo, aire, flora, fauna y recursos naturales en general, así como sobre las actividades o medidas que les afecten o puedan afectarlos, debe estar a disposición del público. Asimismo existe la obligación de las autoridades del Estado de proveer esta información (art.29)*
- ❖ *El numeral 1, del artículo 47, de la ley general del ambiente establece como parámetros de participación ciudadana:*
- 1) *Participación de manera responsable, lo cual implica por ejemplo que para asumir una posición u opinión esta debería estar sustentada en información veraz o documentadamente avalada, o haber participado activamente en el tema ambiental objeto de la intervención, y*
  - 2) *debe actuarse con buena fe transparencia y veracidad, evidentemente la participación ciudadana se hace de manera honesta, leal; privilegiando el bienestar general y no intereses políticos, proselitistas o individualistas.*

- ❖ Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero, decreto Supremo N° 028-2008-EM; normatividad que regula el proceso de participación ciudadana en el subsector minero, resolución ministerial N°304-2008-MEM/DM.

Se termina la explicación sobre la importancia de la participación ciudadana con una conclusión hecha por Henry Carhuatocto<sup>169</sup> que dice: *“a mayor participación ciudadana serán mejores y mayores las formas en que se haga respetar la realización de otros derechos tales como el derecho a la vida, la salud, la integridad y el medioambiente adecuado al desarrollo de la vida y dignidad. La información y participación garantizan verdaderamente la exigibilidad social de otros derechos fundamentales”*.

### **3.3.3. Factores que no favorecen a la participación ciudadana.-**

La participación ciudadana ha sido un tema de constante discusión en los procedimientos de concesión minera, ya que en casos concretos observables, en donde grupos de personas se han encontrado ante la posibilidad de ser afectados por la extracción de minerales, han intentado por sus propios medios proponer ser escuchados en una mesa de diálogo con los representantes de las empresas mineras en conjunto con los funcionarios públicos facultados por el gobierno en el procedimiento de concesión de gran minería.

Muchos puntos en contra al derecho de participación ciudadana se pueden observar durante estas discusiones por lo que se procederá a detallar los factores que no suman o que son las causas de la limitación al intento de participación ciudadana con respecto a las concesiones mineras y cuestiones ambientales.

---

<sup>169</sup> HENRY CARHUATOCTO, ob. cit. Pág.37.

### **3.3.3.1. El desinterés.**

*Existen algunos supuestos como: que el individuo común y corriente no forma parte del espacio donde las personas puedan llegar a tomar decisiones; quien excluye no reconoce al otro, y el excluido se siente ajeno, relegado y diferenciado<sup>170</sup>.*

El indiferente no actúa en favor del desarrollo del grupo, sino que obedece a una posición individualista y apática frente a los demás miembros, también puede darse el supuesto en el que una persona se siente obligada o coaccionada a participar, por lo que más que un compromiso sincero, detrás se dan motivaciones e intereses ajenos.

El autor Pierre Foy Valencia<sup>171</sup> nos dice al respecto: *“la falta de identificación del sujeto, puede generar falta de compromiso con el resto, desarrollando un problema de autodeterminación en conjunto. De igual manera, quien actúa coaccionando, manipulando o por temor, deja su libertad de lado, no se le permite elegir de manera consciente y voluntaria; las presiones y las amenazas no favorecen la creación de un ambiente propicio para proceder libremente, y el no asumir con responsabilidad las consecuencias de sus actos, puede generar contrariedades con el resto de personas cuando se afectan derechos”.*

Si existe una marcada exclusión de la mayoría poblacional respecto a la toma de decisiones sobre asuntos públicos que afecten o impacten de manera crucial su forma de vida, generará situaciones de desconfianza hacia la autoridad; y es lo que se viene dando con los gobiernos regionales, donde se ha abierto una brecha en la comunicación, entre institución y ciudadano, afectando proyectos, consensos, y planes nacionales.

### **3.3.3.2. Falta de organización**

*Otro de los factores, es la falta de organización social, la poca participación de los partidos políticos por organizar a sus simpatizantes, para que puedan enfrentar espacios de decisión, desde asuntos municipales distritales, hasta proyectos regionales, lo que implica a su vez una falta de educación y preparación para saber*

---

<sup>170</sup> FOY VALENCIA Pierre, (2012) Gestión ambiental y empresa, Editorial Rodhas, Lima-Perú Pág.154

<sup>171</sup> *Ibidem* .157

*participar con propuestas concretas*<sup>172</sup>; relacionando además este problema con la inexistente política de mejoramiento de la educación en el país, es que cada vez menos gente cuenta con capacidad de liderazgo, para que pueda ejercer una representación idónea de la población.

De cierta manera los partidos políticos tiene cierta responsabilidad, puesto que su deber implica implementar bases de concertación en lugares o sectores sociales donde la población se siente aislada sin poder ejercer su participación como ciudadano, por lo que esto incrementa el problema; cabe mencionar que son los partidos políticos quienes conforman plataformas de acción social por diversos temas, sin unas verdaderas bases en los partidos políticos, no podrán organizarse personas con voluntad de capacitación, o con un conocimiento sobre temas que trascienden en lo social.

### **3.3.3.3. Limitada información**

Asimismo, se puede mencionar la mala calidad en la información con que se cuenta, así como las barreras para su acceso; si bien con la ley de transparencia pública, ley 27806, se generó un gran paso a la posibilidad de que la población se entere de todo lo que se viene aconteciendo en el nivel gubernamental, aún no es posible que ciertos grupos como por ejemplo los étnicos puedan tener al alcance la información que les concierne, sobre todo en muchos casos ya suscitados en cuanto a gran minería<sup>173</sup>.

El poco nivel técnico y de conocimiento al participar en las mesas de diálogo es algo que contraviene la participación ciudadana de igual manera, esto pasa por tener representantes con poco nivel educativo o poca información que pueda canalizarse en la defensa de los intereses de la comunidad grupo a la que represente. Esta información necesaria es mucho más amplia siempre para los que manejan los circuitos representativos del poder económico más poderoso.

Según Andaluz Westreicher<sup>174</sup>, *“un derecho derivado de este principio (participación ciudadana) es el libre acceso a la información en poder de las instituciones públicas y correlativamente, el deber de proporcionar información a las autoridades en ejercicio de sus funciones, para el correspondiente control y vigilancia del ambiente”*.

---

<sup>172</sup> FOY VALENCIA, Pierre. Ob. Cit. Pág. 157.

<sup>173</sup> Ídem.

<sup>174</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, Alejandro. Ob. Cit. Pág. 131

#### **3.3.3.4. Corrupción de representantes**

*Otro de los problemas son los muchos casos de corrupción de funcionarios, o la influencia de niveles jerárquicos superiores, para no darle acceso a la ciudadanía con el fin de que las gestiones tengan una aceptación social por un aspecto de gobernabilidad organizada<sup>175</sup>; los representantes de la ciudadanía y los funcionarios, se han visto envueltos en casos en los que se logra un acuerdo privado, para abandonar los reclamos o necesidades de la sociedad.*

Estos casos pueden inmiscuir tanto a funcionarios como a representantes de la colectividad que pretende ser escuchada, tal es el caso que en el proyecto Tía María en la región de Arequipa, ante el conflicto socio ambiental por la negativa de los agricultores del valle del tambo, decidieron ser representados por Pepe Julio Gutiérrez, el cual se vio inmiscuido en actos de corrupción traicionando la voluntad de los pobladores del valle del Tambo a los que representaba por una cantidad de dinero por lo que la participación ciudadana no se efectuó de manera correcta en dicha ocasión.

*Por el juzgamiento de este representante es que también se vio un caso de corrupción a nivel judicial, tal como lo relata el diario Perú 21 en resumen lo siguiente: La Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de Arequipa (Odecma-Arequipa), a cargo del juez superior doctor Max Rivera Dueñas, inició una investigación preliminar contra la jueza del Juzgado de Investigación Preparatoria de Mollendo, doctora Janet Lastra Ramírez<sup>176</sup>.*

*El premier Pedro Cateriano pidió este miércoles al Ministerio Público actuar de oficio frente a la denuncia contra la jueza Janet Lastra, quien presuntamente habría recibido dinero para no enviar a la cárcel a Pepe Julio Gutiérrez, dirigente que encabeza las protestas contra el proyecto minero Tía María y quien tenía una condena de cuatro años de prisión suspendida por los disturbios del 2011 por el mismo tema.*

---

<sup>175</sup> FOY VALENCIA, Pierre, Ob. Cit. Pág. 157.

<sup>176</sup> Nota periodística extraída de la Página web de Perú 21. De fecha 21 de mayo del 2015, disponible en: [<http://peru21.pe/politica/tia-maria-inician-investigacion-preliminar-contrajueza-janet-lastra-2219264>], revisado el 27/07/15.

### **3.3.3.5. Falta de educación ambiental**

Según Ramón Martín Mateo<sup>177</sup>, *“un ciudadano educado e informado está en perfectas condiciones para colaborar con los poderes públicos en el mejor tratamiento de los problemas ambientales, sin perjuicio de que directamente los particulares ajusten ambientalmente sus conductas y de que, en cuanto consumidores o usuarios de servicios, con su elección influyan en la mejora ambiental de la oferta”*. Esto claramente nos indica que la educación debe ser instaurada desde el nivel escolar para que puedan llegar a un punto en el que la información pueda ser entendida pese a ser tan amplia.

Se debe reconocer que la participación ciudadana es la muestra de democracia esencial dentro de un Estado, con esto se consigue el ejercicio de derechos de libertad e igualdad, y contribuye a un Estado neo constitucional fuerte y moderno.

### **3.3.4. Derecho al acceso a la información ambiental para la participación ciudadana**

El derecho de acceso a la información estatal es un derecho especial, que nos permite acceder libremente en cuanto sea de nuestro interés la información que tiene el Estado, siempre que esta información no contenga asuntos de seguridad nacional o asuntos de tipo privado de otras personas.

Pierre Foy<sup>178</sup> no indica que para que la participación sea considerada como derecho, *“debemos ejercer nuestra facultad de involucrarnos como ciudadanos en el quehacer social para influir en nuestro devenir social y político; y como deber, en tanto responsabilidad de actuar y dejar actuar en los asuntos públicos”*.

Carlos Andaluz<sup>179</sup>, explica que este derecho involucra un recibir y un dar. Es decir, *“así como los ciudadanos tenemos el derecho de recibir aquella información que solicitemos, tenemos además el deber de informar sobre determinados hechos sobre actividades que dañan o puedan dañar el ambiente”*. Por lo que se establece una razón lógica entre derecho deber, entre el sujeto y el Estado.

---

<sup>177</sup> SAN MARTÍN VILLAFUERTE, Diego (2015) El daño ambiental, grijley editores. Lima-Perú. Pág. 503.

<sup>178</sup> FOY VALENCIA, Pierre. Ob. Cit. Pág. 162.

<sup>179</sup> Citado por SAN MARTÍN VILLAVARDE, Carlos,(2015) El daño ambiental, Grijley editores, Lima-Perú. Pág. 492.



El derecho a la información un principio de la ley general del ambiente que expresamente viene a ser redactado de la siguiente manera: Artículo II: *“Toda persona tiene el derecho a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento”*.

Martín Mateo<sup>180</sup> considera que el derecho a la información ambiental *“aunque materialmente de carácter instrumental, formalmente constituye un derecho sustantivo de titularidad colectiva genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercerlo, que no están obligadas a probar un interés determinado”*

La declaración de Malmo<sup>181</sup>, en su apartado 16, dispone: *“el papel de la sociedad civil debe fortalecerse a todos los niveles mediante la libertad de acceso a la información ambiental, una amplia participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en los temas ambientales, los gobiernos deben ofrecer condiciones necesaria para facilitar el derecho de todos los estratos sociales de tener voz y jugar un papel activo en la construcción de un futuro sostenible.”*

Es importante establecer este tipo de concepto recogido de la declaración de Malmo, puesto que el derecho de los grupos para obtener información precisa para defender su derecho ambiental es necesaria previo a que las instituciones encargadas tomen decisiones unilaterales; solo la información podrá hacer que el individuo intervenga en las decisiones.

Mario Valls<sup>182</sup>, señala que *“el carácter oculto de la amenaza ambiental impone la necesidad de hacer pública toda la información relativa a la misma y, especialmente, evaluar el impacto ambiental de obras y actividades, y de difundir sus conclusiones para que los interesados puedan intentar oportunamente los remedios jurídicos adecuados para defender sus derechos”*.

Normalmente quien detecta o puede acceder fácilmente a la información que identifique un impacto ambiental dañino en actividad minera es quien la ejecuta, pero

---

<sup>180</sup> Ídem.

<sup>181</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro, (2011) Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos. Ediciones legales. Lima-Perú. Pág. 132

<sup>182</sup> Ibídem. Pág. 127

por eso mismo se puede advertir también que el conocimiento de ese impacto por terceros puede condicionar o aun frustrar la actividad por lo que en varias situaciones el Estado ha hecho caso omiso a los intentos de comunicación por parte de la población y que han derivados en conflictos socio ambientales.

Obviamente quien contamina no lo va a difundir para que sus permisos o licencias no sean revocados. En el caso de las empresas que ejercen gran minería, coincidentemente se ha dado a conocer la situación irremediable cuando la contaminación es evidente a la sociedad, claro ejemplo es el actual conflicto socio ambiental desarrollado en Tambo grande por el proyecto Tía María en la región de Arequipa donde se ha cuestionado muchos aspectos del EIA presentado para la viabilidad del proyecto; si esta información no hubiese sido de conocimiento público, no se hubiese interpuesto tantas contradicciones a lo presentado por el Ministerio de Energía y minas.

En este caso justamente el Estado no participo en prever, o en anunciar a los ciudadanos los resultados del EIA, para no generar inestabilidad en el procedimiento de la concesión minera, más allá que entendemos que existen otros motivos para la oposición al megaproyecto Tía María, debemos señalar que uno de los puntos flacos de la posición estatal para impulsar el proyecto es justamente que no concientizaron a la población con la información sobre el proyecto en su debido momento.

### **2.3.5. Operatividad de la información con relación al Derecho Ambiental**

De acuerdo a Silva Jaquenod<sup>183</sup>, la información puede ser considerada desde tres ángulos:

- 1) Información de un Estado a otro: lo es a nivel internacional y entra en juego la problemática ambiental transfronteriza propiamente dicha.
- 2) Información de una administración a otra: se concreta en orden nacional.
- 3) Información popular: divulgación de accidentes ambientales, de la forma de evitarlos del modo de repararlos: tiene directa vinculación con la información de particulares y resulta esencial en casos concretos.

---

<sup>183</sup> Citada por SAN MARTIN VILLAVERDE, Ob. Cit. Pág. 493.

- El derecho de petición de información tiene cinco ámbitos de operatividad<sup>184</sup>:
  - Petición Gracial: en este caso la petición no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que atiende a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa.
  - Petición Subjetiva: se refiere a la solicitud individual o colectiva que tiene por objeto el reconocimiento administrativo de un derecho, es decir, conlleva a la admisión de la existencia de una facultad o atribución para obrar o abstenerse de obrar y para que el administrado que peticiona haga exigible a terceros un determinado tipo de prestación o comportamiento.
  - Petición cívica: está referida a la representación de un grupo indeterminado de personas o de la colectividad en su conjunto, la cual tiene por objeto la protección y promoción del bien común y el interés público.
  - Petición informativa: está referida a la obtención de documentación oficial contenida en los bancos informativos o registros manuales de la institución requerida, que pueden consistir en datos estadísticos, dictámenes, resoluciones, etc.
  - Petición consultiva: se refiere a la obtención de un asesoramiento oficial en relación con una materia administrativa concreta, puntual y específica.

Con relación a la disponibilidad podrá referirse que: los datos que los particulares pueden solicitar son los que estén en poder de las autoridades públicas, bien porque se generan directamente por éstas: planes de inversión y proyectos del sector público, resultados que transmiten las distintas redes de medición de la contaminación, bien porque los particulares lo comunican al existir una obligación legal en este sentido, por lo que cabe aludir desde esta perspectiva a un deber de comunicar informaciones sobre aspectos ambientales específicos<sup>185</sup>.

Pues bien, se señaló anteriormente la obligación de las entidades respectivas por otorgar la información que se solicite, sin embargo debemos manifestar que existe excepción para informaciones de carácter ambiental.

---

<sup>184</sup> Dato utilizado por Carlos Andaluz Westreicher, Expediente 1042-2002-AA/TC, publicado en la gaceta Jurisprudencia del diario oficial el Peruano (10 de octubre 2003)

<sup>185</sup> SAN MARTIN VILLAVERDE, Diego. Ob. Cit. Pág. 495

Así. Se hacen extensivas las excepciones establecidas en los artículos 15°, 15A°, 15B°, 16° y 17° del TUO de la ley de transparencia y acceso a la información pública, pues bien, en mérito del artículo 11 del reglamento se fija la formalidad de la solicitud que se requiere para poder acceder a la información pública ambiental, conforme al anexo del decreto supremo N°072-2003-PCM, mediante el cual se aprueba el reglamento de la Ley de Transparencia y acceso a la información Pública<sup>186</sup>.

Asimismo, se establece que la solicitud de información deberá ser atendida a la brevedad posible si es de fácil acceso y en todo caso, el plazo máximo será de siete días hábiles adicionales, situación que deberá comunicarse por escrito al interesado hasta el sexto día de presentada la solicitud.

De esta manera, se hace efectiva la obligación de proporcionar información ambiental al solicitante, teniendo bajo consideración que la normativa sanciona a quien no cumple con las disposiciones dispuestas en el reglamento precisado, salvo que se ampare en las excepciones previstas, y entendemos que es la mejor vía de conservar el medio ambiente.

En tanto, el ex magistrado Carlo Mesía Ramírez<sup>187</sup>, nos dice: *“que el ambiente solo puede ser conservado mediante medidas preventivas, los recursos procesales deben permitirle a los ciudadanos intervenir antes que el daño se produzca, lo que implica el reconocimiento efectivo del derecho a la información sobre los proyectos y programas de impacto ambiental y a participar en los procesos de toma de decisión”*. Lo que afirma en forma de conclusión todo lo expuesto.

### **3.4. RECURSOS NATURALES**

#### **3.4.1. Definición.-**

Los conflictos socio ambientales que vienen surgiendo en nuestro país se derivan principalmente de la afectación de los *recursos naturales* necesarios para las poblaciones que residen alrededor de los lugares donde se ejerce la minería o donde se pretende ejercerla. Por lo mismo, debemos tener en cuenta que es lo que encierra

---

<sup>186</sup> Ídem.

<sup>187</sup> MESIA RAMIREZ, Carlos, (2012) Exegesis del Código Procesal Constitucional, Tomo I, Gaceta Jurídica, Pág.

el concepto de recursos naturales, como y cuando se contaminan por minería, y que casos son los que han creado la duda constante en la población para verse impulsada a manifestar el rechazo a las concesiones mineras.

Entonces para ir acercándonos al concepto, según la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional<sup>188</sup>: *“los recursos naturales pueden definirse como “el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer necesidades humanas, en particular, y las biológicas en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre, en otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar”*.

Nos dice Valentín Bartra<sup>189</sup>: Los recursos naturales, patrimonio de la nación, constituyen los elementos materiales necesarios para satisfacer nuestros requerimientos de alimentación, vestido, vivienda, energía y demás productos de la población peruana actual, pero también deben garantizar el bienestar de las generaciones futuras”.

Para las Naciones Unidas<sup>190</sup>, el concepto de *“recursos naturales se resume claramente como todo aquello que el hombre encuentra en su medio ambiente natural y que puede explotar de alguna manera en su propio beneficio”*

Se debe señalar que el artículo 3° de la Ley 26821, Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, establece que se considera recurso natural: *“todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano, y que tenga valor actual o potencial en el mercado”*.

#### **3.4.2. Titularidad de los bienes ambientales.-**

Ahora que hemos sintetizado el concepto de recursos naturales, surge la pregunta ¿Quién es el titular o dueño de los recursos naturales?, tenemos que tener en claro lo que señala el artículo 66° de nuestra Constitución que dice textualmente: *“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El*

---

<sup>188</sup> Sentencia del TC N°0048-2004-PI/TC, fundamento n° 28

<sup>189</sup> SAN MARTÍN VELARDE, Diego, (2015) El daño ambiental. Grijley editores, Lima-Perú. Pág.266.

<sup>190</sup> NACIONES UNIDAS. Recursos naturales de los países en desarrollo, investigación, explotación y utilización. Departamento de asuntos económicos y sociales, Pág. 5.

*Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.*

Para Alejandro Lamadrid Ubillús<sup>191</sup>, existe una errónea percepción debido al origen de la mala redacción del mencionado artículo, ya que la inadecuada utilización de los métodos de integración jurídica al analizar su real significado ha conllevado siempre a malas interpretaciones.

El autor dice que el error parte de considerar que, patrimonio de la nación, significa propiedad intransferible del Estado. Eso pasa cuando se entiende el término “patrimonio” como conjunto de activos y pasivos, como propiedad de una persona o entidad; cuando en realidad el que un bien sea inmaterial o material, mueble o inmueble, tenga la calidad de *“patrimonio de la nación significa que es de interés nacional, y como tal debe regularse la modalidad de derechos otorgados sobre los mismos y, si es necesario, deberán fijarse limitaciones para el ejercicio de esos derechos, sea por parte del Estado o de los particulares”*<sup>192</sup>.

Por ejemplo, los bienes arqueológicos, o monumentales declarados patrimonios culturales de la nación, pueden ser propiedad privada o estatal, estando en ambos casos sujetos a limitaciones que responden al interés nacional. El caso que mejor explicaría esta argumentación del autor citado sería que por ejemplo, que por más que el Estado sea dueño del Santuario Histórico de Machupicchu, no puede darle un uso que desvirtúe el interés nacional, otorgándolo para el aprovechamiento minero.

Posición en contrario, debemos mencionar que para Pierre Foy Valencia<sup>193</sup>, *“la discusión acerca de si los recursos naturales pueden ser entregados en propiedad, queda zanjada en razón de que los particulares solo pueden ser propietarios de los frutos o productos de la fuente, más no de esta, que permanece bajo el dominio del Estado”*.

Lo que hace que el dominio de la fuente y de los frutos o productos, sean tanto del Estado como el de los particulares. Si no fuera así, tendríamos que aceptar que el

---

<sup>191</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011), Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos. Ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 57.

<sup>192</sup> Ídem.

<sup>193</sup> FOY VALENCIA, Pierre. (2000), Gestión Ambiental en el Perú, editorial Novit. Lima-Perú. Pág. 44.

agricultor es dueño de la cosecha pero no de la tierra; que un ganadero es dueño del ganado pero no de la pradera.

Según Gianinni<sup>194</sup>: *“La titularidad de los bienes ambientales varia. Muchos de ellos se hallan en la esfera del dominio privado y son sus titulares quienes cabalmente lo disfrutan. Bien es cierto que el dominio privado de ciertos bienes ambientales no excluye ni el goce ajeno ni dichos bienes se libran de la acción rectora de los poderes públicos, puesto que todos los recursos, sin excepción, están expuestos a la regulación y tutela pública. Porque los bienes ambientales forman parte de un todo, el medio ambiente, cuyos elementos pueden permitir la supervivencia de derechos o situaciones subjetivas, pero que participan de ese valor colectivo asignado por las normas ambientales”.*

Podemos notar que existe entonces una gran confusión respecto al tema, en ese sentido señalaremos lo que la Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales estableció en su artículo 29° sobre las condiciones para el aprovechamiento sostenible de los recursos renovables y no renovables, señalando de manera precisa:

- Que el recurso natural debe utilizarse de acuerdo con el título de derecho para los fines que fue otorgado, garantizando el mantenimiento del proceso ecológico esencial.
- Que se debe cumplir con las obligaciones legales dispuestas por la legislación especial, con los procedimientos de evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y los planes de manejo del recurso; y.
- Que el titular del derecho debe cumplir con la retribución económica y mantener al día el derecho de vigencia.

La misma ley señala que el incumplimiento de las condiciones se sujeta claramente a causales de caducidad y esto ha sido reconocido por el artículo 30° de la Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales antes mencionada, lo que implica que en caso ella opere revierta al Estado la concesión o título, a partir del causal que se otorgó el derecho de aprovechamiento a un particular.

---

<sup>194</sup> Citado por CANOSA USERA, Raúl (2004) Constitución y Medio Ambiente, Jurista editores, Lima Perú. Pág. 162.

Ahora, el dominio de sobre todas las cosas eminentemente la tiene el Estado, bajo el concepto de soberanía nacional, que le da facultad en nombre del bien común, el retener para sí la propiedad de ciertos bienes, así como de imponer limitaciones al ejercicio de los derechos que sobre otras cosas tienen los particulares, o de privarles de ellos mediante los mecanismos constitucionales; estos derechos, como es obvio no excluyen la propiedad.

Para Alejandro Lamadrid<sup>195</sup>, *“es necesario que el Estado indudablemente deberá tener ciertos recursos bajo su dominio inalienable, el que obviamente, no deberá otorgar respecto de ellos en propiedad, sino que los dará en concesión o bajo permiso, licencia, o autorización; tal es el caso de la diversidad biológica o el agua”*.

Ciertamente los problemas sobre el recurso agua siguen latentes, en las regiones donde este recurso es mucho máspreciado con respecto a otras, por abundancia o por escasez o porque muchos grupos dependen del agro y necesitan agua para el riego de sus tierras; en el caso de la Región Tacna, que es considerada zona de desierto, el agua viene siendo el recurso a proteger puesto que ya hemos tenido una experiencia de contaminación por la presencia de la empresa de Southern - Perú que realizó la actividad minera por más de 30 años en la zona de Toquepala, y que ahora cuenta con una extensión de concesión, pese a que se probó la contaminación en la rivera de las playas de Ite donde la empresa vertía sus relaves directamente hacia el mar.

Alejandro Lamadrid<sup>196</sup>, señala además con referencia al derecho patrimonial de la nación, que *“esto significa que los recursos naturales y su explotación por parte del Estado no pueden estar separados del interés nacional, es decir no pueden ser explotados exclusivamente en beneficio de intereses privados, nacionales o extranjeros”*.

Ciertamente esto que nos señala Alejandro Lamadrid es una posición contraria a la que viene ejerciendo el gobierno central con la concesión desmedida a empresas privadas para el ejercicio de la minería sin tener en cuenta lo que señalábamos sobre la necesidad de ciertas regiones en mantener el uso de los recursos naturales para

---

<sup>195</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. Ob. Cit. Pág. 59.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pág. 61.



la agricultura o para su consumo o subsistencia, tales como el caso emblemático Conga en la región de Cajamarca

No se puede dividir los recursos naturales en dominio privado y dominio público, lo concreto es que todos los recursos naturales pueden o están afectos a lo que alguna regulación especial pueda señalar, si en caso favoreciera a la sociedad en su mayoría o beneficia a un sector esto sería lo óptimo siempre y cuando se respete la participación ciudadana y exista la voluntad expresa de los habitantes del lugar por lo que no se estaría vulnerando los derechos sobre el ambiente donde el recurso se halle para ser explotado ya que el ambiente le pertenece a los que lo disfrutan, pero en caso exista parte de recursos y del ambiente que le es sesgado a una parte de la población.

En conclusión para evitar más confusiones la redacción del artículo constitucional debería tener la siguiente fórmula para el autor Lamadrid Ubillús<sup>197</sup>: *“el dominio originario de los recursos naturales, renovables y no renovables, pertenece al Estado, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Los recursos naturales son Patrimonio de la Nación y el Estado es soberano para regular su aprovechamiento”*.

### **3.4.3. El derecho al agua**

#### **2.4.3.1. Problemática:**

La protección del agua y el derecho a gozar de ella es la conducta que impera hoy ante las concesiones mineras, su protección es lo relevante y necesario, por esta razón es que se viene generando conflictos socio ambientales en ciertas regiones. Al ser un recurso esencial para la vida, la discusión sobre su reconocimiento como un derecho fundamental es tema sonado en muchos países en los que se empieza a implementar políticas y acuerdos multilaterales para un uso debido ante la escasez de la misma en ciertas regiones mundiales.

Mientras tanto, el problema actual radica en el uso desmedido por parte de las empresas mineras, así como por parte de la minería ilegal, y los innumerables casos de contaminación. *En resumen, la minería de tajo abierto es la más peligrosa del*

---

<sup>197</sup> LAMADRID Ubillús, Óp. Cit. Pág. 61.

*mundo, pues, además de contaminar el aire con emanaciones de cianuro, óxido de nitrógeno, dióxido de azufre, entre otros gases, lo que atenta contra la vida de los pueblos aledaños, produce grandes desequilibrios hídricos al elevarse el nivel de sedimento de los ríos producto de los residuos sólidos muy finos que pululan en el ambiente, al mismo tiempo que se afectan las aguas subterráneas o freáticas con las lluvias que caen sobre los reactivos, aceites y sales minerales residuales de los procesos de tratamiento*<sup>198</sup>.

A pesar que en el Perú es un recurso fácilmente disponible, no lo es. Se calcula que se dispone de algo más de 38 106 hm<sup>3</sup>, de las cuales cerca del 1% representa la vertiente del Pacífico, un 99% la del Atlántico y el resto a la del Titicaca.

El volumen total para el uso extractivo o consuntivo es de 18972 hm<sup>3</sup>, 0,5% del volumen total disponible. Esta cantidad se distribuye en uso agrícola (85,7%), potable (6.7%), industrial (6.1%), minero (1.1%) y pecuario (0.4%). En la mayoría de casos el agua que se extrae es de muy buena calidad y, algunas veces, prístina. Sin embargo, cuando es retornado al ambiente se la devuelve contaminado, aun a pesar de que ciertas empresas privadas dicen cumplir la ley. En concreto nadie devuelve el agua tal como la recibió.<sup>199</sup>

Justamente se ha señalado que las minerías hacen uso desmedido de la ración de agua, y habiendo señalado estos datos se podría pensar que el 1% dedicado a la minería no es nada significativo o alarmante para el ambiente, pero debemos explicar lo siguiente, la mayor población de peruanos reside en la zona costera, y es justamente esta zona costera la que se abastece con el 2% de la cantidad de agua disponible para el consumo, entonces el cálculo es casi el 80% de la población peruana consumiente el 2% del agua potable y que las empresas mineras usen el 1%, nos da idea de la cantidad de agua en promedio por persona que usan las empresas mineras.

---

<sup>198</sup> Página web, la primera digital, medio informativo de prensa, nota llamada Minería y conflicto por el agua escrito por Carlos Bedoya. Disponible en : [[http://www.diariolaprimeraperu.com/online/economia/mineria-y-conflicto-por-el-agua\\_70966.html](http://www.diariolaprimeraperu.com/online/economia/mineria-y-conflicto-por-el-agua_70966.html)]

<sup>199</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011) Derecho ambiental, contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 442.

### **3.4.3.2. Legislación sobre el agua:**

La ley general del ambiente en su artículo 114° nos dice sobre el agua y el consumo humano: *“que el acceso al agua para consumo humano es un derecho de la población. Corresponde al Estado asegurar la vigilancia y protección de aguas que se utilizan con fines de abastecimiento poblacional, sin perjuicio de las responsabilidades que corresponden a los particulares, en caso de escasez, el Estado asegura el uso preferente del agua para fines de abastecimiento de las necesidades poblacionales, frente a otros usos”*.

Se ha mencionado el artículo que trata sobre el agua enmarcado en la ley general del ambiente, y por los ejemplos del escenario actual en cuanto a minería podemos deducir que no se cumple a cabalidad la función del Estado, puesto que los instrumentos de protección ejecutados por la gestión ambiental no viene protegiendo adecuadamente el derecho al agua para consumo humano o agua para los cultivos y el agro de las poblaciones aledañas al centro minero, sobreponiendo los intereses privados por sobre los públicos, pese a haberse promulgado normas como la Ley de los recursos Hídricos (Ley N° 29338) y la creación de la Autoridad Nacional del agua, está última bajo supervisión del Ministerio de Agricultura,.

El ANA (Autoridad Nacional del Agua) está encargada de la vigilancia y la fiscalización del agua y del cumplimiento de los ECA (estudio de calidad ambiental) del agua, pero en lugares donde se ha ejercido la minería o se han empezado a realizar proyectos de exploración mineral, el ANA ha estado ausente y no ha dado opinión sobre los necesarios ECA, por ejemplo en cabecera de cuenca de la región de Cajamarca que comprometía cuatro lagunas.

Ante tal escenario los gobiernos regionales de Piura y Cajamarca optaron por la defensa del derecho al agua de su población; existen jurisprudencias como la que deriva del expediente N° 0001-2012-PI/TC, en las cuáles se ha rechazado de plano la intervención de los gobiernos regionales como ente en la defensa de los derechos de la cabecera de cuenca que albergaba a grupo indígenas y sus propiedades alrededor de la laguna “el Perol”, por lo que no cuentan con facultades para emitir legislación o decisión administrativa en materia de gran minería por lo que el recurso natural del agua y por ende el derecho a gozar de un agua limpia de contaminación fue vulnerado, pero el fondo de la mencionada sentencia es otro.

La legislación que suscribe aspectos relacionados al agua es la siguiente:

- La Constitución política, artículo 66, sobre recursos naturales.
- La ley General del Ambiente, ley 28611, en su artículo 114, “el agua para el consumo humano” y el artículo 90, “del recurso continental agua”.
- La ley general de recursos hídricos, ley 29338 publicada el 31 de marzo del 2009.
- El reglamento de la ley de recursos hídricos mediante decreto supremo N°001-2010-AG, con fecha 24 de marzo del 2010.
- Creación de la Autoridad nacional del agua, bajo el Ministerio de agricultura.
- Ley orgánica aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, ley 26821.
- Ley general de salud, ley 26842, artículo 107.

#### **3.4.3.3. ¿Por qué en otros países el agua es un derecho fundamental?**

Todo empieza desde la percepción de los casos por minería en los diferentes países, por ejemplo en *Colombia*, pese a que es junto a Perú uno de los países más permisivos en cuanto al uso del agua por las empresas mineras, existe el derecho al agua reconocido por sentencia de su Tribunal Constitucional por el cual se reconoce el derecho a menores de edad al uso de agua en su casa por un tiempo determinado diario, pese a que su padre no haya cumplido con los pagos a la empresa responsable del suministro potable. Reconociendo que el agua es un derecho vital para el desarrollo de los menores y por lo tanto es vital que el Estado garantice el recurso a todos los ciudadanos<sup>200</sup>.

En la India existe similar ejemplo positivo, el cual nos dice en palabras de Vandana Shiva<sup>201</sup>: que en 1993 detuvimos el terrorismo ecológico de la industria minera en mi tierra natal, el valle de Doon, ya que el Tribunal constitucional de justicia de la India cerró las minas y dictaminó que es necesario detener el comercio que pone en riesgo la vida. Sin embargo, nuestras victorias ecológicas de los ochenta se deshicieron con la desregulación ambiental que acompañó a las políticas de globalización.

---

<sup>200</sup> LOPEZ LENCI, Gisella, Revista LA LEY, el ángulo legal de la noticia, Año I, febrero, ejemplar número 8. Pág. 82.

<sup>201</sup> VANDANA SHIVA, Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro. Siglo veintiuno editores. India, Pág. 13.

El tribunal también sostuvo que el cierre de las operaciones mineras constituía:

*“...un precio a pagar por proteger y salvaguardar el derecho de las personas a vivir en un ambiente saludable que perturbara sólo mínimamente el equilibrio ecológico y que estuviera exento de riesgos para ellas y su ganado, hogar y sus tierras de cultivo, y sin afectar indebidamente el aire, el agua y el ambiente<sup>202</sup>.*

*La destrucción de los recursos hídricos, de las cuencas fluviales y de los acuíferos forestales es una forma de terrorismo; negarles a los pobres el acceso al agua al privatizar la distribución del líquido o al contaminar manantiales y ríos también es terrorismo<sup>203</sup>.*

En el Código de Justiniano encontramos que el agua siempre tuvo una naturaleza pública y no privada, señalando: *“por ley de la naturaleza, estas cosas son comunes a la humanidad: el aire, el agua corriente, el mar y en consecuencia, la costa<sup>204</sup>.*

Por lo expuesto se concluye que el agua es un derecho que el Estado debe garantizar ya que es necesario para que la persona viva con dignidad, sin interferir en su desarrollo como humano y que al concesionar un territorio para la explotación minera, debe primar la defensa de los grupos afectados y su posibilidad de mantener un río, cuenca y vertiente de agua en condiciones sanas para el consumo o para el riego de sus campos.

El agua se ha considerado desde siempre como un derecho natural, un derecho que se deriva de la naturaleza humana, las condiciones históricas, las necesidades fundamentales o la idea de justicia. *Los derechos sobre el agua como derechos naturales no surgen con el Estado; evolucionan de un contexto ecológico dado de la existencia humana<sup>205</sup>.*

En la mayoría de las comunidades indígenas, los derechos colectivos sobre el agua y la gestión del líquido eran factores clave para la conservación y recolección del agua, al crear reglas y límites para la utilización del agua, el anejo colectivo de este recurso garantizaba su preservación y acceso equitativo. Sin embargo *con la llegada*

---

<sup>202</sup> *Ibíd.* Pág. 22.

<sup>203</sup> *Ibíd.*... Pág. 23.

<sup>204</sup> *Ibíd.* Pág. 32

<sup>205</sup> ANDANA SHIVA, Ob. Cit., Pág. 33.

de la globalización, el control de la comunidad sobre el agua está erosionándose y cediendo el paso a la explotación privada<sup>206</sup>.

Como derechos naturales, los derechos sobre el agua son derechos usufructuarios; el agua puede usarse pero no poseerse. El pueblo tiene derecho a la vida y a los recursos que la sustentan, como es el agua. Como dijera Gandhi: *la tierra tiene suficiente para las necesidades de todos, pero no para la avaricia de unos cuantos*<sup>207</sup>

#### **3.4.4. Daño ambiental**

Cuando escuchamos daño ambiental de inmediato pensamos en lugares vulnerados por una contaminación propia de empresas mineras o industrias o por desechos tóxicos como basura por una acción directa o indirecta del ser humano. ¿Qué es lo que afecta el daño ambiental?, según Henry Carhuatocto<sup>208</sup>, *“el daño ambiental afecta fundamentalmente un interés colectivo no sólo en el presente sino a futuro involucra a personas naturales incluso por nacer, a diferencia de un daño civil que normalmente afecta a personas individuales o sus bienes y raramente se extiende inter generacionalmente”*.

Teniendo en cuenta la explicación anterior sobre daño ambiental, se afirma que los verdaderamente perjudicados por el daño ambiental, somos nosotros mismos, la sociedad, pero en ciertas regiones de nuestro país el ambiente no es de importancia alguna hasta que se materializa un daño o contaminación, con respecto a esto, Fernando de Trazegnies<sup>209</sup>, nos dice: *“mal que bien, la gente comienza a comprender que si le demuestran que algo causa daño contra el medio ambiente, quiere decir que hay un riesgo real para la vida humana y consecuentemente se deben adoptar medidas; porque, en el fondo, ese daño a la naturaleza es un daño que nos hacemos a nosotros mismos.”*

El autor San Martín Villafuerte<sup>210</sup> contrario a lo que señala Fernando de Trazegnies, manifiesta que son las empresas las que cargan con más responsabilidad que los propios humanos en el daño ambiental, señalando lo siguiente: *“las personas no conocen el daño ambiental; las empresas lo conocen (a veces no), pero no les importa*

---

<sup>206</sup> Ibidem. Pág. 36.

<sup>207</sup> ANDANA SHIVA, Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro. Siglo veintiuno editores. Pág. 15.

<sup>208</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, Guía de derecho ambiental, Lima jurista editores, 2009, pág. 144.

<sup>209</sup> Citado por SAN MARTIN VILLAVERDE (2015), El daño ambiental, Grijley editores, Lima-Perú. Pág. 134.

<sup>210</sup> Ibidem. Pág. 446.

con tal de lograr sus objetivos (sin perjuicio de aquellas que realizan prácticas responsables con el ambiente); mientras que el Estado debe ser el promotor del manejo sostenible del ambiente y de sus componentes, por lo que el hecho que las personas no conozcan lo que significa el daño ambiental y sus consecuencias es inaceptable y lo hace responsable”.

En lo que concierne al tema se aprecia que justamente son las empresas mineras las que vienen siendo parte de la contaminación ambiental que ha generado una fundamentada desconfianza en la sociedad por el daño ambiental ya hecho, lo que ha impulsado a que los conflictos socio ambientales se inicien desde la fase de exploración de posibles lugares de extracción minera. Diversos recursos naturales como el agua, la tierra y el aire, vienen siendo blanco de la contaminación minera por lo tanto su explicación importa para el entendimiento de la tesis.

#### **3.4.4.1 El daño ambiental en los países latinoamericanos.**

Se conoce los principios generales de la ley del ambiente además de los principios desarrollados a nivel internacional vía tratados, y se entiende que la reparación está a cargo de los Estados y sus instituciones, y cada Estado tiene un diferente sistema de responsabilidades por el daño ambiental, siendo las legislaciones de cada país quienes distinguen entre la reparación de los daños materiales, patrimoniales e individuales de los daños causados al ambiente.

- En **Argentina** la Constitución política de 1994 regula expresamente el daño ambiental y prescribe que el mismo generará prioritariamente obligación del agente de recomponer las cosas a su estado original.
- En **Brasil** la legislación ambiental regula no solo la indemnización correspondiente al daño ambiental, sino también la acción por daños al ambiente, las medidas precautorias que durante el mismo puede dictar el juez y la ejecución de sentencia, que tiene efectos de cosas juzgada erga omnes.
- En **Colombia**, se establecen las acciones populares para la protección de los derechos colectivos, entre los cuales está incluido el ambiente y que en definitiva instituyen la protección del interés jurídico difuso en materia ambiental.

- En **Ecuador**, se establece un derecho a un ambiente sano que garantice la sostenibilidad y el bien vivir y las medidas de preservación del ambiente, conservación de los ecosistemas, prevención del daño ambiental y recuperación de los espacios naturales degradados.
- En **Chile**, el autor José Gonzáles Márquez<sup>211</sup> analiza la posición en cuanto al daño ambiental, donde la ley sobre las bases generales del medio ambiente se separa claramente a régimen específico de responsabilidad por el daño ambiental establecido por el mismo, de la acción indemnizatoria ordinaria regulada en el Código Civil. En cuanto la titularidad de la acción se establece que esta corresponde a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Por ello cualquier persona puede requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que esta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. En cuanto a su procedimiento, se establecen las reglas:
  - a) Será de carácter sumario,
  - b) Será competente para conocer de la acción en responsabilidad por el daño ambiental el Juez del lugar en el que origine el hecho que causo el daño o el domicilio del afectado, a elección de éste último y
  - c) La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, desde la manifestación evidente del daño.

Se debe tener en cuenta que toda legislación nacional es menos exigente comparado con las legislaciones de países vecinos, en cuanto a responsabilidad por el daño ambiental, en *Argentina* se habla de una obligación por parte del que ocasiona un daño ambiental, en *Brasil* se exige una indemnización, en *Colombia* se inicia mediante

---

<sup>211</sup> Citado por CARHUATOCTO SANDOVAL, Ob Cit. Pág. 145.



grupos colectivos, de defensa del ambiente con participación ciudadana, y en *Chile*, han separado en legislaciones paralelas, sobre los daños ambientales y sobre el ambiente en general, estableciendo en la legislación sobre el daño al ambiente que todas las personas jurídicas o naturales tienen la facultad para ejercer la acción, así como sus municipalidades.

#### **3.4.4.2. Contaminación del agua**

En lo que respecta a la contaminación del agua, se debe señalar que existen diferentes formas de contaminarla; se refiere exclusivamente a la contaminación por extracción minera. Sin antes darles una idea general de cuantas maneras se puede contaminar el recurso más vital para nuestra salud.

La contaminación del agua puede darse hasta de tres maneras: química, física y biológica<sup>212</sup>.

- a) La contaminación química del agua se produce por vertimientos de petróleo, detergentes, plaguicidas, nitratos, fluoruros. Arsénico, plomo, mercurio, cianuro, etc.
- b) La contaminación física del agua se da por la incorporación de partículas que alternan la transparencia (tierra por ejemplo) e impiden el paso de la luz; o por el incremento de la temperatura, producida por ciertas industrias que utilizan el agua como sistemas de enfriamiento (centrales eléctricas y plantas de energía nuclear)
- c) Contaminación biológica del agua se produce por el vertimiento de restos orgánicos ricos en nitratos o de fertilizantes químicos, que dan lugar a una proliferación de algas, la disminución del oxígeno disuelto en el agua y el aumento de bacterias. Esto se conoce como eutrofización.

Para James Reátegui<sup>213</sup>, “la contaminación de las aguas es la que se realiza a través de los residuos industriales y los desagües de las ciudades que son arrojados a los ríos, lago y mares, también los detergentes empleados en las distintas labores domésticas e industriales, por contener sustancias químicas, causan la extinción de seres vivos de las aguas”.

---

<sup>212</sup> FONSECA TAPIA, Cesar, (2010) Manual de derecho ambiental, editorial Adrus, Lima-Perú. Pág. 20

<sup>213</sup> Citado por SAN MARTIN VILLAVARDE, DIEGO, (2015) El daño ambiental, editores grijley, Lima-Perú, Pág. 166

En cuanto al vertimiento de relaves mineros se dice que esta forma de contaminación de las aguas es muy difundida y los responsables son los centros mineros (empresas privadas y minería ilegal, las concentradoras). *Es especialmente grave en el mar frente a Tacna y Moquegua, por las minas de cobre de Toquepala; en los ríos Rímac, Mantaro, Santa, el lago de Junín y todos los ríos de las ciudades cercanas a centros mineros del Perú. Los relaves mineros contienen fierro, cobre, zinc, mercurio, plomo, arsénico y otras sustancias sumamente tóxicas para las plantas, los animales y el ser humano. Otro caso es el de los lavaderos de oro, por el vertimiento de mercurio en las aguas de ríos y quebradas. Esto es de gravedad a nivel local, como en Madre de Dios y cerca de centros auríferos*<sup>214</sup>.

En nuestra Región Tacna hemos sido perjudicados por la contaminación del mar, en la bahía de Ite, donde lamentablemente fueron vertidas las aguas que se usaron en el proyecto minero ejercido en Toquepala, por Southern Perú, por lo que en la actualidad existe un proceso penal por contaminación del ambiente, en contra de la denominada empresa; cabe señalar que *la minera descargaba los relaves de las plantas concentradoras de Toquepala y de la mina de Cuajone (Moquegua) en Ite. Fueron un total de 785 millones de toneladas de relaves depositados en aquel lugar. Para remediar el daño causado en 1997, Southern comenzó el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (Pama) de la bahía y lo concluyó en el 2002. Sobre los relaves se creó humedales, los cuales son atendidos por la minera*<sup>215</sup>.

Muy aparte de la contaminación del agua por las actividades mineras, consecuentemente la contaminación se extendió a los lugares de cultivo, a las tierras de uso agrícola y de pastoreo, pero el perjuicio principal que desata la problemática social, es justamente el uso del agua o la contaminación de las aguas, vertientes o cabeceras de cuencas; por ejemplo, en la región Madre de Dios, la población potencialmente dedicada a la minería ilegal, viene realizando actos contaminantes en aguas de ríos o áreas naturales protegidas por lo que es necesario explicar la contingencia, que en este caso proviene de minería informal siendo necesario explicar que es un área natural protegida y quien ejerce gobernabilidad sobre las mismas.

---

<sup>214</sup> Monografía enviada a la web de monografías por Victor Hugo Tijada Tacuri, Disponible en Leer más:<http://www.monografias.com/trabajos68/contaminacion-agua-peru/contaminacion-aguaperu2.shtml#ixzz3iMSWCfhE>, consulta realizada: 29/08/15. Hora: 6:27 PM.

<sup>215</sup> LIZ FERRER RIVERA. Página web del diario LA REPUBLICA, edición impresa del 29 de mayo del 2015, [<http://larepublica.pe/imprensa/sociedad/3887-investigacion-presidente-de-southern-por-impacto-ecologico-en-bahia-de-ite>]. Consulta realizada el 15/08/2015. Hora: 11:29 p.m.

### 3.4.4.3. La crisis ambiental

La crisis ambiental como concepto puede confundir a primera noción, puesto que la crisis ambiental para ciertos autores no procede de la contaminación ya existente, sino de la poca importancia o conciencia de la sociedad en protegerla, al respecto diversos autores nos aclaran el panorama

Mario Bunge<sup>216</sup> dice que “la crisis ambiental no es un problema de agotamiento y degeneración de recursos, sino de conciencia ambiental”.

En efecto, la crisis de estos días en materia ambiental no sólo implica la depredación de los recursos naturales, o la contaminación, sino primigeniamente por la poca responsabilidad o conciencia ambiental de la sociedad.

Esto lleva a cuestionar, si el tema del medio ambiente o la contaminación, deriva de una crisis ambiental o de una crisis de conciencia ambiental. Precisando que hablar de una crisis de conciencia ambiental, se refiere netamente a un problema humano, que no se encuentra en la naturaleza ni en los seres vivos. Hablar de conciencia moral del hombre es aceptar que ha existido y existe una conciencia ambiental.

El propio premio Nobel de la paz, Al Gore<sup>217</sup>, nos dice, “*que han argumentado desde hace algún tiempo que la crisis del calentamiento global no es un asunto político sino moral*”. Definitivamente si es moral, el problema debe implicar no solo a los que tienen facultades para definir políticas ambientales, los verdaderos actores en la solución del problema tiene que ser la sociedad según Al Gore.

En realidad todas las consecuencias que se viven en torno a contaminación ambiental son el producto de la crisis de la inexistente conciencia del cuidado por el ambiente. Estas generaciones que son netamente consumistas, han sobrepuesto cubrir las necesidades y comodidades sin ningún reparo por los recursos explotados.

Foy Valencia<sup>218</sup>, complementa diciendo: “*remitirnos ab origine a estas conductas humanas, para explicar las causas últimas de la crisis ambiental, no significa sesgar ni distraer la atención del núcleo del problema sino, todo lo contrario, centrarnos en*

---

<sup>216</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS Alejandro. (2011) Derecho ambiental, contemporáneo, crisis y desafíos. Ediciones legales. Lima-Perú. Pág. 23.

<sup>217</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, Ob. Cit. Pág. 18.

<sup>218</sup> Ídem.

*el factor axiológico y cultural*<sup>19</sup>. Nuestras sociedades, cada día se van dando cuenta de que la degradación de recursos obedece de manera proporcional a una degradación de valores como clara consecuencia.

Esto ya no es un problema de un sector sin recursos económicos únicamente, ya que ha trascendido a toda la sociedad, incluso los países desarrollados viven en estos momentos un total descontrol en la actitud frente al ambiente. Creando un total desbalance entre la distribución de los recursos ya que el 20% de la población que proviene de los países ricos, consumen el 80% de los recursos, y el otro 80% de la población de países menos acaudalados, sólo tiene la opción de consumo o uso del 20 % de los recursos. Entonces esto crea mayor pobreza, hambre, carencia alimentaria, y por lo tanto menos conciencia ambiental, ya que se debe saciar la necesidad de supervivencia como objetivo principal.

Pero no siempre fue de esta manera, al respecto, tal y como opina Pierangelli<sup>219</sup>, *“la conciencia ecológica es muy antigua, tan vez tan antigua como el propio hombre, puesto que el desenvolvimiento de la humanidad ha sido marcado por una constante y permanente actividad predatoria”*.

Florencia Valls<sup>220</sup> dice: *“el hombre siempre tuvo conciencia de su dependencia del ambiente. Todas las culturas primitivas temían a los elementos naturales, los deificaban, les ofrecían sacrificios para la preservación de su ambiente natural”*.

Ambos autores concuerdan en que la humanidad siempre ha sido consciente de su trato al medio ambiente y el libre consumo ilimitado de los recursos que han tenido a merced, pero nosotros afirmamos que esta afirmación recae en una generalidad improbable.

Raúl Brañes<sup>221</sup> quien al respecto refiere: *“el derecho ambiental es tan antiguo como la humanidad, porque la norma jurídica en este campo hace su aparición en las comunidades primitivas, en donde había una idea muy clara sobre las relaciones de mutua dependencia, hombre-naturaleza. Sin embargo el progresivo dominio del hombre sobre la naturaleza, hizo caer en el olvido uno de los extremos de esa*

---

<sup>219</sup> Ídem.

<sup>220</sup> Ibídem. Pág. 24.

<sup>221</sup> Ibídem. Pág. 25.

*relación, determinando que la regla de derecho ambiental fuera perdiendo importancia y en muchos casos desapareciera”.*

En el Perú se conoce que la cultura Inca era respetuosa del ambiente, tanto así que sentían que la naturaleza era su dios, así lo demuestra el culto de la Pacha mama. Pero en estos días de contaminación ambiental por minería ilegal, notamos que la pérdida de valores de los peruanos ha llegado a su límite, tanto es el descontrol que sociedades enteras se dedican netamente a la minería ilegal o viven indirectamente de ella, como es en el caso de la región de Madre de Dios, donde el descontrol y la contaminación viene siendo caótica.

La conciencia ambiental en el Perú es muy débil, y ello se debe en cuenta a la ignorancia y desinformación del ciudadano de la calle, lamentablemente en países de tradición estatista como el nuestro, el individuo no encuentra un camino para defender sus derechos; y no solo por la desesperante burocracia estatal, sino también por factores propios de idiosincrasia, que lo conciben como un ente diminuto frente al Estado paternalista<sup>222</sup>.

Entonces la crisis de conciencia ambiental, si es un problema humano, pero este problema humano se debe también a la poca influencia del Estado en la protección del ambiente, o de la poca gestión ambiental que pueda implicar la participación de la ciudadanía, es decir, no existe la percepción social de protección del Estado hacia al ambiente, por lo tanto, tampoco se hace una costumbre o se internaliza la idea de cuidado ambiental.

Trazegnies<sup>223</sup> nos dice que: *“dejar la lucha contra la contaminación solamente en manos del Estado puede no ser lo más eficiente por variadas razones”*. Claro porque de un lado la maquinaria burocrática es lenta en su reacción, el control de la contaminación puede venir muy retrasado. Además el Estado puede ser objeto de presión por los grandes consorcios privadas que realizan actividades contaminantes, lo que hará aún más lenta la puesta en marcha de medidas reglamentarias para controlar la contaminación.

---

<sup>222</sup> *Ibíd.* Pág. 29.

<sup>223</sup> Citado por LAMADRID UBILLÚS, Ob. Cit. Pág. 29.

Alejandro Lamadrid Ubillús<sup>224</sup>, señala que *“a mi juicio, el gran problema de la institucionalidad ambiental, y de la política ambiental, en general, no radica ya en la voluntad política de los gobiernos de turno, sino en la pasividad de una sociedad civil, que por siglos ha considerado a los problemas ambientales como asuntos de segundo plano en el desarrollo del país”*.

En conclusión, para fortalecer la conciencia ambiental se debe trabajar en los dos pilares que por siempre han permanecido olvidados en nuestra república: la educación y las instituciones sociales. La educación no postergarse a un segundo plano, ya que un ciudadano con valores se aleja de la corrupción, delincuencia y del caos, y generará conciencia social, sobre problemas que nos afligen a la mayoría, en conjunto con la presencia de instituciones sociales que puedan tener un roce certero con la población para darles la información necesaria sobre el ambiente.

### **3.4.5. Área Natural protegida (ANP)**

#### **3.4.5.1. Definición.-**

Es importante saber que existe en nuestro país diversas áreas naturales protegidas con importancia para su conservación, siguiendo las políticas estatales adoptadas en pro del ambiente.

La ley 26834, ley de Áreas Naturales Protegidas, señala en su artículo primero, el concepto de área natural protegida, definiéndolos como: *“Las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país”*.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> *Ibidem* pág. 465.

<sup>225</sup> Página virtual de la biblioteca de la UNMSM, revisada, el 1/1/15, Hora, 12:21 PM.  
<<http://biblioteca.unmsm.edu.pe/RedLieds/Recursos/archivos/Legislacion/Peru/ley26834.pdf>>

Las Áreas Naturales Protegidas constituyen patrimonio de la Nación. Su condición natural debe ser mantenida a perpetuidad permitiendo el uso regulado del área y el aprovechamiento de recursos, o determinarse la restricción de los usos directos.

A través de esta ley se crea el Sistema nacional de áreas naturales protegidas por el Estado (SINANPE), ya que el Estado promueve la conservación de la diversidad biológica y el uso sostenible de sus componentes. Para la autora Lily Rodríguez<sup>226</sup>, postula como estrategias, acciones como: *el diseño de políticas públicas que eviten el mal uso de los recursos de la biodiversidad, incentivos de participación ciudadana en el manejo de recursos naturales, y la implementación de los sistemas de gestión ambiental locales y regionales entre otros.*

Los sistemas de gestión ambiental regional y local, son los que se desarrollarán una debida participación ciudadana. Esta dentro de las facultades del gobierno regional en cuanto a la propuesta y administración de las áreas de conservación regional lo siguiente:

- Los gobiernos regionales tiene entre sus funciones la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales de conformidad con el inciso e) del artículo 36 de la *ley de bases de la descentralización, ley 27783.*
- Los gobiernos regionales propone la creación de las áreas de conservación regional y local en el marco del sistema nacional de áreas naturales protegidas de conformidad con el inciso d) del artículo 53 de la Ley orgánica de Gobiernos regionales, Ley 27867.
- Las áreas de conservación regional son administradas por los Gobiernos regionales de conformidad con el artículo 11 de la Ley de áreas naturales protegidas y el numeral 1 del artículo 68 de su reglamento.
- Lo gobiernos regionales deben preservar y administrar, en coordinación con los gobiernos locales, las reservas y áreas naturales protegidas regionales que están comprendidas íntegramente en su jurisdicción de conformidad con el inciso j) del artículo 53 de la Ley orgánica de gobiernos regionales.

---

<sup>226</sup> CITADA por CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry (2009) Guía de derecho Ambiental, jurista editores, Lima-Perú, Pág. 180.

Como se aprecia, los gobiernos regionales tienen una función importante dentro de la protección del ambiente, sobre las áreas naturales reconocidas protegidas por el Estado, esto sin duda, promueve que las facultades se amplíen a garantizar que ningún factor humano pueda alterarlas, si enfocamos el tema hacia la concesión minera, debemos entender que por esta misma prerrogativa, los gobiernos regionales deberían estar inmersos en fiscalizar los instrumentos de impacto ambiental por proyectos mineros, para no desnaturalizar la norma ni sus funciones.

Es entendible que el gobierno regional este encargado de velar por las políticas, brindar soporte para la creación de legislación, realizar los procesos administrativos, aprobar planes maestros, supervisar el funcionamiento en todo lo referido a áreas naturales protegidas. El INRENA, (Instituto Nacional de Recursos Naturales), y esta institución descentralizada del gobierno central, cuenta con la participación de los gobiernos regionales para coordinar conjuntamente el proceso de creación de protección para nuevas áreas.

#### **3.4.5.2. Área natural protegida en la Región de Tacna.-**

En la región de Tacna contamos con un Área de Conservación Regional llamada Vilacota Maure, ubicada en el ámbito geográfico de los Distritos de Palca (Provincia de Tacna), Susapaya, Ticaco, Tarata (Provincia de Tarata) y Candarave (Provincia de Candarave) del Departamento de Tacna, con una superficie de ciento veinticuatro mil trescientas trece hectáreas y mil ochocientos metros cuadrados (124 313,18 has.), alberga una significativa presencia de diversidad biológica en muy buen estado de conservación.

En esta zona habita el ave conocido como el zuri que está en peligro de extinción así como vicuñas y plantas como la queñoa, yareta y tola. En cuanto a patrimonio cultural, se puede encontrar una iglesia de Mamuta del tiempo colonial en Tarata, y grupos étnicos, de la zona andina, dedicados al pastoreo, con costumbres ancestrales como el pago a la tierra, además, dentro del área se encuentra la laguna Vilacota en la provincia de Tarata, y como si fuera poco, existe un valle de geisers en Candarave, en si toda una zona o área con un gran paisaje<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> Datos extraídos del portal youtube, video ejecutado por la Siranp Tacna y el Gobierno Regional Tacna, revisado el 1/1/15, a las 5:20 p.m. <https://www.youtube.com/watch?v=wDuz3IvQFtI>.



El área está a cargo del cuidado del Gobierno Regional Tacna y del plan maestro asignado para el área que rige de desde el año 2012 al 2016; este plan maestro tiene una duración de cinco años pues así lo establece la ley de áreas naturales protegidas, que mencionamos anteriormente.

Es necesario mencionar esta área natural protegida con el propósito de señalar que en Tacna se instaló la compañía privada minera MINSUR, que logro la concesión en un corredor minero peruano, situado en la zona del área natural protegida en mención, para ser exactos en la zona alta de Palca, donde ya se viene operando la instalación para la futura extracción de Oro, en el lugar.

Es importante señalar que la extracción del mineral cruza simultáneamente el canal de Uchusuma y es de conocimiento público que este canal viene a ser la fuente de agua para el consumo de nuestra ciudad. Justamente por esto que en la ciudad de Tacna se inició una protesta que no llego a conflicto puesto que la sociedad no puso mucho interés en la protección del área natural, o del canal de Uchusuma, a todo esto, la pobre resistencia que hicieron nuestras autoridades en pronunciarse respecto al tema por no contar con facultades que les permita intervenir.

La radio RPP<sup>228</sup>, resumió la protesta de la siguiente manera: *Encabezados por el alcalde provincial de Tacna, Fidel Carita, unas 6 mil 500 personas realizaron una movilización pacífica desde la plaza 28 Agosto hacia el Centro Cívico de la ciudad, en protesta contra el Gobierno Central por haber entregado el permiso de concesión minera al proyecto Pucamarca de la empresa Minsur.*

*Pese a que no pudieron realizar el Paseo de la Bandera, los pobladores sacaron en manos la bandera de Tacna; además, se colocaron en el pecho pequeñas banderas del Perú y cargaron algunos carteles contra la minera. El alcalde provincial calificó la movilización como un acto cívico e indicó que no asistirá a la reunión que tendrán el presidente de la Oficina de Diálogo Nacional de la Presidencia del Concejo de Ministros, Vladimiro Huaroc y el presidente regional, Tito Chocano, este miércoles en*

---

<sup>228</sup> Página web de la radio RPP, publicado el 29 de Enero del 2013, disponible en: [http://www.rpp.com.pe/2013-01-29-tacna-pobladores-se-movilizaron-contra-minsur-sin-el-paseo-de-la-bandera-noticia\\_562359.html](http://www.rpp.com.pe/2013-01-29-tacna-pobladores-se-movilizaron-contra-minsur-sin-el-paseo-de-la-bandera-noticia_562359.html), consulta realizada el 16/08/2015. Hora 12:21 a.m.

*Tacna, por no haber sido invitado. Antes de dar por finalizada la actividad, lo población exigieron la consulta popular para resolver el conflicto minero.*

Como se observa, los máximos representantes de la región de Tacna, no asistieron al diálogo en conjunto con el concejo de ministros, por lo que se concluye señalando que el área natural no está debidamente protegida por las instituciones a cargo y por el momento no se cuenta con un ente que pueda mediar por la defensa del derecho ambiental a conservarla.

### **3.4.5.3. Gobernabilidad Ambiental en áreas naturales protegidas**

El ya consultado autor, Henry Carhuatocto Sandoval dice: *“la persistencia y supervivencia de un ANP la asegura fundamentalmente la legitimidad social de la población que la circunda o la habita”*. En efecto, cualquier área natural o el cuidado del ambiente es responsabilidad de la población que necesita de los recursos naturales en su mejor estado, pero para alcanzar mejores niveles de cuidado, se necesita una gobernabilidad efectiva en el cuidado del ambiente.

Para lograr este objetivo, Elsa Galarza<sup>229</sup> nos dice: *“que la gobernabilidad es el ejercicio eficiente, eficaz y legítimo del poder, y la autoridad para el logro de los objetivos sociales, económicos y ambientales. La referencia a la eficiencia implica el logro de objetivos de gobierno en forma transparente y sin desperdicio de recursos; la referencia a la eficacia implica el mantenimiento de la estabilidad y credibilidad de las instituciones y del sistema político; finalmente, la referencia a la legitimidad, que se identifica con las instituciones del Estado, supone el reconocimiento de la ciudadanía de los gobernantes y del ejercicio del poder y la autoridad”*.

La gobernabilidad ha sido descrita como un concepto que implica esencialmente apoderamiento, rendición de cuentas y participación ciudadana; el éxito en la gestión de las áreas naturales protegidas radica esencialmente en su capacidad de compartir y consensuar sus visiones y objetivos con los actores sociales involucrados en la conservación del área natural protegida, que sean estos quiénes decidan que desean para su ambiente.

---

<sup>229</sup> Citado por Carhuatocto Sandoval, Ob. Cit, pág. 210.

La única manera de involucrar a la población local sobre la importancia de un área natural protegida es sensibilizándola sobre los valores y funciones de la misma, y haciéndolas tomar parte de las decisiones socio ambientales que se adopten para proteger el área, sin perjudicar la calidad de vida de la población asentada en ella.

La posibilidad de que los gobiernos regionales lideren el cambio en la percepción social del ciudadano en cuanto a la protección del ambiente es factible, ya que estos son los participantes del proyecto de plan maestro que regirá sobre el área natural, las funciones de dependencia que tiene con la INRENA, no lo limitan a crear políticas ambientales para la inclusión de los ciudadanos en el ejercicio del derecho a un ambiente sano, además sobre la obligación democrática que asume el gobierno regional recae la planificación para un desarrollo sostenible que contribuya a la población en el futuro, crear proyectos que puedan aminorar la pobreza, convertirá a los habitantes locales en verdaderas fronteras del ANP, y defensoras de la conservación, porque entendieron que la conservación es desarrollo y viceversa..

En la ciudad de Tacna, aún no se siente la presencia de activistas organizados, en defensa del ambiente, puesto que la gobernabilidad no solo es por parte de las instituciones públicas, sino también del sector privado, empresas, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales, y a la sociedad civil. La presencia de un área natural declarada como protegida, nos pone en situación preferente para cumplir con los objetivos trazados dentro de los principios ambientales, y crear verdaderas políticas regionales de protección del ambiente.

### **3.5. LA RELACIÓN SOCIEDAD – NATURALEZA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

#### **3.5.1. Definición de desarrollo sostenible**

Se ha mencionado anteriormente lo que es el principio de desarrollo sostenible, o sostenibilidad que se encuentra estipulado en los principios e la Ley general del ambiente, en vista de fuentes internacionales como el informe Brundtland, etc.

El informe Brundtland, es emitido por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (CMMAD), el cual originalmente tenía el nombre de “Nuestro Futuro Común”, pero la comisión al estar presidida por Gro Harlem Brundtland, fue conocido mundialmente como informe Brundtland.

Este informe contiene muchos análisis de la realidad socioeconómica del mundo, en la cual se toca por primera vez la definición de desarrollo sostenible, señalando que es: *“el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades”*.

Argumenta Pierre Foy<sup>230</sup> en un concepto más adecuado al contexto actual que: *“en realidad el desarrollo sostenible es más una ética y conducta responsable para con los valores ambientales generacionales, en su raíz conduce a un compromiso crítico respecto a las formas de producir, de consumir y finalmente de convivir en un entorno común, compartido y cada vez más globalizado”*

El artículo V de la Ley general del ambiente nos dice *“La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente ley, se sustentan en la interacción equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades actuales y futuras generaciones”*.

Se concluye señalando que nuestra legislación garantiza en sus proyectos a nivel sociedad como en fiscalización empresarial la idea de desarrollo sostenible, pero es necesario señalar que estos conceptos implican un grado cultural que considere lo ambiental como un pilar básico de nuestra existencia, lo cual en nuestro país viene desarrollándose en forma lenta, puesto que no contamos con una educación ambiental certera que pueda darnos una costumbre de protección de los recursos y de su uso medido con tal de garantizarles a las generaciones futuras la misma calidad de ambiente en la que vivimos hoy.

Nuestro comentario también es en relación a lo que señala Pierre Foy, cuando nos dice que desarrollo sostenible es una conducta ética y responsabilidad social, lo cual

---

<sup>230</sup> Citado por San Martín Villaverde, (2011) El Daño ambiental, Grijley editores, Lima Perú. Pág. 102.

difiere de la realidad, puesto que si los ciudadanos no tenemos tal conductas, y nosotros somos los que formamos las empresas, surge la pregunta ¿las empresas realmente tomarán en cuenta el concepto de desarrollo sostenible?

A nuestro parecer, en nuestro contexto nacional, la relación sociedad naturaleza, aún no se ajusta al concepto de Pierre Foy, pero sería lo adecuado.

### **3.5.2. La relación, sociedad – naturaleza**

Bajo nuestra concepción, señalamos que existen diferentes actores considerables dentro de esta relación. La naturaleza integrada por los recursos naturales renovables y no renovables, la sociedad integrada por las personas naturales y jurídicas y el derecho de por medio y la regulación que existe entre ellos.

La Constitución en su artículo 66° establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento; por lo que significa que el Estado puede dar en concesión el uso de los recursos bajo legislación especial que implique un desarrollo sostenible y la protección del ambiente.

La ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales sostiene ciertas condiciones para el aprovechamiento de los recursos renovables y no renovables, señalando de manera precisa:

- Que el recurso natural debe utilizarse de acuerdo con el título del derecho para los fines que fue otorgado, garantizado el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales
- Que se debe cumplir con las obligaciones legales dispuestas por la legislación especial, con los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y los planes de manejo de los recursos
- Que el titular del derecho se debe cumplir con la retribución económica y mantener al día el derecho de vigencia

A lo mencionado, Lamadrid Ubillus<sup>231</sup>, señala que “sabemos que las concesiones para explotación de recursos naturales son importantes para el desarrollo económico del país, pero esta explotación no puede ser irracional indiscriminada, es necesario que

---

<sup>231</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011) derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, Ediciones legales, Lima – Perú. Pág. 64.

existan límites, principios, barreras suficientes para desarrollar este desarrollo económico con la preservación del ambiente y sus recursos.

Cabe señalar entonces que los recursos están bajo la administración total del Estado y sus instituciones y son susceptibles de otorgación de derechos sobre los mismos, está es la relación sociedad naturaleza bajo la percepción legal.

### **3.5.3. Responsabilidad social empresarial**

El Tribunal constitucional ha señalado un aspecto importante a mencionar para la investigación, en la sentencia N° 048-2004-AI/TC, la cual ha valorado la actividad económica en relación a la responsabilidad social en un Estado social democrático, señalando lo siguiente:

“el modelo del estado social y democrático de derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado liberal (...) en esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. la economía social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos, en armonía con el bien común y el respeto del interés general (...) en el Estado social y democrático de Derecho, el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana (...) lo social se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi natural, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Se ha mencionado que los recursos están bajo el dominio y soberanía estatal por lo que ellos tienen la obligación de exigir y velar por una responsabilidad social a las empresas en forma concreta. Estos intereses económicos jamás podrán ser superiores a la valoración de los recursos, ambiente o la vida en sí, en caso se anteponga la posibilidad de una vulneración al ambiente o a la vida o salud, el interés económico siempre debe ser postergado.

La sociedad bajo esta idea ha desatado muchos conflictos sociales en el país, puesto que el Estado viene priorizando los proyectos de inversión minera o de otro sector por encima del cuidado ambiental o de los derechos de propiedad u otros derechos de los ciudadanos, es por eso esto que muchos conflictos en nuestro país han impedido el desarrollo de actividades de muchas empresas, consecuentemente para la economía del país, se ha visto reflejado un crecimiento económico no tan regular.

#### **3.5.4. Definición de Conflictos sociales**

Uno de los conceptos genéricos que tiene la Defensoría del pueblo en cuanto a conflictos sociales es el siguiente: “Los conflictos sociales son hechos en los que se amenazan o afectan derechos fundamentales; por un lado, los derechos vinculados a los problemas que originan el conflicto y que no estarían siendo reconocidos o protegidos por el Estado (ambientales, laborales, de propiedad, etc.); y por otro, los derechos que son puestos en riesgo como resultado de un inadecuado manejo del conflicto social (derecho a la vida, a la integridad, a la libre circulación, etc.).”<sup>232</sup>

Estas circunstancias obligan al gobierno de turno, a preocuparse en gobernabilidad democrática y la defensa de los derechos humanos de ciertos grupo que se ven vulnerados con las políticas del Estado, afectando además la idea de democracia que viene desarrollando el país, en el sentido que no se siente una real satisfacción social por decisiones que supuestamente benefician a la gran mayoría

Otro de las definiciones de la defensoría en su informe “Ante todo el dialogo”, del año 2005 dice: “...el conflicto social es un proceso complejo en el que grupos sociales, el Estado y las empresas perciben que sus objetivos, intereses, valores, creencias son incompatibles o contradictorios, y esa contradicción puede derivar en violencia”.<sup>233</sup>

En este concepto encontramos un nuevo sujeto inmerso dentro de los conflictos sociales que es la empresa, que están también muy relacionadas a los conflictos sociales, puesto que las políticas del Estado de libre mercado, permite a empresas internacionales, desarrollar operaciones económicas en diferentes sectores, salud, minería, servicios, etc., acrecentando así, el rechazo de algunos grupos de la

---

<sup>232</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO (2012), Violencia en los conflictos sociales, Informe defensorial N° 156 Lima –Perú, pag.24.

<sup>233</sup> *Ibidem*. Pág. 25

sociedad que se ven amenazados por las imposiciones económicas de grupos empresariales que controlan ciertos sectores.

La complejidad de los conflictos sociales se evidencia en la multiplicidad de actores, de causas, de formas culturales, de expresiones de poder, de maneras de experimentar las amenazas o daños, de insertarse en la economía de mercado o quedar al margen de ella, de ubicarse en la historia social y política del país.

### **3.5.5. Tipología de los conflictos sociales.-**

Los conflictos sociales difieren unos de otros en historia, participantes, factores sociales, problemas relevantes o no, y sus contextos varían, y pueden ser agrupados según sus causas pero no según su solución, además también se pueden agrupar de acuerdo a los sectores como por ejemplo salud, estabilidad laboral, economía, minería, inclusión social, libertad empresarial, etc.; y también por las instituciones a las cuales llegan los reclamos, en si variados criterios para tratar de agrupar los conflictos dentro de una tipología que pueda explicar mejor los conflictos sociales.

A continuación detallaremos múltiples clases de conflictos usuales, según el análisis del abogado ambientalista colombiano, Gregorio Mesa Cuadros<sup>234</sup> el cual señala que la mayoría de conflictos en su país son similares en toda Sudamérica y Centro América, cabe señalar que estos no serían los únicos sino los más habituales.

- Conflictos mineros
- Conflictos por la extracción de petróleo.
- Degradación y erosión de las tierras, causadas por la desigual distribución de la propiedad sobre la tierra o por la presión de la producción exportadora
- Las plantaciones no son bosques Biopiratería
- Conflictos sobre el agua
- Derechos nacionales o locales de pesca
- Conflictos sobre el transporte, contaminación aérea y calidad del servicio público.
- Conflictos por residuos sólidos

---

<sup>234</sup> MESA CUADROS, Gregorio (2015) Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales, Colección Gerardo Molina, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá-Colombia, Pág. 39.



- Conflictos por la seguridad de los consumidores y ciudadanos, alimentos transgénicos.
- Conflicto por residuos tóxicos, sólidos y líquidos.
- Conflicto por contaminación de reservas naturales, sobre todo en la amazonia.
- Conflicto de cultivos ilícitos.

En estos últimos meses del año, las protestas por índole política son muy persistentes, así mismo las que se inician por la conquista de nuevos derechos civiles tales como la unión civil, respeto de derechos laborales, conflictos socio ambientales, etc.

### **3.5.6. Causas generales de los conflictos sociales en el Perú.-**

Los conflictos sociales se originan en diversas causas, las inmediatas están referidas a situaciones muy particulares que confronta la ciudadanía como la no construcción de una carretera, el temor a la contaminación del agua, la tierra o el aire, las irregularidades en el manejo de los fondos públicos de parte de autoridades municipales, la falta de límites oficiales entre dos jurisdicciones, etc.

Cuando las causas inmediatas requieren ser resueltas por urgencia, los conflictos pueden ser muy violentos, de larga duración y de una gran cohesión social. Estos son los elementos que preceden a movimientos políticos de mayor aliento, especialmente en contextos e identidades culturales fuertes y cada vez más conscientes de su exclusión. Un ejemplo de esta situación es perceptible en los movimientos sociales indígenas de la amazonia peruana y de ciertas zonas de la sierra sur.

A lo largo de cinco años, la Defensoría del Pueblo registró el aumento de más del 300% en la frecuencia de conflictos sociales. Dentro de este campo de conflictividad, la mayor cantidad corresponde a conflictos por temática socio ambiental, así, por ejemplo, mientras que en el 2004 alcanzaban a 4 regiones del país, en el 2005 pasan a ser 7; el 2006, 12; durante el 2007, 15; en el 2008 alcanzaron a 19 regiones; en el 2009 a 23 y en el 2010 aumento a 24 regiones. Pero, además, este incremento no solo corresponde al número de regiones, sino a la intensidad<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO (2012), Violencia en los conflictos sociales Informe Defensorial N°156. Pág. 37.

Hacia setiembre del 2011, los conflictos socio ambientales, entre activos y latentes constituían el 41.7% del total de los conflictos registrados por la Defensoría del Pueblo. En segundo lugar se encuentran los conflictos por asuntos de gobierno local con 17%. En tercer lugar se encuentran los conflictos laborales con 12.2%; y, en cuarto lugar, los asuntos de gobierno nacional con 6.7%<sup>236</sup>.

Otro rasgo de los conflictos en su forma de dar a conocer los problemas y de llevar al espacio público determinadas demandas, es el mecanismo de reclamación que se usa para tiempos cortos es la protesta y para motivar una presión pública. A pesar de la intención dialogante de un sector del grupo social y su dirigencia, las exigencias de respuestas prontas y las limitaciones del Estado para proponer modalidades de dialogo creíbles y efectivas, precipitan el protagonismo de los actores violentos.

Aunque el porcentaje de procesos de dialogo ha crecido en los últimos años de 32% en abril del 2008 a 53% en setiembre del 2011, de acuerdo al reporte N°91 de la Defensoría del pueblo, el 58% de los procesos de dialogo se instala después de la violencia, porcentaje que con pequeñas variaciones se ha mantenido por lo menos desde enero del 2009<sup>237</sup>.

Subsiste, además, en la lógica de la protesta de algunos dirigentes y organizaciones sociales la idea de que la violencia es un medio eficaz para alcanzar los objetivos. Permitiría acortar el equilibrio que una de las partes percibe en su relación con la otra, es de utilización inmediata, transmite el mensaje del grupo con contundencia; infunde temor en las otras partes, da la impresión de cohesión e identidad en el grupo. Sin embargo, no es justificable en modo alguno el uso de medios violentos cualquiera fuese la causa del conflicto por el alto riesgo para la vida de las personas que supone y por la deslegitimación de las instituciones que provoca. Los aparentes beneficios logrados mediante medidas violentas no superarán nunca lo costos dejados en el camino.

Asimismo, los conflictos funcionan como plataformas de lanzamiento político o estrategias ocasionales o planificadas de publicidad de personas, ideas y proyectos. Se observan liderazgos radicales con agendas propias que si bien no se podría decir que están en la capacidad de fabricar situaciones de conflicto, si pueden tener la

---

<sup>236</sup> Ídem.

<sup>237</sup> ibídem. Pág. 38

habilidad de capitalizar descontentos, insatisfacciones de la población o errores de la administración pública y la institucionalidad política.

Por otro lado las organizaciones sociales, que no han desarrollado forma de democracia interna están expuestas a que sus líderes se conviertan en los únicos intérpretes de la realidad exterior y en el filtro de toda información que llega a sus integrantes.

En ocasiones se suelen formar agrupaciones solo con el objetivo de hacer públicas determinadas demandas, no obstante ello, hay principios de articulación en algunas zonas del país. Alrededor de algunos conflictos socio ambientales por ejemplo, se observa una concurrencia de actores, como organizaciones sociales, municipios locales, iglesias, rondas campesinas, organizaciones no gubernamentales (ONG), con agendas consensuadas, en espacios de explotación minera cada vez más amplios, del mismo modo se observa, en la región sur, el desarrollo de proyectos indigenistas con un contenido político cada vez mayor y que reivindican una nacionalidad diferenciada.

La inexistencia de un proyecto público nacional o interregional claramente definido o de un liderazgo articulador no quiere decir que esta posibilidad se haya descartado.

### **3.6. POLÍTICA AMBIENTAL**

Se definirá dos aspectos importantes, el primero en relación a determinar si existe una política ambiental de gobierno, y el segundo es determinar si existe una política ambiental de Estado, la diferencia radica, en la posición gubernamental de los funcionarios de turno gubernamental es decir aquella que empieza cada cinco años, en comparación a la política de Estado permanente en cuanto al ambiente. Si es existente o no, se detalla las aproximaciones en nuestra legislación en cuanto a lo mencionado.

#### **3.6.1. Política ambiental de gobierno.-**

La ley general del ambiente dispone que la política nacional del ambiente constituye el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas y programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito definir y orientar el accionar de las

entidades del gobierno nacional, regional, local; y del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental.

Para Héctor Béjar<sup>238</sup>, *“la política ambiental se inserta dentro de las políticas públicas, que constituyen declaraciones o interpretaciones generales que guían o encauzan el pensamiento de los actores para la toma de decisiones, definen áreas dentro de las cuáles se puede tomar decisiones y aseguran que éstas sean congruentes con un objetivo y contribuyan a alcanzarlo”*.

Según Carlos Andaluz Westreicher<sup>239</sup>, *“la política ambiental constituye el componente principal de la gestión ambiental, desde que los otros dos elementos o instrumentos, que son los marcos jurídicos y administrativos, solo encuentran su realización a partir de este”*.

Es decir que se necesita de la idea política en un inicio para empezar a legislar sobre la materia. Sin embargo, es de advertir que en opinión del ambientalista Lanegra<sup>240</sup>, cuando se habla de política ambiental se debe distinguir por lo menos tres acepciones:

- “Como lineamientos de política”: Directrices o reglas de carácter general que orientan la toma de decisiones o el desarrollo de las acciones de gestión ambiental.
- “Como objetivos de política”. Metas que se plantea el Estado en materia ambiental, tanto en forma de acciones (medios) como en resultados.
- “Como política pública ambiental”. Equivale a política pública, programa o conjunto de acciones orientadas a alcanzar algún objetivo de política ambiental, interviniendo en la gestión ambiental y en el manejo de los conflictos socios ambientales.

Dentro de este contexto, la política ambiental se inserta dentro de las políticas públicas, que constituyen declaraciones o interpretaciones generales que guían o encauzan el pensamiento de los actores para la toma de decisiones; definen áreas

---

<sup>238</sup> Citado por ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, Manual de derecho ambiental, Proterra editores, Lima-Perú. Pág. 409.

<sup>239</sup> Citado por LAMADRID UBILLUZ, Alejandro (2012) Derecho ambiental, contemporáneo crisis y desafíos. Editorial ediciones legales. Lima-Perú. Pág. 183.

<sup>240</sup> Ídem.

dentro de las cuales se puede tomar decisiones y aseguran que esta sea congruente con un objetivo y contribuyan a alcanzarlo.

Los lineamientos generales aportados por la política ambiental, vienen incrementando la legislación y la institucionalidad respectivamente. Según Silvia Charpenter y Jessica Hidalgo<sup>241</sup>, *“la política ambiental gubernamental se puede expresar en normas legales, documentos o declaraciones de las autoridades públicas. No obstante, sus efectos no siempre son inmediatos y directos sino que necesitarían en muchos casos de un instrumentos de política o de gestión ambiental, que convierte la simple declaración en acción de gobierno, es decir en política pública ambiental”*.

Se opina, que es necesario concretar las políticas públicas ambientales por encima de la legislación o del instrumento de gestión pública ambiental, puesto que las políticas son el impulso para el desarrollo sustentable y sobre todo despierta la conciencia de vigilancia de actividades contaminantes y manejo de ciertos recursos naturales renovables y no renovables, también persigue un estímulo de las actividades económicas productivas, previniendo, minimizando y restaurando los posibles efectos negativos de su impacto en el medio ambiente, buscando armonizar la aparente dicotomía entre desarrollo económico y preservación ambiental.

### **3.6.2. Política ambiental del Estado.-**

En contra de lo expuesto en los párrafos anteriores, la política de Estado debe ser entendida como aquella que se encuentra en el ámbito de lo acordado y permanece en lo declarativo, sin perjuicio de verse consagrada en normas e instrumentos de política, como la constitución, tratados aprobados, leyes, estrategias o planes de acción, etc. Que si bien constituyen lineamientos según los cuales debería regirse la actuación de quienes ejercen la representación del Estado y la de los propios administrados, no encuentra una realización efectiva.

En consecuencia, para el ius ambientalista Andaluz Westreicher<sup>242</sup>, *“se trata de la visión que en materia ambiental tiene un Estado, pero que no necesariamente halla correspondencia en las acciones concretas de quienes ejercen el gobierno en un momento dado. Si se quiere es lo que debería ser, pero no necesariamente es”*.

---

<sup>241</sup> CHARPENTIER, Silvia; HIDALGO, Jessica. (1999). Políticas ambientales en el Perú. Agenda Lima-Perú. Pág. 12.

<sup>242</sup> Citado por LAMADRID UBILLUZ, ob. Cit. Pág. 185.

Alejandro Lamadrid Ubillus<sup>243</sup>, nos dice en cuanto a políticas de Estado enmarcadas en legislación, el Perú ha avanzado mucho, *“si de políticas de Estado se trata, puedes afirmar que el Perú se encuentra en un nivel similar al de las legislaciones más avanzadas en materia política estatal”*.

Este comentario es en base a que la Constitución ha consagrado como derecho fundamental el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; de igual modo, dispone la promoción del desarrollo sostenible, haciendo mención especial al desarrollo de la amazonia, cual sabemos es el depositario de la mega diversidad de nuestro país; además se enfatiza en la constitución la conservación de la diversidad biológica y la preservación de las áreas naturales protegidas. La carta fundamental consagra también la obligación de que el Estado determine la política nacional del ambiente.

Pero el mismo autor finaliza su idea de política estatal aclarando, que *“el Perú tiene una frondosa legislación ambiental y es parte de importantes tratados internacionales para el cuidado del medio ambiente; sin embargo, es notorio que las cuestiones ambientales carecen de prioridad en la agenda política y, por lo tanto, esto se refleja en la tolerancia a las agresiones contra el ambiente, que se expresa en la lenidad estatal para exigir el cumplimiento de las sanciones por infracciones, como cuando impone multas per no ejercita las acciones necesarias para que se materialice su cumplimiento; cuando obvia las tareas de fiscalización y control, cuando crea instrumentos para extender plazo a quienes no cumplieron con la protección del ambiente o cuando se resiste a fortalecer la Autoridad Nacional Ambiental”*<sup>244</sup>.

Un diáfano ejemplo de indolencia política y ambición desmedida lo tenemos, sin ir muy lejos, en el Perú de inicios de siglo pasado. Son ya famosos los humos de la Cerro de Pasco Copper Corporation, que afectaron la salud de los trabajadores y campesinos de la Sierra central, que contaminaron las aguas, destruyeron pastizales y desvalorizaron las propiedades de las comunidades y de los particulares. De poco a nada sirvieron las protestas y movilizaciones de trabajadores y campesinos. Las comunidades se vieron, en la práctica, obligadas a malbaratar sus tierras y propiedades, y Cerro de Pasco, además de expandir su explotación minera, se

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, Pág. 186

<sup>244</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011) *Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos*, ediciones legales, Lima Perú. Pág. 188.

convirtió también en una hacienda ganadera. Un negocio redondo, hecho sobre el empobrecimiento y muerte de trabajadores mineros, pobladores urbanos y campesinos<sup>245</sup>.

*¿Y que hizo el Estado para controlar y sancionar estos, que no eran pecados privados, sino crímenes públicos? Nada. Absolutamente nada, para sancionarlos. Tampoco creó una política que regulara la actividad minera y petrolera para preservar el ambiente y la vida de los trabajadores. Ni políticas ambientales, ni políticas sociales ni culturales; solo políticas represivas. Este era, pues, el papel fundamental del Estado oligárquico; papel que actualmente, en el estado democrático en el que vivimos, no ha cambiado esencialmente mucho<sup>246</sup>.*

En efecto, la exploración y explotación en las minas se han modernizado, pero el monto de la renta dejada en el país sigue siendo relativamente pequeña; la administración, la gestión y la distribución de esa diminuta renta en el territorio reproduce la ineficacia e injusticia de otros tiempos, los niveles de corrupción de los gobernantes y funcionarios se mantiene al tope, y la contaminación del ambiente es igualmente grave.

En tal sentido, se concluye señalando que las políticas ambientales deben establecer los cursos de acción que deberá emprender el Estado, para asegurar un ambiente sano y el desarrollo sostenible, comprende por lo tanto la consagración normativa de tal intención mediante lineamientos establecidos en su ordenamiento jurídico, así como la planificación de actividades a corto mediano y largo plazo, la definición de estrategias y planes de acción sectoriales, los actos de gobierno y desde luego, la asignación de recursos en el Presupuesto general de la República para que todo se materialice.

### **3.6.3. Administración ambiental**

Por administración ambiental entendemos inicialmente que existen diversos entes administradores del derecho ambiental perteneciente al Estado, donde se pueda ejercer el libre derecho constitucional y los trámites para concesión minera por

---

<sup>245</sup> LANEGRA QUISPE, Iván. (2008)El ausente estado ambiental. Primera ediciones realidades. Lima-Perú. Pág. 13.

<sup>246</sup> *Ibidem*. Pág. 14.

ejemplo. Habiendo dicho esto, diversos autores nos aclaran cuáles son los entes, sus funciones y cómo es que accedemos a las mismas.

Según Andaluz Westreicher<sup>247</sup>, *“la administración ambiental constituye el marco institucional del Estado encargado de ejecutar las políticas ambientales y de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental”*. Dos puntos concretos en el concepto del doctor Andaluz, es señalar que la administración ambiental tiene como objeto ejecutar las políticas ambientales y velar por que se cumpla las normas establecidas dentro de la legislación nacional.

En el Perú ya no existe una única autoridad ambiental, la legislación ha ampliado facultades y ha creado instituciones especializadas en un determinado tema, por ejemplo el Ministerio del Ambiente, la OEFA, OSINERMIN, todas con facultades en relación pero especiales para fines concretos lo que podría demorar la eficacia de la acción administrativa para el cuidado del ambiente.

A su vez, con la coexistencia de múltiples autoridades ambientales sectoriales, regionales y locales; hizo posible la creación del CONAM<sup>248</sup> (Consejo nacional del ambiente en el año 1994, sin vigencia en el presente) y el sistema nacional de gestión ambiental, además de la presencia del Ministerio del ambiente (creada el 2008), quien formula, planifica, dirige, coordina, ejecuta, supervisa y evalúa la política nacional del ambiente aplicable a todos los niveles de gobierno.

Según Brañes<sup>249</sup>, *“la organización de un sistema ambiental se puede examinar desde tres puntos de vista: la centralización y descentralización de dicho sistema; la sectorización y transectorización del mismo; y la cabida de la participación social en ese sistema”*.

Se entiende que Brañes ajusta su concepto a la realidad nacional, puesto que en Perú la administración pública aún tiene dificultades de coordinación en caso se encuentren descentralizadas porque el sistema aún no está perfeccionado, por lo que señalar ambas opciones de descentralizadas o centralizadas en cuanto al sistema es lo más lógico, así como si son dentro de un sector donde se ejercen las funciones o si se

---

<sup>247</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, Manual de Derecho Ambiental, iustitia editores, Lima-Perú, Pág. 919

<sup>248</sup> Ley N° 26410 (22712/94) Ley del Consejo Nacional del Ambiente

<sup>249</sup> Citado por ANDALUZ WESTEICHER, Carlos, Manual de Derecho Ambiental, iustitia editores, Lima-Perú, Pág. 919.



despliega a todos los sectores en forma uniforme, lo cual sabemos que en nuestro país por la diversidad de cultura los objetivos regionales pueden variar, en lo que si estamos en desacuerdo es en que se señala la cabida de la participación social pues se cree que esta siempre debe ser parte de cualquier sistema que opte por utilizar, ya que la participación social o ciudadana es un derecho constitucional garantizado y protegido por el Estado por lo que una norma de inferior jerarquía no puede situarla como opcional

El sistema estatal peruano se organiza en forma unitaria y descentralizada como menciona la constitución, puesto que el gobierno central, tiene sub-gobiernos que son el Gobierno regional y el local, mediante municipalidades provinciales; todos estos sub gobiernos, siguen las políticas y decisiones oficiales del gobierno central en materia ambiental, es decir, no gozan en la actualidad de una autonomía que pueda fortalecer la idea de verdadera descentralización de funciones y decisiones.

El autor Brañes<sup>250</sup>, señala además que: *“la incorporación de la gestión ambiental a la estructura del Estado plantea algunos requerimientos de descentralización de funciones fuertemente centralizadas; puesto que es un principio inconcuso en gestión ambiental que se lleve a cabo con un alto grado de descentralización, pues se considera que el aprovechamiento de capacidades locales es uno de los requisitos indispensables para una gestión ambiental apropiada”*.

Con esta última aclaración por parte del ius ambientalista Brañes, se reafirma la idea sobre darle facultades a instituciones descentralizadas en regiones que puedan aprovechar con eficacia los conocimientos de especialistas locales que conocen perfectamente la realidad de su región y del pensamiento local, para que no pueda contrariar los intereses locales, todo esto además basado en un plan de descentralización ya existente pero aún en instancias iniciales en materia ambiental.

No obstante, la descentralización también tendría que obedecer a un plan nacional integral que pueda abarcar en forma concreta a todos los rincones del país, puesto que la descentralización de funciones, sin un plan o política nacional, podría impulsar el crecimiento de algunas regiones con mucho más sustento para el desarrollo

---

<sup>250</sup> Ídem.

sostenible que en otros lugares, lo que devendría en una inconsistencia e incongruencia con los principios de solidaridad ambiental.

Para iniciar este cambio en materia ambiental se creó el CONAM, como autoridad ambiental nacional, que progresivamente fue pasando de ser un ente meramente coordinador y descentralizado, a tener roles normativos, de fiscalización, control y sanción; esto lo establece la ley general del ambiente en el artículo 55, así el CONAM, ejecuto parcialmente estas atribuciones, de gran medida por la falta de claridad al asignarse competencias en el sistema de gestión ambiental peruano, por lo que todas estas funciones mencionadas, le corresponden en la actualidad al Ministerio del Ambiente.

En complemento de lo mencionado sobre el enfoque integral de las políticas y normas ambientales con las de desarrollo del Estado y los movimientos políticos, en su intento de planificación estratégica, se suscribe el acuerdo nacional y en su quinta política suscrita el 22 de julio del 2002, se comprometieron a impulsar acciones de Estado sobre la base de un planteamiento estratégico que oriente los recursos y concierte las acciones necesarias para alcanzar objetivo nacionales de desarrollo, crecimiento y adecuada integración a la economía global. En tal sentido corresponde al Estado:

- Impulsar la creación de un sistema nacional de planteamiento estratégico sectorial e institucional, con una clara fijación de objetivos generales y objetivos específicos que establezcan metas a corto, mediano y largo plazo, así como los indicadores de medición correspondientes.
- Promover que la gestión gubernamental alcance los objetivos establecidos en los países estratégicos, respaldada por un sistema de control del cumplimiento de los objetivos y las metas presupuestarias.
- Garantizar el informe periódico de la gestión del Poder Ejecutivo, sobre el avance del cumplimiento de los objetivos trazados.
- Promover que los funcionarios públicos orienten su gestión hacia el logro de las metas establecidas y que sean permanentemente capacitados en el desarrollo de las habilidades y los atributos necesarios para alcanzarlos.

En el cumplimiento de esta política de Estado, el congreso aprobó la Ley 28522 en mayo el 2005, con la cual se creó el Sistema Nacional de Planteamiento Estratégico (SNPE) y el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN). Dentro sus funciones podemos observar las siguientes:

#### **3.6.3.1. Sistema nacional de planeamiento estratégico (SNPE)**

Constituye un conjunto articulado e integrado de órganos, subsistemas y relaciones funcionales cuya finalidad es coordinar y viabilizar el proceso de planeamiento estratégico nacional para promover y orientar el desarrollo armónico y sostenido del país. Tiene entre sus objetivos constituirse en el espacio institucionalizado para la definición concertada de una visión de futuro compartida y de los objetivos y planes estratégicos para el desarrollo nacional armónico, sustentable, sostenido y descentralizado del país.

Está integrado por el CEPLAN, como órgano rector del sistema; por los órganos del gobierno nacional y, con salvaguarda de su autonomía, de los demás poderes del Estado de los organismos constitucionales autónomos y de los gobiernos regionales y locales con responsabilidades y competencias en el planeamiento estratégico; así como el foro del Acuerdo Nacional que actúa como instancia de concertación de la planificación estratégica nacional cuando su intervención es solicitada, en su orden por el Presidente del Consejo de Ministros o el Presidente del Consejo Directivo del CEPLAN<sup>251</sup>.

#### **3.6.3.2. Centro Nacional de Planeamiento (CEPLAN)**

Es el organismo técnico especializado que ejerce la función de órgano rector orientador y de coordinación del SNPE. Está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Los órganos del SNPE mantienen una relación técnica y funcional con el CEPLAN en las materias de su competencia. Se estructura y funciona según un modelo de organización flexible y de gestión horizontal, basado fundamentalmente en la constitución de comités multidisciplinarios a cargo de coordinadores. El consejo directivo es el más alto órgano de gobierno de deliberación y decisión, lo integra un

---

<sup>251</sup> ANDALUZ WESTEICHER, Carlos, Manual de Derecho Ambiental, iustitia editores, Lima-Perú, Pág. 925.

representante del poder ejecutivo, tres representantes del gobierno nacional, dos propuestos por el PCM y uno por el Ministerio de Economía y finanzas, dos profesionales de prestigio con experiencia en la docencia universitaria, un representante de los gobiernos regionales propuesto por la Asamblea de Presidentes Regionales, un representante de los colegios profesionales<sup>252</sup>.

En materia ambiental, se ha creado el sistema nacional de gestión ambiental (SNGA), que está estrechamente vinculado al SNPE, ya que le corresponde ejecutar la Decimonovena Política del Estado del Acuerdo Nacional, por lo que uno de los representantes del gobierno nacional que integran el consejo directivo del CEPLAN, debería ser designado por el Ministro del Ambiente, en tanto el titular del ente rector del SNGA y responsable de dirigir el proceso de planeamiento estratégico sectorial y de determinar los objetivos sectoriales funcionales nacionales aplicables a todos los niveles de gobierno para aportar los componentes de la política ambiental, espacial y de desarrollo sostenible.

El SNGA, como sistema funcional, está constituido sobre la base de las entidades estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local; que ejerzan competencias, atribuciones y funciones en materias de ambiente y recursos naturales. Sus funciones se realizan a través de cuatro niveles operativos, los cuales son aplicables a los niveles nacional, regional y local de gobierno, siendo estos los siguientes<sup>253</sup>:

- Nivel I.- encargado de definir y aprobar los principios y objetivos de gestión ambiental y la promoción del desarrollo sostenible, integrando la política ambiental con las políticas sociales y económicas.
- Nivel II.- encargado de coordinar, dirigir, proponer y supervisar la Política ambiental, el plan y agenda ambiental, así como conducir el proceso de coordinación y concertación intersectorial.
- Nivel III.- encargado de elaborar propuestas técnicas que, preferentemente, se basen en consensos entre entidades públicas de los diferentes niveles de gobierno, sector privado y sociedad civil. Las

---

<sup>252</sup> *Ibíd*em Pág. 926

<sup>253</sup> *Ibíd*em. Pág. 927

propuestas acordadas se presentan a los organismos de decisión correspondientes, a través del Ministerio del Ambiente o, en su caso, a través de los Gobiernos Regionales y gobiernos Locales.

- Nivel IV.- encargado de la ejecución y control de políticas, instrumentos, y acciones ambientales.

Como observamos en el nivel tres, las coordinaciones en cuanto a propuestas técnicas son decididas entre los representantes del CEPLAN, junto con los gobiernos regional y la sociedad civil, esto supone cierto respaldo al derecho de representación que tiene la ciudadanía, puesto que a través del gobierno regional, se pone en resguardo los intereses de la región, además de brindar información real sobre la situación de la región a través del representante pero no de manera suficiente ya que como lo mencionamos, la mesa directiva cuenta mayormente con representantes del gobierno central.

#### **3.6.4. Gestión ambiental**

Se hizo mención sobre las facultades de las instituciones previstas para la administración, por lo tanto se debe planear una gestión materializada bajo una política estatal definida, al respecto Raúl Brañes Ballesteros<sup>254</sup>, define gestión ambiental como: *“el conjunto de actividades humanas que tienen por objeto el ordenamiento del ambiente”*. Según este autor, la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio Humano, celebrada en 1972, en Estocolmo, es el punto de partida de la incorporación de la gestión ambiental a la función del Estado”.

El fin de la gestión ambiental es promovida por la Conferencia de Estocolmo lo que permite establecer una tarea para los Estados que deben implementar herramientas para una gestión ambiental, pero esta iniciativa no es únicamente estatal, ya que la tendencia actual debido a las consecuencias de contaminación ha dado paso a la presencia y la participación de la sociedad civil para fiscalizar y señalar la responsabilidad de la empresa privada en materia ambiental, por eso la gestión ambiental es ahora interpretada a manera de función compartida entre ambos.

---

<sup>254</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS Alejandro. (2011), Derecho ambiental Contemporáneo, ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 177.

El guía Carlos Andaluz Westreicher<sup>255</sup>, dice que: “*si bien compete al Estado la determinación de la gestión ambiental, hoy es cada vez más aceptado que la ciudadanía y el sector empresarial no pueden estar excluidos de la formulación, aplicación y evaluación de las mismas. En tal sentido, es necesario que los actores sociales, con sus conductas, mejoren el nivel de gestión ambiental, contribuyendo en su éxito, siempre con el Estado promoviendo la participación de éstos*”.

En consecuencia, Efraín Pérez<sup>256</sup>, destaca la existencia por así decirlo de: “*una gestión ambiental que corresponde al Estado, y una gestión ambiental que corresponde a la sociedad civil, sin perder de vista estrecha interrelación entre una y otra*”.

Lo que importa para los objetivos de la investigación es que la presencia de la sociedad ejerciendo la participación ciudadana debe ser materializada a través de una institución idónea y que cuente con los recursos técnicos para llevarla a cabo y la única que posee una representación democrática de las sociedades vienen a ser los gobiernos regionales los cuales representan los mejores intereses y planes de una región.

A continuación se mencionará los elementos y componentes específicos para una gestión ambiental adecuada a nuestra realidad estatal.

#### **3.5.4.1. Elementos de la gestión pública:**

Los principales componentes de la gestión pública según Raúl Brañes Ballesteros<sup>257</sup> son *la política, la normativa, y la administración ambiental*, y según Efraín Pérez<sup>258</sup>, partiendo de un desglosamiento de cada uno de los componentes mencionados por Brañes, propone una clasificación propia de gestión pública, a saber:

- Objeto de la gestión (en este caso se trata de la gestión pública ambiental).
- Políticas, planificación y financiamiento.
- Normativa legal.
- Estructura jurídica e institucional.
- Competencias.

---

<sup>255</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. OP. Cit. 2006; pág. 387.

<sup>256</sup> Citado por LAMADRID UBILLUZ, Alejandro. Óp. Cit. Pág. 178.

<sup>257</sup> Citado por Lamadrid Ubillus. Óp. cit. Pág. 178.

<sup>258</sup> Ídem

- Normativa administrativa y regulación.
- Administración, manejo y operación.
- Seguimiento y control.
- Sanción y jurisdicción.

Según el mencionado autor, *este esquema, intenta abarcar las alternativas de acción que ofrecen los Estados contemporáneos para su desenvolvimiento. En una forma ideal, estos elementos deberían aplicarse de manera conjunta y complementaria para ser verdaderamente eficaces en la ejecución de las finalidades públicas*<sup>259</sup>. Estos elementos encierran las pautas esenciales para Efraín Pérez a fin de realizar una gestión pública eficaz.

Por su parte, el ambientalista peruano Iván Lanegra<sup>260</sup>, partiendo de que la normativa ambiental no es estrictamente un componente de la gestión pública ambiental sino una vía para la formalización y el desarrollo de sus componentes, postula, a su vez, su propio esquema de elementos de gestión pública ambiental. Que podríamos resumir en dos esquemas que integran para el esquema básico de componentes de gestión:

1. Política ambiental como un conjunto de objetivos en dicha área.
2. Organización estatal ambiental. Asignación de la ejecución de las acciones que buscan alcanzar dicho objetivo de política a determinadas organizaciones, generalmente (pero no solo) entidades públicas.
3. Instrumentos de gestión ambiental: Que comprende el diseño y aplicación de instrumentos de gestión destinados a facilitar el accionar de los actores en la concreción de la política ambiental.

Como cada uno de estos componentes requiere a su vez de instrumentos jurídicos, el mencionado autor peruano hace otra clasificación que podríamos llamar “componentes específicos”.

---

<sup>259</sup> *Ibidem*, pág. 179.

<sup>260</sup> LANEGRA QUISPE, Iván, (2008) *El ausente Estado ambiental: razones para la reforma de las instituciones las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Aleph impresiones, Lima-Perú. pág. 26-28.

### 3.5.4.2. Componentes específicos de la Gestión Pública ambiental según Iván Lanegra Quispe.-

Estos componentes vendrían a ser lo necesario para concretar una estructura legal en gestión ambiental.

- Política/objetivos de política
- Estructura organizativa
- Instrumentos de gestión
- Resultados esperados
- Funciones y atribuciones/capacidades institucionales
- Herramienta operativas

Para el autor Carlos Andaluz Westreicher<sup>261</sup> “se debe incluir la normatividad ambiental, ya que la legislación, si es el único que puede ser impuesto aun coercitivamente”, en sentido crítico a los componentes que señala el autor Iván Lanegra.

El artículo 13° de la Ley general del ambiente señala que: la gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas, técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población.

*Tengamos presente que una gestión ambiental exitosa deberá traer desarrollo sostenible, esto es crecimiento económico y social en armonía con el equilibrio ambiental, todo ello en beneficio de una mejor calidad de vida y salud de la población. Por eso las directrices de la gestión ambiental, pueden resumirse en dos: desarrollo sostenible y derecho a un ambiente sano y equilibrado<sup>262</sup>.*

Con la ley General del Ambiente y la Ley del Sistema Nacional de Gestión ambiental se pone fin a una etapa de gestión ambiental caótica y sin lineamientos generales. La

---

<sup>261</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Óp. Cit. 2006. Pág. 388.

<sup>262</sup> LAMADRID UBILÚS, Alejandro. Óp. Cit. Pág. 181.



tarea que se presenta ahora es desarrollar una gestión ambiental nacional consensuada y contando con la participación ciudadana.

*La descentralización de la gestión ambiental a través de los gobiernos regionales y locales es parte de ese proceso, así como la labor de coordinador y conciliador de intereses que tendrá el Ministerio del Ambiente frente a los ministerios y las instituciones protectoras descentralizadas con competencias ambientales, será fundamental para que el país, valore y aproveche su patrimonio nacional sin perjudicar la calidad de vida y la salud de las personas<sup>263</sup>.*

El artículo 14° de la Ley General del Ambiente define al Sistema Nacional de Gestión Ambiental como la estructura de gestión que permite la integración funcional y territorial de la política, normas e instrumentos de gestión, así como las funciones públicas y relaciones de coordinación de las instituciones del Estado y de la sociedad civil, en materia ambiental.

La ley general del ambiente también establece que: el sistema nacional de gestión ambiental se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos público descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local, que ejercen competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los sistemas regionales y locales de gestión ambiental, contando con la participación del sector privado y la sociedad civil (art. 14.2 de la LGA).

Ambos artículos colocan al Ministerio del Ambiente como el eje de la conciliación y concertación de las tareas ambientales. Pero a nuestro parecer creemos que el Ministerio el ambiente si bien puede coordinar con instituciones descentralizadas, es necesaria la actuación parcial del gobierno regional en asuntos que implican una actuación mucho más preponderante por parte de ellos para situaciones donde el riesgo al ambiente sea latente y sobre todo en una conexión ideal con la sociedad a la que representa fundamentada en el ejercicio de la democracia.

Para Lanegra Quispe<sup>264</sup>: *“No cabe duda que la implementación de un sistema nacional de gestión, que se constituirá sobre la base de los sistemas sectoriales,*

---

<sup>263</sup> *Ibidem*. Pág. 221.

<sup>264</sup> LANEGRA QUISPE, Iván. *Óp. Cit.* Pág. 29

*regionales y locales, que pasarán a ser sus componentes o subsistemas de gestión ambiental, para obtener unidad, coherencia interna y congruencia con el medio que lo rodea, requerirá necesariamente de instrumentos de gestión ambiental que le permitan afianzar la política ambiental nacional y su propia existencia”.*

*“La autoridad rectora del ambiente tendrá una dura tarea y deberá empezar por ingresar los proyectos de inversión de actividades de impacto, que aún no se les exige instrumentos de gestión ambiental y constituyen un potencial peligro al ambiente”<sup>265</sup>.*

En conclusión la normativa ambiental refleja un esfuerzo en política ambiental peruana en su intento de amoldarse a los nuevos cambios sociales, tanto internos como externos, resultando en buena cuenta uno de los instrumentos más poderosos que tiene la gestión ambiental, no obstante reconocemos que es un buen inicio, pero este esfuerzo no llega a cubrir ciertos aspectos como soluciones a los conflictos socio ambientales por motivo de las concesiones mineras que aún es un gran punto que debe ser solucionado.

### **3.6.5. Instituciones públicas en gestión ambiental para la concesión minera.-**

Existen instituciones dedicadas al sector ambiental como parte de la institucionalidad estatal, que tienen como fin tratar de llegar a ser eficaces en la administración y gestión de lo necesario para garantizar el desarrollo sostenible nacional en materia ambiental; nótese que se está tratando de cubrir todos los posibles puntos para garantizar el derecho al ambiente, pero al mismo tiempo la creación de muchas instituciones, podría ocasionar algunos problemas, como la coordinación lenta entre las mismas, barreras burocráticas, la poca flexibilidad para accionar en defensa de situaciones de contaminación en tiempo corto e inmediato, entre otros.

Pero concretamente se establece, que todas estas instituciones siguen bajo un sentido centralista postergando una necesaria descentralización lo que trae a consecuencia una no adecuada posibilidad para que los ciudadanos se acerquen a ejercer su derecho ambiental, por lo que se analiza brevemente las funciones de las principales instituciones ambientales en cuanto al proceso de concesión minera que es lo que importa para probar los objetivos de nuestra investigación.

### **3.6.5.1. Presidencia del Consejo de Ministros- PCM**

Mantiene relaciones de coordinación con los gobiernos regionales y locales en lo que corresponda, y con los distintos sectores a fin de definir y evaluar los grandes lineamientos de política y objetivos estratégicos nacionales. Ejercen la representación del poder ejecutivo y su coordinación es directa con el mismo.

De manera directa o indirecta inciden en la gestión ambiental el CONAM, y el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR); en este momento, el CONAM ha sido desactivado y sus funciones pasaron a manos del Ministerio del Ambiente;

En cuanto al OSINFOR, vela por los servicios ambientales, por el aprovechamiento sostenible y la conservación de recursos forestales y de fauna silvestre, así como los servicios ambientales provenientes del bosque<sup>266</sup>.

### **3.6.5.2. Organismo Superior de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)**

Es el organismo regulador que tiene por misión regular, supervisar, fiscalizar, sancionar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de **minería**, electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades. En la actualidad, todas sus funciones han sido transferidas a la OEFA.

### **3.6.5.3. Instituto Nacional de defensa Civil (INDECI)**

Es el organismo executor que tiene por finalidad proteger a la población, previniendo daños, proporcionando ayuda oportuna y adecuada y asegurando su rehabilitación en casos de desastres calamidades de toda índole, cualquiera que sea su origen. Todas estas funciones se realizan a través de la SINAGERD, que viene a ser el Sistema nacional de Gestión de riesgos y desastres, estos tienen coordinación directa

---

<sup>266</sup> LANEGRA QUISPE. Ob. Cit. Pág.29

son subniveles de gobiernos tales como el Gobierno regional, gobiernos locales y distritales.

#### **3.6.5.4. Secretaria de descentralización**

Es un órgano de línea que depende jerárquicamente de la secretaria general de la PCM, encargado de dirigir y conducir el proceso de descentralización, así como coordinar y articular la Política General del Gobierno con los gobiernos regionales y locales, brindar asistencia técnica para el fortalecimiento de capacidades en gestión a estos gobiernos y conducir la inversión descentralizada que permita el desarrollo e integración regional.

#### **3.6.5.5. Oficina de gestión de Conflictos Sociales**

Es el órgano especializado que depende jerárquicamente del Presidente del Consejo de Ministros y está encargado de dirigir el proceso de gestión de conflictos sociales en todos los niveles de gobierno y en el ámbito del territorio nacional, así como de evaluar los resultados de dicha gestión de conflictos sociales. Sus funciones son las de:

- Diseñar, formular y proponer lineamientos y estrategias para realizar acciones de prevención, gestión y resolución de conflictos sociales en los tres niveles de gobierno;
- Diseñar, implementar y conducir los mecanismos de gestión de información para los conflictos sociales, a nivel nacional; diseñar e implementar programas de fortalecimiento de capacidades en materias de prevención, gestión y resolución de conflictos sociales, dirigido a los gobiernos regionales, locales y sectores del poder ejecutivo, coordinando las tareas competentes para su implementación;
- Propiciar la participación de instancias de concertación de la sociedad civil para la gestión de conflictos sociales;
- Establecer una red de comunicación conformada por líderes de opinión regionales y locales comprometidos con la gobernabilidad democrática;
- Realizar investigaciones y estudios específicos que apoye las mejores decisiones en prevención y gestión de conflictos sociales;

- Asesorar a la Alta dirección en temas de mediación y concertación, así como recomendar los supuestos y formas de intervención de la PCM;
- Diseñar y proponer mecanismos de coordinación y articulación con las entidades públicas, en todos los niveles de gobierno, así como con los actores de la sociedad civil que se requieran, a efectos de prevenir o resolver conflictos y otras funciones que le sean encomendadas por el Presidente del Consejo de Ministros.

#### **3.6.5.6. Ministerio del Ambiente (MINAM)**

Tiene como función general diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental, asumiendo la rectoría con respecto a ella.

Su objeto es la conservación del ambiente, de modo tal que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta, que permite contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a los presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

Sus competencias comprenden acciones técnico-normativas de alcance nacional en materia de regulación ambiental, entendiéndose como tal el establecimiento de la política, la normatividad específica, la fiscalización, el control y la potestad sancionadora por el incumplimiento de las normas ambientales en el ámbito de su competencia, la misma que puede ser ejercida a través de sus organismos públicos correspondientes.

#### **3.6.5.7. Tribunal de solución de controversias ambientales**

Es el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia en materia ambiental y la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos que se precisan en el reglamento de la presente ley. Es una instancia obligatoria previa a la judicial donde realizan mecanismos de conciliación extrajudicial.

### **3.6.5.8. Comisión consultiva ambiental**

Es un órgano de carácter permanente. Su función es promover el diálogo y la concertación en asuntos ambientales entre el estado y la sociedad.

Su confirmación, forma de designación y número de miembros, así como su funcionamiento, son establecidos por el reglamento correspondiente. Los gobiernos regionales y locales aprueban la creación, el ámbito, la composición y las funciones de las Comisiones Ambientales Regionales (CAR) y de las comisiones ambientales municipales (CAM). Y a su vez el ministerio del ambiente apoya el cumplimiento de los objetivos de las CAR y de las CAM, en el marco de la política ambiental nacional, manteniendo estrecha coordinación con ellas.

### **3.6.5.9. Organismo de Evaluación y fiscalización ambiental – OEFA**

La OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental; así como de la aplicación de los incentivos.

Es el ente rector del Sistema de evaluación y Fiscalización ambiental. Le corresponde aprobar el reglamento del Régimen Común de fiscalización y control ambiental, así como el Régimen de incentivos, previa aprobación del MINAM.

Forma parte del SINEFA, que ejerce funciones similares, pero principalmente las relacionadas con el gobierno regional y local; la OEFA, ejerce funciones básicas como:

- Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de la fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley general del ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.
- Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando sanciones, multas, comiso, inmovilización, clausura o suspensión por las infracciones determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.

- Elaborar y aprobar el plan anual de fiscalización ambiental, así como elaborar el informe de resultado de aplicación del mismo.
- Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función
- Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.

La OEFA cuenta con un Tribunal de fiscalización ambiental que ejerce funciones como última instancia administrativa, sus resoluciones son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, cuando así lo señale la resolución respectiva.

### **3.6.6. Encargados del procedimiento de concesión minera.-**

El Ministerio de Energía y Minas cuenta con diferentes órganos internos para el desarrollo del procedimiento de concesión minera, a continuación mencionaremos las facultades de cada una de ellas:

#### **3.6.6.1. Dirección General de Minería.-**

Es el órgano técnico normativo por excelencia. Se encarga de normas, dirigir, coordinar, promover y controlar las actividades mineras. Sus atribuciones son:

- Otorgar el título de las concesiones de beneficio, transporte minero y de Aprobar el programa de inversiones con plazos de ejecución, que tiene el carácter de Declaración Jurada, respecto a los contratos de estabilidad tributaria del artículo 78° y 79° de la Ley general de Minería.
- Aprobar el estudio de factibilidad-técnico económico, que tiene carácter de Declaración Jurada a que se refiere los artículos 82° y 83° de la ley general de minería.
- Proponer los modelos de contrato por adhesión que garanticen los beneficios establecidos en el Título Noveno de la Ley general de minería
- Velar por el cumplimiento de los contratos de estabilidad tributaria.
- Evaluar la declaración anual consolidada que deberán presentar los titulares de la actividad minera.
- Evaluar y dictaminar respecto de las solicitudes de área de no admisión de denuncios.

- Aprobar los proyectos de ubicación, diseño y funcionamiento de las concesiones de explotación y beneficio, en los casos que se señale en el reglamento.
- Proponer normas de bienestar, seguridad e higiene minera
- Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente ley, su reglamento y el código de medio ambiente.
- Preparar la Nómina de Peritos mineros.
- Imponer sanciones a los peritos que incumplan con lo dispuesto en el reglamento de peritos, la presente ley y su reglamento.
- Resolver de oficio o a petición de parte sobre las denuncias referentes a extracción de mineral sin derecho alguno.
- Resolver sobre las solicitudes para el establecimiento de servidumbres y expropiaciones.
- Aprobar y fiscalizar los programas de viviendas, salud, bienestar y seguridad minera.
- Calificar a los titulares de actividades en mineros artesanales, pequeños, medianos o grandes según la legislación vigente.
- Emitir opinión sobre la procedencia de solicitud para la paralización y reducción de la actividad minera, en los procedimientos que se interpongan ante la autoridad de trabajo.
- Resolver los recursos de apelación y conceder los de revisión, en los procedimientos en que le corresponda ejercer jurisdicción administrativa.
- Resolver los recursos de queja por denegatoria del recurso de apelación.
- Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función o labor general.

#### **3.5.6.2. Instituto Geológico Minero Metalúrgico**

Mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-EM publicado el 22 de febrero del 2007, el marco de la reforma de la estructura del Estado, se dispuso la fusión del INGEMET con el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC) mediante la modalidad de fusión por absorción, correspondiéndole al INGEMMET la condición de institución absorbente. De esta el INGEMMET asume las funciones del manejo y administración de la propiedad minera, incluyendo el catastro, las concesiones mineras y la administración del derecho de vigencia y penalidades.



### **3.5.6.2.1. Dirección de Concesiones Mineras:**

La dirección de concesiones mineras está encargada de tramitar y resolver los petitorios mineros conducentes a la obtención del título de concesión minera y otros procedimientos especiales. Tiene las siguientes funciones:

- Planificar, organizar, dirigir, supervisar las actividades de su competencia.
- Evaluar y tramitar los petitorios mineros, oposiciones, acumulaciones, fraccionamiento y división de concesiones mineras, constitución de sociedad legal, unidades económicas administrativas y cambio de sustancias.
- Tramitar y en su caso resolver las denuncias por internamiento en derecho ajeno, sustitución y reducción de áreas.
- Declarar por excepción, la cancelación de los petitorios que se formulen sobre áreas ocupadas por denuncios, petitorios y concesiones mineras prioritarias.
- Emitir pronunciamiento sobre la renuncia total o parcial del área de concesión.
- Proponer al Presidente las declaraciones de caducidad y áreas de libre denunciabilidad
- Expedir constancias de derechos en trámite.
- Emitir dictámenes técnicos y legales en los asuntos de su competencia.
- Opinar por la exclusión de áreas extinguidas de libre denunciabilidad del Sistema de cuadrículas.
- Conducir el acto de remate derivado de la simultaneidad de petitorios así como declarar el abandono o inexistencia de áreas simultánea, según sea el caso.
- Registrar en el Sistema correspondiente la información que se genera.
- Informar a la Dirección General de Minería sobre las infracciones que cometan los Peritos mineros nominados en el ejercicio de su función.
- Absolver las consultas legales que formulen los usuarios mineros, respecto a los procedimientos a su cargo.
- Proponer las directivas que permitan mejorar la gestión de la dirección de concesiones mineras.
- Asesorar a la Alta dirección y otros órganos del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico en aspectos de su competencia, cuando le sean consultados; y,
- Otras que le sean asignadas en el ámbito de su competencia.

### **3.5.6.2.2. Unidades que conforman la Dirección de Concesiones Mineras:**

La dirección de Concesiones Mineras, para el cumplimiento de sus funciones tiene un área de coordinación de certificaciones y la siguiente estructura orgánica:

#### **a) Unidad Técnico Normativa:**

La unidad Técnico Normativa es el órgano de la Dirección de Concesiones Mineras, encargada de emitir los informes técnicos legales requeridos en el Procedimiento Ordinario Minero a su cargo. Tiene las siguientes funciones:

- Analizar y proponer las normas técnico legal relacionado con el Procedimiento ordinario.
- Informar a la dirección de Concesiones en los asuntos legales relacionados con los procedimientos a su cargo.
- Emitir opinión en los asuntos que le sean solicitados por la Dirección de Concesiones.
- Emitir dictámenes en los asuntos que le encomiende la Dirección de Concesiones.
- Evaluar, informar y dar su conformidad sobre las solicitudes de formulación de petitorios mineros.
- Evaluar o informar respecto de los recursos de oposición y solicitudes de renuncia parcial y total o áreas, acumulación, constitución de sociedad legal, unidades económicas administrativas cambio de sustancia, fraccionamiento y división de concesiones mineras.
- Evaluar e informar sobre las solicitudes de denuncias por internamiento en derecho ajeno, de sustitución, fraccionamiento de petitorios y denuncias mineros, reducciones de áreas, simultaneidad de petitorios mineros y rehacimientos.
- Evaluar e informar sobre los derechos mineros incursos en causales de inadmisibilidad, cancelación rechazo, que se encuentren a su cargo, así como de su libre denunciabilidad, de ser el caso.
- Evaluar e informar sobre los proyectos de resoluciones jefaturales de los derechos mineros incursos en causales de abandono, rechazo, cancelación o nulidad, así como de su libre denunciabilidad, de ser el caso.
- Informar sobre las constancias de derechos en trámites.

- Opinar respecto a la aplicación de la legislación en el Procedimiento Ordinario Minero, el Catastro Minero nacional y el Catastro de áreas restringidas a la actividad minera.
- Coordinar con las oficinas desconcentradas, los remates e áreas simultáneas y demás consultas sobre derechos mineros en trámite.
- Supervisar las labores del personal a su cargo
- Realizar las demás funciones que le asigne el director.

**b) Unidad técnico Operativa:**

La Unidad Técnico Operativa es el órgano de la Dirección de Concesiones Mineras, encargada de emitir los informes técnicos requeridos en los procedimientos administrativos mineros a su cargo. Tiene las siguientes funciones:

- Tramitar, revisar y emitir opinión técnica de las solicitudes de concesiones minera.
- Tramitar, revisar y emitir opinión de las diligencias periciales de relacionamiento, remensura, posicionamiento de hitos en los denuncios, petitorios y concesiones mineras, según corresponda.
- Tramitar, revisar y emitir opinión en los expedientes sobre el aspecto técnico en renunciaciones de áreas, superposición, cambio de sustancia, fraccionamiento, reducción, áreas urbanas, unidades económicas administrativas y acumulación de derechos mineros.
- Proponer y difundir las normas y especificaciones técnicas para la conservación y actualización del catastro minero.
- Revisar y emitir opinión sobre los informes técnicos de los derechos mineros que serán publicados de libre denunciabilidad,
- Elaborar el informe mensual de producción de la dirección de concesiones
- Supervisar las labores del personal a su cargo.
- Otras que le asigne el director.

### **3.7. TUTELA PROCESAL DEL DERECHO AL AMBIENTE.**

#### **3.7.1. Vías procesales.**

El derecho ambiental esta formulado para ejercerlo por medio de diferentes vías sujetas a derecho; desde su reconocimiento en la Constitución de 1979 se vienen implementando fórmulas legales procesales para velar por las exigencias de una sociedad cada vez más interesada en temas relacionadas al derecho ambiental.

La ley general del ambiente se ocupó de recalcar que: *“Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales<sup>267</sup>”*. Esta primera parte nos provee el derecho de las personas al acceso a la justicia ambiental, y en el segundo párrafo del mismo artículo nos mencionan que *“se pueden interponer acciones legales aún en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia, en defensa del interés difuso<sup>268</sup>”*.

Este segundo párrafo abre la posibilidad a toda aquella persona con la libertad de ejercer acción jurisdiccional o administrativa si siente que se vulnero su ambiente o derecho ambiental o si es que no le sucedió nada y obra en nombre de la colectividad, es justamente ese interés difuso y colectivo el que permite que el concepto de legitimidad para obrar sea flexible.

Tenemos que mencionar entonces que acciones podemos interponer para la defensa del ambiente:

#### **3.7.1.1. En cuanto a Acciones Civiles**

Se debe contar con una legitimidad para accionar.- legítimo interés económico o moral, salvo disposición expresa de la Ley, es decir cuando se trata de intereses difusos (LGA). La responsabilidad civil se sustenta en dos sistemas que coexisten.- Responsabilidad basada en la culpa (Art. 1969 del C.C.) y la Responsabilidad basada en el riesgo (Art. 1970 del C.C.) aquel que causa un daño a otro por el ejercicio de una actividad riesgosa está obligado a repararlo.

---

<sup>267</sup> Ley 28611, Ley general del ambiente, Art. IV.

<sup>268</sup> Ídem.

Según Trazegnies<sup>269</sup>, la acción de responsabilidad extracontractual ofrece una estrategia intersticial (y a veces, decisiva), porque considera como daño a los efectos nocivos de la contaminación sobre las personas y asegura a las víctimas una indemnización aunque todavía no exista reglamento alguno al respecto.

Se ha de señalar que en el Perú no hemos tenido todavía ningún caso jurisprudencial en que el Estado haya sido declarado responsable por negligencia en sus funciones de preservar el ambiente, pero no existiría inconveniente alguno para que el principio de responsabilidad del Estado se extienda a los daños ambientales<sup>270</sup>.

### **3.7.1.2. En cuanto a acciones en administración pública**

Ya hemos mencionado de la posibilidad de acceder a interponer solicitudes a las instituciones que integran la administración y gestión ambiental; en caso estas acciones en defensa del ambiente no prosperen ante la Administración Pública se prosigue la acción mediante Proceso contencioso administrativo que procederá cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso. Cuentan con una legitimidad de oficio para interponer una acción administrativa o proceso contencioso administrativo el Ministerio Público que actúa como parte, el Defensor del Pueblo, o cualquier persona natural o jurídica (Artículo 12 de la Ley N° 27584).

Lo mencionado está garantizado en la Constitución como el Derecho de Petición regulado en el Artículo 2º numeral 20, que garantiza el derecho humano fundamental de formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Así también se puede ejercer el derecho de Queja cuando no atienden nuestra petición, se dirige al superior jerárquico para que este resuelva o a las autoridades que otorgan derechos sobre recursos naturales o las autoridades sectoriales ambientales para que atiendan nuestras peticiones con respecto a los instrumentos de gestión Ambiental. Una de estas instituciones por ejemplo sería la OEFA.

---

<sup>269</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, (2011) Derecho ambiental, contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú, Pág. 356.

<sup>270</sup> *Ibidem*. Pág. 353

### **3.7.1.3. En cuanto a acciones de garantía constitucional**

Las acciones de Garantía en defensa del Ambiente pueden realizarse mediante proceso de amparo en defensa de derechos constitucionales violados o amenazados por hecho u omisión; requiere el agotamiento de las vías previas salvo la excepción de que cuando por esperar el agotamiento de la vía previa pudiera convertirse en irreparable la agresión. Cuando se acciona en defensa del ambiente no es necesario agotar las vías previas

Al respecto valdría la pena manifestar que la Corte Suprema de la república, en reiterada jurisprudencia, ha resuelto lo siguiente:

- Que la acción de amparo es el medio procesal idóneo para el defensa de intereses difuso, como es el ambiente.
- Que cualquier persona puede accionar en defensa del ambiente.
- Que cuando se acciona en defensa del ambiente no es necesario agotar las vías.

### **3.7.1.4. En cuanto a Acciones penales en defensa del ambiente**

Aquí encontramos diferentes delitos tipificados en el Código Penal como por ejemplo:

- *Delitos contra la seguridad pública* en la modalidad de Contaminación de aguas o sustancias destinadas al consumo. Art. 286° del C.P, Comercialización del tráfico de productos nocivos. Art. 288° del C.P;
- *Delitos contra la ecología* en sus modalidades de Vertido ilegal de residuos. Art. 304° del C.P. Otorgamiento indebido de licencias. Art. 306 C.P. Incumplimiento de normas sanitarias. Art. 307° C.P. Depredación de flora y fauna protegidas Art. 308 C.P. Extracción ilegal de especies acuáticas Art. 309° C.P.
- *Delitos contra los RRNN y el medio ambiente* en la modalidad de Depredación de Bosques protegidos. Art. 310° del C.P. Utilización indebida de tierras agrícolas. Art. 311° del C.P. Autorizar actividades contrarias a los planes o usos previstos en la Ley. Art. 312° del C.P. Alteración del ambiente o el paisaje. Art. 313° del C.P.

Existe una limitación para accionar penalmente en defensa del ambiente en el caso en que las comunidades hayan aprendido a prevenir la degradación ambiental

oponiéndose a los proyectos de inversión, incluso antes de que el Estudio de Impacto Ambiental se apruebe porque si no requieren tener un informe de la autoridad sectorial para proceder a ejercer su derecho a accionar en la vía penal. La Ley 26631 señalaba: se requiere opinión fundamentada de la autoridad sectorial sobre infracciones a la legislación ambiental antes de establecer una acción penal (La LGA ha recogido esta disposición)<sup>271</sup>.

En resumen el derecho al ambiente al ser un derecho económico, social, cultural, es plausible de ser ejecutado mediante pedidos administrativos por un conjunto de personas afectadas, pero ¿qué sucede si se ha vulnerado el derecho de un solo ser, y no en conjunto?, el código procesal civil, no estipula expresamente alguna acción referida o relacionada a la tutela del derecho al ambiente, no obstante, el código de procesal constitucional si encierra la posibilidad de hacer ejercer el derecho mediante proceso de amparo como hemos explicado.

### **3.7.2. Consideraciones de sanción administrativa ambiental.**

Desde una perspectiva general, la relación del derecho administrativo con el derecho ambiental mantienen ciertas paradojas que la doctrina se ha encargado de tratar de explicar y resolver que debemos tratar para entender cierta dificultad al momento de exigir una sanción administrativa para las empresas mineras que afectan derechos colectivos.

Para el autor Vicente Giménez<sup>272</sup>, “actualmente uno de los temas centrales del derecho administrativo ambiental está referido a los nuevos escenarios de actuación o títulos de intervención de la administración pública, así como los alcances de poder sancionador (el proceso sancionador administrativo ambiental), puesto que sabemos que existen instituciones descentralizadas encargadas de la fiscalización de la protección del ambiente y por encima de ellas una institución a cargo de velar por el cumplimiento de las funciones de protección llamado OEFA, pero que no cuenta con un poder sancionador, más bien sólo de fiscalización de la política institucional, así como aprobar el Plan anual de evaluación y fiscalización ambiental.

---

<sup>271</sup> Página web de Doriz Balbín Días, abogada defensora en gestión ambiental cuya página está disponible en: <https://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/training-for-lawyers-7.pdf>. Hora y fecha de consulta 1:07 A.M. 17/07/15

<sup>272</sup> Citado por Foy Valencia, Pierre, (2000) Ensayos jurídicos, “Consideraciones sobre la justicia Ambiental en el sistema jurídico”. Ara editores Pág. 138.

En países de América Latina y el Caribe, la aplicación de la legislación ambiental depende en buena medida de los organismos administrativos creados por los propios sistemas jurídicos para las protecciones ambientales o conexas, puesto que sobre estos recae la tarea de implementar un número importante de mandatos ambientales<sup>273</sup>.

Desde esta óptica se dota a los organismos de atribuciones normativas y ejecutivas, entre las que se incluyen la potestad de normar y aplicar sanciones administrativas cuando se contravienen las disposiciones de la legislación ambiental.

### **3.7.3. Potestad sancionadora administrativa ambiental:**

Hemos señalado el gran problema de la potestad sancionadora a grandes rasgos en los subcapítulos anteriores por lo que distinguiremos los puntos concretos del problema. Existe una disfunción normativa sobre la naturaleza del denominado *ius punendi* del Estado y sus expresiones más específicas en los ámbitos penal y administrativo.

Ambas ramas hoy en día se sustentan en ser constitucionales por lo que sus principios y normatividad, siempre son limitadas por lo que dicta la Constitución, por considerar que se trata de un reconocimiento indirecto o implícito como evidencia de las competencias de la administración pública y por considerar que existe un *ius puniendi* genérico del Estado que deriva en ambas disciplinas sancionadoras.

En este contexto, se inscriben los principios que guían dicha potestad sancionadora del Estado, por la rama del derecho administrativo en su ley 27444 en el artículo 230°, en cuanto a la potestad sancionadora, encontramos principios como el de legalidad; debido procedimiento, razonabilidad; tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones; causalidad; presunción de licitud; *non bis in ídem*.

Mientras que en la rama del derecho penal, ciertos principios también los podemos encontrar en la sanción administrativa como el principio de legalidad, o reserva de ley; principio de retroactividad de la norma penal más favorable, derecho de la

---

<sup>273</sup> FOY VALENCIA, Pierre, Ob. cit. Pág. 139.



presunción de inocencia; principio de non bis in ídem o la prohibición de la duplicidad de sanciones administrativas penales<sup>274</sup>.

Desde una perspectiva de derecho administrativo ambiental, se suelen considerar como los principios rectores del derecho administrativo y su aplicación para la protección ambiental<sup>275</sup>.

- Principio de legalidad y de tipicidad.
- Principio non bis in ídem, como articulación entre la represión administrativa y la represión penal de los ilícitos ambientales.
- Principio de culpabilidad y su modulación en el ámbito sancionador administrativo: la responsabilidad solidaria y la responsabilidad de las personas jurídicas.

El principio del non bis in ídem orientado a evitar la duplicidad de sanciones puede ofrecer dificultades en cuanto a su aplicación desde una perspectiva ambiental, considerando la proliferación de entidades a las que se le asigna competencias ambientales en nuestro ordenamiento legal<sup>276</sup>.

Es decir que por este principio no se podrá imponer una pena sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

En respuesta a lo mencionado, en el CMARN se norma un sistema de sanciones administrativas acumulativas en su artículo 11°. La mencionada ley N° 27444, al regular los principios de la potestad sancionadora incorpora en su art. 230 inciso 10, el principio non bis in ídem, es decir, no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa, por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Esto es reiterado tanto por el artículo 21 de la Ley marco del sistema nacional de gestión ambiental, Ley N° 2825 como de la propia Ley general del ambiente, en su artículo 141°.

---

<sup>274</sup> FOY VALENCIA, Pierre, Ob cit. Pág. 140

<sup>275</sup> Ídem.

<sup>276</sup> Ídem.

### **3.8. INSTRUMENTOS DE IMPACTO AMBIENTAL**

#### **3.8.1. ¿Qué son los instrumentos de impacto ambiental?**

La defensa del ambiente resulta una labor compleja, sobre todo, para un país en el cual se gozan de amplias condiciones para aprovechar recursos naturales. Claro está que con condiciones nos referimos a barreras muy fáciles de pasar.

No obstante, era tan importante para nuestro país el aprovechar sosteniblemente los recursos naturales, en virtud de sus características y la importancia para el régimen económico nacional.

Entonces, ¿de qué manera protegemos nuestro ambiente del daño? Pues para ello se debe tener en cuenta debidamente los instrumentos de gestión ambiental, (IGA).

Los IGA son instrumentos que, a su vez, tienen cualidades particulares y es por eso que se dividen en los siguientes grupos.

- Instrumentos Preventivos: son aquellos que evitan que se generen impactos que afecten negativamente el ambiente. Por ejemplo: EIA, Planes de manejo de recursos naturales, Planes de ordenamiento ambiental. Planes de prevención, etc.
- Instrumentos de Control: permiten verificar el cumplimiento de las obligaciones y las prácticas más adecuadas para mejorar las condiciones ambientales. Por ejemplo: parámetros de calidad y de emisión, Programas de Monitoreo, Auditorías ambientales, mecanismos y procedimientos de fiscalización, clasificación e inventarios de especies, etc.
- Instrumentos de Reparación; pretenden corregir el deterioro ambiental, revirtiéndolo en la medida de lo posible, a la situación original o a un nivel aceptable. Por ejemplo: PAMA, Planes de rescate y reproducción de recursos naturales, vedas, seguros ambientales, etc.
- Instrumentos financieros: facilitan el flujo de recursos económicos para la gestión ambiental. Por ejemplo: FONAM; FONANOE, fideicomisos, cartas fianzas, etc.

- Instrumentos Económicos: buscan generar condiciones para facilitar el cumplimiento de obligaciones ambientales. Por ejemplo: Permisos, licencias, tributos, autorizaciones, etc.
- Instrumentos de Información: generan información para la toma de decisiones y para una mejor participación de la sociedad en la gestión ambiental. Por ejemplo: Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA), TUPA, etc.
- Entre otros.

Entonces. ¿Acaso resultan los instrumentos de gestión ambiental suficientes para lograr la defensa del ambiente?, lo que debe aseverarse es que dichos instrumentos se deben aplicar en la medida que se decida ejecutar un proyecto, es ahí que se hará efectiva la utilización de los mencionados instrumentos.

### **3.8.2. ¿Qué es el Impacto ambiental?**

El autor Alejandro Lamadrid<sup>277</sup>, nos da una definición certera de lo que se entiende como impacto ambiental, él nos dice que: “el impacto ambiental puede ser definido como una alteración significativa en el ambiente debido a actividades antrópicas vinculadas habitualmente a proyectos económicos o productivos. Estos impactos pueden ser directos cuando involucran pérdida parcial o total de un recurso o deterioro de una variable ambiental (contaminar aguas, talar bosques, entre otros)”.

De igual forma, también existen impactos ambientales indirectos cuando se generan riesgos sobre el ambiente (erosión antrópica, inundaciones, entre otros).

Pero no solo las obras o actividades generan impactos ambientales no deseados, también las decisiones políticas las provocan; tal es el caso de los programas públicos de colonización de la Amazonía o la aplicación de la legislación de reforma agraria en la selva peruana. En ambos casos, la decisión política se adoptó en absoluta ignorancia de la dinámica de los ecosistemas selváticos, aplicándose por ejemplo, normas sobre abandono de tierras a bosques en suelos clasificados de protección, lo

---

<sup>277</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011) Derecho ambiental Contemporáneo, Crisis y Desafíos, editorial ediciones legales, Lima – Perú. Pág. 226

cual alentó a agricultura o ganadería, únicas actividades consideradas aptas por la Ley para desvirtuar el abandono<sup>278</sup>.

Explicada la definición, debemos deslindar una diferencia con el daño ambiental, ¿impacto ambiental es lo mismo que daño ambiental?, para el autor Diego San Martín, es negativa, mientras que el daño ambiental es siempre contraproducente y producto de omisiones y acciones perjudiciales contra el ambiente; el impacto ambiental no es necesariamente negativo y es producto de una acción (aunque también una omisión), como los proyectos de inversión que menciona nuestra Ley y reglamento del SEIA; así mismo

### **3.8.3. Evaluación de impacto ambiental.-**

#### **3.8.3.1. Antecedentes:**

Debido a la errada percepción imperante en el siglo XX, que concebía al ser humano y su tecnología como invencibles, y a la naturaleza como una realidad ajena al hombre que debía ser dominada en su beneficio, se produjeron alteraciones a la biosfera que luego se tradujeron en graves problemas con consecuencias en la salud, la economía y la organización social<sup>279</sup>.

Es así que importantes obras públicas realizadas por los sectores públicos y privados, tales como las represas para generación hidroenergética y mejoramiento de riego o las carreteras de penetración, empezaron a ser materia de fuertes críticas, con los consecuentes costos políticos, sociales y económicos. Así, inversiones consideradas inicialmente rentables desde el punto de vista económico y social, devinieron en costosas cargas para los Estados y las empresas por los reclamos ciudadanos acerca de las externalidades y daños consecuentes provocados por la actividad u obra.

Dentro de este contexto, las evaluaciones de impacto ambiental aparecen por primera vez en los Estados Unidos, mediante la Ley Americana Nacional Environmental Policy, Act-NEPA, aprobada en 1969, la misma que se conoce como la Carta Magna del Medioambiente. En ella se exige a todas las instituciones del gobierno federal<sup>280</sup>:

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, pág. 228.

<sup>279</sup> *Ibidem*, Pág. 227.

<sup>280</sup> *Ibidem*.

- a) Un enfoque integrado interdisciplinario para tomar decisiones que pudieran tener impacto en el ambiente humano;
- b) Desarrollo de métodos y procedimientos que tengan en cuenta los valores ambientales en la toma de decisiones, junto a las consideraciones técnicas y económicas;
- c) Incluir en cualquier recomendación, propuesta de legislación o acciones que afecten el ambiente humano, una declaración del funcionario sobre efectos, impactos y alternativas a la acción propuesta.

En Europa, el primer país en adoptar la evaluación de impacto ambiental fue Francia, mediante la Ley n°1976. La principal diferencia con respecto al EIA de Estados Unidos fue que los estudios de Impacto ambiental debían ser realizados por el propio interesado y no por la entidad estatal. Posteriormente, la Comisión Europea emitió la Directiva 337/85, de aplicación a todos sus miembros, aplicable para obras de gran envergadura y que puedan causar impactos significativos.

Otro significativo avance se dio en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo CNUMAD, Río – 1992, en cuyo principio 17 se señala: “La evaluación de impacto ambiental como instrumento nacional debe ser llevada a cabo para actividades propuestas que tengan probabilidad de causar un impacto adverso significativo en el ambiente, y sujetas a una decisión de la autoridad nacional competente”.

En los años noventa, incorporan en sus legislaciones la evaluación de impacto ambiental una serie de países, entre los cuales destacan el Perú en 1990, Túnez en 1991, Bulgaria en 1992, Nicaragua en 1994, Rumania en 1995 y Costa de Marfil en 1996. En la actualidad, se ha globalizado la necesidad de implementar la evaluación de impacto ambiental previo al inicio de obras y actividades que puedan impactar significativamente el ambiente.

### **3.8.3.2. Definición de Estudio de Impacto ambiental (EIA)**

El autor Guillermo Espinoza<sup>281</sup> nos dice que: *“es un proceso de análisis sistemático, reproducible e interdisciplinario de los impactos potenciales, tanto de una acción*

---

<sup>281</sup> Citado por ANDALUZ WESTREICHER Carlos, ( ), Manual de Derecho Ambiental, Proterra editores, Lima-Perú. Pág. 462.

*propuesta como de sus alternativas, en los atributos físicos, biológicos, culturales y socioeconómicos de un área geográfica en particular”.*

Mientras que el conocido jurista en materia ambiental, Manuel Pulgar Vidal<sup>282</sup> nos señala que la EIA: *“como en todo proceso, tendrá diversos componentes que permitirán operativizar el mismo con la finalidad última de facilitar la toma adecuada de decisiones sobre una propuesta ambiental y sobre viabilidad socioeconómica de la intervención propuesta. Teniendo en cuenta que esta operación es de naturaleza preventiva antes que correctiva y está orientada a brindar los elementos necesarios para un proceso informado de toma de decisiones”.*

El impacto ambiental es cuando una actividad o acción produce una alteración, modificación o cambio en el ambiente, o en alguno de los componentes del sistema ambiental, con un grado de complejidad y magnitud, asimismo relacionándolo a la preocupación de la sociedad en general.

El impacto puede ser apreciable o no apreciable a la vista diaria de las personas, pero lo cierto es que todo lo que produce un deterioro en el estado natural del ambiente, como el aire, el agua, forestación etc; es considerado como un impacto que lo sentimos en forma negativa hacia los que vivimos necesitando estos recursos para nuestra subsistencia.

Este estudio surge a partir de muchísimas decisiones por parte de los seres humanos que se aislaron de la importancia del ambiente en sus vidas dándole mucho más sentido a la tecnología y avances, para generar un confort, que ocasionaron que utilizaran los recursos naturales de forma desmesurada. Incluso decisiones políticas de desarrollo, han causado impactos ambientales, como deforestación para construir carreteras, zonas de turismo explotadas en la selva o reservas de animales, como el Manu en puerto Maldonado, etc. Todas estas decisiones tiene un costo social económico político y sobre todo causan ese impacto ambiental que tiene que ser estudiado previo a la acción para que no se siga deteriorando, en otros proyectos, el ambiente.

---

<sup>282</sup> Citado por ANDALUZ WESTREICHER Carlos, Ídem. Pág. 462.

### 3.8.3.3. Procedimiento del Estudio de impacto ambiental.-

El proceso de evaluación de impacto ambiental requiere contar con un instrumento documentario que refleje las diversas etapas por las que atraviesa el mismo, contenido, según Espinoza<sup>283</sup>: *“el análisis, pronósticos y medidas que se toman para que una acción en particular sea compatible con la protección del ambiente. Durante su elaboración se recogen los problemas ambientales, sociales y culturales y patrimoniales que una determinada actividad genera, con el objeto de predecir, identificar, ponderar, corregir y, de ser posible, eliminar dichos problemas”*. Este documento es lo que conocemos en nuestro país como estudio de impacto ambiental.

El estudio ambiental aprobado debe ser actualizado por el titular en aquellos componentes que lo requieran, al quinto año de iniciada la ejecución del proyecto o por períodos consecutivos y similares, debiendo precisarse sus contenidos así como las eventuales modificaciones de los planes que lo integran. Consideramos que este periodo es muy extenso, por lo que el ambiente en tan sólo un año de afectación muestra cambios ya irreparables que deben ser estudiados para prevenir la extensión del problema.

La ley general ambiental establece que los estudios de impacto ambiental más conocido como EIA, son instrumentos de gestión que contiene una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad.

El encargado de realizarlo es el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto ambiental, o SEIA, que ha sido creado por ley 27446 el 23 de abril del 2011, modificado por el decreto Legislativo 1078 el 28 de junio del 2008, en adelante LSEIA, y reglamentada por el decreto Supremo 019-2009-MINAM; constituye un sistema único y coordinado, de carácter preventivo, cuya función principal es la identificación, evaluación, mitigación y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de los proyectos de

---

<sup>283</sup> *Ibidem*. Pág. 468.

inversión, sean públicos o privados, y que procura establecer mecanismos que asegure la participación ciudadana.

Quedan comprendidos en su ámbito las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras y otras actividades, comerciales y de servicios, que puedan causar impactos ambientales significativos<sup>284</sup>.

#### **3.8.3.4. Contenido del Estudio de Impacto ambiental**

El EIA debe contener lo siguiente según el artículo 10° de la ley general del ambiente.

- Una descripción de la acción propuesta y los antecedentes de su área de influencia.
- La identificación y caracterización de las implicaciones y de los impactos ambientales negativos, según corresponda, en todas las fases y durante todo el período de duración del proyecto. Para tal efecto se deberá tener en cuenta el ciclo de vida del producto o actividad, así como el riesgo ambiental, en los casos aplicables y otros instrumentos de gestión ambiental conexos
- La estrategia de manejo ambiental o la definición de metas ambientales incluyendo, según el caso, el plan de manejo, el plan de contingencias, el plan de compensación y el plan de abandono o cierre.
- El plan de participación ciudadana de parte del mismo proponente.
- Los planes de seguimiento, vigilancia y control.
- La valorización económica del impacto ambiental.
- Un resumen ejecutivo de fácil comprensión.
- Otros que determine la autoridad competente.

Para el SEIA la complejidad del EIA, depende de los impactos ambientales previstos y/o de la naturaleza del área en que la actividad propuesta se realizará, atendiendo a estos criterios pueden ser: no significativos, moderados y significativos<sup>285</sup>.

- No significativos (categoría I)

---

<sup>284</sup> *Ibidem*. Pág. 470.

<sup>285</sup> *Ibidem*. Pág. 474.



Requieren una declaración de impacto ambiental (DIA), procede respecto de proyectos cuya ejecución origina impactos ambientales negativos de carácter no significativos.

- Moderados (categoría II)

Requieren un estudio de impacto ambiental semi detallado, (EIA-sd). Procede respecto de proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables.

- Significativos (categoría III)

Requieren un estudio de Impacto ambiental detallado (EIA-d). Procede respecto de proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa y cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente.

### **3.9. JUSTICIA AMBIENTAL**

#### **3.9.1. ¿Existe una justicia ambiental?**

Debemos entender, el principio de acceso a la justicia ambiental enmarcado en la ley general del ambiente puesto que a nuestra consideración es uno de los puntos que reclaman los intervinientes en conflictos socio ambientales para la exigencia del derecho al ambiente adecuado, que implica una justicia ambiental en el caso de que se vulnere claramente su derecho y la exigencia de una reparación del mismo consiguiendo una justicia ambiental colectiva.

La acepción “justicia ambiental” que se ha venido planteando durante los últimos tiempos en la región, en realidad proviene de las experiencia norteamericana de los años ochenta, cuando un estudio demostró que 3 de cada 4 depósitos de desechos peligrosos se localizaba en comunidades afroamericanas; con ellos saltó a la palestra la discusión sobre la desigualdad, discriminación respecto al riesgo ambiental<sup>286</sup>.

---

<sup>286</sup> FOY VALENCIA Pierre, (2008). Consideraciones sobre justicia ambiental en el sistema jurídico. Ensayos jurídicos contemporáneos, nuevo testimonio de una huella académica. Ara editores, Lima-Perú, Pág. 125.

En si esta denominación se encuentra en la ley general del ambiente en su artículo IV que estipula: *“Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.*

Se puede interferir acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

En cuanto a justicia ambiental, a decir de Raúl Brañes<sup>287</sup>, se entiende como *“la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales, pero también administrativas de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas estas personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”*. Sin embargo como revela el propio autor, existen muchos problemas, barreras u obstáculos para que ésta se pueda canalizar adecuadamente.

Por ejemplo se considera las consabidas críticas a los sistemas de administración de justicia, la dimensión ambiental que las extiende y complejiza; es el caso del costo y tiempo del litigio; poder de los litigantes y su diferente capacidad económica y técnica; capacidad de organización de litigantes, complejidad científico-técnica de los casos ambientales; naturaleza de intereses en juego (intereses colectivos y difusos); personas indeterminadas e indeterminables; participación de órgano que representen ese interés; necesidad de un marco jurídico congruente con la naturaleza de tales intereses; discusión sobre la convivencia de tribunales especializados en lo ambiental o métodos de composición privada de los conflictos por especialistas en la materia, entre otros<sup>288</sup>.

Muchas otras fuentes son atribuibles al problema, como por ejemplo, la falta de legitimidad democrática de representación, la falta de permeabilidad del sistema democrático del Estado, la poca motivación que se tiene por difundir la promoción del

---

<sup>287</sup> Citado por FOY VALENCIA Pierre, (2008). Consideraciones sobre justicia ambiental en el sistema jurídico. Ensayos jurídicos contemporáneos, nuevo testimonio de una huella académica. Ara editores, Lima-Perú, Pág. 125.

<sup>288</sup> Ídem.

bienestar básico de los ciudadanos, la promulgación de leyes sin políticas de difusión del ejercicio del derecho al ambiente, la discusión sobre la titularidad del ejercicio de la acción, individual o colectivo, o la posición del Estado reparador, en vez del protector.

En consecuencia, estas dificultades y problemas no permiten percibir la justicia ambiental, y no sólo revelan la ineficacia del Derecho al ambiente, sino que compromete y pone en tela de juicio la real protección ambiental por parte del Estado.

### **3.9.2. La Dignidad Ambiental**

Dentro de los elementos que son primordiales que se encuentran dentro de un Estado Constitucional, tenemos a la dignidad humana, como exigencia máxima de protección del ser humano por el derecho constitucional, esta dignidad ambiental tiene relación a todos los derechos fundamentales y otros derechos no contemplados en la carta magna.

#### **3.9.2.1. Alcances del concepto de dignidad humana**

Para Antonio Pérez Luño<sup>289</sup> *“la dignidad humana es el valor básico, el principio legitimador de los derechos esenciales; es su fundamento y punto de referencia. Es un valor básico que es reconocido por diversas legislaciones, la dignidad humana es parte de toda persona, de todo ser humano que integra una sociedad políticamente organizada (Estado), y más aún si hablamos de un Estado Constitucional, en donde el máximo elemento o característica es el respeto de la Constitución y por ende el respeto de la dignidad humana porque es consagrada por la misma, es un derecho fundamental y un valor”*.

El Tribunal Constitucional Peruano señala que *“La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y*

---

<sup>289</sup> NUÑEZ LEIVA, José Ignacio, Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignitario, Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, artículo jurídico ubicado en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca-Chile; en formato PDF, [En Línea] página web consultada < [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_04/n\\_08/Vol4N8A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf) >, fecha de consulta: 23 de diciembre del 2014.

*protección autónoma, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana (FJ 10)<sup>290</sup>.*

*En esta sentencia del Tribunal Constitucional Peruano el reconocimiento que hace de la dignidad humana y la doble distinción que le da, es así que se entiende como dignidad humana (principio), que se encuentra presente en todo momento y debe ser respetado y velado por los operadores de justicia, en cuanto a dignidad humana (derecho fundamental), goza de tutela y de protección autónoma por el solo hecho de ser un derecho fundamental, y por ser así tiene mecanismos de protección para protegerlo.*

Dentro de otras consideraciones podemos decir que la dignidad de la persona presenta tres dimensiones básicas: la dimensión ontológica, derivada de su condición humana, es decir, de un ser dotado de inteligencia, racionalidad, libertad y de consciencia de sí mismo, que lo convierte en fin supremo de la sociedad y del Estado; la dimensión ética, en el sentido de autonomía moral, esencial para su conciencia valorativa y autonomía personal, para enfrentar las presiones alienantes y de manipulaciones dosificadoras; y la dimensión social como estima y notoriedad provenientes de un comportamiento positivamente valioso, de la vida en relación.<sup>291</sup>

Si hablamos de la dignidad humana como dimensión ontológica, lo que realmente deriva de la propia condición humana, eso quiere decir que con el solo hecho de ser una persona humana, y contar con la racionalidad e inteligencia, esta dignidad humana es innata por la naturaleza del sujeto, en cuanto a la dimensión ética podemos decir que tiene que ver con la moral y su internalización por parte de cada persona para que esta no pueda ser modificada o cambiada, sino que por pertenecer a cada persona, goza de singularidad, y por último en cuanto a la dimensión social, se debe considerar ésta como el comportamiento o la exteriorización de esta dignidad humana en la sociedad, con la interacción con otros seres humanos.

Esta dignidad humana, integra un Estado Constitucional, la que esta se encuentra positivizada o protegida en diversos ordenamiento jurídicos, así podemos hacer

---

<sup>290</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Expediente N° 02273-2005-PH/TC, Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanilla.

<sup>291</sup> OROS CARRASCO, Rodolfo; El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, Edición 2014. Pág. 222-223.

mención en la Ley Fundamental de Bonn, Constituciones de Perú, Chile, Colombia, España, etc.

La Constitución Peruana artículo 1° *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

La Constitución Política de Chile, artículo 1° el cual nos dice *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

La Constitución Política Colombiana, artículo 70° segundo párrafo, *“(…) el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todos los que conviven en el país(..)”*

La Constitución Política Española, artículo 10.1 que dice: *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

### **3.9.2.2. La dignidad como fundamento para la exigencia de derechos.**

La dignidad del ser humano es la base de los derechos fundamentales y de la protección constitucional de la sociedad y sus individuos. Toda protección a los derechos enmarcados en una normatividad jurídica busca promover los valores y dignidad de las personas.

Es bajo este precepto que la dignidad es ligada a la justicia, puesto que a diario, los derechos fundamentales de las personas son vulnerados en diferentes casos, y por encima de cualquier indemnización o reparación del daño o protección de un bien jurídico protegido, los ciudadanos sopesan la dignidad de la persona, como valor máximo agraviado ante alguna situación que los afecte.

Rawls<sup>292</sup> señala que: *“el contenido de justicia tiene que satisfacer un mínimo esencial de cada ser humano aun cuando no llegue a satisfacerlo a cada uno en todo. Ese mínimo es el de su dignidad, mientras las relaciones sociales no ataquen este mínimo indispensable, mientras le permitan su expansión, entonces puede estimarse que hay justicia”*.

---

<sup>292</sup> Citado por BOREA ODRÍA, Alberto. Derecho y Estado de Derecho. Tratado de derecho constitucional Tomo II. Editorial Monterrico. Lima-Perú. Pág. 312.

Alberto Borea Odría<sup>293</sup>, nos dice que: *“ningún sistema puede estimarse justo si desconoce la dignidad de un grupo o de una persona humana”*. El Estado jamás debe imponer una legislación sobre la indignidad de las personas, o el obligar a pasar por torturas colectivas o individuales como escarmiento por no oír a un gobernante, o abusar de sus derechos, tradiciones, espacio, territorio, esto lo convertiría en un sistema gubernamental injusto, por lo tanto indigno a su vez.

La dignidad del ser humano confiere que en estos tiempos modernos sea la base de la promulgación de legislación, así como la interpretación en las decisiones judiciales. El autor Welzel H<sup>294</sup>, nos dice *“El hombre a lo largo de la historia ha ido afirmando su propia dignidad a partir de exigencias de libertad e igualdad donde, indubitadamente, se derivan los derechos humanos. Esta categoría indudablemente, se derivan los derechos humanos. Esta categoría histórica de la dignidad humana nos muestra la convicción de que el ser humano no puede ser usado como puro medio, instrumento u objeto”*.

Nos corresponde señalar que los derechos humanos han sido esenciales para el reconocimiento del ser humano como el eje de todo lo que sucede alrededor del mundo, y en base a su dignidad y respeto es que se rige el Estado. Este ser humano no es materia de explotación y uso por parte de los intereses estatales, sino es un agente libre de realizar su voluntad en cualquier campo, materia o incluso el no desarrollar nada si es que le place, el respeto de la voluntad y sus derechos reconocidos han marcado el avance a la modernidad y no puede haber una interpretación retro con los derechos ya obtenidos.

Peter Habermas<sup>295</sup> desarrolla la idea de la dignidad humana como *“premisa antropológica-cultural”, de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a esa persona, serlo y seguir siéndolo. El cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la dignidad humana, y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal.*

---

<sup>293</sup> Ídem.

<sup>294</sup> Citado por AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique,(2011), Teoría de los Derechos Humanos, editores Grijley, Lima Perú, Pág. 41.

<sup>295</sup> Citado por AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique,(2011), Teoría de los Derechos Humanos, editores Grijley, Lima Perú, Pág. 42.

Ley fundamental de Bonn (1949), Constitución de Alemania, dispone en su artículo 1°.

*“La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del estado su respeto y protección. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”*<sup>296</sup>.

Igualmente la expresión tajante de la Constitución española se inserta en la corriente iusnaturalista política ilustrada iniciada con la segunda posguerra, pero claramente presente en el constitucionalismo ilustrado inglés, francés y americano, señala en su artículo 10.1 que *“el fundamento de todo ordenamiento jurídico-político es: la dignidad humana, los derechos y el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes....., son fundamento del orden político y de la paz social”*<sup>297</sup>.

Enrique Pérez Luño<sup>298</sup>, nos dice que *“los derechos humanos constituyen un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan la exigencias de la dignidad humana, la libertad humanas, las cuales han sido reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*.

Truyol y Serra<sup>299</sup> señalan: *“la conciencia clara y universal de los derechos humanos es moderna; es en la modernidad cuando a la conciencia universalista de dignidad, una vez hecho el recorrido desde los medievales “derechos estamentales” hasta los “derechos del hombre”, se añade la reivindicación de la protección jurídico-política de los derechos que a dicha dignidad corresponden.*

En conclusión, según Luis Felipe Polo<sup>300</sup>, *“la dignidad humana supone el valor básico fundamental de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. La dignidad del hombre ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su*

---

<sup>296</sup> Ídem.

<sup>297</sup> Ídem.

<sup>298</sup> íbidem, Pág. 43.

<sup>299</sup> Citado por AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique,(2011), Teoría de los Derechos Humanos, editores Grijley, Lima Perú, Pág. 44.

<sup>300</sup> POLO G., Luis Felipe (2000).Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Lima-Perú. Pág. 38

*importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es indiscutible”.*

Existe también una crítica radical del concepto de dignidad, de uno de los más destacados filósofos españoles contemporáneos, Jesús Mosterín<sup>301</sup> que nos dice: *“en efecto en la “Naturaleza humana” puede leerse lo siguiente: sin embargo, en vez de limitarse a constatar que los seres humanos somos animales especialmente inteligentes y exitosos, Fukuyama se empeña en cavar un foso entre nosotros y los demás animales. Mientras todos los animales tienen naturaleza, sólo los humanos tendríamos dignidad”.*

Este concepto es necesario resaltarlo, puesto que también encierra la idea de que la dignidad es un concepto amplio o generalizado a los humanos, es decir, de que por el hecho de serlo ya somos dignos, y creemos, que la dignidad es mucho más personal e individual inicialmente, que puede repercutir en defensa de intereses colectivos, pero que en sí, empieza por un respeto propio, y un ejercicio de conductas humanas en base a libertad y respeto, sólo así una persona encuentra un real sentido de la palabra dignidad.

Dejamos en claro que la dignidad humana debe ser la base para la formulación de nuevos derechos y la defensa de los ya enmarcado dentro de la constitución, esto mismo nos permite exigir en base a la misma, los mejores proyectos y decisiones por parte del Estado en defensa y proyección de los derechos fundamentales.

### **3.9.2.3. Dignidad humana y el pleno desarrollo de la personalidad**

Las proyecciones de la dignidad están relacionadas a todos los extremos entendibles del concepto, y todo lo que encierra este valor. Sin duda tiene una relación con la libertad del ser humano para ejercer una personalidad propia, así como el libre desarrollo que elige el mismo; la moral es otro de los temas ligado a la dignidad.

Para el autor Luis Felipe Polo<sup>302</sup>, *“la dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el*

---

<sup>301</sup> Citado por ATIENZA, Manuel, (2010) Bioética, Derecho y argumentación, editorial Palestra. Lima.Perú. Pág. 170.

<sup>302</sup> *Ibidem.* .



*reconocimiento de la total auto disponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas”.*

Debemos entender que la dignidad humana está ligada a la libertad y a la igualdad, y que estos pilares son básicos para el libre desarrollo individual de cada sujeto, por lo que cualquier humillación o ente que intervenga en contrario a lo que el individuo siente como su idea de proyección de vida, causa la indignidad de la persona. Todo esto mientras que la causa sea promovida por un ente o persona igual a él, si fuera el caso de la intervención de la naturaleza o contingencias naturales, las que puedan sabotear su intención o decisión de proyección, sería una causa justificada.

El concepto de dignidad humana se halla también estrechamente vinculado, en el pensamiento de Kant, a las nociones de persona y de personalidad. La dignidad constituía, en la teoría Kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. *De ahí que la dignidad del hombre represente el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad*<sup>303</sup>.

Kant establece que la moral es también la base de la dignidad de la persona, la moral son los conceptos generales que se adquieren por la educación familiar y social, sin duda si no existiera tales, como podría estructurarse una idea de dignidad personal dentro de los seres.

El Tribunal constitucional establece que dignidad humana, considerándola como un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, se constituye en un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, y que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (esto es en la autonomía individual), constituyendo el punto de arranque para la existencia y especificación de los derechos fundamentales<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> *Ibíd.* Pág. 39.

<sup>304</sup> *Ídem*

Edwin Figueroa Gutarra<sup>305</sup> señala que “*existe un importante paradigma a definir, en cuanto plantea el debate de en qué medida la dignidad se debe configurar como un elemento de la argumentación jurídica constitucional, pues en caso nos ciñamos a una valoración del derecho a la dignidad, dicho elemento servirá para complementar el elemento juridicidad que presenta el derecho a la vida en dimensión conceptual inicial*”.

El autor Figueroa, dice que la dignidad sería parte de la afectación de un derecho, en sentido complementario, en realidad, la normatividad protege en primer plano el derecho que implica dignidad, pero no desde un inicio la dignidad.

En efecto es común que las controversias jurídicas, con mayor énfasis aún las constitucionales, bien puedan oponer conclusiones argumentativas de principios, y la dignidad representa el valor axiológico por excelencia angular en la filosofía del Estado constitucional<sup>306</sup>.

Se entiende que el marco jurídico debe contener y proteger la dignidad de las personas, los derechos fundamentales tienen una proyección no sólo de protección, sino de formulación de logros en base a la dignidad personal y colectiva, por lo general, ligados a la moral.

#### **3.9.2.4. ¿Qué es la dignidad ambiental?**

Se ha plasmado la idea de dignidad y su relación con los derechos fundamentales; la investigación busca esclarecer que es la dignidad ambiental, como fundamento para el respeto de los bienes ambientales y de la protección de los recursos naturales que son degradados por la minería formal e informal.

Esta dignidad ambiental puede entenderse desde diferentes perspectivas, la primera a señalar sería la del uso de los recursos por parte de los consumidores bajo estándares de calidad y al mismo tiempo esta perspectiva puede relacionarse al paisajismo, áreas verdes, confort ambiental que impliquen lugares para el goce y disfrute de los seres humanos, en sí una dignidad que exige derechos ambientales

---

<sup>305</sup> FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2012) Derecho Constitucional Tomo I, Estudio Sistemático y comparado de los derechos fundamentales dela persona, editorial San Marcos. Lima- Perú. Pág. 101.

<sup>306</sup> *Ibidem*.

pero no se preocupa del ambiente en situaciones que puedan proveerles resultados fructíferos.

Para entender lo mencionado, se explica lo que es la dignidad ambiental campesina, para Mesa Cuadros<sup>307</sup> *“es la que se resiste y se mantiene a pesar de los embates de la oleada civilizatoria y hegemónica del mercado capitalista, que no acepta al precio como único valor y paga con sus vidas el mantenerse dignos de ser campesinos, en la medida que no les antoja otro modo de vivir y producir, pero que para nada tiene la cara de la tristeza o una historia trágica sin fin, porque tiene rostro de resistencia y amor por lo propio, su cultura y sus prácticas de derecho, economía campesina y de relacionarse con su entorno ambiental, fuente de sus movilizaciones agrarias por la lucha de mantenerse en su territorio, bajo sus cánones de vida”*.

El campesinado de la región, aquel que vive en zonas donde se desarrolla la minería, no desea ser empresario, ni desarrollado o civilizado si por ello se entiende la carrera por el crecimiento económico, madre de todo lujo estéril. Por el contrario, desea vivir tranquilamente, producir sus propios alimentos, tener unos excedentes para el intercambio y ser felices de ser así, no obstante, por este modo de vida sencillo y honorable, están dispuestos a seguir reivindicando y peleando sus derechos con tal de lograr su reconocimiento sobre la tierra y el territorio, por el reconocimiento de su auténtica e inconfundible dignidad ambiental campesina.

Por ello, el campesinado vive una dimensión económica diferente que descansa sobre la dignidad y gusto de producir y reproducir la vida campesina, relacionada con la dignidad que representa el orgullo de producir sus alimentos y que no se confunde con las nociones del crecimiento económico como regla de vida de donde se constituye para hacerlas realidad en una dimensión política de la dignidad ambiental<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> MESA CUADROS, Gregorio, *Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de casos sobre conflictividad ambiental*, Colección Gerardo Molina, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá-Colombia, Pág. 277.

<sup>308</sup> *Ibíd.*, Pág. 276.

# CAPITULO IV

## GOBIERNOS REGIONALES y DESCENTRALIZACIÓN.

### 4.1. GOBIERNOS REGIONALES

#### 4.1.1. Definición, misión y finalidad.-

Los gobiernos regionales, son las instituciones descentralizadas del poder ejecutivo, en base a la descentralización de poderes, conforme a la constitución y emanan del poder del pueblo, contando con una autonomía política, administrativa y económica.

El artículo 4° de la 27867, Ley de Gobiernos regionales señala: “Tienen como finalidad esencial fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada, y garantizar el ejercicio de derechos e igualdades de sus habitantes, de acuerdo con los programas nacionales, regionales o locales”.

Asimismo el artículo 5° de la Ley de Gobiernos regionales establece que: “La misión de los gobiernos regionales es organizar y conducir la gestión pública regional, de acuerdo a la competencia es exclusiva, compartidas o delegadas en el marco de las políticas nacionales y sectoriales, para contribuir al desarrollo integral y sostenible de la región”.

Estos gobiernos regionales tienen ya una década en las operaciones administrativas ejerciendo funciones delegadas y autónomas. *Los gobiernos regionales tienen competencias compartidas en la evaluación y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel. De igual manera competencias específicas para controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre uso racional de los recursos naturales, en su respectiva jurisdicción*<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> FONSECA TAPIA, César (2010) Manuel de derecho Ambiental, editorial adrus. Lima-Perú. Pág. 643.

Los gobiernos regionales son de carácter institucional democrático, puesto que el presidente es elegido mediante sufragio electoral, así como su vicepresidente, y consejeros regionales, que representan a sectores de la ciudadanía en toda la Región; estos niveles jerárquicos del Gobierno regional, obedecen subsidiariamente a lo que establezca el Poder ejecutivo, siempre y cuando no contravenga las políticas regionales y la normatividad establecida bajo sus facultades.

#### **4.1.2. Los Gobiernos regionales y su potestad constitucional en materia ambiental**

La Constitución de 1993 fue modificada mediante la ley 27680 del 6 de marzo de 2002. Con ello se inició el proceso de descentralización de funciones en el país desde el año 2003 por medio de gobiernos regionales en cada una de las provincias, excepto en Lima; los presidentes regionales, son elegidos bajo sufragio electoral democrático.

El artículo 190° de la Constitución contempla lo siguiente en cuanto a regionalización: “Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles”

Marcial Rubio Correa<sup>310</sup> nos explica que: “*Las regiones tienen entonces una base territorial y poblacional son segmentos del territorio nacional que tiene cierta integración social y económica entre sí, de tal manera que puedan sostener y avanzar su desarrollo*”. Para Marcial Rubio es importante resaltar el punto de integración social y económica, ya que esto conlleva a que los gobiernos regionales tengan un mejor crecimiento basándose en los verdaderos intereses de sus pobladores regionales.

Además se les dota instrumentos de gestión democráticos amparados en el artículo 191° de la Constitución, que dice: “*los gobiernos regionales tienen autonomía política, administrativa y económica en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones*”.

Ahora el artículo 192° que nos señala la competencia de los gobiernos regionales, y nos dice que *son estos los que promueven el desarrollo y la economía regional,*

---

<sup>310</sup> RUBIO CORREA, Marcial (2009), El sistema jurídico Introducción al derecho, Décima edición. Fondo editorial PUCP. Lima-Perú. Pág. 53.

*fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.*

Por el artículo 192° se entiende, que los gobiernos regionales bajo la estructura piramidal del Estado y sus políticas, tienen libertad para fomentar inversiones que puedan incrementar el desarrollo de las regiones, obteniendo un aporte económico, así como servicios públicos en favor de todos los habitantes de la región.

El numeral siete del artículo 192 nos dice las competencias de los gobiernos regionales siendo estas las siguientes:

- Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, *minería*, viabilidad, comunicaciones, educación, *salud*, y *medio ambiente*, conforme a ley.
- Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.

Se especifica en los acápites citados de la constitución que “promover y regular actividades en materia minera” implicaría las concesiones en sí, por ser inversiones y proyectos de obras de infraestructura ambiental que causan un impacto claro a nivel regional no sólo en el ambiente sino en lo económico.

Fonseca Tapia<sup>311</sup> añade: “*los gobiernos regionales utilizando todas las competencias establecidas por la ley presente ley, deben de cuidar, mantener y proteger el medio ambiente, deben administrar los recursos naturales responsablemente y elaborar planes de desarrollo sostenido para su jurisdicción*”.

Ante el supuesto de hecho de regular actividades en gran minería y ambiente implicaría ciertas facultades para estar inmiscuido en lo que concierne a procedimientos de concesión minera en toda su dimensión, sea concesiones de gran minería o regulación de empresas de mediana minería o pequeña, siempre bajo la facultad que le permita promover y resguardar el medio ambiente regional; no obstante cabe señalar que forma parte del Consejo minero a cargo del Ministerio de Energía y Minas, el cual a través del Ingemmet proceden con las concesiones de gran minería y de todos los asuntos al procedimiento.

---

<sup>311</sup> FONSECA TAPIA, César (2010) Manuel de derecho Ambiental, editorial ADRUS. Lima-Perú.. Pág. 308.

#### 4.1.3. Funciones ambientales y ordenamiento territorial:

Los gobiernos regionales tienen las siguientes funciones relacionadas a material ambiental:

1. Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, en concordancia con los planes de los Gobiernos Locales.
2. Implementar el sistema regional de gestión ambiental, en coordinación con las comisiones ambientales regionales.
3. Formular, coordinar, conducir, y supervisar la aplicación de las estrategias regionales respecto a la diversidad biológica y sobre cambio climático, dentro del marco de las estrategias nacionales respectivas.
4. Proponer la creación de las áreas de conservación regional y local en el marco del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.
5. Promover la educación e investigación ambiental en la región e incentivar la participación ciudadana en todos los niveles.
6. Planificar y desarrollar acciones de ordenamiento y delimitación en el ámbito del territorio regional y organizar evaluar y tramitar los expedientes técnicos de demarcación territorial, en armonía con las políticas y normas de la materia.
7. Participar en el diseño de los proyectos de conformación de macroregiones.
8. Controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, proyectos, y estudios en materia ambiental y sobre uso racional de los recursos naturales, en su respectiva jurisdicción, Imponer sanciones ante la infracción de normas ambientales regionales.
9. Formular planes, desarrollar e implementar programas para la venta de servicios ambientales y áreas naturales protegidas regionales que están comprendidas íntegramente dentro de su jurisdicción, así como los territorios insulares, conforme a la Ley.

El autor Fonseca Tapia<sup>312</sup> acota lo siguiente: “*Tienen que administrar la jurisdicción que les corresponde y en el tema ambiental deben velar porque se respete el medio*”

---

<sup>312</sup> FONSECA TAPIA, César (2010) Manuel de derecho Ambiental, editorial adrus. Lima-Perú Pág. 307.

*ambiente y proteger los recursos naturales de su jurisdicción para que no se perjudique a nadie y se asegure el bienestar de los ciudadanos”*

#### **4.1.4. Concordancia de políticas sectoriales entre el gobierno central y los gobiernos regionales**

Debemos mencionar ciertos aspectos del artículo 45° de la ley de Gobiernos regionales, puesto que es necesario dejar en claro que actúan en concordancia con el gobierno central en cuanto a la reafirmación de políticas nacionales, pero a la vez la ley especial y constitucional les concede la libertad de crear políticas regionales que no contravengan el interés nacional. El primer inciso abocado a lo mencionado nos explica a lo siguiente:

*a) Es competencia exclusiva del gobierno nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de realidades regionales, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Se ejerce con criterios de orden técnico-normativo y de la forma que establece la ley. Los gobiernos regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales. (...).*

Una vez leído esta parte de la norma, surge la pregunta ¿existen realmente políticas nacionales o regionales? Si bien ya hemos explicado lo que son las políticas de Estado, debemos señalar que en nuestro caso como país, carecemos de la voluntad para hacerlas efectivas, más allá de tener temas de concertación común como lucha contra la corrupción, e impulso macroeconómico, creemos que la política de descentralización para el caso de las Regiones necesita de impulso ya que se ha postergado por mucho más de una década sin notar un avance real si de políticas habláramos.

En cuanto a la formulación de políticas, el gobierno central señala que es una facultad exclusiva gestionar las políticas nacionales, y en el segundo párrafo se asigna las mismas facultades a los gobiernos regionales, limitándolos a seguir las políticas nacionales, con esto se entiende que si bien podrían plantearse políticas a nivel



gobierno regional éstas deben estar sujetas a las que se plantea el gobierno central, o por lo menos no contrariar las mismas.

Como se sabe nuestro país es pluricultural, es decir una región no tiene las mismas necesidades o requerimientos que la otra región, claro ejemplo es que nuestra región Tacna, por estar en zona de frontera y desértica, tiene objetivos regionales distintos a los de la región Loreto que goza de diversas vertientes de agua dulce, o por ejemplo en comparación con la región Cusco ellos impulsan el fomento de turismo, y nosotros el comercial, por lo cual debemos concluir que en caso se genere políticas regionales serían posiblemente todas muy diversas a nivel nacional.

#### **4.1.5. Problemática: Capacidad de los Gobiernos Regionales para manejar competencias ambientales.**

Como se ha explicado, la propuesta que fundamenta la investigación es la inclusión de los gobiernos regionales en los procesos de concesión de gran minería, bajo el argumento de necesidad de representantes democráticos con funciones dentro los subniveles del gobierno central.

Esta figura tiene un sentido positivo para evitar o reducir los conflictos socio ambientales, pero también se debe analizar las posibles causas por las que los gobiernos regionales aún no cuentan con una estructura, herramientas, recursos humanos, que les permita interactuar con funciones en la materia descrita, en la relación administrativa y política con la sociedad.

##### **4.1.5.1. Funciones regionales:**

Con relación a las políticas y a la normativa ambiental regional, en el artículo 53° de la ley Orgánica de Gobiernos Regionales se consagra el centro de las funciones ambientales regionales, además de otras normas que desarrollan funciones sectoriales que tiene contenido ambiental adicional, además de funciones administrativas vinculadas con las sanciones<sup>313</sup>.

---

<sup>313</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro, (2011), derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, Ediciones legales, Lima-Perú. Pág.273.

Con relación a la evaluación del impacto ambiental, tenemos que, aunque en el artículo 53° no hay ninguna referencia a la evaluación del impacto ambiental, sí existen referencias genéricas en las normas sectoriales y en los planes de transferencia. Es más, en el plan de transferencia del Ministerio de Energía y Minas, tanto para el caso de la minería como para el caso de la energía, están incluidas funciones de impacto ambiental<sup>314</sup>.

Con relación al control, fiscalización y sanción, en el artículo 53, inciso h, se encuentra la norma más compleja de la Ley Orgánica de gobiernos regionales, que es la norma sobre control, fiscalización y sanción ambiental, porque es absolutamente genérica. Ya que no indica que los gobiernos regionales, fiscalizan, sancionan y controlan cualquier norma ambiental del país, en su jurisdicción. Esta norma requiere una precisión conjuntamente con la gestión de los gobiernos regionales y municipales. La matriz de competencia debería colaborar en definir con claridad a qué se hace referencia a este artículo, aunque el Tribunal constitucional ya emitió opinión al respecto en dos sentencias que comentaremos luego<sup>315</sup>.

Con relación a la propuesta y manejo de áreas, los gobiernos regionales tienen la capacidad de proponer e incluso en algunos casos colaborar en la administración o en el manejo de áreas de conservación regional. También pueden impulsar el desarrollo de programas y servicios ambientales. El servicio ambiental es básicamente un instrumento económico, una zona donde se produce un recurso natural puede ser compensada con otras zonas en donde carece el recurso, como las zonas acuíferas, que pueden complementarse con zonas que necesitan recibir agua<sup>316</sup>.

Ahora bien ¿cuáles son las dificultades de este proceso de descentralización que incidirán en la capacidad de los gobiernos sectoriales? Nosotros podríamos anotar algunas<sup>317</sup>:

- Falta del suficiente presupuesto al Ministerio del Ambiente.

---

<sup>314</sup> Ídem.

<sup>315</sup> Ídem.

<sup>316</sup> Ídem.

<sup>317</sup> Ídem.

- Carencia de instrumentos de gestión ambiental. Actualmente carecemos de un reglamento de evaluación de impacto ambiental, donde por ejemplo debería estar desarrollado con detalle cuáles son las responsabilidades puntuales del gobierno regional.
- Carencia de un régimen común de gestión y control ambiental, donde se establezcan, cuáles son las responsabilidades de nivel regional y municipal en las sanciones administrativas.
- Carencia de unos estándares de calidad ambiental esenciales. No existen los ECA ni para agua, ni para suelo, y en algunos casos los ECA para aire son incompletos. Así tenemos que el material particularizado no está incluido en los ECA para aire. Por otro lado, metales pesados como cadmio, arsénico, bario, no están incluidos en los estándares de calidad ambiental.
- Todos estos vacíos se van a trasladar a la gestión regional y municipal. En la actualidad se debe reconocer que los gobiernos regionales no tiene la suficiente capacidad como para atender adecuadamente una agenda más compleja, pero esta afirmación puede cambiar con los instrumentos necesarios y el cambio de tendencia en el proceso de descentralización.

Es importante mencionar que, últimamente, a los gobiernos regionales les han transmitido de una manera inconstitucional, la difícil tarea de combatir la minería informal. Por lo que ahora deberá coordinar con las fiscalías. Una problemática actual es la poca capacitación de actores locales y regionales, ya que debería establecerse una mejor comunicación entre ambas instituciones; así mismo es también necesario trabajar en el sistema regional de estudio ambiental coordinado, a efectos de observar y detectar problemas y evitar dificultades futuras.

También se ha transferido a los gobiernos regionales la tarea de atender a las municipalidades que no cuentan por el momento con planes de contingencia y de manejo de residuos sólidos.

#### **4.1.5.2. Distribución de las competencias ambientales**

Existe una distribución vertical (entre niveles de gobierno) y horizontal (al interior del nivel de gobierno). Para explicar estos procesos es necesario, en primer lugar, contar con criterios para orientar el proceso de distribución. Luego de analizar la realidad de

nuestro Estado, es posible llevar a cabo un juicio crítico a partir de la comparación entre lo primero y lo segundo<sup>318</sup>. El primer punto trata de:

#### **4.1.5.2.1. Distribución de funciones entre los niveles de gobierno.**

La distribución vertical de las funciones gubernamentales en materia ambiental ha estado centrada en dos criterios: el principio de subsidiariedad y el rigor subsidiario.

Por el primer principio la función ambiental específica debe ser desarrollada por el nivel de gobierno más cercano a la población; por lo consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que no pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y, estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones<sup>319</sup>.

El rigor subsidiario; por su parte, alude a la posibilidad que los niveles sub nacionales de gobierno puedan dictar normas más exigentes que la norma nacional en materia ambiental. Los riesgos de este esquema se encuentran en la introducción de diferencias regulatorias arbitrarias al interior propio del Estado. No obstante, la capacidad normativa sub nacional en materia ambiental permite adecuar el marco normativo a las necesidades específicas locales.

#### **4.1.5.2.2. Distribución de funciones al interior del nivel de gobierno:**

Realizada la distribución vertical de funciones, es necesario definir el proceso de distribución horizontal de las funciones ambientales en cada uno de los niveles de gobierno.

Los criterios que se han utilizado en cada uno de los niveles de gobierno pueden variar, y son resultado no solo de criterios técnicos, sino también de procesos políticos que explican distintas opciones utilizadas en este punto<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> *Ibidem*. Pág. 276.

<sup>319</sup> *Ídem*.

<sup>320</sup> *Ibidem*, Pág. 277.

En general existen dos opciones principales, a partir de las cuales pueden generarse opciones intermedias. Una opción busca concentrar dichas responsabilidades en una sola entidad y órgano dentro del nivel de gobierno. La otra distribuye en distintos grados dichas responsabilidades en diferentes organismos y órganos públicos<sup>321</sup>.

Las ventajas del esquema centralizador se encuentran en la reducción de costos de coordinación y en la claridad que ofrece a los administrados sobre la entidad competente. Sin embargo, tiende a identificar lo ambiental con una sola entidad y se pierde la perspectiva transversal de lo ambiental dentro del Estado.

El esquema de distribución de funciones entre distintas entidades tiene la ventaja de permitir un manejo muy especializado del tema y de facilitar el manejo transversal de la temática ambiental.

#### **4.1.5.2.3. Proceso de descentralización:**

La centralización de las funciones ambientales en el nivel nacional de gobierno y la decisión de otorgar funciones a los niveles descentralizados de gobierno, a partir de los criterios expuestos para la distribución vertical, ha generado procesos de descentralización de la gestión pública ambiental, el cual debiera permitir una transferencia de funciones ordenada que asegure la generación de capacidades necesarias para que el Estado no pierda eficacia en su accionar. Este proceso debe estar enmarcado por la mejora continua del diseño institucional del Estado en materia ambiental<sup>322</sup>.

#### **4.1.5.2.4. Problemas de competencia ambiental:**

Cualquiera fuera el modelo utilizado, siempre es posible que se generen problemas de competencia. Desde luego, esto podría suceder en la distribución horizontal, cuando exista más de una entidad con funciones ambientales, o en la distribución vertical, cuando exista más de un nivel de gobierno con dichas competencias. No obstante, es necesario establecer diferencias entre los distintos casos de problemas

---

<sup>321</sup> *Ibidem*. Pág. 278.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

de competencia ambiental que puedan producirse. El mismo autor Lamadrid Ubillús<sup>323</sup>, ha identificado tres supuestos principales:

- **Conflictos de competencia:** Es una situación en la cual a dos o más entidades públicas se les ha asignado, explícita o implícitamente, la misma función ambiental (incluyendo materia y territorio sobre el cual ejerce dicha función); esta situación puede derivar en una contienda de competencia entre las entidades involucradas (conflicto de competencia positivo); esto puede establecer, para el caso específico, la entidad competente. Sin embargo, en este supuesto, es necesaria una reforma normativa que solucione el problema de duplicidad<sup>324</sup>.
- **Vacíos de competencia.** Es el supuesto en el cual una determinada función establecida en el marco normativo no tiene asignada ninguna entidad responsable de ejercerla. Esto problemas pueden ser resueltos mediante mecanismos de asignación de funciones frente al vacío, tarea que debe encargarse a alguna entidad<sup>325</sup>.  
Otras opciones son el establecimiento de una entidad subsidiaria que asuma dichas funciones al vacío identificado, o mediante la reforma normativa, llenando dicho vacío. Esta situación también puede generar conflictos negativos de competencia, cuando todas las entidades involucradas declinan sus competencias.
- **Funciones vinculadas.** Es el supuesto de funciones asignadas a dos o más entidades que pueden diferenciarse analíticamente, pero que por las necesidades de gestión se encuentran vinculadas estrechamente, por ser en ocasiones requisitos de otras, o por generar resultados que deben ser coherentes entre ellos<sup>326</sup>.

En este caso, la solución al problema de competencia puede lograrse mediante la generación o mejora de los mecanismos de coordinación o la reforma institucional, mediante la integración de las funciones en una sola entidad o en entidades

---

<sup>323</sup> Ídem..

<sup>324</sup> LAMADRID UBILLUS, Ob, cit. Pág.278.

<sup>325</sup> *Ibidem*, Pág. 279.

<sup>326</sup> Ídem.

compartidas, pero no en múltiples, lo ideal es fortalecer las existentes fusionando alguna de ellas.

Otra posibilidad coexiste en formular, acciones o responsabilidades compartidas entre instituciones públicas, lo que permitiría un mejor control de las acciones por parte de las empresas privadas que utilicen recursos naturales.

#### **4.1.5.2.5. Recomendaciones en favor de la descentralización de la gestión ambiental.**

Existen muchos autores que indican que es necesaria la descentralización de funciones ambientales a los sub gobiernos del Estado, que pueden utilizar de manera efectiva el potencial humano y técnico de cada región en post de una mejor gestión. Uno de los puntos son los siguientes:

##### **a) Profundizar el proceso de descentralización e introducir la variable ambiental en el mismo:**

El desempeño ambiental no depende solo de la política ambiental, sino de su integración con las demás políticas públicas. Ello incluye a los gobiernos subnacionales como los gobiernos regionales y las municipalidades. *En una primera aproximación se hace necesario profundizar el proceso de descentralización, sin embargo esta tropieza con dos dificultades; la primera dificultad radica en que las funciones ambientales se encuentran dispersas entre entidades del nivel nacional de gobierno. El segundo problema es la ausencia de una visión clara sobre el modelo de descentralización de la gestión ambiental*<sup>327</sup>.

*Al respecto la gran mayoría de experiencias internacionales muestra que un esquema centralizado de regulación en un país de las dimensiones del nuestro, no es sostenible, la gran mayoría de tareas regulatorias pueden ser encargadas a los gobiernos regionales.*

---

<sup>327</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, 2011 .Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 506.

**b) Generar un proceso ordenado de descentralización de las funciones y atribuciones ambientales:**

Conforme lo exponen Aguilar Y Font<sup>328</sup>, *“es mucho más recomendable reforzar la gestión en los tres niveles de gobierno y al mismo tiempo establecer un esquema general de negociación, cooperación y coordinación entre ellos, así como involucrar en este proceso a la sociedad civil, el sector privado y lo actores que tienen intereses afectados por la toma de decisiones gubernamentales, desafíos que no son sencillos de abordar en forma simultánea en los distintos niveles de gobierno”*

En este contexto, el proceso de transferencia de funciones que proponemos, tendría como objetivo que los gobiernos regionales estén a cargo de la gestión ambiental en sus jurisdicciones incluyendo la aprobación de los EIA y las acciones de fiscalización y sanción, todo ello bajo las reglas nacionales establecidas por la Autoridad Ambiental Nacional<sup>329</sup>.

**c) Mejorar la capacidad de aplicación y cumplimiento de la política y la normativa ambiental por parte de las entidades responsables de la gestión ambiental en los niveles nacional y regional**

Progresivamente se ampliaría estas capacidades a los gobiernos regionales, asimismo, el problema de la posibilidad de que el gobierno regional promueva prácticas para evitar la aplicación normativa o la política ambiental se debe resolver mediante un mecanismo de nombramiento de los gerentes de recursos naturales y gestión ambiental que sea supervisado por el MINAM, con un nivel de estabilidad similar a sus directivos.

Todo este plan se acompañara de un programa de fortalecimiento de las unidades de los gobiernos regionales (macroregiones), convirtiendo al factor ambiental en uno central para la definición de los territorios de las macroregiones.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, Ob. Cit Pág. 507.

<sup>329</sup> Ídem.

<sup>330</sup> Ibídem. Pág. 508.



#### **d) Diseño de un modelo de regulación ambiental**

La política organización e instrumentos a utilizarse en el nivel regional de gobierno. Actualmente, las funciones transferidas se ejercen a través de las antiguas oficinas desconcentradas de los ministerios donde en ocasiones no se dispone de un número mínimo de expertos para dicha tarea. Por lo tanto, se debe concentrar las funciones ambientales regionales en un solo órgano, la gerencia de recursos naturales y gestión del ambiente, quien a su vez puede encargar el ejercicio de dicha función a otras entidades públicas.

#### **e) Necesidad de fomentar la integración regional**

Se calcula que un espacio geográfico como el Perú, no podría tener más de nueve gobiernos regionales. Por ahora existe la Junta regional del Norte, La junta interregional de oriente o también llamada de los amazónicos, y la junta interregional del Centro; casi todo el país menos el sur está articulado en grandes juntas; estas juntas deberán permitir a mediano plazo, tener un espacio de gestión que luego se convierta en la región<sup>331</sup>.

Se sabe que los gobiernos regionales se han creado sobre departamentos y en algunos casos sobre muy pequeños departamentos como Tumbes, Callao, Moquegua, y eso lo que trae problemas en gestión ambiental de largo plazo.

## **4.2. DESCENTRALIZACIÓN**

### **4.2.1. Definición de descentralización.-**

El artículo 188° de la Constitución Política del Estado, reformado por la ley N°27680, establece que: *“La descentralización es una forma democrática y constituye una política permanente del Estado, de carácter obligatorio, que tiene por objetivo el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada, conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales. Los poderes del Estado y los organismos*

---

<sup>331</sup> Ídem.

*autónomos, así como el presupuesto de la República se descentraliza de acuerdo a ley”.*

Para Johnny Friz Burga<sup>332</sup> el artículo tiene dos sentidos, el de la forma democrática y la política permanente, en un análisis nos dice que, *“sobre el primer apunte señala, que es una forma de organización del territorio del poder estatal, la doctrina ha seguido tres tipos de Estado según la caracterización centralizada o descentralizada del ejercicio de su poder, la del Estado unitario, y la del Estado Federal y regional”.*

Este carácter unitario de un Estado supone la existencia de un único sistema de órganos de gobierno que actúan sus poderes para todo el territorio nacional, además de un único ordenamiento jurídico. El carácter descentralizado hace referencia a que los órganos centrales o nacionales no ejercen en exclusividad la totalidad del poder estatal, sino que lo hacen de manera conjunta o simultánea con organizaciones territoriales, como los gobiernos regionales y las municipalidades, que gozan de autonomía con capacidad para autodeterminación de sus propios intereses.

En cuanto al segundo apunte, señala que: *“la descentralización en su definición constitucional, es mucho más que una acción conveniente para hacer más efectiva y eficaz la administración de las organizaciones, lo que comúnmente se conoce como descentralización o desconcentración administrativa en el ámbito territorial; cuando se habla de política de Estado, la descentralización aparece como un proceso político de descentralización de la vida política y económico financiera que trasciende la coyuntura electoral o voluntad del gobierno de turno”*<sup>333</sup>.

Se busca reducir el centralismo con la transferencia de poder de decisión a los niveles sub nacionales cuyas autoridades están investidas de autonomía para la toma de decisiones en sus respectivas circunscripciones territoriales.

Se busca además, ejercer no solo políticas de descentralización, se ejerce conjuntamente políticas estatales como la de inclusión social, que es la motivante de la descentralización de funciones y representación del Estado a través de sus instituciones en las regiones. Y lo primordial, se descentraliza las fuentes económicas para el desarrollo de las regiones, y las potestades de decisión en la utilización de

---

<sup>332</sup> FRIZ BURGA, JHONNY (2008), Descentralización de Gobiernos regionales, Gobiernos locales, Centro Peruano de Investigación de Proyectos, Lima-Perú, Pág. 9.

<sup>333</sup> *Ibidem*. Pág. 11.

recursos económicos a las administraciones descentralizadas para la concretización de proyectos de acuerdo a la necesidad de cada región.

#### **4.2.2. Objetivos de la descentralización.-**

El artículo 3° de la Ley orgánica de bases de la descentralización sustenta la finalidad del proceso de descentralización señalando que:

*“La descentralización tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población“.*

El artículo 6° de la Ley orgánica de Bases de la descentralización, ha establecido que la descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:

##### **a) Objetivos a nivel político:**

- Unidad y eficiencia del Estado, mediante la distribución ordenada de las competencias públicas y la adecuada relación entre los distintos niveles de gobierno y la administración estatal.
- Representación política y de intermediación hacia los órganos de gobierno nacional, regional y local, constituidos por elección democrática.
- Participación y fiscalización de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos de cada región y localidad.
- Institucionalización de sólidos gobiernos regionales y locales.

##### **b) Objetivos a nivel económico:**

- Desarrollo económico, auto sostenido y de la competitividad de las diferentes regiones y localidades del país, sobre la base de su vocación y especialización productiva.
- Cobertura y abastecimiento de servicios sociales básicos en todo el territorio nacional.
- Disposición de la infraestructura económica y social necesaria para promover la inversión en las diferentes circunscripciones del país.

- Redistribución equitativa de los recursos del Estado.
- Potenciación del financiamiento regional y local.

**c) Objetivos a nivel administrativo:**

- Modernización y eficiencia de los procesos y sistemas de administración que aseguren la adecuada provisión de los servicios públicos.
- Simplificación de trámites en las dependencias públicas nacionales, regionales y locales.
- Asignación de competencias que evite la innecesaria duplicidad de funciones y recursos y la elusión de responsabilidades en la prestación de los servicios.

**d) Objetivos a nivel social:**

- Educación y capacitación orientadas a forjar un capital humano, la competitividad nacional e internacional.
- Participación ciudadana en todas sus formas de organización y control social.
- Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad y superando toda clase de exclusión y discriminación.
- Promover el desarrollo humano y la mejora progresiva y sostenida de las condiciones de vida de la población para la superación de la pobreza.

**e) Objetivos a nivel ambiental:**

- Ordenamiento territorial y del entorno ambiental, desde los enfoques de la sostenibilidad del desarrollo.
- Gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental.
- Coordinación y concertación interinstitucional y participación ciudadana en todos los niveles del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

#### **4.2.2.1. Análisis y crítica de los objetivos de la descentralización.-**

Dentro de los objetivos a nivel político, nos centramos en la Participación y fiscalización de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos de cada región y localidad. Lo que se interpreta es, que la ley, faculta de libertad a los ciudadanos para participar y estar enterados en los asuntos públicos.

Mencionada participación, debe ser en forma activa a través de sus representantes, no limitándolas solo al conocimiento, sino también fiscalizando que todo proyecto, acto, promulgación de normatividad, se realice de acuerdo a lo establecido y sin vulnerar lo que ellos consideren como sus derechos fundamentales, sin generar un abuso del derecho.

En cuanto a los objetivos sociales, se reconoce en la ley de descentralización, la participación ciudadana en todas sus formas de organización y control social, esta es materializada por grupos políticos, y grupos de representación, derivados de las municipalidades y también de los gobiernos regionales, pero no alcanzan una representación eficaz cuando se trata de materias o temas que le competen únicamente al gobierno central.

El objetivo de incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad y superando toda clase de exclusión y discriminación, es parte de la agenda de toda institución estatal, excepto cuando se trata de concesión minera, el caso Conga en Cajamarca, y la situación que vivieron los campesinos de alrededor de la laguna donde se realizara la extracción de minerales, vulnerando los derechos de los campesinos (es el mejor ejemplo para señalar que este objetivo es ineficaz).

En cuanto a los objetivos ambientales, aun las políticas no son congruentes con lo ya mencionado en el acuerdo nacional o en la ley de protección del ambiente o en la constitución, lo que señala la ley de descentralización es la sección de gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental; este objetivo ambiental es ineficaz, ya que no se viene cumpliendo en los lugares donde se viene explotando los recursos minerales.

En cuanto a la coordinación y concertación interinstitucional y participación ciudadana en todos los niveles del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, las propias leyes de

licitación de concesión minera, ley orgánica del poder ejecutivo, o la ley general del ambiente artículo 52°, contradicen este objetivo.

Para concluir con este aspecto, mencionamos una de las conclusiones sobre descentralización, por parte de la revista de análisis y críticas del Instituto Peruano de estudios que señala que: *“El proceso de descentralización en el país sigue caracterizándose por la transferencia de funciones que no van acompañadas de recursos o competencias que posibiliten asumirlas eficazmente. Tampoco se percibe que se intente nivelar las relaciones de poder entre el Gobierno central y los gobiernos locales, por lo que aún la dependencia es alta. El orden del proceso no necesariamente ha reforzado a los gobiernos locales, ya que no contar con los recursos y autonomía política para asumir las funciones puede llevar a que sean vistos por la ciudadanía como ineficaces y restarles legitimidad, lo que provocará tensiones; por esto la necesidad de un proceso planificado y equilibrado”*.<sup>334</sup>

#### **4.2.3. El proceso de descentralización en la Constitución.-**

El artículo 43° de la Constitución Política del Estado establece que: *“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana, El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes”*.

El artículo 43° no define el concepto de Estado, sino conceptualiza el sistema político al que nos adscribimos, que es el republicano, al tipo de régimen político que nos sometemos que es la democracia, a la forma de gobierno a través de la representatividad y a la esencia de nuestro Estado que es indivisible.

En cuanto a la descentralización, el autor Raúl Chanamé Orbe<sup>335</sup> nos dice: *“el régimen de gobierno es unitario, es decir, posee una dimensión gubernativa que tiene alcance nacional (por eso se le denomina también Gobierno Central). Es también representativo, lo que significa que los gobernantes de todos los niveles tienen respaldo directo en la elección popular, y por ello representan al pueblo en las decisiones que toman. Además, no todas las decisiones políticas se realizan en el*

---

<sup>334</sup> QUIÑONES, Patricia, (2012), Una mirada al proceso de descentralización después del primer año de gobierno de Ollanta Humala, argumentos revista de análisis y crítica. Instituto de Estudios Peruanos, disponible en: [http://www.revistargumentos.org.pe/proceso\\_de\\_descentralizacion.html](http://www.revistargumentos.org.pe/proceso_de_descentralizacion.html). 1/12/14. Hora: 11:00 p.m.

<sup>335</sup> CHANAME ORBE, Raúl (2009), Comentarios a la Constitución, jurista editores, Lima Perú, Pág. 271.

*gobierno central, existen niveles intermedios de gobierno, por medio de los gobiernos regionales o los gobiernos locales”.*

Estableciendo los niveles de gobierno, el artículo 189° de la Constitución, reformado por la Ley N°27680, prescribe que: *“el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la constitución y la ley, preservando la unidad y la integridad del Estado y de la nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distrito y centros poblados”.*

La Constitución establece que la República se divide territorialmente en regiones, departamentos, provincias y distritos, habiendo constituido veinticinco gobiernos regionales.

El autor Emilio Romero<sup>336</sup> sobre el presente artículo nos da un argumento crítico que dice: *“Todos los geógrafos nacionales y las instituciones científicas del país están de acuerdo, hace tiempo, en que la demarcación territorial peruana es empírica, vaga, a veces absurda y, por lo tanto, inadecuada para ejercitar una administración política correcta y justa. Con mayor razón, es impropia para el racional fomento del progreso económico de las diversas regiones del Perú”.*

El art. 190°, sobre el proceso de regionalización, señala lo siguiente: *“las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas históricas, culturales, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles. El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la provincia constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales.*

*Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a la ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional*

---

<sup>336</sup> Citado por RUBIO CORREO, Marcial (1999), Estudio de la Constitución Política de 1993, tomo V, editorial PUCP. Pág. 440.

*La ley determina las competencias y facultades adicionales, así como incentivos especiales, de las regiones así integradas.*

*Mientras dure el proceso de integración, dos o más gobiernos regionales podrán crear mecanismos de coordinación entre sí. La ley determinará esos mecanismos.*

En cuanto a las facultades y competencias de los gobiernos regionales, Chanamé Orbe<sup>337</sup>, nos dice: *“mantenemos la tesis de un Estado unitario, en que cada región no será un pequeño Perú sino que todas las regiones juntas serán el Perú, de lo contrario, habríamos de poner en peligro la unidad del Estado, disgregándola si empezamos a despedazarla con chauvinismos y exageraciones que, si bien respetan la idiosincrasia que mucha gente siente sobre su propia identidad, pueden perjudicar lo que es el ámbito nacional de un país que puede construirse plenamente integrado”*.

El autor dice que los gobiernos regionales forman de una unidad estatal, no pudiendo ejercer una autonomía absoluta, sino que siempre deberá permanecer la subsidiariedad entre los niveles de gobierno, señala además, el posible peligro que existe si los gobiernos regionales exageran en basar su desarrollo en su idiosincrasia regional o provincial, ya que esta no puede generar directrices alternas a la del Estado peruano en conjunto. Idea que se contradice con la interpretación que le da al artículo 43° cuando menciona que no todas las políticas provienen del gobierno central, ya que existen gobiernos intermedios, capaces de crear políticas propias de desarrollo.

Sobre el mismo artículo, el congresista Daniel Estrada<sup>338</sup>, reconocido líder provinciano del país, en la década de los noventa dice en la fundamentación del proyecto de Ley de descentralización, *“uno de los criterios a tomar en cuenta para la descentralización, son las vinculaciones étnicas, históricas, culturales y económicas que se establecen entre los pueblos. Las regiones muchas veces funcionan al margen de las declaraciones e intenciones políticas; porque funcionan al margen de las declaraciones e intenciones políticas; porque tienen una dinámica propia peculiar frente al conjunto nacional. Las políticas nacionales no tienen un impacto único y homogéneo, presentando resultados variados disímiles”*.

---

<sup>337</sup> CHANAME ORBE, Ob. cit. Pág. 540.

<sup>338</sup> Citado por RUBIO CORREA, Marcial, Ob. cit. Pág. 448



Marcial Rubio Correa<sup>339</sup>, realiza su aporte doctrinario señalando: *“la integración histórica, económica y cultural es fundamental. La posibilidad de que una unidad regional pueda prosperar y contribuir a la vez al desarrollo de la población en ella ubicada, depende en mucho de sus afinidades. Los tres tipos de vinculación que hemos señalado (histórica, económica, cultural) confluyen para crear estas condiciones. No ocurre lo mismo con la integración administrativa, ya que mientras los vínculos anteriores son creados en base a condiciones naturales o vínculos sociales de larga trayectoria, la dependencia administrativa de un determinado territorio a una autoridad no siempre fue diseñada con criterio adecuado. Inclusive, muchas veces ha sido establecida arbitrariamente y contra el sentido común”*.

Marcial Rubio Correa resalta la importancia de impulsar a las regiones sobre la base del entendimiento de sus aspectos históricos culturales y económicos, puesto que esto permite una actuación conjunta y la identificación regional que hace falta en estos días para la exigencia de proyectos que puedan aportar al crecimiento regional en Tacna donde aún no definimos una identidad que pueda generar políticas que beneficien a todos los que residen en la ciudad y los que habitan en las provincias.

Precisando el grado de autonomía de los niveles sub nacionales de gobierno, el artículo 191° de la Constitución, reformado por la Ley N° 27680, establece respecto del nivel intermedio o regional que:

*“Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones. La estructura básica de estos gobiernos lo conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador (...) el Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente por sufragio directo por un periodo de cuatro años... Los miembros del Consejo regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo.*

La descentralización tiene como objetivo desde la Constitución, el no concentrar todo el poder de decisión al gobierno central, el propósito es el de otorgar facultades a gobiernos regionales que se acerquen a la realidad regional de cada zona del país, para el uso adecuado de los recursos económicos que se les provee. Al mismo

---

<sup>339</sup> *Ibidem*. Pág. 449.

tiempo, con esto se desarrolla la democracia y la representatividad de líderes regionales, con conocimiento técnico sobre el territorio que pretende dirigir, así también cuentan con un concejo regional que fiscaliza y apoya las decisiones y proyectos para la región.

#### **4.2.4. Descentralización y centralización.-**

Para poder definir la descentralización como categoría conceptual conviene aproximarse primero al concepto de centralización. La centralización es según Libardo Rodríguez<sup>340</sup>, *“el fenómeno jurídico político que consiste en que todas las tareas y funciones públicas se radican en manos de la persona jurídica Estado, es decir que el Estado monopoliza todas esas tareas y funciones públicas”*.

La centralización, comprende que el Estado es la única persona jurídica pública, que concentra las tareas y funciones públicas, por lo que no se admite colectividades u organizaciones con vida jurídica propia.

Esta figura hipotética se podría realizar solo en Estados donde el territorio es reducido y nuestro Estado, cuenta con un vasto y extenso territorio donde la presencia de instituciones descentralizadas permite al Estado su gobernabilidad y cumplir con sus funciones constitucionales.

Coincidentemente, el autor Alejandro Lamadrid<sup>341</sup> señala que *“respecto a la gran mayoría de experiencias internacionales muestran que un esquema centralizado de regulación en un país de las dimensiones del nuestro, no es sostenible”*.

Se entiende que la figura centralista, mantiene la presencia de instituciones representativas de la gobernabilidad estatal en las diferentes regiones, pero con funciones administrativa receptoras, y meramente de trámite, ya que no ejercen poder de decisión sobre los requerimientos que podrían solicitar un administrado.

A contrario de lo ya dicho, el Estado ha ido implementando diversas instituciones o entidades con autonomía con capacidad de decisión en diferentes sectores como por ejemplo, registros públicos, con la SUNARP, protección al consumidor, con

---

<sup>340</sup> Citado por BLUME FORTINI, Ernesto (2003), La constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos) (Ponencias peruanas al VIII congreso iberoamericano de derecho constitucional, diciembre 2003), editorial grijley, Lima – Perú, Pág. 18.

<sup>341</sup> LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, (2011) Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos. Ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 506.

INDECOPI; materia tributaria con SUNAT; etc., pero aún no ha desplegado funciones independientes a ninguna institución o entidad, en sector minero, siendo el titular de las funciones en cuanto a minería el Ministerio de Energía y Minas; bajo la supervisión del PCM.

Al respecto Ernesto Blume Fortini<sup>342</sup> señala que: *“las divisiones territoriales serán simplemente circunscripciones, tendientes a permitir una gestión más práctica de los servicios públicos estatales; implicando como sistema de manejo del Estado una administración rigurosamente jerarquizada, en la cual no hay entidades de poder decisorio”*.

Ahora bien, efectuada la aproximación al concepto de centralización, corresponde tratar sobre la descentralización, según desde el punto de vista de Libardo Rodríguez<sup>343</sup> señala que: *“desde un punto de vista jurídico muy general, la descentralización es la facultad que se otorga a la entidades públicas diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que las ejerzan autónomamente”*.

La autonomía es una característica que implica casi siempre una generalidad en todas las funciones, obviamente lo que enmarca nuestra constitución sobre la unidad de Estado y sus niveles de gobierno, implica que las instituciones deben seguir una misma línea de desarrollo del plan gubernamental nacional, y la descentralización de funciones generales no contraviene un plan nacional, cuando existen políticas fuertes e idóneas; eso es parte de la descentralización.

Recordemos, que no se descentralizan los poderes del Estado, como el legislativo, o judicial, sino las facultades administrativas y económicas para la concretización de los proyectos necesarios para las regiones con mucha más celeridad, en favor de las necesidades locales y regionales.

En aquella dirección de acuerdo a la doctrina, la descentralización administrativa conlleva otorgar competencias o funciones de carácter administrativo a personas

---

<sup>342</sup> BLUME FORTINI, Ernesto (2003), La constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos) (Ponencias peruanas al VIII congreso iberoamericano de derecho constitucional, diciembre 2003), editorial grijley, Lima – Perú, Pág. 19.

<sup>343</sup> Ídem.

públicas distintas del Estado, a fin que sean ejercidas por ellas en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad.

La diferencia que señala el autor Blume Fortini<sup>344</sup> es la siguiente: *“en ambas se trata de otorgamiento de funciones, pero mientras en esta se trata de funciones propias, en aquella se trata de funciones del Estado; en esta última es la persona jurídica diferente del Estado quien toma la decisión, mientras que en aquella es el Estado o la entidad nacional quien decide por intermedio de un agente”*.

Se considera que la descentralización es beneficiosa y se adecua a un plan de reestructura del Estado que ha adoptado el gobierno peruano para su modernización, pese a lo dicho, notamos que pese a haberse iniciado ya hace más de diez años tal proceso, aún no se concreta una descentralización al cien por ciento de las funciones propias del gobierno central. Y es justamente en materia ambiental que se hace necesario profundizar el proceso de descentralización

#### **4.2.5. Descentralización y regionalismo:**

Hay muchos puntos que se debe señalar, en esta última experiencia en vigencia, sobre descentralización y regionalización, donde han influido aspectos de presión como las fuerzas políticas desde las regiones, los movimientos políticos, las fuerzas organizadas; cansadas del centralismo que se vivió en los noventa, de la poca influencia de las instituciones en las regiones, así como el poco desarrollo que tuvieron los departamentos en comparación de la capital, y el menoscabo de la cultura regionalista .

El autor Víctor Hugo Nuñez Paredes<sup>345</sup> establece que: *“la descentralización debe transformar la estructura del ejercicio de gobernar en el Perú, se debe poner en marcha la transferencia de poder, recursos y responsabilidades desde el poder ejecutivo hacia los gobiernos regionales y municipales, en esencia, la política es la fuerza dominante que motiva la descentralización ya que de esta forma parte de una tendencia más generalizada hacia la democracia en la región”*.

---

<sup>344</sup> *Ibidem*: Pág.20.

<sup>345</sup> NUÑEZ PAREDES Víctor Hugo (2006) *El poder y la descentralización*, editorial imart. Lima-Perú. Pág. 48.

La descentralización es una tendencia mundial, por motivos principalmente del restablecimiento de la democracia, y la poca eficacia del centralismo, muchas figuras como la discriminación social, la separación de clases, el olvido de la gente dedicada al cultivo, sean ido marcando con el centralismo, la desaparición de fuerzas políticas regionales que han ido debilitándose por el mismo motivo, pero se han mantenido a los mismos grupos que exigían el poder, a impulsar la descentralización; y ha sido una situación muy bien tomada por los movimientos políticos locales, que han podido ejercer política, en un ámbito pequeño, como ciudades, en donde la influencia de conflictos latentes, así como costumbres regionalistas, los ha vuelto a poner en la defensa de los intereses de la comunidad regional.

Señala Jaime Urrutia<sup>346</sup> que: “la descentralización a través de la regionalización, implica que la región no sólo es una geografía modelada por la historia, también es una conciencia y fuerza política, no hay región sin regionalismo”.

Acompañado de lo que señala José Carlos Mariátegui<sup>347</sup>, sobre la posibilidad de descentralización vía regionalización y regionalismo nos dice: *“las formas de descentralización ensayadas en la historia de la República han adolecido del vicio original de representar una concepción y un diseño absolutamente centralistas, los partidos y los caudillos han adoptado varias veces, por oportunismo la tesis de la descentralización, pero cuando han intentado aplicarla, no han sabido ni han podido moverse fuera de la práctica centralista.*

En efecto, mucho antes de la presente descentralización de funciones, existía un desorden en el regionalismo que practicaban los departamentos, en primer lugar, existían egoísmos marcados entre un departamento y otro, por lo que jamás se pudo afianzar los gobiernos regionales en la década del ochenta, muy aparte de la poca fundamentación técnica que se dio para unir ciertos departamentos; ejemplo claro fue la región José Carlos Mariátegui, la cual era integrada por Tacna, Moquegua y Puno, la cual no tenían rasgos comunes en idiosincrasia, ya que la ciudad de Puno siempre ha ejercido el regionalismo en forma individual, y la ciudad de Tacna, siempre ha sido una ciudad dedicada al comercio, por lo que hay diferencias notorias en cuanto a los intereses.

---

<sup>346</sup> Citado por NUÑEZ PAREDES, Victor hugo. Ob.cit. pág. 49.

<sup>347</sup> MARIATEGUI, José Carlos, 7 ensayos de la interpretación de la realidad peruana. Editor Amauta s.a. 1988 Lima-Perú. Pág. 209.

En estos últimos años, se observa que los conflictos sociales, tienen influencia en exigencia regionalistas, pero no son concertadas o impulsadas esencialmente por toda la población de determinada región; existe una polarización, entre los que si se sienten representados por el gobierno regional y los funcionarios que hemos elegido, y los que creen que la dependencia entre los gobiernos ejecutivo y sus sub gobiernos, dirigen, en todo sentido la gobernabilidad de la región.

Se concluye señalando que el regionalismo, viene decayendo, dándole paso a movimientos políticos poco educados en democracia, aprovechando la distancia que hay entre gobiernos regionales y su población, para estar presentes en política. Es necesario para el impulso de proyectos regionales en forma macro, ser regionales, apoyar las costumbres y el respeto de la personalidad departamental, a lo cual añadimos, que la protección del ambiente puede ser la piedra angular de unión de ambos sectores de la población, para retomar confianza en los gobiernos regionales.

Victor Nuñez Paredes<sup>348</sup> concluye: “el regionalismo no es en el Perú un movimiento, una corriente, un programa. No es sino la expresión vaga de un malestar y de un descontento”.

#### **4.2.6. La descentralización en el Acuerdo Nacional sobre políticas de Estado**

Luego del fracaso de descentralización durante los años 88 al 92, y posteriormente al termino del gobierno de Alberto Fujimori, con su renuncia desde el Japón, inmediatamente los partidos y movimientos políticos acuerdan el desarrollo de un plan nacional llamado hoja de ruta, planeamiento de reestructuración del Estado, o acuerdo nacional en lo que se acuerdan las políticas de desarrollo que debería adoptar el país para que los gobiernos de turno la desarrollen con miras a un objetivo consensuado hasta el 2021, año en el cual Perú cumpliría doscientos años desde declarada la independencia.

Se entiende que el acuerdo político concretiza aspectos que respaldan el ejercicio de la participación de la ciudadanía en los asuntos regionales, en defensa de sus derechos y necesidades; esto mismo se logra con la libre autonomía de las regiones

---

<sup>348</sup> NUÑEZ PAREDES, Víctor Hugo, ob. Cit. Pág. 53.

que generan propias políticas regionales de acuerdo a las costumbres, desarrollo, necesidades e idiosincrasia de cada región, puesto que no todas las regiones, tienen los mismos intereses, visión, necesidades.

El acuerdo señala lo siguiente: Descentralización política, económica y administrativa para propiciar el desarrollo integral, armónico y sostenido del Perú<sup>349</sup>.

*“Nos comprometemos a desarrollar una integral descentralización política, económica y administrativa, transfiriendo progresivamente competencias y recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales con el fin de eliminar el centralismo. Construiremos un sistema de autonomías políticas, económicas y administrativas, basado en la aplicación del principio de subsidiariedad y complementariedad entre los niveles de gobierno nacional, regional y local del Estado, con el fin de fortalecer éstos últimos y propiciar el crecimiento de sus economías”.*

Con ese objetivo, el Estado:

- Apoyará el fortalecimiento administrativo y financiero de los gobiernos regionales y locales;
- Institucionalizará la participación ciudadana en las decisiones políticas, económicas y administrativas;
- Promoverá la eficiencia y transparencia en la regulación y provisión de servicios públicos, así como en el desarrollo de infraestructura en todos los ámbitos territoriales;
- Establecerá una clara delimitación de funciones, competencias y mecanismos de coordinación entre los tres niveles de gobierno;
- Desarrollará plataformas regionales de competitividad orientadas al crecimiento de las economías locales y regionales;
- Desarrollará una estructura de captación de recursos fiscales, presupuestales y del gasto público que incluyan mecanismos de compensación para asegurar la equitativa distribución territorial y social, en un marco de estabilidad macroeconómica y de equilibrio fiscal y monetario;

---

<sup>349</sup> Página web del Estado Peruano, acuerdo nacional para crecer, disponible En Línea.<http://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/i-democracia-y-estado-de-derecho/8-descentralizacion-politica-economica-y-administrativa-para-propiciar-el-desarrollo-integral-armonico-y-sostenido-del-peru/>revisada el 30/11/14, hora 11:34 PM.

- Incorporará los mecanismos necesarios para mejorar la capacidad de gestión, la competencia y la eficiencia de los entes públicos y privados, así como la competitividad de las empresas y las cadenas productivas en los niveles nacional, regional y local;
- Favorecerá la conformación de espacios macro regionales desde una perspectiva de integración geoeconómica;
- Favorecerá el asociacionismo intermunicipal e interregional para el tratamiento de temas específicos;
- Fomentará el acceso al capital en los niveles regional y local, particularmente para la micro, pequeña y mediana empresa;
- Fomentará mecanismos de compensación presupuestal para casos de desastre natural y de otra índole, de acuerdo al grado de pobreza de cada región.

Sobre la importancia de autonomía de las regiones, en cuanto a su administración y al uso de recursos financieros, a nuestro parecer, el Gobierno central admite dentro de sus políticas que los gobiernos regionales, deben hacer uso de recursos financieros.

Además se menciona la participación activa de la ciudadanía, que ciertamente, lo haría en prevención y ejercicio de sus derechos proyectando conjuntamente con sus gobiernos regionales, las necesidades y cuidados primordiales para su territorio. Se contradice en parte lo mencionado puesto que la delimitación de funciones, se entiende como aceptar que los gobiernos regionales, tienen autonomía pero a medias, no un autonomía real en favor de los intereses de su territorio, sino siempre supeditado a lo que señale en coordinación el gobierno central.

Las políticas siempre deberían ser abiertas a los diferentes cambios sociales, que se puedan dar dentro de las regiones, manteniendo la conexión de coordinación entre las jerarquías de gobierno, pero entendiendo que las políticas no pueden ser limitativas, es necesario darle la libertad a los gobiernos regionales para crear políticas, ya que al momento no existen tales, y esto bloquea el desarrollo de las regiones; la ley si podría regular ciertos aspectos necesarios para garantizar la estructura del Estado, y que las instituciones no contraríen el plan nacional, eso es claro.



#### **4.2.6.1. Marco jurídico de la política pública de descentralización**

La política pública de descentralización suponía un nuevo marco jurídico institucional y planes de acción que la hagan efectiva. La primera acción política estatal requerida fue la reforma de la Carta Política de 1993, cuyo texto original constituía un nivel de gobierno intermedio muy débil, más próximo a una instancia desconcentrada del Gobierno Nacional, reforma que se materializó con la dación de la Ley N°27680, Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XV del Título IV, sobre Descentralización, a la que sucedieron, inmediatamente, la Ley N°27683, Ley de Elecciones regionales, Ley N°27783, Ley Orgánica de bases de la Descentralización, la Ley N°27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley N°27972, Ley Orgánica de Municipalidades y otras leyes complementarias y conexas y, la Ley N°29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Además, tenemos el Decreto Supremo N°012-2009-MINAM, publicado el 23 de mayo del 2009, el cual establece la Política Nacional del Ambiente (PNA), el cual constituye uno de los principales instrumentos de gestión ambiental y la base para la formulación del Plan nacional de Acción, PLANNA Perú, 2011-2021.

#### **4.2.7. Proceso de Descentralización.-**

##### **4.2.7.1. La descentralización en la década del 80.**

La crisis de los años ochenta con la desaparición de los gobiernos socialistas, las inflaciones económicas, el subdesarrollo en países de Sudamérica y la necesidad de un cambio de gobierno que pueda ser mucho más efectivo en el desarrollo para la modernización del Estado, impulso al gobierno peruano a elegir un sistema de gobierno en provincias mediante las regiones que unirían provincias con determinados puntos en común como cultura, historia, economía, debiendo convertirse en instituciones sostenibles.

La Constitución de 1979 señala en su artículo 259° lo siguiente: “Las regiones se constituyen sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente. Conforman unidades geoeconómicas. La

descentralización se efectúa de acuerdo con el plan nacional de regionalización que se aprueba por ley”.

El plan nacional de regionalización fue aprobado mediante ley N° 23878, donde se señalaba los criterios para el proceso de regionalización, donde el encargado de impulsar la creación de las regiones era el poder ejecutivo, siendo las primeras regiones la unión de diferentes provincias que llegaron a conformar doce gobiernos regionales.

Este plan de regionalización reconoció a los gobiernos regionales autonomía económica, administrativa y política, así como competencias en diversas materias, pero estas competencias debían tener en cuenta la aprobación expresa del poder ejecutivo, es decir completamente autónomas nunca fueron, así también estuvieron limitados a no poder realizar legislaciones en favor de su región puesto que las leyes eran dictadas también por el poder ejecutivo, es decir eran demasiado limitados y contravenían lo señalado en la Constitución de 1979 en el artículo 261° que señalaba lo siguiente: “las regiones tiene autonomía económica y administrativa.

En si las regiones nacieron en nuestro país con una legislación que no se adecuaba a los preceptos normativos de la Constitución; para el momento de la transferencia de las funciones, no existían un texto único de procedimientos o una guía de las funciones de los trabajadores a realizar dentro del gobierno regional, por la prisa que se tuvo en hacerlas funcionar se perdieron documentaciones que tenían los ministerios ya establecidos bajo el gobierno central, y esto retardo muchísimo la eficiencia administrativa que requería el país, claro que hay que resaltar que la ley si establecía un orden jerárquico pero en la práctica aun no estaban listos para ejercer funciones operativas.

Con la llegada del nuevo gobierno presidido por el Ingeniero Alberto Fujimori, se fue recortando progresivamente las facultades a las regiones, y pasado el golpe de Estado del año 1992, se produjo la reestructuración del poder ejecutivo, la nueva Constitución Política del 93 y suprimieron las regiones, pasando luego a conocerse como las CTARs, que por sus siglas significan, Concejos transitorios de Administración Regional, en cada uno de los departamentos del país, donde su principal función era realizar acciones de coordinación y ejecución de los planes y

programas socio económicos regionales, con lo cual no se reconoció la naturaleza y política de las regiones, quizás aún no tengamos claras las políticas regionales.

#### **4.2.7.2. Nuevos principios de descentralización.**

En esta nueva etapa de gobierno posterior a la década del noventa, se dictan una serie de leyes para la reforma constitucional en materia de descentralización política, este proceso se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Los principios generales señalados por la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización, son la permanencia, el dinamismo, la irreversibilidad, el carácter democrático del proceso, la integralidad, la subsidiariedad y la gradualidad.

Johnny Friz Burga<sup>350</sup> nos dice, en base a los principios, que: *“al definirse como permanente, se asume que este no concluirá y que su desarrollo será constitutivo de la futura organización estatal peruana; y la continuidad del proceso implica la acción dinámica de los tres niveles de gobierno: nacional, intermedio y local con la participación de la sociedad civil, residiendo aquí la integralidad del proceso de descentralización; este a su vez tiene un carácter democrático, al ser un proceso de distribución territorial del poder”*.

El autor señala que el proceso es permanente, es decir nunca quedará concluido el proceso de descentralización de funciones, puesto que las necesidades de la población varían conforme a los sucesos. Estos cambios ya deben ser preocupación de los gobiernos de turno del Gobierno regional, es decir implementar soluciones que no permitan el intervencionismo del gobierno central; solo así el proceso seguirá siendo permanente, al cumplir con las expectativas planteadas en el plan de descentralización.

Esto que acabamos de mencionar se relaciona con el principio de irreversibilidad; seguramente, por los casos fallidos de regionalización que hubo a principios de los noventa, o anteriormente, en los cuáles la descentralización siempre estuvo bajo el control de la presidencia de ministros, y del ejecutivo, el ejemplo claro son las Ctars;

---

<sup>350</sup> FRIZ BURGA, Johnny Zas, (2006) La Constitución comentada, Análisis artículo por artículo, director Walter Gutierrez, editorial Gaceta jurídica, Tomo II, Pág. 955.

esta vez se intenta que los gobiernos regionales puedan plasmarse como un órgano inamovible, y que el plan de descentralización de funciones sea irreversible.

Se ha partido desde la territorialidad de los departamentos evitando tendencias previas como en la década de los ochenta, cuando establecieron como base la unión entre ciertos departamentos, por los nexos culturales, idiosincrasia, ingresos económicos, que pensaron en ese momento eran comunes entre los departamentos, pero en la realidad no muy conexos.

La subsidiariedad, parte de la cercanía que pueden ejercer los gobiernos regionales con la realidad de cada sector de la región, de sus distritos, puesto que nadie sabe mejor sobre la realidad local que sus propios representantes y sus gobiernos regionales; los gobiernos regionales, cumplen con funciones detalladas dentro de su jurisdicción sobre algunos temas plasmados en la ley de orgánica de Gobiernos Regionales; ley N° 27867, como las señaladas en el artículo 26° de la ley en mención.

El carácter democrático, esta ceñido a que se realice elecciones para la representatividad mediante un presidente Regional, no fue en el caso de las Ctar's, en el cual, el elegido para desempeñar el cargo de director, lo hizo el PCM. Muy aparte, el carácter democrático implica, una verdadera participación a todo nivel, entre los ciudadanos y funcionarios, justamente en el caso que una política nacional, afecte, los intereses de alguna región que no tenga un nexo cultural con otras regiones o con la mayoría de estas, puesto que el país es multicultural, y seguramente, las necesidades de la región Tacna, no son las mismas de la región Loreto, por ejemplo, en cuanto a la protección del agua.

Este proceso como ya mencionamos, es gradual, si bien, desde el 2004, se ha ido ampliando las funciones de los gobiernos regionales, mediante la ley de acreditación y transferencia de funciones a los gobiernos regionales, en la cual si observamos un incremento gradual de funciones descentralizadas del gobierno central. Pero en un lapso de diez años, aún no se alcanza la autonomía necesaria como para desarrollar verdaderas políticas que impulsen a las regiones; este principio de gradualidad, ha frenado el proceso, haciéndolo lento, ya que cuida al mismo tiempo la gobernabilidad a nivel región, ya que necesariamente el gobierno regional necesita ampliar sus facultades en todos los sectores, pero aún no contamos con el factor humano necesario para implementar políticas individuales como región.

Es importante comentar los principios de la descentralización y su relación con los gobiernos regionales, puesto que lo que se busca dentro del acuerdo nacional, es garantizar la descentralización como fuente de democracia, y sólo se alcanzará, cuando los gobiernos regionales, representen sin cuestionamientos, los intereses y necesidades de cada región.

#### **4.2.7.3. El proceso de descentralización.-**

En el año 2002 se emitió la ley N° 27680, ley de reforma constitucional del Capítulo XIV del Título IV sobre descentralización, con esta reestructuración, se establecía como una política obligatoria para el Estado, la descentralización de las facultades del gobierno central teniendo como objetivo principal el desarrollo integral y sostenido del país. Esta vez sí se respetaría la autonomía de los gobiernos regionales y locales, para promover con conocimiento real de causa nuevos proyectos para las necesidades de las provincias.

La ley N° 27867, ley orgánica de gobiernos regionales, que regule los principios rectores de la gestión regional, su estructura orgánica, su régimen normativo, laboral, económico y financiero, así como sus competencias y funciones. Dentro de los aspectos relevantes del proceso de descentralización mencionaremos los siguientes:

- Autonomía regional y local.-
- Autonomía administrativa.-

En el año 2006, el gobierno nacional, a través del Poder ejecutivo, anuncio un shock descentralizador, por el cual las competencias que habían sido planificadas para ser transferidas hasta el año 2011, se iban a transferir el 2007.

El Perú se ha regido bajo tres principios: el principio de gradualidad, que básicamente lo que regula es la secuencia ordenada e inteligente del proceso, esto es encaminando lo que vendría a ser también las macro regiones<sup>351</sup>.

Pero tal secuencia ha sido postergada, ya que las regiones no cumplen su primera fase que es la unión de departamentos por regiones, como por ejemplo, Tacna,

---

<sup>351</sup> FRIZ BURGA, Johnny Zas, (2006) La Constitución comentada, Análisis artículo por artículo, director Walter Gutierrez, editorial Gaceta jurídica, Tomo II. Pág.957

Moquegua y Arequipa, deben unirse en una sola región dado sus intereses económicos comunes, pero aún no existen ni siquiera las tratativas de impulso.

Lo que hasta el momento se viene dando en el proceso de descentralización es lo que menciona el jurisambientalista Lamadrid Ubillus, señalando que la “*disponibilidad de recursos; vinculado al principio de las capacidades existentes. Es decir las capacidades que el nivel tiene para poder trabajar, como son por ejemplo, capacidades de recursos humanos, financieros, materiales, y logística*”<sup>352</sup>, es lo que se ha materializado en más de una década de regionalización.

#### **4.2.8. Puntos controversiales en cuanto al proceso de descentralización.**

##### **4.2.8.1. Crítica al proceso de descentralización.**

Se hizo mención sobre los procesos de descentralización en regionalización previos al actual, en el cual por múltiples motivos, se deterioró el intento de permanencia y de ejercicio de amplias funciones.

Es así que a fines del gobierno Fujimorista surge la necesidad de un cambio estructural del Estado, por lo que la promesa política de los principales contendientes por el cargo de presidente, se basó en la reestructura del Estado mediante la descentralización de funciones, lo cual implicaba crear nuevamente los gobiernos regionales con representantes elegidos mediante elección democrática.

Al llegar el 2004, el gobierno de Alejandro Toledo, dictó la ley N° 27783, denominada ley de base de la descentralización, la cual a simple comparación con la ley N° 26922 denominada Ley marco de descentralización del gobierno de Fujimori, contiene algunos parecidos que se detallarán<sup>353</sup>:

- Que es el poder Ejecutivo, es decir el gobierno de turno que dirige, conduce y ejecuta la descentralización.
- Ambas leyes dicen ser de desarrollo constitucional sobre la descentralización del país.

---

<sup>352</sup> Ídem.

<sup>353</sup> Ibídem. Pág. 57.

- Que el proceso de descentralización disponen ambas normas de ser gradual, en forma ordenada y progresiva.
- Que la finalidad es el desarrollo gradual, armónico y sostenible del país.
- Que la asignación de competencias son de tres tipos:
  - a) competencias exclusivas,
  - b) competencias compartidas,
  - c) competencias delegadas.

En este caso la estructura de ambas leyes es idéntica.

- Que el proceso de regionalización se inicia constituyendo como región el ámbito territorial de los actuales departamentos y la Provincia constitucional.
- En el gobierno de Fujimori, los consejos transitorios de administración regional (CTAR), se constituyen como organismos públicos descentralizados del Ministerio de la Presidencia, lo que implica que si bien depende normativamente de dicho Ministerio a través del despacho del Viceministro Regional, es el poder ejecutivo, es decir el Presidente de la República quien tenía poder absoluto. En el gobierno de Toledo ocurre exactamente igual si bien con otro maquillaje.

Se crea el Consejo Nacional de descentralización como organismo independiente y descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y de los 9 miembros que tiene este nuevo organismo, la mayoría es decir 5 miembros son designados directamente por el Poder Ejecutivo, el Presidente de la República designa al Presidente del CND, el ministro de economía elige 2 representantes y el Presidente del Consejo de Ministros elige 2 representantes y en este último caso el CND es el que dirige y conduce el proceso de descentralización.

En ambos regímenes, el poder ejecutivo se delega asimismo el poder absoluto, y en ambos gobiernos se dice nominalmente que tiene autonomía en el ejercicio de sus funciones, pero en realidad el poder que le otorgan es solamente virtual y en consecuencia el poder de los gobiernos regionales no es real ni concreto. Es decir el gobierno Central, se resiste a desprenderse de parte del poder, que actualmente ostenta en su mayor parte.

El CND, ha dejado de ejercer funciones al momento, ya que desde el año 2008 se dio la ley de acreditación y delegación de funciones a los gobiernos regionales, con la

cual mediante Decretos Supremos, se fue implementando poco a poco las funciones en diferentes sectores a ejercer por parte del gobierno regional.

Otro de los errores iniciada la creación de los gobiernos regionales, era la falta de gerencias para el desarrollo de proyectos; se contaba con simplemente cinco gerencias entre las cuales, no existía la gerencia de asesoría jurídica o gerencia legal, lo que hacía inviable el manejo administrativo del Gobierno regional.

Mucha de las facultades atribuidas a los gobiernos regionales, no pueden ser ejecutadas sin la previa autorización o revisión del Ministerio de Energía y Minas en materia minera, recursos hídricos y el nuevo tema de distribución del gas natural.

Cabe señalar también que el plan de descentralización desde un inicio planteaba diseñar la regiones en forma macro no departamentales como lo es ahora, el hecho de que se hayan planteado principios de gradualidad, frena lo que podría ser ya en estos momentos, un desarrollo en infraestructura y tecnología aprovechable para las regiones macro, la base de esta idea era las posibilidades amplias que le da la geografía del país para poder reforzar y explotar ámbitos con recursos bastos, como por ejemplo, plantea el historiador Luis Cavagnaro Orellana<sup>354</sup>, que Tacna, Moquegua y Arequipa, deben unirse un una sola macro región por las posibilidades de desarrollo económico del cual se pueden beneficiar, ya que todos estos departamentos son netamente mineros, comerciales, con lo cual se pueden implementar el uno al otro en sectores como exportaciones, turismo, agricultura, etc.

#### **4.2.8.2. Base legal de la descentralización, y el principio de subsidiariedad**

En el Perú, la descentralización ambiental se ha desarrollado a través de las leyes de descentralización, que son básicamente:

- Las leyes orgánicas, del poder ejecutivo, de gobiernos regionales, la ley orgánica de municipalidades y la Ley de la descentralización.
- El Decreto legislativo 1013, que crea el Ministerio del ambiente, que lamentablemente no ha definido con claridad cuáles son sus funciones que corresponden al nivel nacional de gobierno.

---

<sup>354</sup> Historiador tacneño catedrático del curso de Filosofía en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, idea mencionada en clases en el año 2011.



- La ley 28611, Ley general del ambiente, que regula temas vitales, como los sujetos de la gestión ambiental (artículos 52, 53, 54), población ambiente (artículos 64 al 72), Integración de la legislación ambiental, ejercicio descentralizado de las funciones ambientales (artículos 59, 60, 62), empresa ambiente (artículos 74 al 83) responsabilidad por daño ambiental, entre otros temas.

La historia de la institucionalidad ambiental en el Perú es relativamente reciente. Respecto a los niveles descentralizados, los gobiernos regionales inexistentes en los años noventa, tiene por ahora muy pocas funciones en materia ambiental, mientras que las municipalidades han venido atendiendo áreas tradicionales de la gestión ambiental urbana: residuos sólidos, áreas verdes, ruido, aire urbano, y saneamiento.

En este contexto, desde inicios de la presente década, han ido en aumento de instituciones que han identificado la necesidad de abandonar el modelo sectorial de los noventa, las razones son básicamente dos. Por un lado, se observaba que la mayoría de sectores, salvo el de energía y minas, mostraba un desarrollo institucional entre el papel promotor de las inversiones con la regulación de las mismas, esto ha llevado a percibir a los ministerios como actores inclinados a favorecer las inversiones, fundamentalmente privadas, aun a costa del daño ambiental o de la afectación de la salud o de la propiedad a consecuencia del deterioro del ambiente.

Por ejemplo tenemos el caso de la empresa Doe Run en La Oroya, la construcción de una planta de fraccionamiento, de gas natural en la zona de amortiguamiento de la Reserva nacional de paracas, el tendido del gasoducto de Camisea, la propuesta de reducción del Parque nacional Bahuaja- Sonene, o la presión ejercida ante el caso Majaz en Piura<sup>355</sup>, entre otros.

El autor Lamadrid Ubillus<sup>356</sup> nos dice que: *“ante la imposibilidad del Estado, de asumir directamente, la gestión y política ambiental, se hace necesario una distribución de roles, desde este a otras instituciones o gobiernos internos. Ello es lo que se ha venido a llamar en la doctrina como distribución vertical de funciones”*.

---

<sup>355</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011). Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos. Ediciones legales. Lima-Perú. Pág.267.

<sup>356</sup> Ídem.

La verticalidad de funciones, está dirigida a asignar funciones a los sub gobiernos de la estructura gubernamental para hacerse cargo de temas en materia ambiental, estos serían directamente el Gobierno regional, pero la realidad es que este ente necesita de las instituciones especializadas para cada sector.

*“Para entender la verticalidad de funciones debemos explicar el principio de subsidiariedad, que está reconocido en la legislación peruana, por el cual la función ambiental tiene que ser ejercida por aquel nivel de gobierno más cercano a la población, siempre que este nivel pueda actuar con más eficiencia que los niveles superiores<sup>357</sup>”.*

Para saber qué nivel es más eficiente debemos entender estos dos criterios, el de mejor manejo de externalidades que es el costo de cualquier actividad humana que se transfiere a un tercero sin que exista ningún tipo de pago o compensación por lo realizado.

Un ejemplo sería la contaminación que se produce en una cuenca, cuyo recorrido atravesase varias localidades. Ello genera que haya muchos niveles de gobierno involucrados en el manejo de este problema, incluso municipalidades, en ese caso solo una autoridad deberá tener a su cargo la gestión del recurso; la que tenga el mejor manejo de externalidades, en el caso que la contaminación se produzca en el origen de la cuenca, el gobierno que se encuentre allí tendrá un mejor manejo de externalidades con respecto a la contaminación del recurso<sup>358</sup>.

El aprovechamiento de las economías de escala sería el segundo criterio por el cual un solo nivel de gobierno alto tenga en sus manos la gestión ambiental, porque por el criterio de la economía de escala resulta lo menos oneroso posible.

Una cuestión jurídica sobre el rigor subsidiario: el problema se produce cuando un nivel inferior de gobierno regional o municipal dicta una norma ambiental que establece un nivel de exigencia mayor que el nivel nacional. Así, el nivel nacional de gobierno dicta un límite máximo permisible mientras que el nivel regional dicta una norma válida para esa región con un nivel de exigencia mayor.

---

<sup>357</sup> Ídem.

<sup>358</sup> *Ibidem*. Pág. 268.

Ellos es permitido en algunos países federales pero en el caso del Perú, que es un país con un sistema político unitario, los niveles inferiores solo pueden dictar normas que complementen a la norma nacional, sin exceder los parámetros sustantivos de esta.

Los riesgos del rigor subsidiario se producen en situaciones de desorden. Así tenemos, un distrito que regula las emisiones de los vehículos automotores dentro de un máximo permisible, mientras que al llegar a otro distrito se tolera otro nivel de permisibilidad. Ello generaría un caos.

Sin embargo, en temas ambientales como el agua, si valdría la pena realizar alguna adaptaciones con respecto al rigor subsidiario (por ejemplo, no todas las cuencas tienen las mismas características hidrobiológicas, lo cual si merecería un tratamiento diferenciado)<sup>359</sup>.

#### **4.2.8.3. Descentralización de funciones técnico-administrativa**

Desde un punto de vista sociológico, con la descentralización se permitirá reconocer y resolver los conflictos territoriales, así como los conflictos sociales que se desatan en las regiones por diferentes motivos, dependiendo de las peculiaridades culturales de cada pueblo. Viéndolo del lado político, se asegura la presencia del gobierno central, en regiones donde no se hace efectiva la tutela del Estado; favorece a la población ya que podrán ejercer sus derechos políticos con democracia, puesto que sentirán la necesidad de líderes que intermedien por ellos ante el gobierno central.

Al respecto Jhonny Zas Friz Burga<sup>360</sup> señala que: *“La descentralización desde un punto de vista de eficacia técnico-administrativa, reconoce que la descentralización genera gobiernos más pequeños, los cuales son más capaces de reconocer los problemas y las peculiaridades de su territorio y pueden proporcionar respuestas más adecuadas y oportunas a ellos, es decir, dan a los problemas heterogéneos respuestas heterogéneas apartándose de la homogeneidad con las que los asuntos serían tratados por el centro. Además, de proporcionar mejores servicios, los*

---

<sup>359</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011). Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos. Ediciones legales. Lima-Perú. Pág. 269.

<sup>360</sup> FRIZ BURGA, Johnny (2008), Descentralización Gobiernos Regionales Gobiernos Locales, Gestión Pública, revista de actualidad y análisis especializado, editorial centro Peruano de Investigación y desarrollo de proyectos. Lima-Perú, Pág. 16.

*gobiernos sub nacionales pueden concentrarse mejor en los problemas del territorio y es posible también que unidades más pequeñas sean más fácilmente gobernables”.*

Se han venido dando conflictos socio ambientales, y notamos que la población exige una explicación sobre las medidas tomadas por el gobierno central y las instituciones facultadas en el proceso de concesión; la molestia de la población es por la falta del conocimiento del desarrollo de vida de los pobladores de la zona así como su relación en lo social, territorial, cultural sobre el lugar donde se realizaría la extracción de los minerales, gran ejemplo el ya visto en el caso de la Empresa Conga en las cabeceras de cuenca y las lagunas situadas alrededor.

Ante lo descrito nos preguntamos, ¿qué tan eficiente sería si se reconociera facultades al presidente regional para mediar entre los ciudadanos y los conflictos socio ambientales habiéndose descentralizado funciones en materia de gran minería a los gobiernos regionales?

Posiblemente, el presidente regional opte por sacar provecho de su condición política funcional situando la representación democrática en aprovechamiento para fines electorales, o de lo contrario podría realizar su función de representante democrático y mediar entre la sociedad y las empresas mineras para encontrar una solución que reduzcan los conflictos.

El gobierno regional, es la institución con conocimiento sobre el territorio en el cual ejercen funciones, además es el órgano de gobierno que representa a la mayoría de la población de cada región, puesto que en el caso de gobiernos locales, si se elige a un alcalde provincial, pero este tiene facultades únicamente por lo que le concierne dentro de la ciudad, no a nivel región o en los sitios donde se ubica este corredor permitido para la actividad minera.

Considerando lo expuesto anteriormente sobre el principio de subsidiariedad y la necesidad de implementar un equipo técnico administrativo que pueda eficazmente detallar bajo conocimiento la situación de la población aledaña a la zona minera, podría formularse muchas acciones en defensa del ambiente de este grupo de personas; la descentralización permite la inversión de los gobiernos regionales en casos como el que se ha señalado, pero existe una barrera legal, el cual impide que los gobiernos regionales puedan si quiera opinar en concesión de gran minería, por

lo que a modo de conclusión, compartimos lo señalado por el autor Friz Burga, especialmente en que de darse lo especificado bajo el principio de subsidiariedad se haría viable la gobernabilidad ambiental.

#### **4.2.8.4. Participación ciudadana, descentralización y ambiente**

Es muy difícil conjugar o relacionar estos tres conceptos, puesto que aún la política ambiental en nuestro país es pobre, la participación ciudadana, es el concepto más difícil de relacionar aún con los otros dos; sabemos, que los gobiernos regionales y locales plantean sus métodos de conexión con la ciudadanía mediante mesas de participación, y representantes en los concejos gubernamentales, pero en el tema ambiental, pese a que los gobiernos regionales están facultados a velar por el cuidado ambiental, y planificación de políticas ambientales, no puede lograrlo si a nivel nacional, no hay impulso ciudadano y estatal.

La participación ciudadana es considerada como instrumento de gestión ambiental, definido este como “mecanismo orientado a aplicar o concretar un objetivo de política ambiental o, en términos jurídicos, a hacer efectivo el derecho constitucional a un ambiente adecuado. Así, la participación ciudadana debe ser utilizada por aquellos niveles de gobierno con competencias ambientales como los gobiernos regionales y locales, de acuerdo a lo previsto en la Constitución y en instrumentos internacionales como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que recoge en su principio 10 señala: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”<sup>361</sup>.

De acuerdo con el artículo 2.2°. del Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, el MEM es la autoridad competente para llevar a cabo procesos de participación ciudadana relacionados a las actividades mineras de la mediana y gran minería, “los gobiernos regionales (...) intervienen conforme a las disposiciones del presente Reglamento”<sup>362</sup>.

Debido al reglamento expuesto es que la descentralización en relación a temas ambientales no se viene concretando; así mismo la participación ciudadana no solo

---

<sup>361</sup> ANDRES DULANTO TELLO, Revista Themis, pagina web, EnfoqueDerecho.com, publicación realizada el 16 de diciembre del 2010, disponible en < <http://enfoquederecho.com/descentralizacion-medio-ambiente-y-participacion-ciudadana-%C2%BFconceptos-conjugables/>>. Revisado el 21/1/15.

<sup>362</sup> Ídem.

se limita a una opinión sobre el tema, es también escuchar una posición por parte de sus representantes, y mientras el gobierno regional no defina su actuación en los procedimientos de concesión minera, no existe descentralización de funciones ambientales, por lo tanto, como planteamos al inicio, no existe manera de relacionar fuertemente a los tres conceptos en mención.

Como dato estadístico referimos que los temas ambientales, aún no son tratados a nivel nacional en forma continua mediante las mesas de participación ciudadana sin ser estas específicas en el tema sino un tema de agenda extra en las mesas anuales de diálogo a nivel distrital o municipal, y en total, tenemos que hasta el momento existen 13 comisiones ambientales regionales creadas y 292 comisiones ambientales municipales, número muy reducido a nivel nacional, lo más efectivo que se viene haciendo, son mediante ONGs, que difunden la protección la protección del ambiente y asesoran a los afectados por cierta contaminación.

Tal como detalla Dulanto Tello, *“a esto se le suma, la imposibilidad, de los gobiernos regionales a participar en la concesión de gran minería que ha desatado múltiples conflictos socio ambientales en las regiones mineras; si bien se les amplio las facultades para la concesión de mediana minería aún no se permite la participación ciudadana; tal es que la participación en gran minería, únicamente se reduce a participar del conflicto opositor a las mismas, al menos siendo voceros de los acuerdos sociales; mientras la legislación se mantenga como el presente, no se podrá decir que la descentralización viene siendo eficaz.”*<sup>363</sup>

En el Plan de descentralización de gobierno del 2011 al 2016<sup>364</sup>, se detalla lo siguiente: A partir del año 2006 en adelante, estos espacios empezaron a enfrentar:

- Defectos de diseño legal sobre todo en el Consejo de Coordinación Regional y los Consejos de Coordinación Local; los acuerdos participativos no se expresan obligatoriamente en acciones de gobierno,
- Los espacios y las decisiones que se toman en ellos no están articulados entre sí; y

---

<sup>363</sup> Ídem

<sup>364</sup> Plan de descentralización del Gob. Nac., 2011-2016. Publicado  
:<[http://www2.pcm.gob.pe/Popup\\_PCM/plandescentralizacion.pdf](http://www2.pcm.gob.pe/Popup_PCM/plandescentralizacion.pdf)>, revisado el 31/07/16

- Los costos de participación y sus escasos resultados han alejado a los más pobres y favorecen la participación de los actores con mayores capacidades (las ONG y las organizaciones de la sociedad civil formales).

Como resultado, estos espacios, que inicialmente fueron muy activos, se han ido debilitando, con valiosas excepciones sobre todo a nivel distrital rural, con alcaldes que siguen apostando por la participación ciudadana.

Por lo tanto, uno de los retos más importantes del proceso de descentralización y regionalización es el de fortalecer los mecanismos de participación ciudadana, cuyo fin es permitir una mejor vigilancia y control de los ciudadanos sobre la gestión pública, logrando una gestión compartida del desarrollo sostenible y de mejora de la calidad de vida. Recuérdese que no hay Estado sin sociedad, ni ésta sin Estado, puesto que son caras de una misma moneda. Por consiguiente, el fortalecimiento e institucionalización de la participación ciudadana es un desafío impostergable porque contribuye a la gobernabilidad y la democracia.

A ello se suma el hecho de tomar en cuenta estos mecanismos y espacios de participación ciudadana como útiles para el proceso de integración intercultural, dándole un valor agregado al permitir un mayor acceso a los pueblos originarios y otras minorías, a una situación que si los promueva y los garantice.

# CAPITULO V

## DISCUSIÓN DE POSICIONES

### 5.1. PUNTOS RELEVANTES SOBRE EL TEMA DE TESIS, Y ESTABLECIMIENTO DE POSICIONES DE LOS ACTORES EN CONCESIÓN DE GRAN MINERÍA

Al establecer el tema de la presente tesis, sobre la participación de los gobiernos regionales en la concesión de gran minería para la defensa de los derechos fundamentales, tenemos que identificar las razones concretas por las cuales los conflictos ambientales tienden a una línea creciente en comparación a otros conflictos que vulneran otros derechos, y cuales vienen siendo los roles tanto del Estado como de los ciudadanos frente al desarrollo de la minería en las regiones mineras.

La propuesta es, establecer una democracia participativa en concesión minera mediante representantes democráticos que velen por los intereses de la región donde se desarrollará la extracción del mineral, por lo que se debe fundamentar el por qué se debiera incluir a los gobiernos regionales. Con la presencia del ente gubernamental regional se entiende que este puede optar por actuar como mediador entre la voluntad de los pueblos con los representantes del Ministerio de Energía y Minas, y con los representantes de la empresa privada previa concesión y durante la actividad si está pusiera en riesgo el ambiente o la tranquilidad de los ciudadanos de la región.

Una de las razones, y quizás la más importante es reducir o mitigar los conflictos socio ambientales, proyectando hacia la sociedad una confianza y aval con la presencia de los gobiernos regionales, con el fin de que se garantice los derechos fundamentales y que pueda preverse la posible contingencia de contaminación del agua, del aire, o de los lugares donde se pretenda ejercer la extracción del mineral, lo cual es deber del Estado bajo la premisa constitucional del deber de garantizar y proteger los derechos fundamentales, pero por ciertas circunstancias no se viene concretando la descentralización de funciones a los Gobiernos regionales por lo que por el momento no están facultados para lo que se propone.



Todo lo mencionado ha sido postergado durante un buen tiempo, ya que la presencia de gobiernos regionales pudo estar garantizada desde hace mucho si es que el proceso de descentralización hubiese sido parte de las políticas bandera de los últimos gobiernos, y con eso avanzar en la reestructuración de un Estado más democrático que puedan autodenominarse como gobiernos modernos y de ciudadanía participativa.

Por ende nos preguntamos, ¿por qué el derecho fundamental al ambiente adecuado, ha sido tomado por el Estado en forma secundaria?, se responde en forma empírica señalando que por acciones sistemáticas que el Estado ha venido oponiendo y reduciendo la presencia social participativa en las concesiones.

Se puede afirmar que existe una percepción negativa en los ciudadanos por hechos y casos previos de conflictos socio ambientales en las regiones que han intentado hacer ejercer democráticamente su participación pero que no han rendido fines positivos, siendo la empresa privada la que siempre impone sus condiciones por sobre la defensa del ambiente.

Otra posible respuesta, es que los derechos sociales, no vienen siendo garantizados por el Estado, poniéndose en duda el Estado democrático, ya que convenientemente se protege ciertos derechos por encima de los sociales, o se toma atención y diligencia en asuntos relacionados a crecimiento económico por sobre temas de protección, ya que políticamente para el gobierno de turno se genera la aceptación de la masas.

Esto define dos posiciones, la estatal, que prioriza las concesiones mineras por la renta que percibirá el Estado para el desarrollo de sus planes gubernamentales con el fin de aceptación popular que en estos últimos años se evalúa o mide por el crecimiento porcentual anual de la economía, y la otra posición vienen a ser los ciudadanos en las regiones que demandan la protección del ambiente en el que viven y consecuentemente al no sentir esta denominada protección por parte del Estado, desatan la conflictividad ambiental en exigencia del respeto a sus derechos y de una democracia participativa.

Ante la interrogante que plantea que facultad o acción podrían desempeñar los gobiernos regionales, se propone que estos sean los encargados de una verificación

de los instrumentos de gestión ambiental presentados por la empresa que pretende ejercer la minería, siendo los gobiernos regionales los que cuentan con los medios técnicos y logísticos para desarrollar tal tarea y de esta manera ser parte de un aval de confianza hacia la población para que sea viable el proyecto en cuestión.

Para el desarrollo del presente capítulo de discusiones, debemos desarrollar temas que fundamenten nuestra propuesta tales como democracia participativa, reconociendo cuáles son las condiciones para que un Estado sea considerado democrático y protector de derechos fundamentales. Se compara el procedimiento de concesión minera en Perú, con el procedimiento de concesión en el país vecino Chile, y su alterna vía de concesión en base a una distribución de facultades a diferentes actores del aparato del poder estatal.

Se abordará ciertas recomendaciones en gestión ambiental, políticas institucionales a fin de proponer ideas para el mejoramiento de la participación ciudadana en sus dos aspectos implícitos, la información y la participación democrática. Asimismo, estableceremos la posición estatal y las pérdidas en renta que se generan a partir de la postergación de fecha de inicio de los proyectos de gran minería por el desarrollo de los conflictos socio ambientales y la paralización de actividades económicas en las regiones.

Y por último estableceremos una posición estatal alterna para reducir los conflictos socio ambientales en base a la legislación chilena, donde se ha establecido un equilibrio de sujetos intervinientes en concesión minera con responsabilidad compartida entre poderes estatales, tanto el ejecutivo como el judicial.

Debemos señalar que la importancia de este capítulo radica en explicar en forma simple todos los aspectos investigados en relación a las hipótesis y los objetivos planteados para la investigación por lo que se identificarán las posiciones de los actores actuales, así como los problemas identificados en el procedimiento de concesión de gran minería.

El presente capítulo, desarrollará los puntos controvertidos de nuestra investigación académica, por lo que debemos señalar que todos los capítulos anteriores son la base de referencia para el entendimiento de la investigación en cumplimiento de la exigencia académica obligatoria que implica una tesis.

## **5.2. REGIMEN DE GRAN MINERIA**

### **5.2.1. Aspectos generales de gran minería.**

La gran Minería es la actividad de extracción de recursos minerales o no minerales realizados por empresas privadas mineras transnacionales o nacionales en nuestro territorio, con la respectiva licencia de funcionamiento otorgada por el Estado mediante sus instituciones responsables del procedimiento de concesión.

La minería como actividad ha sido siempre constante en nuestro país, al respecto Manuel Pulgar Vidal<sup>365</sup>, nos introduce al tema diciendo que: “si consideramos que el Perú desarrolla actividad minera ancestralmente, a diferencia de otros países que están intentando o buscan hacerlo, nos podremos imaginar que muchas de esas actividades mineras en el Perú se desarrollaron sin ninguna regulación ambiental. Con respecto a los pasivos ambientales, por ejemplo, anteriormente ello se enfocaba en función de la responsabilidad civil y a lo que era el marco legal vigente en ese momento”.

Por lo que su regulación legislativa ha generado múltiples cambios en distintos aspectos tanto positivos como negativos para el Estado y para la población, teniendo en la mayor parte de tiempo una aceptación en la mayoría de población por los dividendos que esta genera al presupuesto nacional.

Atendiendo a los cambios económicos mundiales de los últimos años, existen dos razones medulares para enfocar la atención con respecto a la regulación ambiental de la minería en el Perú:

La actividad minera es la principal actividad económica generadora de divisas para el país. Manuel Pulgar Vidal<sup>366</sup>, dice al respecto: “lo que se tiene que hacer es, justamente, tratar de convertir esta actividad económica en una actividad responsable, o lo que debemos es buscar son actividades alternativas para ir generando un balance”

---

<sup>365</sup> Citado por LAMADRID UBILLÚS, Ób. Cit. Pág. 282.

<sup>366</sup> Ídem.

Con la regulación de gran minería y los beneficios bilaterales pactados entre las empresas privadas y el Estado, los gobiernos regionales y locales dependen de las regalías por concepto de canon minero, y varios proyectos dependen de la dilatación del tiempo de las empresas mineras en sus regiones para poder concretar megaproyectos. Pero como señala Pulgar Vidal<sup>367</sup>, es necesario empezar a planificar nuevas actividades que puedan suplantar a la minería o por lo menos reducir la dependencia económica.

Bajo este concepto debemos señalar que una de las políticas de desarrollo nacionales según el acuerdo nacional hacia el bicentenario en el 2021, es la diversificación de actividades generadoras de recursos económicos para el sustento de la economía nacional, el cual no se viene dando pese al gran ingreso de dividendos monetarios por la gran minería, reduciendo el gasto de la misma en compra de cemento para obras de mantenimiento en las distintas regiones, sin impulsar la generación de proyectos tecnológicos, sociales, o turísticos a gran escala.

Estos aspectos de la gran minería han desencadenado una posición de contradicción por parte de ciertos grupos de la población el cual exponen que la gran minería no viene cumpliendo metas sociales, ni desarrollo regional, haciéndose uso del dinero público en forma inconsecuente con los planes de desarrollo que requieren las regiones. Los conflictos socio ambientales han sido la consecuencia de esta posición anti minera, no sólo por la carencia de proyectos sensibles a la población sino por los múltiples casos de contaminación ambiental o el riesgo de contaminación sobre sectores importantes para grupos desprotegidos por el Estado.

### **5.2.2. Proyección e impacto de la gran minería**

A continuación se señalará datos generales sobre la proyección e impacto que genera la gran minería para el Estado peruano, sin detallar cifras exactas puesto que lo realizaremos en un posterior acápite en el presente capítulo de discusión de posiciones.

---

<sup>367</sup> Ídem.

### 5.2.2.1. Impacto económico

El precio de los minerales se encuentra en su punto más alto en los últimos 30 años. El precio del oro se ha disparado en los últimos tiempos, ya que en el mercado está valorizado entre 900 a 1000 dólares la onza, claro que siempre con ciertas variantes. El precio del cobre y de otros minerales está alcanzando sumas históricas, y el Perú es el primer productor de Oro en América Latina, quinto productor de oro en el mundo y se encuentra en los primeros lugares de productores de zinc, cobre y plata.

Incluso los relaves de los yacimientos a tajo abierto que en el pasado no fueron explotados en cuestión minerales por falta de tecnología y por razón del bajo precio del oro en esos años, ahora son de sumo atractivo para realizar una inversión en aquellos lugares olvidados en los que hoy se puede extraer restos minerales por ser donde se filtraban los desechos de agua producto de la extracción final.

Dentro de ese contexto, el Perú se convierte aún más, en un atractivo minero mundial, ya no solo para operaciones nuevas, sino también para operaciones antiguas e incluso para residuos ambientales del pasado<sup>368</sup>.

La minería en el Perú está cambiando; la misma minería informal, que antes solía imaginarse como una minería de pico y pala, hoy empieza a capitalizarse, a tecnificarse. Por ejemplo, en Madre de Dios cada máquina cuesta varios millones de dólares y se utilizan métodos avanzados de extracción; en Puno, Rinconada compró la concesión por un millón y medio de dólares<sup>369</sup>.

Esta formalización de los mineros informales aportará con un incremento temporal de la renta pública, pero el problema se da cuando no se puede manejar este incremento, cuando no se planean las directrices de su aprovechamiento a largo plazo. Esta es una gran oportunidad a largo plazo para realizar obras públicas que permitan un desarrollo sostenible. Solo en comparación con nuestro país vecino Chile, notamos que nuestra ley en regalías es algo deficiente (30% de los dividendos anuales de cada empresa de gran minería). En Chile se destina el 35% de la regalía minera a

---

<sup>368</sup> Ídem.

<sup>369</sup> LAMADRID UBILLUS. Alejandro, ób. Cit. Pág. 283.

investigaciones de actividades económicas alternativas que eliminen la dependencia de la minería<sup>370</sup>.

Otro impacto positivo o beneficios directos son el empleo y servicio. La minería es una actividad poca intensiva en mano de obra, pero muy productiva en la creación de servicios. La minería ha dinamizado los servicios locales en eventual desarrollo local o relaciones de dependencia. Antes se contrataban servicios en Lima para ser provistos en la mina, hoy se organiza a las localidades para proveer servicios. Ello puede ser positivo pero también puede generar relaciones inadecuadas de dependencia. Como lo ocurrido en los años ochenta, donde hubo una gran quiebra de la minería hasta mediados del año 1994: muchos trabajadores mineros quedaron en la miseria y sin posibilidades de dedicarse a otra actividad alternativa, ello incluye a los proveedores<sup>371</sup>.

#### **5.2.2.2. Impacto ambiental y conflictos sociales**

Habiendo descrito los beneficios positivos y negativos en cuanto a lo económico que genera la gran minería, debemos dar cuenta de que uno de los aspectos e impactos negativos para parte de la población son los conflictos sociales o conflictos socio ambientales.

Más del 50% de los conflictos internos sociales en el Perú son originados por la minería; en su gran mayoría son conflictos que se originan en tres temas principales: agua y tierra, empleo y beneficio. Estos factores son la base central del conflicto socio ambiental en la actividad minera<sup>372</sup>

Los conflictos socio ambientales, no solo se han generado por la defensa de recursos o del ambiente, sino además existe un punto de vista que cuestiona la distribución de las regalías mineras, ya que este presupuesto por minería se vienen distribuyendo en las regiones donde se produce la actividad y la extracción, lo que ha generado un amplio debate a nivel gubernamental por presión de las regiones que solo reciben presupuesto nacional a partir de ingresos fiscales, mas no por regalías mineras.

---

<sup>370</sup> Ídem.

<sup>371</sup> Ídem.

<sup>372</sup> Ídem.

Estos conflictos socio ambientales, también como es obvio, son generados por el impacto de la gran minería en el ambiente, paisajes, lugares de gozo y disfrute ambiental, y en la sensación de paz con la naturaleza, porque la consecuencia posterior a la minería es una devastación e irremediable alteración de la naturaleza.

El impacto en la calidad de agua, aire, y suelo se ven comprometidos en las concesiones de beneficio, que puede incluir concentración, refinación o fundición. Así también los volúmenes de desechos se incrementan; los residuos sólidos e inorgánicos alrededor de los campamentos mineros, que usualmente son lugares donde nadie antes residía.

Como pasivos ambientales tenemos el residuo de una mina inoperativa, el drenaje ácido, es decir, uno de los impactos naturales de la minería es el agua ácida (de mina o de drenaje ácido), que es la forma de remoción de tierra y minerales, y su posterior exposición a la intemperie, además de la erosión del suelo, amenazas a la diversidad biológica, entre otros.

### **5.2.2.3. Impacto y proyección sobre el acceso de recursos.**

En cuanto al tema de accesos a recursos hay dos puntos a tratar, tales como:

- El problema del acceso a la tierra: Debido a que la Constitución de 1993 vario el tema de la inalienabilidad de la tierra comunal, lo que ahora ocurre es que la mayoría de empresas mineras compran la tierra. Ya no necesitan de la servidumbre, porque la compraventa de la tierra comunal ya está permitida.

Las empresas mineras debido a su poder económico, vienen adquiriendo propiedades en los lugares alrededor del centro donde se realiza las extracciones, si bien el sector de extracción es concedido como concesión de derechos para extracción minera temporal, esto no limita a las empresas que son sujetos de derecho, a poder realizar actos jurídicos y a obtener derechos reales.

Otro de los impactos es el incremento de precio de las propiedades inmuebles debido a la demanda por parte de los trabajadores mineros que cuentan con un respaldo económico que les permite hacerse acreedores de bienes inmuebles extensos en las ciudades de las regiones donde se realiza la extracción, creando un beneficio para el que vende pero perjudicando a aquellas personas que necesita adquirir un inmueble para vivienda pero debido al incremento de precios en el mercado de bienes inmuebles, se ven limitados.

- Uso del agua. Existe un doble tema: disposición y calidad del agua. Con respecto al primer punto la pregunta sería: ¿quién tiene la prioridad de utilizar el agua, la minería o la población? Con respecto al segundo punto la pregunta sería ¿en qué condiciones de calidad va a devolverse el agua? Pues si la toma la minería es poco probable que devuelva el agua en condiciones óptimas para el consumo humano. Lo mismo está ocurriendo en Chile, donde se aprecian similares problemas de escasez de agua que en las zonas del sur del Perú.

Tal como hemos explicado en el subcapítulo sobre el agua, este recurso es limitado en el sector de la Costa; en la zona sur y norte del país vienen desarrollándose muchos proyectos mineros que afectan los cauces de los ríos que proporcionan de agua para el consumo humano.

Y consecuentemente, se ve afectada la agronomía, y el pastoreo de animales, por la escasez de vertientes y por la afectación del agua para el uso agricultor, es probado que el agua de estas vertientes y ríos que se usan para minería contiene mercurio en un gran porcentaje.

#### **5.2.2.4. Impacto Social**

En cuanto al impacto social, la gran minería provee y genera beneficios, aunque a nuestra opinión no es suficiente. Las empresas de gran minería realizan obras de proyección social, ayudando a grupos con necesidad económica, patrocinan eventos culturales y de entretenimiento, y contribuyen financiando becas educativas, además que en base a la Ley de Obras por impuestos, las empresas mineras vienen financiando diversos proyectos de infraestructura.



Estas empresas tienen acceso a una nueva ley denominada obras por impuestos, las cuales son aprovechadas por las empresas mineras realizando un aporte económico o ejecutando obras en forma conjunta con las municipalidades o gobiernos regionales para proyectos de infraestructura, seguridad e higiene, o proyectos que bajo condición de necesidad o urgencia pueden ser financiados por estas empresas.

Otro de los factores de impacto es el desplazamiento voluntario o migración de personas a las ciudades donde se realiza la gran minería, esto tiene aspectos positivos y negativos, entre los negativos, se encuentra el incremento de la violencia o delincuencia, la trata de personas o prostitución, la explotación infantil, y el empleo sin derechos laborales.

#### **5.2.2.5. Impacto político**

El impacto a nivel político, tiene un gran déficit a consideración nuestra, la gran minería viene ejerciéndose en forma autoritaria en regiones donde ya se ha expuesto el rechazo a la operatividad minera, tal como se viene dando en Cajamarca, donde el proyecto Conga tuvo que ser pospuesto por el conflicto socio ambiental generado por los pobladores en defensa de su ambiente, el mismo caso en la región Arequipa, por el proyecto Tía María.

Esta situación ha tenido un impacto a nivel gubernamental, desestabilizando la gobernabilidad del gobierno central y afectando la economía del país. Ha provocado paralelamente el caudillismo en ciertas regiones en base a oposición a minería, tal es el ejemplo del ex presidente regional de Cajamarca, el cual participo en las elecciones presidenciales con un fuerte respaldo de su región y de la región de Puno.

El impacto es cuantificable en cierto modo, puesto que después de estos conflictos socio ambientales a raíz de la minería, la población ha dado cuenta de que la democracia es débil y no se viene ejerciendo en forma efectiva al no tener alcance sensible a la ciudadanía que se ve apartada de la participación ciudadana en casos de concesiones mineras. Y esto lo señalamos como afirmación por los casos observados a nivel nacional.

A conclusión del tema notamos la gran influencia de la minería en el desarrollo de nuestro Estado, no podemos decir que la dependencia de la minería será permanente puesto que los recursos naturales poco a poco irán disminuyendo por eso es esencial estar preparados para producir ingresos económicos mediante nuevas fuentes, y utilizar al máximo la renta dejada por la minería.

El Perú tuvo dos momentos de gran importancia y oportunidad con el guano de isla y el salitre, que no fueron aprovechados mediante una gestión eficiente, al contrario nos causa la pérdida de territorio y una guerra que nos paralizó en el crecimiento y desarrollo estatal, por lo que esta tercera oportunidad con los dividendos de la minería debería tomarnos mucho más preparados y aprovechar el recurso y exigir una retribución justa por la explotación de nuestro territorio, y siempre respetando nuestro derecho al ambiente adecuado.

### **5.3. CONFLICTOS SOCIO AMBIENTALES**

#### **5.3.1. Definición de Conflicto socio ambiental**

Para el autor Gregorio Mesa, existe los conflictos ambientales y los conflictos socio ambientales, diferenciándolos por los agentes o actores que son partícipes de cada uno en mención, por lo que se explicará que es un conflicto ambiental previo a establecer que es el conflicto socio ambiental.

Para Gregorio Cuadros<sup>373</sup>, *“los conflictos ambientales forman parte de un conjunto de elementos que se manifiestan a partir de las grandes crisis o componentes del ambiente por parte de los seres humanos. Estas injusticias se originan en la ausencia de equidad en términos generacionales y con otros seres de la naturaleza, evidenciando no sólo el tipo de desigualdades vinculadas con la distribución de los bienes ambientales y naturales, sino también frente a aquellas cargas de contaminación, deterioro, degradación, desplazamientos y daños ecológicos y/o sociales desde los cuales emergen todo tipo de reivindicaciones en distintos sectores de la población”*.

---

<sup>373</sup> MESA CUADROS, Gregorio (2015) Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales, Colección Gerardo Molina, Universidad de Colombia, Bogotá-Colombia, Pág. 24.

Sin embargo, los conflictos ambientales actuales son mucho más que meras disputas por la propiedad de un bien ambiental o natural, En ellos se encuentran enfrentadas cosmovisiones ambientales y de vida. Por un lado, el ambiente es visto como “espacio económico” en tanto sistema de recursos naturales y por otro, como el espacio vital donde se despliega la vida<sup>374</sup>.

Entonces, es aquel que se origina a partir de un impacto, daño o problema ambiental que involucra a dos actores cuyos intereses respecto de dichos impactos son contrapuestos, uno de estos actores es el que genera el impacto (empresa, nacional o transnacional) y su antagonista (una comunidad, un pueblo indígena) sería quien se defiende de dicho impacto<sup>375</sup>.

Con esto se establece que es un conflicto social, lo que difiere de la definición de un conflicto socio ambiental por el siguiente motivo explicado en lo que señala Sabatini<sup>376</sup>, cuando establece que: *“existe una separación tajante entre los conflictos por los recursos definidos como conflictos socioambientales, en los que se mezclan cuestiones sociales, económicas y ambientales, como algo distinto a los conflictos sociales que serían los que se producen a partir de una acción que deteriora el ambiente y que son planteados por quienes advierten este daño y se consideran afectados”*.

Por lo expuesto se define a los conflictos socio ambientales, como las acciones derivadas por incongruencias o situación no consensual entre cuestiones sociales, económicas y ambientales, siendo ejecutadas por actores diversos que por lo menos vendrían a ser tres, los cuales son el Estado, la sociedad y las empresas, estas pueden producirse habiéndose cometido daños al ambiente o en tiempos anterior a alguna concesión de uso de los bienes ambientales o los recursos naturales que satisfacen el consumo de una región o grupo determinado.

Estos conflictos socio ambientales, se caracterizan por las siguientes variables, según Gregorio Mesa Cuadros<sup>377</sup>:

- Los sistemas de participación política y poder local

---

<sup>374</sup> *Ibíd.* Pág. 33.

<sup>375</sup> *Ídem.*

<sup>376</sup> Citado por Gregorio Mesa Cuadros, Ob, cit, Pág. 33.

<sup>377</sup> *Ibíd.*, Pág. 35

- Los grupos sociales locales, sus cuotas de poder así como las formas de tenencia, el Sistema de derecho en el uso y control de los bienes ambientales y naturales.
- Las instituciones creadas, para gestionar el espacio y los recursos.
- El Estado, las políticas y proyectos implícitos en el área de conflicto con otros actores, sus intereses y necesidades.

Se ha establecido entonces, que los conflictos socio ambientales son luchas que no se producen únicamente en respuesta a la depredación de los recursos o del ambiente o de su explotación, sino como efecto de cualquier transformación no consensual del ambiente evitando la participación de distintas expresiones culturales de la sociedad en torno al ambiente.

### **5.3.2. Ciclo minero y Conflicto Social**

Considerar este punto para entender la complejidad de los conflictos en relación a la minería y su impacto en el ambiente, nos parece importante, pues aporta valor en la medida que podamos comprender más las relaciones que se establecen entre los entornos sociales y la actividad minera. La poca información con que se cuenta, respecto a la actividad minera, su naturaleza y características, dan paso a conclusiones simples que contribuyen poco a generar condiciones para prevenir conflictos o para abordarlos de modo constructivo.

Por ejemplo conocemos de la preocupación por parte de pobladores comuneros por la magnitud de los impactos ambientales que podría traer el hecho que un grupo de geólogos empiecen a hacer labores de cateo o exploración inicial, pero al mismo tiempo, del otro lado, también existen grupos que se animan por expectativas por acceso al empleo y oportunidades de dinamización de los mercados de bienes y servicios locales, cuando la actividad minera recién se halla en las primeras fases de exploración.

Pierre Foy Valencia<sup>378</sup> nos señala que “esquemáticamente, el desarrollo de la actividad minera en un ámbito determinado implica la puesta en marcha de una serie

---

<sup>378</sup> FOY VALENCIA, Pierre, (2000), Gestión Ambiental en el Perú, editorial Novit. Lima-Perú, pág. 199

de etapas, que conforman el denominado ciclo minero. La primera, tiene que ver con la exploración, y las siguientes con el desarrollo, la operación y finalmente el cierre”.

La primera etapa, es la conocida como exploración y de inversión, puesto que aquí se realizan los estudios de factibilidad de la obra, realizar estudios de conocimientos de la zona geográfica, lugar, posibilidad de extracción, planeamiento de operaciones, y dura alrededor de siete a diez años, los resultados de estos estudios, indican la posibilidad de realizar las operaciones o no. Es en esta primera etapa donde se inicia la relación con el entorno social, aquí es donde se sientan las bases para una convivencia tranquila entre ambos, muchos de los acuerdos que se generan, se basan en experiencias mineras anteriores si es que las hay, o si es que conocen de algunas regiones cercanas por su realidad, si en caso dejaron pasivo ambientales o no. Estos factores, determinan si hay un rechazo frontal o no, como lo indicamos al comienzo del subcapítulo, la importancia de la información es vital, puesto que si un pueblo no conoce de los pro y contra, inmediatamente, reaccionaría rechazando cualquier clase de conversación o acuerdo sobre el tema.

El reto por parte de la empresa minera y de las instituciones a cargo de la concesión, sería actuar con franqueza y transparencia, voluntad para el dialogo y estrategia. De seguro las comunidades locales, mantendrían su posición de no diálogo, aunque por ciertos casos como en el de nuestra ciudad, (Palca) los pobladores accedieron al diálogo, pero esto no sucede en caso, su hábitat o entorno sea indispensable para el desarrollo de su modus vivendi.

En paralelo se iría formando una agenda por parte de los representantes del Estado y la empresa; como puntos principales, sería el empleo generado a los pobladores, la provisión de servicios sociales, en sector salud, educación, (infraestructura productiva), fondos para proyectos de desarrollo, demarcación de zonas de influencia directa, y lo principal, un plan de contingencia ambiental, entre otros temas. Es fundamental la comunicación, sobre lo que trata las actividades de exploración en curso, características, alcances, riesgos, impactos posibles, medida de remedio ambiental, etc.; para que la población aligere sus dudas, y se eviten conflictos sociales iniciales.

La siguiente fase del ciclo minero es el desarrollo del proyecto, cuyos impactos tendrán que ver con la magnitud del prospecto minero, en esta fase se considera la

preparación general del sitio de minado, construcción de campamentos, construcción de instalaciones (oficinas, viviendas, maestranzas, plantas de procesamiento, caminos, acceso, etc.). Aquí el escenario empieza a cambiar de manera más notoria, de hecho hay mayor movilización de recursos de toda índole. Se incrementa sustantivamente la demanda de mano de obra, la demanda de servicios locales, adquieren mayor complejidad temas como el de compra de tierras, desplazamientos, acceso, uso y control de recursos hídricos<sup>379</sup>.

Si es que no hubo ninguna clase de movilización o conflicto en la primera fase, en esta fase, la posibilidad de que inicie una, es remota, aunque, dependiendo de factores políticos, la posibilidad nunca es nula; se notaría además la expectativa, puesto que los puestos de trabajo, estarían siendo ocupados por pobladores de la región, el incremento económico de las familias sería notorio. Entonces, si hubo un claro dialogo y compromiso, en esta etapa se reforzaría lo acordado, es muy probable, que las personas empiecen a organizarse de acuerdo al plan, es decir crear comités de vigilancia, en protección del ambiente, realizar informes conforme el avance de la obra para la sociedad, las universidades empezarían a realizar altos estudios de las posibilidades en todos los sectores para la ciudad, y se realizaría una proyección del uso de los recursos naturales como el agua, flora, fauna, aire, suelos, en si para cuidar de la salud humana.

Es clave en este punto que el conocimiento del EIA sea de conocimiento de toda la población, este documento contendría las líneas de base y el estudio de impacto ambiental, identifique los planes de contingencia, mitigación, remediación y alertas tempranas, por otro lado la agenda de expectativas estará pautada por asuntos, como uso de tierras, compras locales, empleo, fondos para la inversión social, procesos de relacionamiento, consulta y comunicación.

Esta etapa tiene una duración entre 20 y 30 años, posiblemente susceptibles de ser ampliados si se encuentran más yacimientos en los alrededores. En esta etapa la región percibe el canon minero y regalías, para el fondo de proyectos regionales. Todo lo explicado, no implica que la combinación entre temor y expectativa haya cesado.

---

<sup>379</sup> *Ibidem*. Pág. 200

Considerando que el yacimiento se agota y no hay en proyección nuevas ampliaciones, sobreviene el cierre de la mina, que sería la última etapa del ciclo. Este escenario también genera sus propias características de vinculación y, por ende, conflictos que responden a ellas. Dependiendo de la magnitud de la operación, se consideran cierres progresivos que pueden tomar de cinco a diez años, proceso que es diseñado con antelación y cuyos lineamientos fundamentales ya aparecen planteados en el estudio de impacto ambiental.<sup>380</sup>

Lo que espera la sociedad en este punto del ciclo, es que se realice la rehabilitación general del espacio utilizado por las operaciones y su entorno inmediato: carreteras, infraestructuras, relavaras, instalaciones varias, sistemas de drenaje, etc. El objeto de esta etapa es que la empresa se retire, dejando el escenario natural tan igual o mejor de lo que inicialmente fue previo a la operación minera. Los temas ambientales de fondo, que podrían ser materia de controversia, serían el uso de terrenos (condiciones, calidad, etc.), calidad del recurso hídrico (cantidad, calidad, oportunidad), el hábitat general.

Cada etapa de ciclo implicará una dificultad del vínculo y por ende de los conflictos que vayan surgiendo, estableciendo canales y espacios de comunicación, diálogo y negociación, de carácter más bien preventivos, favorecerá una relación más constructiva, en la que los conflictos no desaparecerán, pero sí podrán ser detectados con anticipación y abordados de modo tal que no tengan consecuencias negativas para ambas partes.

El mismo autor, Foy Valencia<sup>381</sup>, analiza, el presente, diciendo: *“que un nuevo tipo de minería empezó a operar en Perú, a partir de inicios de la primera década de los noventa. Dicha actividad empezó a expandirse y a constituirse en un componente importante e la economía del país, fundamentalmente por el nivel de inversión que atrajo y también por la vía de la generación de renta para el país”*.

Pero el escenario fue más complejo, los conflictos entre dichas operaciones mineras y sus entornos locales empezaron a incrementarse significativamente, muchas variables entraron en juego para explicarlos y ahora podemos decir que hay una masa

---

<sup>380</sup> ibídem. Pág. 201.

<sup>381</sup> Ibídem. Pág. 202.

crítica de investigaciones y estudios que permiten comprenderlo con mayor profundidad y alcance”.

### **5.3.3. El repunte de los conflictos socio ambientales en el Perú.**

Los conflictos de tipo socio ambiental, según registro sistemático de la defensoría del Pueblo, que señala que son el 50% de los generados desde el 2004, han venido generando nuevas ópticas de prevención y cuidado para el ambiente, en poquísimos tiempo, se avanzó de no tener ninguna relevancia social en cuanto a cuidado ambiental, hasta exigir la salida de las empresas mineras del país, incluso utilizando ese motivo como bandera de campaña política.

Lo cierto que en nuestro país el repunte del sector minero por el nuevo modelo económico, o el alto precio de los metales minerales, impulsaron a que en el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, se privatice los activos mineros que generaba el Estado para impulsar al sector privado, que pueda generar tributación, y desarrollo en ciertas ciudades mediante proyectos con el dinero proveniente del canon.

Estos conflictos han ido incrementándose desde aquella década; en las actas de un seminario organizado por la ONG Cooperación en el año 1998, encontramos un primer análisis de las tempranas tendencias del incremento de la actividad minera en el país, en las cuales ya vemos percepciones negativas que tienen las comunidades de la presencia minera en su alrededor, por los impactos que dicha actividad traería a sus vidas; sin embargo en ese momento, no se expresaba un rechazo y oposición frontal.

En el año 2000, la Plataforma de contrapartes Novib, a través del Grupo Temático medio Ambiente, en el que se congregaban un grupo importante de ONGs ambientalistas, impulsaron un encuentro “Minería y contaminación ambiental en el Perú”<sup>382</sup>, en las que se ponen a información pública, las relaciones no fructuosas entre el Estado y su población teniendo como intermedio no deseado a los grupos mineros, además de analizar el avance institucional ambiental, sus alcances y limitaciones y su poca preparación en cuanto a brindar soluciones para conflictos socio ambientales, entre ya para ese año, podemos señalar los siguientes: Tambogrande y la empresa Manhattan Sechura, la población de la Oroya y la empresa Doe Run; Ite y la fundición

---

<sup>382</sup> FOY VALENCIA, Pierre, (2012) Gestión Ambiental y empresa, editorial Rhodas, Lima Perú, Pág. 196



de Southern; Torata y la expansión de Cuajone, de la empresa Southern; Pasco y la empresa El Brocal, Cajamarca y la empresa Yanacocha; Pasco y la empresa Volcán, entre otras.

En el año 2005 se hacen públicos estudios sumamente importantes; el análisis del caso del proceso de dialogo entre las comunidades de Espinar y la mina Tintaya, realizada por la ONG Cooperación y el estudio realizado por encargo del Banco Mundial, Dimensiones sociales y ambientales de la minería en el Perú<sup>383</sup>. En esta investigación se da cuenta de la experiencia de dialogo iniciado entre la empresa minera y cinco comunidades del entorno, su diseño, puesta en marcha y principales lecciones.

En la investigación del Banco Mundial, se llama la atención sobre la influencia de los pasivos ambientales existentes y a su abordaje, las condiciones de la gobernabilidad ambiental en el sector minero, la capacidad de entender los problemas sociales derivados de la actividad minera por el conjunto de actores involucrados, así como el manejo de expectativas, compra de tierras, reasentamiento, comunicación entre la empresa y las comunidades, impactos sociales, percepciones sobre la actividad minera, etc.

En el año 2007, a solicitud del Congreso de la República, la defensoría del Pueblo, realiza el informe extraordinario “Los conflictos socio ambientales por actividades extractivas en el Perú”, en el que se busca dar cuenta de las principales causas subyacentes a la conflictividad en ascenso, identificando: la sensación de temor e incertidumbre de las comunidades respecto a los impactos ambientales, las condiciones de exclusión, desigualdad y discriminación en el que viven las comunidades en las que se asientan las nuevas operaciones mineras, la afectación directa de los derechos fundamentales, la actuación del Estado, muchas veces displicente e inclinada a defender los intereses del sector; las externalidades ambientales y sociales, la propia acción de los actores que tiende a ser confrontacional<sup>384</sup>.

A medida que pasan los años, los estudios sobre este tipo de conflictividad empiezan a ganar en profundidad y complejidad, aludiendo a un mayor conjunto de variables

---

<sup>383</sup> *Ibidem*. Pág. 197

<sup>384</sup> *Ídem*.

explicativas, ayudando a descentrar la simplista y esquemática discusión en torno a la presencia de actores pro mineros y anti mineros. Recientes investigaciones plantea nuevas coordenadas para entender los nuevos escenarios de interacción entre comunidades y actividad mineral.

#### **5.3.4. La asociación mediática entre temas ambientales y conflictos sociales.-**

Muchos de los conflictos socio ambientales han sido alimentados desde la perspectiva popular de los medios de comunicación sobre las concesiones o tratos conversatorios entre nuestras autoridades y las empresas mineras; la situación es la misma en todas las regiones, y analizaremos su relevancia.

Este factor mediático se refiere a cómo los medios de comunicación brindan una significativa cobertura a los problemas e incidentes ambientales direccionándolos a una definición amplia para los consumidores que relacionan los temas de defensa ambiental como sinónimo de enfrentamiento y conflicto social.

Acorde con la tendencia mediática de informar a partir de hechos conflictivos, problemáticos, llamativos, los medios dan cobertura a movilizaciones y medidas de fuerza protagonizadas por poblaciones que se sienten afectadas en sus derechos ambientales, con lo que se propicia una fuerte asociación entre asuntos ambientales y conflictos sociales.

Antes que los asuntos ambientales se identifiquen con experiencias positivas, constructivas, que las hay muchas en el país, lo predominante es asociar defensa el ambiente con toma de carreteras, enfrentamientos con las fuerzas de orden, sitio de campamentos mineros, reclamos contra empresas, demandas contra el Estado, etc. Ante esto, ninguno de los operadores o instituciones ambientales representantes del Estado puede realizar su trabajo formalmente en un ambiente no apacible. Pero lo señalado favorece a nuestra inclinación, en cuanto a que proponemos la participación de representantes macro, es decir, regionales, que pueda concretar la comunicación y desplegar su función junto a los medios de comunicación evitando que impulsen la mala praxis en movimientos o reclamos violentos.

El gobierno regional al estar ausente en negociaciones administrativas de las concesiones mineras, conlleva a que los medios de comunicación, tomen cualquier posición en su información, apartándose de la objetividad y favoreciendo quizás

intereses ocultos políticos de las personas que no siendo funcionarios, pueden usar este medio para generar confianza en su imagen a través de la supuesta defensa del ambiente.

Según David Chambi<sup>385</sup>, especialista en derecho ambiental, *“la presencia de los medios de comunicación en procedimientos de concesión minera tiene consecuencias negativas y positivas, la positiva se relaciona al derecho a la información con la que debe contar el ciudadano, por lo que los por menores o sucesos que se realizan en audiencias públicas entre los representantes sociales y los representantes de la empresa minera, llega al oído y entendimiento del ciudadano, sin embargo, la parte negativa sucede en el mismo contexto, o lugar, ya que los representantes de la sociedad que en este caso vienen a ser los delegados de los frentes de defensa ambientales u otros, aprovechan la cobertura mediática para despotricar argumentos que no ayudan al buen diálogo, por aprovechamiento político o interés personal, transforman el diálogo en un monólogo extensivo sin consecuencia positiva para la protección ambiental”*.

Así mismo, el especialista en mención, señala que los políticos hacen uso personal de los medios de comunicación en las audiencias públicas para obtener notoriedad frente a la sociedad tan sólo por levantar la voz en audiencias, sin dar cuenta que con esa actitud, beneficia la posición de la empresa minera que siempre argumenta su posición con detalles técnicos y no políticos<sup>386</sup>.

### **5.3.5. Influencia negativa de la clase política en conflictos socio ambientales.**

La protección del ambiente y la renegociación de los contratos de concesión minera han sido puntos clave en los diversos discursos políticos, aprovechando la preocupación de la sociedad por el recurso hídrico, y por los planes autoritarios en concesión minera que han beneficiado beneficiando a las empresas privadas por sobre los intereses de los pobladores.

Los antecedentes recientes nos indican, que hay un matiz populista en el discurso proselitista de los candidatos, basado en una postura enfrentada a las operaciones mineras. Ejemplo de lo mencionado es el candidato del movimiento nacionalista que

---

<sup>385</sup> DAVID CHAMBI, entrevista realizada el 14 de agosto en Tacna-Perú. Hora: 10:00.

<sup>386</sup> Ídem.

en las elecciones presidenciales del 2011 prometió ligeramente la revisión de los contratos realizados entre Estado y empresa, así mismo, el ex presidente Regional de Cajamarca optó por participar en elecciones presidenciales en representación de su región para las presentes elecciones del 2016 con una postura antiminera.

Alejandro Lamadrid<sup>387</sup> afirma que: “cierto que hay muchos políticos que usan conceptos y consignas ecológicas en sus declaraciones y discursos, pero la mayoría de las veces la hacen con los dedos cruzados (...), tampoco sacan, por lo general, las conclusiones que las premisas ecológicas sugieren y que son ciertamente incómodos y casi siempre incompatibles con los intereses que mueven los engranajes políticos”.

El problema se acrecienta por la pobre conciencia ambiental de los políticos actuales del país, que no están colaborando con propuestas técnicas para fortalecer la legislación actual, que tenga una participación plena de la ciudadanía; no basta con la protección institucional, ya que esto no garantiza que la ciudadanía quede satisfecha con lo avanzado. Al menos no es signo positivo de aceptación social, ya que ante el poder de los grupos mineros y la posibilidad de comprar voluntades y conciencias, hace que los conflictos socio ambientales no cumplan con el objetivo de reclamo ante el Estado.

Dentro del informe de la Defensoría del Pueblo<sup>388</sup>, encontramos que se observan la persistencia de falsos diálogos, como los siguientes:

- El uso del dialogo como una estrategia para ganar tiempo y consolidar una posición de fuerza;
- La práctica del diálogo sin convicción y sin arte en manos de un Estado que suele llegar a dialogar después de la violencia;
- Un dialogo desigual que atrae una de las partes hacia un terreno disparaje, en el que sus recursos informativos, económicos y políticos no serán suficientes para una negociación equilibrada;
- El ejercicio del dialogo, en contextos de presión y violencia, que interfiere en la racionalidad de las decisiones y;

---

<sup>387</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011) Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 33.

<sup>388</sup> Informe de la Defensoría del Pueblo N° 156 (2011), Violencia en los conflictos sociales, Lima-Perú. Pág 23.

- El dialogo que concluye con un acta que no se cumple.

Estas características de diálogo ineficiente, son parte de la influencia negativa de los políticos que representan al Estado en las mesas de diálogo o en los foros de conversación, direccionando las soluciones con aspectos políticos más que por aspectos de solución social, lo que es un atraso total para las regiones puesto que cualquier acuerdo realizado siempre será postergado por nuevos intereses autoritarios del Estado.

La influencia política a nuestro parecer está determinada por un sopeso de intereses económicos por sobre los de protección ambiental y defensa de los ciudadanos; tal como lo hemos explicado anteriormente, el ingreso económico a partir de la renta que genera las concesiones mineras, permiten a los gobiernos de turno contar con presupuesto para desarrollar obras de infraestructura para intentar concentrar una aceptación ciudadana que a futuro les será favorable para elecciones electorales.

### **5.3.6. Recursos naturales y conflictos socioambientales**

Este factor es la huella más resaltante de la ineficiente gestión ambiental y del poco manejo político por parte de las autoridades en el Perú. A lo largo del 2009, por motivos sociopolíticos y ambientales, hemos sido testigos de conflictos sangrientos por la escasez de recursos.

La lucha por el acceso a los beneficios de la renta minera, la injusta distribución de las utilidades dejadas por la explotación de recursos, la falta de participación ciudadana en los procesos extractivos, la corrupción, el poco o nulo interés estatal en proteger la salud de la población frente a los beneficios de la explotación de recursos, entre otros factores que no hacen más que reflejar la incompetencia estatal para enfrentar el delicado tema de la gestión ambiental.

Manuel Pulgar Vidal<sup>389</sup> detalla que: *“más del 50% de los conflictos internos en el Perú son originados por la minería. Y en su gran mayoría son conflictos que se originan en tres temas principales: agua y tierra, empleo y beneficio. Estos factores son la base central del conflicto socio ambiental en la actividad minera. Actualmente el Estado no ha encontrado aún la manera de organizarse para enfrentar este tipo de demandas”*.

---

<sup>389</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, ob, cit. Pág. 444.

El Perú se caracteriza por una importante actividad minera que representa nuestro principal producto de exportación. Sin embargo la minería y la explotación de hidrocarburos constituyen actualmente la principal fuente de conflictos socio ambientales que se manifiestan en el rechazo de las poblaciones locales a diversos proyectos de estas industrias.

En otras ocasiones, el conflicto ya no solo se centra en la misma explotación, sino en la justa distribución de la renta obtenida. Un patente ejemplo de ello, fue el denominado conflicto conocido como el “Moqueguazo”. El año 2007 Moquegua recibió 188 millones de soles mientras que el departamento vecino de Tacna obtuvo 700 millones de soles por concepto de canon. Y esto a pesar de que la producción de cobre de la mina moqueguana de Cuajone llegó a 187 mil toneladas en el 2007, mientras que en la tacneña Toquepala ascendió a solamente 172 mil toneladas de cobre<sup>390</sup>.

Estos pasivos ambientales generan serios riesgos para el ambiente y la salud, e influyen negativamente sobre la percepción de la población respecto de la actividad minera.

Pero los conflictos ambientales no solo son por la distribución de los beneficios mineros en cuanto a canon, el mayor de los problemas es el uso del agua, su contaminación y el deterioro de las tierras agrícolas, sopesando el favorecimiento a las empresas privadas por parte del Estado.

Muchos conflictos en relación a proyectos mineros, han organizado a los agricultores en frente de lucha para la protección de sus tierras de cultivo, uno de los casos recientes es observable en la región de Arequipa, donde el pueblo de Islay, se ha puesto al proyecto minero Tía María que los favorecería en puestos de trabajo y en ingresos presupuestales mediante canon, pero los pobladores ponderan su derecho a un ambiente sano por el lucro económico.

Alejandro Lamadrid<sup>391</sup> resume lo dicho señalando: *“el problema se agudiza cuando el Estado, desoyendo los parámetros de la participación ciudadana, privilegia la*

---

<sup>390</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro, (2011) Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 444.

<sup>391</sup> Ídem

*explotación de recursos en tierras ocupadas milenariamente por comunidades indígenas o agricultores”.*

La lucha contra la tierra y el agua no es contra las empresas privadas, es contra el Estado que mediante decisiones políticas vulnera bajo el *ius imperium*, lo poco que han conseguido estos pobladores que no gozan de riqueza material, y que la protección de su ambiente es similar a la protección de su propia vida.

Hay dos factores que considera Alejandro Lamadrid<sup>392</sup> para explicar esta situación:

*“Primero, la negativa del gobierno o siquiera discutir aspectos del modelo de desarrollo económico vigente en los últimos decenios, inicialmente ignorando y luego recurriendo a deslegitimar y reprimir a quienes se atreven a realizar estos cuestionamientos. Y, segundo la incapacidad o falta de interés (no solo del gobierno sino también de los medios de comunicación y de muchos actores privados y de la sociedad civil) en entender y manejar reclamos que reflejan el complejo carácter pluricultural de nuestra sociedad”.*

¿Cómo puede exigirse respeto a las decisiones políticas si no se respetan los derechos ciudadanos?, justamente es la pregunta previo aún conflicto social, la población responsabiliza al Estado por los deterioros al ambiente, por lo que desatan conflictividad en forma de protesta.

En cuanto a conflictos ambientales, y confirmando lo establecido, se cita lo que señala el autor Gregorio Mesa<sup>393</sup>, cuando dice: *“los actuales avances del capitalismo globalizado y trasnacional han aumentado las presiones para eliminar o presionar los límites que se han establecido en materia ambiental; en este sentido, han aumentado las presiones para aumentar la explotación de los bienes ambientales y naturales. No obstante lo anterior, a medida que se extienden estas presiones también aumentan las resistencias, principalmente desde sectores comunitarios, y sociales tradicionales, locales (rurales y urbanos), todo lo cual se refleja en la existencia de problemas y conflictos ambientales”.*

---

<sup>392</sup> *Ibidem*, pág. 447.

<sup>393</sup> MESA CUADROS, Gregorio (2015) *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales*, Colección Gerardo Molina, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá-Colombia, Pág. 29.

Se desarrollará un ejemplo de conflicto socio ambiental en la región de Arequipa en la provincia de Islay en relación a gran minería; este conflicto detallará los puntos controvertidos por los cuales la población no respalda la posición estatal de exclusividad de funciones en gran minería, también se explicará la relación de los conflictos con los recursos naturales y su protección, además de analizar el por qué los representantes de los ciudadanos terminan siendo autoridades democráticas sin que esto signifique que éstas son las idóneas pero al menos se puede deducir que la población necesita ser representada, por lo que todo lo señalado es importante para la comprensión de la investigación.

#### **5.4. CONFLICTO SOCIO AMBIENTAL EN LA REGIÓN AREQUIPA, COMO EJEMPLO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS POSICIONES EN CONTRARIO.**

Hemos descrito anteriormente que debemos definir ambas posiciones en contrario, la de la institucionalidad estatal y la de la ciudadanía que intenta que sus derecho al ambiente sea protegido, para esto debemos contextualizar un conflicto socio ambiental derivado del riesgo de contaminación ambiental por la concesión de un proyecto de gran minería, para poder diferenciar concretamente cuales son las acciones realizadas por el Estado y cuáles son los factores a analizar en relación a nuestra investigación.

Con este propósito explicaremos detalles en forma general sobre el conflicto ambiental ocurrido en Islay, Arequipa, por el proyecto minero Tía María.

Tía María es un proyecto minero que contemplaba la construcción de dos tajos abiertos, Tía María y La Tapada, ubicados en la provincia de Islay en el departamento de Arequipa en el sur de Perú, cuya administración de proyecto está a cargo de la empresa minera mexicana Southern Perú Copper Corporation. La mina produciría más de 120 mil toneladas de cobre anualmente, cuya inversión se estima en unos US\$ 1,400 millones<sup>394</sup>.

---

<sup>394</sup> Página web de la ONG, Cooperación, acción solidaria para el desarrollo. Artículo denominado, Actualidad Minera en el Perú <http://cooperaccion.org.pe/main/images/BoletinAMP/BOLETIN%20MAYO2015.pdf>, consulta: 05/07/16



El caso Tía María tiene claramente una primera etapa que se remonta al período 2009-2011. ¿Qué pasó entonces? El 2009 el proyecto minero ya era totalmente visible en la zona y la población expresó su rechazo; desde un inicio el tema del agua apareció como uno de los aspectos centrales del conflicto y en ese contexto la empresa rechazó la posibilidad de desalinizar agua de mar e insistió en utilizar agua de la cuenca; el argumento central era que el proceso de desalinización encarecía el proyecto y le restaba viabilidad<sup>395</sup>.

Cabe señalar que entonces el precio del cobre se encontraba en alza y alcanzando picos máximos históricos. El 28 de octubre de 2009, se realizó una consulta popular en los distritos de Cocachacra, Punta del Bombón y Deán Valdivia en la que más del 90% de los votantes se pronunciaron en contra de la minería en la zona y del uso del agua subterránea y superficial. Estaba claro que el proyecto era rechazado por la población<sup>396</sup>.

En medio de la protesta, la polarización del conflicto y el cuestionamiento al proyecto, las autoridades del Ministerio de Energía y Minas de entonces decidieron que la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS por sus siglas en inglés) revise el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) presentado por la empresa Southern<sup>397</sup>.

El resultado fue demoledor para los intereses de la empresa: la UNOPS presentó 138 observaciones centrales que daban cuenta que el EIA había omitido información sobre componentes básicos, habían datos y desarrollo insuficientes o conceptualmente erróneos. En otras palabras, el informe de la UNOPS destrozó el EIA presentado por Southern y confirmó las preocupaciones de la población por lo que al Ministerio de Energía y Minas no le quedó otra alternativa que declarar inadmisibles y rechazar el Estudio de Impacto Ambiental mediante la Resolución Directoral 105-2011-MEMAAM, de fecha 8 de abril de 2011<sup>398</sup>.

Algunos resultados de esta primera etapa fueron negativas para la empresa ya que la confianza y relación dañada entre los principales actores (población, empresa y Estado) era irremediable; a su vez los instrumentos como el EIA no proyectaban

---

<sup>395</sup> Ídem.

<sup>396</sup> Ídem.

<sup>397</sup> Ídem.

<sup>398</sup> Ídem.

credibilidad y si se proyectaba una imagen de una empresa que buscaba maximizar la rentabilidad del proyecto a costa de alternativas menos responsables. Un segundo intento, que no tomó en cuenta los antecedentes, se realizó dos años después cuando la empresa volvió a la carga bajo el supuesto que la presentación de un nuevo EIA superaría todos los problemas de la primera etapa<sup>399</sup>.

En efecto, el EIA planteaba cambios importantes, como la propuesta de desalinizar agua de mar, sin embargo, las confianzas dañadas en la primera etapa se mantenían, así como la percepción negativa hacia el proyecto, el rechazo de la población era firme y evidenciaba que el proyecto no contaba con lo que las propias empresas denominan como licencia social para operar, además, los agricultores de Islay ven a Tía María como el inicio de un proceso de reconversión de la provincia en una nueva zona de expansión minera, bajo este supuesto, después de Tía María otros emprendimientos mineros continuarían a cargo de las empresas que ya cuentan con derechos mineros vigentes en la zona.

En estas condiciones y sin tomar en cuenta los antecedentes, el Ministerio de Energía y Minas decidió realizar la audiencia pública en el distrito de Cocachacra en una fecha próxima a las fiestas de fin del año 2013 (19 de diciembre) y de esa manera limitar la capacidad de respuesta de la población. Lo cierto es que la audiencia requirió la movilización de cerca de dos mil policías; la presentación del EIA duró apenas 35 minutos y los dirigentes del frente de defensa y de la junta de regantes fueron impedidos de ingresar.

Culminada la audiencia y en medio de enfrentamientos entre la policía y los manifestantes que no pudieron ingresar a la audiencia, el entonces Ministro de Energía y Minas, Jorge Merino, declaró: “el proyecto Tía María ya cuenta con licencia social”. Finalmente, el 1 de agosto de 2014, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros emitió la Resolución Directoral 392-2014-MEM/DGAAM aprobando el EIA de Tía María<sup>400</sup>.

En esta segunda etapa la empresa ha intentado mostrar a la opinión pública que sí contaba con el respaldo de la población, sin embargo, los hechos han seguido mostrando lo contrario. Para los que tenían alguna duda sobre cuán importante era

---

<sup>399</sup> *ídem*

<sup>400</sup> Página web de la ONG, Cooperación, acción solidaria para el desarrollo. Artículo denominado, Actualidad Minera en el Perú <http://cooperaccion.org.pe/main/images/BoletinAMP/BOLETIN%20MAYO2015.pdf>, consulta: 05/07/16.

la oposición al proyecto, dos meses después de la aprobación del EIA se realizaron elecciones municipales que arrojaron resultados contundentes, la población eligió como alcalde provincial de Islay y alcaldes distritales de Cocachacra, Dean Valdivia y Punta de Bombón, a connotados líderes de los sectores de oposición al proyecto minero.

Las dificultades de un diálogo sobre la base de hechos consumados en medio del conflicto es que se ha intentado instalar mesas de diálogo. El gobierno ha pretendido replicar sus ya conocidas, y poco efectivas, mesas de desarrollo, tratando de contrarrestar los cuestionamientos a Tía María con ofrecimientos de proyectos de inversión, sin embargo, hasta el momento no ha habido mayores avances y en función de lo que está en juego parece difícil pensar que esta estrategia de resultados.

Quizás uno de los principales problemas de estos intentos de diálogo es que han sido planteados sobre la base de hechos consumados; el hecho que el EIA ya esté aprobado y con la casi totalidad de vistos buenos y autorizaciones, es en realidad un mensaje claro que para el gobierno el proyecto va sí o sí y que no hay vuelta atrás. Bajo estas condiciones será difícil que cualquier intento de diálogo prospere, frente al hecho consumado del EIA aprobado, los dirigentes y autoridades de Islay también expresan una posición irreductible: el proyecto no va y pretenden que el gobierno dé marcha atrás.

Un diálogo e intercambio sobre si el nuevo EIA levantó o no las observaciones del organismo de Naciones Unidas si bien es necesario, parece difícil pensar que sea la vía para superar el conflicto. Lo cierto es que la falta de una lectura adecuada de la situación que se vive en Islay, los antecedentes del conflicto, intervenciones a destiempo, decisiones cuestionadas como la de llevar adelante audiencias públicas sin condiciones mínimas, restringiendo la participación y bajo estricto control policial, entre otros errores cometidos, ha llevado a la actual situación de entrampamiento de la que está siendo difícil salir<sup>401</sup>.

Algunos textos del Consejo Internacional de Minería y Metales y en los propios eventos de este organismo, se admite que hoy en día el negocio minero necesita construir por lo menos cuatro viabilidades principales: la viabilidad técnico productiva, la financiera, la ambiental y, finalmente la social. Si una de esas viabilidades falla el

---

<sup>401</sup> Ídem.

proyecto está en riesgo; pero además cuando la viabilidad social pretende ser sometida a los tiempos de maduración de las otras viabilidades del negocio minero, se provocan situaciones de tensión y conflicto que pueden terminar por paralizar los proyectos mineros de manera indefinida.

Algo de esto ha pasado en el caso de Tía María, del lado del Estado peruano (no solo es el problema de un gobierno) se emplean básicamente las mismas estrategias pese a algunos cambios superficiales que se han implementado en los últimos años, como el de las mesas de desarrollo y una anunciada estrategia preventiva que en el caso de Tía María está claro que ha brillado por su ausencia.

Además, el Estado sigue actuando frente a los conflictos con una lógica de compartimientos estancos y de competencia entre los sectores; ¿se puede entender que dos instituciones del Estado peruano, como la Defensoría del Pueblo y la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros, tengan diagnósticos y enfoques distintos y que por ejemplo emitan informes sobre los conflictos que difieren en cuanto a cifras y análisis? Se sigue sin entender que los conflictos sociales son luces rojas que se prenden cada cierto tiempo y que nos están diciendo que desde hace tiempo algo no funciona bien<sup>402</sup>.

Se necesita a gritos hacer ajustes en instrumentos fundamentales como los EIA ya que sus procedimientos carecen de credibilidad, más aún cuando los recientes cambios normativos han seguido debilitándolos, no hay que olvidar que el nuevo EIA de Tía María ha sido aprobado bajo la nueva normativa que entró en vigencia en los dos últimos años y que ha reducido plazos, mantiene la misma precariedad institucional y ha debilitado los instrumentos de evaluación, fiscalización y sanción ambiental.

Esta tendencia no favorece el rol de garante de derechos que cualquier Estado debe tener y lo aleja aún más de las poblaciones. En este punto, los organismos no gubernamentales pueden aportar, ya no solo en el diagnóstico, sino también en la revisión de los cambios normativos y en las posibles propuestas de políticas públicas que el país necesita. Hay también una suerte de vacío en el debate técnico acerca de los instrumentos de gestión ambiental que un país como el Perú requiere.

---

<sup>402</sup> Ídem.

Del lado de la población se deben hacer todos los esfuerzos posibles para que el derecho de movilización y de protesta se ejerza priorizando vías pacíficas, institucionales y de diálogo. Las mejores experiencias de conflictos similares así lo demuestran; los esfuerzos de mediación que viene haciendo la Defensoría del Pueblo deben ser respaldados.

Al término de la segunda etapa, con fecha 15 de mayo de 2015, Southern Peru anunció una pausa de 60 días a la ejecución del proyecto Tía María, que ya se ha extendido pasando el año.

Las tendencias de la inversión minera en el país, la macro región sur concentra en la actualidad el mayor dinamismo y los principales proyectos de inversión en minería. Adicionalmente, en las regiones de Apurímac, Cusco, Puno, Arequipa, Moquegua y Tacna se concentra algo más del 35% de los conflictos sociales que se producen en el Perú, en la gran mayoría de casos vinculados a la actividad minera, dentro de estos se encuentra el Proyecto Tía María<sup>403</sup>.

Una de los objetivos planteados en la presente investigación es probar que los Gobiernos regionales puedan participar en las concesiones de gran minería como representantes democráticos, de hecho, los que han estado participando en las mesas de diálogos son el alcalde de Islay, Richard Ale, de Punta de Bombón, José Ramos Carrera, de Cocachacra, Elard Valencia y de Deán Valdivia, Jaime de la Cruz; y el presidente de la Junta de Usuarios del Valle de Tambo, Jesús Cornejo, todos elegidos democráticamente en elecciones electorales. Como se ve, aquí no hay representantes de frentes de lucha o agrupaciones de ese tipo, algo que es muy común en los conflictos sociales.

Para entender la preocupación de los agricultores debemos señalar que la empresa Southern ha sido sancionada catorce veces por el OEFA, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y que también fue multada con 608 mil soles por Osinerming debido a que no presentó su Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). Y esto es algo que no olvidan en especial los agricultores del Valle de Tambo, quienes temen que la actividad minera perjudique sus cultivos<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> Ídem.

<sup>404</sup> Ídem.

Los pobladores señalan que la actividad minera contaminará el suelo y el agua ya que la zona de extracción se encuentra a solo 2 kilómetros de sus cultivos en el Valle del Tambo, donde existen 13 mil hectáreas en la cual cientos de agricultores se ganan el sustento diario con la agricultura y ganadería.

Además, de los hechos ya mencionados problemas con el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) de Tía María rechazado en el 2011, después de unos meses de silencio, el Ministro del Ambiente ha reaparecido en el escenario político en medio del conflicto alrededor del proyecto Tía María con el mensaje de que el estudio de impacto ambiental es perfecto y de que no habrá contaminación.

Si el Ejecutivo pretendía que la aparición del Ministro iba a restituir la confianza perdida, no ha entendido que para ello es indispensable un mínimo de coherencia entre el discurso y la realidad, cosa que no existe en este caso porque, ¿qué garantía podría darnos un Ministerio del Ambiente (MINAM) respecto a un EIA que no revisó ni aprobó? Debió haberlo hecho, claro que sí, pero no lo hizo ni está cerca de hacerlo porque a pesar de los repetidos anuncios de que estas funciones se trasladarían al MINAM, lo cierto es que se persiste en que las mantenga el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), constituyéndose en juez y parte que promueve la actividad minera y aprueba sus EIA.

Este es un mensaje que lo repiten mucho agricultores y alcaldes que involucra el proyecto: este EIA ha sido aprobado por el MINEM, que es juez y parte. Lo que ellos piden es un nuevo EIA con garantías internacionales, algo que parece no convencer ni al Gobierno ni a la empresa que ya ha estado esperando años, y a lo que nosotros bajo la investigación, propones que los Gobiernos regionales puedan evaluar el informe de EIA, en caso se les derive facultades.

¿Y no hay nada bueno que traerá Tía María? Claro, este proyecto involucra una inversión de 1300 millones de dólares y está previsto que genere 3 mil puestos de trabajo. De hecho, deben haber más buenas razones pero realmente nadie las destaca y, al parecer, la empresa Southern está más ocupada en llamar todos “terroristas antimineros” que en comunicar sus beneficios, a esto se le adhiere la ineficiente participación de alguna institución estatal de gobierno sin intentar si quiera de proponer a algún representante democrático dentro de la estructura

gubernamental que cuente con el aval de la voluntad popular de la sociedad para que sea participante directo en el proceso de concesión<sup>405</sup>.

¿Entonces, cómo se puede terminar el conflicto? Necesitamos que el gobierno garantice que Southern no recaiga en malas acciones ambientales y que se convenza a las personas y a agricultores que sí se puede hacer minería responsable.

Una encuesta realizada en abril de 2015 a nivel nacional por Ipsos Apoyo mostró un 60% a favor frente a un 29% en contra de ejecutar el proyecto Tía María. Asimismo, la encuesta realizada por Ipsos Apoyo mostró en Arequipa un 55% a favor frente a un 42% en contra de ejecutar. Por otro lado, la encuesta realizada por GFK mostró un 51% considera que los pobladores tiene la razón en cuanto al riesgo de contaminación porque las acciones que plantea la minera son insuficientes, frente a un 32% que indica que la minera tiene razón y que se viene dando una solución y eliminando los riesgos de contaminación<sup>406</sup>.

La sensación que deja este nuevo caso de conflicto minero, es que seguimos sin sacar las lecciones de una larga lista de casos similares que han ocurrido en las dos últimas décadas y se pretende seguir actuando como si fuese la primera vez que algo así ocurre: desde Tambogrande, pasando por los casos del Cerro Quilish, Río Blanco, Espinar, Santa Ana y varios otros conflictos, se actúa como si en el país no hubiese una vasta experiencia previa.

Tía María era quizás uno de los conflictos más previsibles de todos los casos que han ocurrido en el Perú, precisamente por los antecedentes descritos y pese a ello se han empleado las mismas estrategias. Se necesitan mayores esfuerzos de todos lados. Por el lado de las empresas, debería haber mayor consecuencia entre lo que dicen sus códigos de conducta y sus políticas de responsabilidad social y lo que finalmente hacen.

---

<sup>405</sup> Ídem.

<sup>406</sup> Ídem.

## 5.5. ¿QUÉ IMPLICA LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA, Y EL ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO?

### 5.5.1. Democracia constitucional en el Estado social democrático

Uno de los objetivos de la investigación es “establecer si con la presencia de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera, se fortalece la democracia (...)” la cual implica la posibilidad de una representación democrática en los procedimientos de concesión minera, por lo mismo debemos aproximarnos a la definición de democracia participativa

En la actualidad existe un consenso generalizado sobre definición de democracia, entendiéndola como “*un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas bajo qué procedimientos*”. Esta visión resulta ser una concepción dominante y unánime en la filosofía y la teoría política de autores como Kelsen, Bobbio, Schumpeter y Dahl<sup>407</sup>.

Pero analizando los conceptos de Ferrajoli, el encuentra esta definición como procedimental y formal. Por lo que él señala que este modelo está en crisis, por lo cual propone un rediseño basado en su concepción de democracia sustancial. Y ¿qué es democracia sustancial?

Ferrajoli inicia su argumentación reconociendo una fuerte crisis de Derecho, la cual se refleja en una crisis de legalidad, una crisis de Estado social, y una crisis de Estado nación. Este completo fenómeno ha desencadenado una grave crisis de la democracia. Ante tal problema el postula el garantismo para remediar el caos normativo, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual<sup>408</sup>.

Cuando nos habla de garantismo, se refiere a ubicar el garantismo dentro del paradigma neoconstitucionalista. Como hemos detallado en el capítulo de neoconstitucionalismo, “*este modelo tiene origen en el tiempo posterior a la segunda guerra, planeando nuevas concepciones de la Constitución conforme a nuevos*

---

<sup>407</sup> RAFAEL AGUOLERA PORTALES, SANTIAGO ORTEGA, ROGELIO LOPEZ SANCHEZ. (2008) Derecho y democracia Constitucional, Una discusión sobre PRINCIPIA IURIS de LUIGI FERRAJOLI, Ara editores, Lima-Perú. Pág. 19.

<sup>408</sup> *Ibidem*. Pág. 17



*principios y valores. En este sentido, la tutela y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto uno de los ejes rectores y fundamentales de la concepción de Estado Constitucional*<sup>409</sup>.

Es entonces, que la propuesta de Ferrajoli es una democracia constitucional, que no es sino la conexión entre derechos fundamentales y democracia. La teoría que concibe el Estado democrático constitucional bajo dos ópticas: la procedimental y la sustancial. La primera dimensión se refiere exclusivamente a la forma en que se tomaran las decisiones en el Estado es decir, sobre el quien está autorizado a decidir y el cómo se van a tomar determinadas decisiones colectivas. La dimensión sustancial de democracia nos habla sobre lo que es o no debatible en el marco del Estado constitucional, o dicho en términos más simples, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales<sup>410</sup>.

Ferrajoli argumenta que los derechos de libertad y derechos sociales que forman parte de la dimensión sustancial deben ser considerados precondiciones de la misma democracia, a esto añade el político italiano, Bovero, que hay democracia cuando todos aquellos a los que están dirigidas las decisiones colectivas tiene igual derecho y poder de participar, directa o indirectamente, en la formulación de decisiones<sup>411</sup>.

Para Ferrajoli<sup>412</sup> el paradigma de la democracia constitucional debe ampliarse en tres direcciones

- *Garantizar todos los derechos (derechos de libertad, sociales, derechos de tercera y cuarta generación);* el derecho al ambiente es un derecho colectivo o de cuarta generación, en un contexto real de Estado democrático este derecho establecería una participación activa de la sociedad no solo con información sino con representantes democráticos que garanticen la defensa del mismo.
- *En oposición a todos los poderes públicos y privados (los del mercado);* es decir que los poderes públicos y estatales, deben dirigir sus decisiones y acciones a una real defensa del derecho ambiental, por encima de algún interés privado menor que implique un beneficio económico

---

<sup>409</sup> *Ibíd*em, Pág. 16.

<sup>410</sup> *Ibíd*em, Pág. 24.

<sup>411</sup> *Ibíd*em, Pág. 26.

<sup>412</sup> *Ibíd*em, Pág. 28.

- *En todos los niveles estatal e internacional, se debe transitar de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona.*

Estas condiciones deben darse en el marco de un Estado social y democrático, que vele por el derecho al ambiente; las aspiraciones del plan nacional consensuado por las fuerzas políticas democráticas tienen como lineamiento el concretar un Estado social democrático, mediante políticas dirigidas a la protección de derechos fundamentales por lo que definiremos que implica un Estado social democrático que pondera algún derecho social sobre derecho empresarial desde la interpretación del Tribunal Constitucional que en sentencia N°0048-2004-AI/TC desarrolla el concepto de modelo de Estado social y democrático:

“El modelo social y democrático de derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado liberal (...) en esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La economía social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos, en armonía con el bien común y el respeto del interés general (...) en el Estado social y democrático de derecho, el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana (...) lo social se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida<sup>413</sup>.

Esta sentencia es el ideal intermedio de razonabilidad entre la actividad económica de las empresas y un Estado social y democrático velando por la dignidad de sus habitantes.

---

<sup>413</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-AI/TC.

### **5.5.2. Condiciones de representación democrática según Bovero**

Michelangelo Bovero, en una conferencia sobre condiciones de la democracia a partir de las teorías de Norberto Bobbio, señala cosas importantes para la investigación; en la cual habla sobre las condiciones para que un Estado reafirme sus reglas de juego a favor de la democracia y uno de los puntos tratados es la condición institucional, que no es referente a la forma ni sustancia sino al diseño y al funcionamiento de las instituciones que deciden para la colectividad.

Él dice que: “la condición institucional es el órgano al cual le corresponde, en última instancia el poder de tomar decisiones colectivas vinculantes en una democracia y este debe ser un órgano colegiado, representativo de la colectividad completa es decir de la pluralidad y variedad de las orientaciones políticas en ella presentes<sup>414</sup>”.

Ningún órgano monocrático, ningún cargo individual conferido a una sola persona puede ser un órgano representativo en el significado propiamente democrático de la noción de representación. Una democracia representativa, en suma, para ser verdaderamente una democracia debe ser de verdad representativa, no lo es si el poder decisivo, preponderante por la calidad y cantidad de atribuciones y prerrogativas, está conferido a un órgano monocrático o a una sola persona<sup>415</sup>.

En el caso de las concesiones mineras, las facultades recaen sobre una sola institución y bajo un solo poder gubernamental que decide unilateralmente sobre los recursos naturales de las regiones; si tomamos como premisa lo señalado por Bovero, deberíamos suponer que las instituciones deben ejercer la democracia en sus decisiones sociales y colectivas, de lo contrario no se estaría actuando bajo las reglas de la democracia.

### **5.5.3. Estado Social democrático según el Tribunal Constitucional con relación a la actividad empresarial**

A continuación se explicará que implica un Estado social democrático con relación al ambiente y los recursos naturales, y cuál es el rol del Estado en garantizar una

---

<sup>414</sup> BOVERO, Michelangelo, Condiciones de la democracia, Una teoría Neo bobbiana, Conferencia dictada el 08 de Noviembre del 2011. Pág. 114.

<sup>415</sup> Ídem.

economía social de mercado con libertades empresariales y lo que viene a ser la responsabilidad social.

En la jurisprudencia 00343-2007-PA (Caso cordillera Escalera), el Tribunal Constitucional determinó que en el marco del Estado social y democrático de derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa.

De igual modo el Tribunal Constitucional afirmó lo expresado en la Sentencia 0048-2004-AI/TC), respecto el modelo del Estado social y democrático de derecho y la economía de mercado expresando:

“La economía Social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés en general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se imponga las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado social y democrático de derecho y el crecimiento económico no puede ni debe referirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado sino de la sociedad en su conjunto”<sup>416</sup>.

“Lo social se define aquí desde tres dimensiones. Como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”<sup>417</sup>.

En el caso Cordillera escalera el Tribunal dijo que el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que por cierto, en modo alguno supone

---

<sup>416</sup> STC. 0048-2004-AI/TC.

<sup>417</sup> Ídem.

la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social<sup>418</sup>.

El concepto de responsabilidad social de la empresa, tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

Desde la emisión de la STC. 0048-2004-AI/TC<sup>419</sup>, este tribunal ya especificó, el vínculo y tensión existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado adecuado al desarrollo de la vida. Tal actividad debe encausarse dentro de ciertos principios tales como:

- Principio de desarrollo sustentable
- Principio de prevención,
- Principio de mejora
- Principio de restauración
- Principio precautorio
- Principio de compensación

Solo bajo el respeto de tales principios se puede comprender el desarrollo de la actividad empresarial minera. De igual modo en la citada sentencia, se dejó establecido la especial responsabilidad que tenían las empresas mineras. Y es que debido a la naturaleza de su actividad, estas tienen una responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del

---

<sup>418</sup> Sentencia del expediente N° 0001-2012-PI/TC, 17 de abril del 2012.

<sup>419</sup> Sentencia 0048-2004-AI/TC, (Fundamento 18)

medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma (fundamnto34).

Así interesa resaltar que la finalidad de lucro de la empresa debe ir acompañada de una estrategia previsor de impacto ambiental, y así prevenir conflictos sociales. Y es que la Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales o sociales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro, sin embargo a un costo que el Estado y la sociedad no estarán dispuesta a soportar.

Para ello, las empresas deben de internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones<sup>420</sup>.

Es el Estado y particularmente la administración la que debe fiscalizar celosamente el cumplimiento de los estándares nacionales y también los internacionales a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que intervienen en el país. Y es que si bien los agentes económicos deben someter su conducta a los principios de la responsabilidad social de la empresa, es deber del Estado vigilar su comportamiento así como su maximización. De igual forma el Estado debe diseñar políticas, que según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo o la pesca<sup>421</sup>.

Y que no puede negarse en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia la debilidad institucional del Estado peruano, En tal sentido, la administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener

---

<sup>420</sup> Sentencia del expediente N° 0001-2012-PI/TC, 17 de abril del 2012

<sup>421</sup> Idem.

reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas. La imposición de multas así como la utilización de tales montos debería ser más transparente a fin de que la población pueda fiscalizar tal actividad estatal<sup>422</sup>.

## **5.6. LA LIMITADA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN CONCESIONES DE GRAN MINERÍA**

Tal como hemos descrito en el ejemplo de conflicto socio ambiental por el proyecto TIA MARIA, la participación de los representantes democráticos de la provincia de Islay, entre ellos el alcalde de Dean Valdivida, Cocachacra, Punta de Bombón, Islay y el Presidente de la junta de usuarios del Valle del Tambo fueron excluidos de la mesa de diálogo que se realizó entre los funcionarios del MINEM y los representantes de la empresa SOUTHERN; posteriormente unilateralmente el Estado mediante su Ministro de energía y minas declaro oficialmente que el segundo EIA presentado por la empresa minera subsano todos los puntos que fueron cuestionados en la primera oportunidad.

Se citó el presente caso puesto que es el ejemplo más cercano en el tiempo, lo que no significa que previamente no se ha dado casos parecidos o la misma acción por parte del Estado. Algunos de los más recientes y de conocimiento en general son los que se han producido en Conga Cajamarca y en Espinar Cusco por circunstancias similares.

La democracia, tal como lo hemos explicado, tiene como condición la voluntad de los ciudadanos, esta misma voluntad se entiende como la democracia participativa, según Pierre Foy Valencia<sup>423</sup> la democracia en cuanto a participación ciudadana es lo siguiente: *“La democracia moderna se sostiene en la existencia y convivencia de diversos intereses y grupos de poder a partir del reconocimiento de derechos, en especial a los de igualdad y libertad, y de un Estado constitucional de derecho fuerte”*.

---

<sup>422</sup> Ídem.

<sup>423</sup>423 FOY VALENCIA, Pierre, (2012) Gestión Ambiental y empresa, editorial rodhas. Lima-Perú. Pág. 158

El autor es claro en señalar que es a partir de un reconocimiento de derechos de todos los grupos conviviendo en el mismo espacio y que cada posición debe ser tomada en cuenta en forma igualitaria y ejercerla libremente, es decir si analizamos la posición de los funcionarios del MINEM al no dejar participar a los representantes de los agricultores de la provincia de Islay, podemos decir que se cometió un abuso autoritario antidemocrático limitando la libertad de los ciudadanos a participar en asuntos de su interés.

Para la administración pública la presencia de representantes de la ciudadanía podría poner en riesgo los planes gubernamentales en cuanto a licitaciones públicas, por lo que optar a no dejarlos participar, es la vía rápida a concretar proyectos que les otorgue un rédito económico importante, pero esto mismo debilita el Estado, lo atrasa y disminuye a las mismas acciones permanentes; tal es que Demetrio Loperena<sup>424</sup> nos dice: *“una de las máximas del Estado social y de la Administración pública moderna es la incorporación de la iniciativa y creatividad de los ciudadanos a los procesos decisorios de la Administración”*

Surge la pregunta, ¿Qué hubiese sucedido si un grupo técnico ambiental por parte del Gobierno regional de Arequipa hubiese participado en proponer una salida intermedia entre ambos actores del conflicto por el proyecto Tía María?, la acción de colaborar es precisa en la elaboración de la definición de participación, sea de donde provenga. Es una atribución al ciudadano para que intervenga en los procesos de tomas de decisiones que tienen que ver con planes, programas e incluso políticas, para el caso que nos atiende, de carácter ambiental.

Así pues, Jordano Fraga<sup>425</sup> sostiene que: *“La crisis del Estado democrático ha provocado la búsqueda de fórmulas de relación entre el Estado y el individuo que revitalicen a un sistema no completamente satisfactorio desde el punto de vista de la integración del ciudadano en las grandes decisiones sociales”*.

Creemos que la solución radica en una verdadera interacción con las personas y que éstas tomen un rol fundamental en las decisiones del Estado y sobre todo en materia

---

<sup>424</sup> Citado por San MARTÍN VILLAVARDE, Diego (2015), El daño ambiental, un estudio de la institución del derecho ambiental y el impacto en la sociedad, editorial Grijley, Lima-Perú, Pág. 500.

<sup>425</sup> Citado por SAN MARTÍN VILLAVARDE, Diego, Ob.Cit, pág. 498.



ambiental, conforme a lo que señalamos, el autor Loperena Rota<sup>426</sup>, nos dice que la participación se canaliza a través de dos sistemas:

- Participación de personas o colectivos en los procedimientos con incidencia ambiental, cuyo ejemplo paradigmático es el que se contiene en la normativa de Estudios de Impacto Ambiental.
- Participación de personas y colectivos en órganos de carácter consultivo.

Si se aplicaría estos canales en el caso en concreto por el proyecto Tia María, Los ciudadanos tienen todo el derecho de solicitar información detallada sobre los instrumentos de gestión ambiental, mediante órganos de carácter consultivo y técnico que puedan verificar lo que se expone en los informes de EIA; en sí la información según los reglamentos sobre transparencia, acceso a la información ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, en su artículo 21° dice: la participación responsablemente, de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y en el proceso de toma de decisiones públicas sobre materias ambientales, así como su ejecución y fiscalización. Las decisiones y acciones de la gestión ambiental buscan la concertación con la sociedad civil.

Para hacer frente a este desafío, definitivamente complejo, el reglamento en su artículo 29° dispone de mecanismos de consulta ambiental tales como:

- a. Audiencias públicas;
- b. Talleres participativos;
- c. Encuestas de opinión;
- d. Buzones de sugerencia;
- e. Comisiones ambientales regionales y locales;
- f. Grupos técnicos;
- g. Comités de gestión.

Bajo esto que hemos señalado, se propone en la investigación, que los Gobiernos Regionales sean partícipes de las concesiones mineras, y este reglamento da pie a

---

<sup>426</sup> *Ibidem*. Pág. 499.

la posibilidad, ya que el Gobierno regional, puede justamente promover talleres participativos, realizar encuestas de opinión, formar comisiones ambientales, que de por sí ya están dentro de su estructura organizativa, y estos a su vez son conformados por personas con conocimiento técnico que pueden participar en audiencias públicas, por lo que la Ley podría incluirlos como representantes democráticos.

Recordemos que en el caso del conflicto de Tía María, son los alcaldes de la provincia de Islay, de Punta de Bom bom, Cocacacra, y Dean Valdivia los que quisieron participar en las audiencias y los que han representado la oposición al proyecto de la Southern, quizás sin contar con conocimiento técnico ni logístico, pero la ciudadanía los eligió mediante proceso electoral posteriormente a ser líderes del frente opositor desde el comienzo del conflicto, lo que los emplazo a ser funcionarios municipales distritales y que ahora siguen en defensa de los intereses de la mayoría de sus pobladores.

Con todo esto, cabe referir la posición de los profesores Alexandre Kiss y Dinah Shelton<sup>427</sup>; la misma que traducida al castellano dice: *“La participación de ciudadanos en casos concretos de conservación ambiental es la verdadera realización del derecho al ambiente: les permite ejercitar no sólo los derechos de los que son beneficiarios, sino también, al menos en parte, de las obligaciones que le son impuestas sobre ellas.”*

Loperena Rota<sup>428</sup> referencia tres pilares que corresponden a la participación ciudadana en los procedimientos decisorios sobre materias de repercusión ambiental:

- Exigencia democrática.
- Llamada a la aportación imaginativa de los grupos de interés.
- Vía de prevención de conflictos socio ambientales.

Damos cuenta que la doctrina entiende que el pleno ejercicio del derecho ambiental es mediante la participación ciudadana tal como lo describe Loperena en base a estos pilares en procedimientos ambientales que den la posibilidad de una decisión por parte de los ciudadanos, por las causas de exigencia democrática, la aportación imaginativa de los grupos de interés, que muchas veces puede ser tan técnico como

---

<sup>427</sup> Citado por SAN MATIN VILLAVERDE, Ob. Cit. Pág. 501.

<sup>428</sup> Ídem.

los que participan en las instituciones estatales, y sobre todo como una vía de prevención de conflictos sociales,

Se propone que sea el Estado quien deba subvencionar los gastos que se generan por formar un grupo técnico que pueda ser vínculo con las personas que sientan que su derecho al ambiente pueda ser vulnerado; sugerimos por tal que el gobierno regional por ser sujeto público de interés en los proyectos que se generen en su región y que al mismo tiempo cuentan con la posibilidad material y presupuestal para poder gestionar un espacio dentro de su estructura dedicada especialmente a la participación ciudadana en concesiones mineras.

Para confirmar lo establecido, según Carlos Andaluz<sup>429</sup>: *“los seres humanos constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, además, la voluntad del pueblo es la base del poder político, por lo tanto, es natural que deban garantizarse los canales para su adecuada participación en el quehacer público, así como la tutela eficaz de sus derechos fundamentales”*.

## **5.7. EL COSTO ECONÓMICO DE LA NO EJECUCIÓN DE LOS PROYECTOS MINEROS POR CONFLICTOS SOCIALES Y/O TRABAS BUROCRÁTICAS**

El Estado tiene como obligación el administrar los fondos nacionales que integran nuestro capital en inversiones en provecho de los ciudadanos peruanos, es entonces que un porcentaje del ingreso por renta del ejercicio minero de las empresas privadas que obtiene el Estado constituye casi el 75% del Producto Bruto Interno de nuestro país; es decir, nuestro auge económico se debe a las concesiones mineras en las regiones y nuestra posición es positiva frente a este dato en mención, siendo nuestra principal preocupación que las empresas privadas mineras puedan ejercer la minería sin contratiempos por conflictos socio ambientales, así como que sean responsables con el ambiente en el que se desarrollará su actividad, sin perjudicar los recursos consumibles.

Hemos establecido nuestro pensamiento sobre la importancia de sopesar el derecho colectivo sobre intereses económicos, pero debemos analizar la posición estatal y en

---

<sup>429</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos,(2006) Manual de derecho ambiental, Proterra editores, Lima-Perú. Pág. 543.

qué se perjudica por detener el proceso de concesión minera; y dejar en claro que la pérdida es no sólo para la región, sino además para las otras regiones que no cuentan con presupuesto derivado de canon minero, por lo que dependen del porcentaje generado en forma directa al Estado para que sea parte del presupuesto regional.

La paralización y el retraso de la puesta en marcha de los proyectos mineros representan altos costos económicos en términos de producción, exportaciones, ingresos fiscales, empleo y desarrollo económico, con el fin de plasmar en cifras reales las pérdidas, se ha tomado como referencia la publicación realizada por el Instituto Peruano de Economía en combinación con los datos económicos del MINEM.

Tomando como referencia las carteras de proyectos mineros disponibles entre el año 2010 y 2014, se estima que desde 2011 se han retrasado inversiones mineras por más US\$ 21.5 mil millones. Asimismo, todos los proyectos identificados representan una cantidad importante de producción de cobre, oro, plata y molibdeno: el valor anual de esta producción asciende a US\$ 14.9 mil millones a precios del año 2007<sup>430</sup>.

Analizando el tiempo de la puesta en marcha de los proyectos y considerando el efecto total de la inversión y la producción mineras, se estima que, en los últimos 7 años se habría perdido US\$ 67.2 mil millones. La mayor parte del impacto se observa entre el año 2011 y el 2014. En este periodo se habría perdido US\$ 62.5 mil millones de PBI<sup>431</sup>.

En términos de crecimiento, entre el 2008 y el 2014, se habría perdido 16.7 puntos porcentuales de crecimiento del PBI, lo cual en promedio representa 2.2 puntos porcentuales de crecimiento anual. Entre el 2011 y 2014, se habría perdido 13.4 puntos porcentuales de crecimiento acumulado, lo cual en promedio representa 3.2 puntos porcentuales de crecimiento anual. Por otro lado, entre el 2008 y 2010, se

---

<sup>430</sup> Miguel Palomino Bonilla, Patricia Pérez Malca, Paula Castillo Vera, Piero Ortiz Chávez (2015) *El costo económico de la no ejecución de los proyectos mineros por conflictos sociales y/o trabas burocráticas. Junio 2015. Lima, Perú.* Documento elaborado por el Instituto Peruano de Economía

<sup>431</sup> Ídem.

habrían perdido en acumulado 2.9 puntos porcentuales, lo cual representa en promedio 1.5 puntos porcentuales de crecimiento anual<sup>432</sup>.

Sobre el empleo, en la fase de inversión entre el 2008 y 2014 se perdieron 534 mil empleos anuales. Entre el 2008 y el 2010, el promedio de empleos perdidos es de 190 mil empleos en la fase de inversión, debido a que los proyectos aún estaban en su etapa inicial de ejecución. Y, entre el 2011 y el 2014, se han perdido un promedio de 791 mil empleos por la fase de inversión. Por otro lado, para la fase de producción, desde la maduración de todos los proyectos en 2014, se perderían 1.16 millones de empleos anuales<sup>433</sup>.

Respecto a la relación entre crecimiento y pobreza, si consideramos que la elasticidad promedio entre pobreza y PBI fue de -0.36 en los últimos 5 años, la pobreza podría haberse reducido en 5.7 puntos porcentuales adicionales entre el 2008 y el 2014. Es decir, si hoy la pobreza es 22.7%, de haberse ejecutado los proyectos mineros la pobreza podría haberse reducido hasta 17.0%.

Por último, los US\$ 4,734 millones de impuestos que se dejaron de recaudar hubieran sido suficientes para cerrar las brechas de infraestructura en aeropuertos, salud y riego según el estudio realizado por el Instituto Peruano de economía.

Es innegable que la paralización y el retraso de la puesta en marcha de los proyectos mineros representan altos costos económicos para el país en términos de producción, exportaciones e ingresos fiscales. Sin embargo, pocas veces se analiza el efecto de esta paralización y retraso sobre el empleo, ni se cuantifica la cantidad de proyectos de infraestructura pública que se podría haber ejecutado con los impuestos perdidos, ni lo que podría haber contribuido a la disminución de la pobreza.

Asimismo, se ha identificado que estos proyectos han sido retrasados por conflictos sociales y/o trabas burocráticas.

---

<sup>432</sup> Ídem.

<sup>433</sup> Ídem.

N°	Proyecto Minero	Primera de Probable	Fecha Inicio Metal	Inversión (en millones de US\$)
1	LAS BAMBAS	2014	Cu	1505 (7,100)
2	MINAS CONGA	2014	Cu, Au	
3	QUELLAVECO	2014	Cu	3,300
4	HAQUIRA	2013	Cu – Mo	
5	EL GALENO	2014	Cu, Mo, Au, Ag	
6	LAS CHANCAS	2013	Cu	
7	TIA MARIA	2012	Cu	
8	AMP. TOQUEPALA	2012	Cu	
9	MICHIQUILLAY	2012	Cu	700
10	CORANI	2014	Ag	
11	INMACULADA	2013	Au, Ag	
12	AMP. LAGUNAS NORTE	2012	Au	
13	SHAHUINDO	2012	Au	
14	PUCAMARCA	2011	Au	
15	SANTA ANA	2012	Ag	71
<b>TOTAL</b>	<b>21,515</b>			

Fuente: *El costo económico de la no ejecución de los proyectos mineros por conflictos sociales y/o trabas burocráticas. Junio 2015. Lima, Perú.* Documento elaborado por el Instituto Peruano de Economía. véase en anexos, (3).

De esta forma, se estima que desde 2010 se han retrasado inversiones mineras por más US\$ 21.5 mil millones. La mayor cantidad de proyectos no ejecutados se ubican en la sierra norte y en la sierra sur, por lo que los efectos cuantificados serán más relevantes para estas macro regiones

Dado el monto de inversión minera no ejecutada y la producción minera perdida en el sector, se puede estimar su efecto total en el PBI, empleo e impuestos mediante el uso de sus multiplicadores. Así, por ejemplo, en el 2014 se dejó de invertir en US\$ 1,377 millones, los cuales hubieran generado un total US\$ 1,983 millones de PBI, 239 mil empleos y US\$ 215 millones de impuestos. Asimismo, en el mismo año, los US\$ 14,860 millones de producción, habrían generado en total US\$ 21,844 millones de PBI y US\$ 831 millones de impuestos<sup>434</sup>.

En total, la no ejecución de los proyectos mineros habría producido una pérdida de US\$ 67,203 millones de PBI en los últimos 7 años. En detalle, entre el 2008 y el 2010, se habría perdido US\$ 4,735 millones de PBI; mientras que en el periodo entre el 2011 y 2014, se habrían perdido US\$ 62,468 millones<sup>435</sup>.

En términos de crecimiento, el Perú habría perdido en promedio 2.3 puntos porcentuales de crecimiento anual por la inversión minera no ejecutada y la producción perdida entre el 2008 y el 2014. En acumulado, en este periodo de tiempo se habrían perdido 16.8 puntos porcentuales de crecimiento.

Sobre el empleo, en la fase de inversión entre el 2008 y 2014 se perdieron 534 mil empleos anuales. Entre el 2008 y el 2010, el promedio de empleos perdidos es de 190 mil empleos en la fase de inversión, debido a que los proyectos aún estaban en su etapa inicial de ejecución. Y, entre el 2011 y el 2014, se han perdido un promedio de 791 mil empleos por la fase de inversión. Por otro lado, en la fase de producción, desde la maduración de todos los proyectos en 2014, se perderían 1.16 millones de empleos anuales<sup>436</sup>.

Por último, el monto total de impuestos no recaudados asciende a US\$ 4,734 millones por conceptos de IGV e ISC. Esta estimación no incluye el monto de impuestos recaudados por conceptos de regalías ni canon minero, por lo que es una estimación muy conservadora de los recursos fiscales perdidos<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Ministerio de Energía y Minas. *Anuarios Estadísticos 2004-2014*.

<sup>435</sup> Ídem.

<sup>436</sup> Ídem

<sup>437</sup> Ídem.

En cuanto al cálculo de la reducción de la pobreza debemos señalar que las políticas sociales bien diseñadas en conjunto con el crecimiento económico se es posible el poder combatir la pobreza. Desde hace diez años nuestro país viene experimentado una sostenida reducción en la tasa de pobreza.

En el periodo 2006-2010 esta reducción fue en promedio de 5 puntos porcentuales anuales lo que contrasta con el periodo 2011-2014, en el que se obtuvo un promedio de 2 puntos porcentuales. Para mostrar la relación entre la pobreza y el PBI se puede estimar la elasticidad promedio entre los últimos cinco años<sup>438</sup>.

Si consideramos que la elasticidad promedio entre pobreza y PBI fue de -0.36 entre el 2010 y el 2014 y el crecimiento perdido por la no ejecución de los proyectos asciende a 16.8 puntos porcentuales, se puede sostener que la pobreza podría haberse reducido en 5.7 puntos porcentuales adicionales. Es decir, si hoy la pobreza es 22.7%, de haberse ejecutado los proyectos mineros la pobreza podría haberse reducido hasta 17.0%. Si consideramos tan solo el periodo 2011-2014, en el que se perdió 13.4 puntos porcentuales de crecimiento, la pobreza podría haberse reducido 4.6%<sup>439</sup>.

## **5.8. RETOS AL 2021 CON RELACIÓN AL AMBIENTE, CONFLICTOS AMBIENTALES E INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL.**

Uno de los puntos a tratar es detallar cuales son los puntos de interés a desarrollar en los siguientes años en temas ambientales, sin duda aminorar los conflictos socio ambientales deberá ser una de las obligaciones de política gubernamental a desarrollar en los siguientes cinco años, y al mismo tiempo incentivar el incremento de la inversión minera, que por el momento ha venido decayendo por la caída del valor de los minerales en el mercado internacional.

Es por esto que se tomó en cuenta lo señalado por el Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú (OCM) que es una plataforma informativa y de análisis que busca recoger y sistematizar información relevante de los principales conflictos vinculados a la actividad minera que se desarrollan en distintas regiones del país, con el fin de

---

<sup>438</sup> Ídem

<sup>439</sup> Ídem.



especificar cuáles son los retos a resolver en los próximos años los cuales vienen siendo plasmados en informes eventuales.

El informe número 18° del Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú detalla los retos que deberá encarar el nuevo gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, el cual considera que prioriza lo económico como aspecto determinante para resolver los conflictos sin reconocer temas sociales, ambientales, culturales y de salud<sup>440</sup>.

En ese sentido, José de Echave, economista de CooperAcción, señala que esto podría conllevar a otro tipo de conflictos como: rechazo o resistencia. “Uno ejemplo es Tía María y la mayoría, se derivarían por la coexistencia con la actividad minera<sup>441</sup>”.

“Cuando inició la campaña electoral desde el partido PPK se ha hablado de la posibilidad de fusionar algunos organismos y podría crearse un gran Ministerio de Recursos Naturales, vamos a ver qué pasa. En todo caso, nos preocupa que no se fortalezca el tema ambiental en el país que sin duda alguna es necesaria<sup>442</sup>”.

Como parte del informe de la OCM, Echave mencionó las seis claves del escenario minero y social<sup>443</sup>:

1. Contracción de la inversión minera. La caída de los precios de los minerales ha provocado que el valor de las exportaciones se haya reducido por quinto año consecutivo. Esta desaceleración ha paralizado las operaciones y suspendido los proyectos por la menos inversión como Quellaveco, Los Chancas, Pampa de Pongo, La Granja y Michillay, entre otros.

2. Menores aportes tributarios. El aporte del sector minero ha disminuido en los últimos nueve años. En el 2007 la participación de la minería en el Impuesto a la Renta fue de 50.9%, mientras que en el 2015 fue de 6.1%.

El aporte del sector al total de tributos que recibe el Estado también se ha ido reduciendo en los últimos años. Luego de un pico de 24.7% en el 2007 a 5.6% el año pasado (2015).

---

<sup>440</sup> Página web del observatorio de conflictos mineros en el Perú, Informe N° 18, <http://www.conflictosmineros.org.pe/?q=reportes/13/07/2016/18-observatorio-de-conflictos-mineros-en-el>, revisado el 17/7/16. Hora: 11.22 a.m.

<sup>441</sup> Ídem.

<sup>442</sup> Ídem.

<sup>443</sup> Ídem.

3. Liderazgo en cobre. Se reporta un crecimiento excepcional del PBI de la minería metálica por proyectos cupríferos como Antapaccay, Toromocho, Constancia, Las Bambas y la ampliación de Cerro Verde que representa el 24.33% de todo el cobre que produce el Perú, superando a Antamina. Se espera que estas operaciones dupliquen la producción de cobre al 2017, consolidando así al Perú como segundo productor mundial.

4. El sur concentra la mayor conflictividad minera. De acuerdo con el informe del Observatorio de conflictos mineros, la Macro región Sur que se ha convertido en el principal destino de las inversiones mineras concentrando el 68.3% de la cartera de proyectos, también es la región que concentra el mayor número de conflictos sociales, especialmente Apurímac.

5. Menos territorio concesionado. En los últimos dos años se observa una tendencia a nivel nacional de reducción del área concesionada a la minería. El 14.9% del territorio peruano está concesionado a la minería (casi 19 millones de hectáreas), mientras que en el 2014 el territorio concesionado era de 20.42%.

6. Minería ilegal. Madre de Dios y Puno son dos de los bastiones de la minería ilegal. Todo indica que su objetivo central será detener el proceso de interdicción y formalización, así como consolidar su presencia en influencia en ciertos territorios.

Mientras que en el Plan de Gobierno del partido Peruanos por el Cambio, enfoca el tema de la protección del ambiente, dando unas aproximaciones de lo que se ejecutará hasta el 2021; entre sus principales preocupaciones, están la minería ilegal e informal, bosques y potencial forestal, residuos sólidos, cambio climático y abastecimiento de agua potable en sectores sin servicios básicos.

En lo que nos concierne, debemos decir que en cuanto a gran minería no se toca ningún punto, por lo que deducimos que para el partido de Peruanos por el Cambio no existe ningún riesgo en el ambiente por parte de las grandes empresas formales.

Pero debemos señalar que un aporte para el ambiente sería la creación de un programa que pretenda formalizar a los mineros ilegales e informales, tal es así que formalizarán el programa denominado “oro limpio” para emprender un proceso

inclusivo de la actividad de la minería pequeña y artesanal<sup>444</sup>, con el que se pretende que al 2021 por lo menos se hayan formalizado un 50% de mineros informales para que puedan estar inmersos en programas de exportación de minerales.

Como ruta estrategia de realización para el programa “Oro Limpio”, realizarán lo siguiente<sup>445</sup>:

- Evaluación de las normas y mecanismos existentes.
- Acompañamiento a pequeños mineros y mineros artesanales a superar sus procesos de formalización
- Dotación de recursos y capacitaciones a los gobiernos sub nacionales. (Gobiernos regionales)

Y las instituciones responsables a ejecutar el proyecto son: Ministerio de Energía y Minas, Ministerio del Ambiente, Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, SUNAT, *Gobiernos regionales*, entre otros.

Los gobiernos regionales cuentan con facultades de concesión en pequeña y mediana minería, por lo que este plan ampliaría sus facultades a minería informal y artesanal, dotándolos con capacitaciones y técnicas para abordar la formalización de los extractores. Esto quiere decir que se trabajará en forma articulada con los gobiernos regionales a fin de formalizar a los mineros informales.

De igual forma, el Plan de Gobierno del partido Peruanos por el Kambio, establece una sección que trata sobre la prevención y solución de los Conflictos Sociales, el cual no integra a los Gobiernos regionales como ente posible de prevención.

Se plantean crear el Sistema Nacional de Prevención y Solución Pacífica de Conflictos sociales. El cual será un sistema de naturaleza multisectorial dotado de una estrategia preventiva, que permita la anticipación y la gestión pacífica de los conflictos sociales. Esta estrategia se plasma en acciones del Estado de adelanto social de la inversión en infraestructura, lo cual será una muestra de los beneficios por medio de obras previas a la concesión de licencia de desarrollo de algún proyecto,

---

<sup>444</sup> Plan de Gobierno del Partido PPK, Peruanos por el Kambio. Pág., 117.

<sup>445</sup> *Ibidem*. Pág. 119.

lo cual les daría un tiempo prudente para la alerta temprana y el diálogo constructivo<sup>446</sup>.

El objeto en el mediano plazo es la creación del Sistema Nacional de Prevención y Solución Pacífica de Conflictos Sociales, implementándolo en las siete regiones con mayor incidencia de conflictos sociales en el país; haciendo mención a los informes del Observatorio de Conflictos ambientales del Perú, debemos señalar que las regiones con mayores conflictos son las del sur, las cuales son regiones consideradas como mineras.

Este sistema estará adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y contará con las instancias de decisión ya conocidas, como la comisión nacional, que constituirá su ente rector, así como las comisiones regionales y las provinciales, la secretaría técnica de la comisión nacional estará a cargo de la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (ONDS), todo esto con el fin de prevenir y solucionar pacíficamente los conflictos sociales, facilitar las condiciones de la inversión pública y privada, y hacer viable la gobernabilidad democrática del país<sup>447</sup>.

Dentro de la estrategia nacional de prevención y solución de conflictos, se han plasmado algunos principios que esperan guiar la estrategia mediante el Sistema en mención por los diferentes niveles de gobierno según el plan de gobierno, entre estos tenemos los siguientes:

- Seguimiento del Estado sobre el terreno de las grandes inversiones, desde su fase preparatoria hasta su conclusión
- Implementación adelantada de la inversión social y en infraestructura por parte del Estado, sin esperar el inicio de la operación
- Acción coordinada y multisectorial de las distintas instituciones públicas en el terreno, en estrecha coordinación con las empresas privadas, las organizaciones sociales y la ciudadanía
- Alerta temprana de causales de conflicto, diálogo con las empresas y las organizaciones sociales e intervención oportuna antes que se interrumpa el diálogo.

---

<sup>446</sup> Plan de Gobierno del Partido Peruanos por el Cambio (2016) Prevención y solución de los conflictos sociales. Pág. 243.

<sup>447</sup> Ídem.

- Actuación firme del Estado para investigar y sancionar a los responsables de desórdenes públicos y hechos de violencia.

Se sostiene que estos principios pueden ser sostenidos y realizados por la administración de un gobierno regional eficaz, cercano a la población por su condición democrática y aceptación de la mayoría de la población mediante elección electoral.

Se debe a que los gobiernos regionales, son los que impulsan las obras de infraestructura a realizarse dentro de su territorio, entonces si el gobierno central pretende establecer un adelanto de obras para satisfacer la incertidumbre de la población ante un posible proyecto, esta fomentación de inversión social debe ser gestionado por los Gobiernos regionales directamente; de igual forma el diálogo con las empresas privadas y las organizaciones sociales, ya que el Gobierno regional cuenta con conocimiento técnico de su competencia territorial y es concededor de las necesidades que urgen a la sociedad regional.

Se puede concluir el presente subcapítulo, señalando que se plantea prevenir toda clase de conflicto previo al desarrollo del proyecto, y se pretende trabajar en forma estructurada con instituciones que no sólo estén bajo la estructura de la PCM, sino también con gobiernos regionales y locales; debemos destacar que estas propuestas de plan de gobierno son totalmente opuestas a la posición de campaña electoral en el 2011 por parte del actual Presidente Ollanta Humala, el cual prometió una revisión de todo contrato de concesión minera y la paralización efectiva de muchos proyectos en curso, lo cual jamás cumplió y que en sentido de gobernabilidad no eran muy favorables, ni eran parte de la solución ante los conflictos socio ambientales que en los últimos cinco años han ido en aumento.

## **5.9. EL ESTADO FRENTE A LOS CONFLICTOS SOCIO AMBIENTALES, POSIBLES SOLUCIONES Y QUÉ IMPLICA LA DIGNIDAD AMBIENTAL**

Democracia en el contexto de procedimiento de concesión minera significa participación ciudadana. Ella es violada constantemente en nuestro país por parte de los gobernantes de turno; sobre todo cuando se esconde la información, cuando no se proporcionan los medios suficientes para acceder a ella; cuando el Estado no da a conocer los acuerdos celebrados con las transnacionales, cuando en aras del

desarrollo económico sacrifica la salud de nuestra gente y no le importan los reclamos de la población, o cuando no crea mecanismos explícitos e idóneos para acceder a la justicia ambiental<sup>448</sup>.

Los conflictos socio ambientales en el Perú son originados en buena cuenta por estas graves injusticias. La falta de conversación del mismo Estado con la población, el ocultamiento de información, las secretas negociaciones, la corrupción, la negativa por parte del Estado de incluir a la opinión ciudadana en los proyectos de inversión, así como la sensación del binomio pobreza + contaminación en las poblaciones aledañas a proyectos de inversión, son causas de la indignación popular, y han originado que los mismos ciudadanos, cansados de esperar una respuesta eficaz del Estado, se hayan levantado reclamando el respeto merecido de sus derechos fundamentales<sup>449</sup>.

A fines el 2015 la Defensoría del Pueblo ha registrado 215 conflictos a nivel nacional, 71% de ellos activos y el 29% en estado de latencia. La tercera parte de estos conflictos se encuentra en proceso de diálogo, la mayoría de ellos con presencia de la Defensoría del Pueblo. Casi 60% de los conflictos incluyeron hechos de violencia y en muchos casos tales incidentes ocurrieron antes de que se iniciara el diálogo. Estos conflictos estuvieron acompañados de múltiples acciones de protesta, como el bloqueo de carreteras, la toma de locales, los paros y las huelgas, entre otros<sup>450</sup>.

Del total de conflictos, la mayoría (69%) son de naturaleza socio ambiental, vinculados a la exploración y explotación de los recursos mineros, gasíferos o petroleros; el 9% de los conflictos son contra los gobiernos locales, y el 7% involucran asuntos de demarcación territorial<sup>451</sup>.

Las autoridades nacionales tienen a su cargo el mayor número de conflictos (65%), mientras que los gobiernos regionales (20%) y locales (9%) tienen menor responsabilidad en su manejo y solución<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro, (2011), Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú. Pág. 520.

<sup>449</sup> Ídem.

<sup>450</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO (2015) Reporte de Conflictos Sociales N° 141. Noviembre, Lima-Perú. Pág. 5.

<sup>451</sup> Ídem.

<sup>452</sup> Ídem.

La conflictividad social se presenta de manera muy diferenciada a nivel nacional. A fines del 2015, siete regiones concentran casi el 60% de todos los conflictos, Ancash (10%), Puno (9%), Cusco (7%) y Ayacucho (6%)<sup>453</sup>.

No es fácil prevenir conflictos sociales en un país tan desigual y diverso, se necesita información de calidad, análisis especializado, agilidad en las intervenciones y mucha convicción y destreza en el diálogo. ¿Hemos alcanzado este nivel? No, pero nadie podrá decir que no hay importantes avances en el Estado, en las empresas y en las organizaciones de la sociedad, y a menos que alguien le interese el conflicto violento por razones oscuras (desestabilizar, chantajear, intimidar), los actores en un sistema democrático deben optar siempre por el diálogo.

¿Qué capacidades deben desarrollarse? Son tres las capacidades a sincronizar en un sistema de prevención de conflictos sociales.

La primera de ella es el fortalecimiento de las instituciones en gestión pública ambiental, se ha señalado sus deficiencias anteriormente. Los problemas deben ser tratados en las instancias regulares, es decir, cada caso un procedimiento y una autoridad. Mientras el Estado no fortalezca las facultades que ya tiene cada institución de gestión, no se podrá reducir los conflictos sociales, es decir antes de recurrir al proceso de diálogo, se deben dejar realizar a las instituciones todo lo posible bajo su potestad y unificar ciertas instituciones sin que existan más dudas por competencias de las mismas.

No se plantea generar institucionalidad paralela, sino hay que discutir las políticas que hagan falta para superar debilidades antiguas y recientes, esto refiere a una modernización del Estado en base a descentralización con políticas puntuales relacionadas a evaluación ambiental, canon, inversión pública, titulación, concesiones, desarrollo territorial.

La segunda es generar un sistema que garantice suficiente autoridad a los actores del Ministerio del Ambiente, y a los gobiernos regionales, así como recursos económicos para realizar este trabajo descentralizado; capacitaciones e incentivos laborales para los que participen en gestión ambiental puedan aportar planes de monitoreo en las regiones mineras, y que cuenten con conocimiento básico del tema

---

<sup>453</sup> *Ibidem*, Pág. 8

ambiental para proyectar alternativas de desarrollo económico que no dependa de minería.

La tercera es el respeto a los derechos fundamentales de los pueblos campesinos y pobladores aledaños a las concesiones, es decir, educarlos en materia ambiental, promover sus actividades sea cual sea, agricultura, pastoreo, cultivos, y esto solo se logra con una verdadera gestión descentralizada a gobiernos locales o regionales, ya que este ente puede canalizar una solución pacífica para estas personas previo a imponerles un proyecto económico en sus tierras, su dignidad ambiental es inquebrantable, por lo que instruirlos para que sean permeables con intereses empresariales pueda ser factible, siempre y cuando no se abuse de sus derechos.

Ante esta propuesta, que es meramente institucional, se debe adherir la propuesta establecida por el nuevo gobierno en turno, la del Partido de Peruanos por el Cambio, la cual establece como medida preventiva de los conflictos socio ambientales, el realizar inversiones sociales, y de infraestructura previo a la concesión o exposición del proyecto, lo cual bajo la perspectiva desarrollada no vendría a ser una solución concreta frente a los conflictos socio ambientales.

El ¿por qué?, no es complicado explicarlo; sea determinado que es la dignidad ambiental, que no es otra que la posición por el grupo de campesinos, agricultores, pastores, o agentes que no ponderan beneficios económicos o lucro monetario por encima de los alimentos, la tierra, el cielo azul, el verde de los campos, y sus animales, en otras palabras, la dignidad ambiental, esa que poseen sólo ciertos humanos que viven en conexión con la naturaleza, jamás venderán su conciencia por cemento o proyectos de inversión pública que puedan darle desarrollo a la gran mayoría de pobladores pero no satisfacen los intereses ni se adecua al modus vivendi de las personas en mención.

Si el Estado practica estas propuesta en mención, provocaría una mayor desigualdad y seguiría sin garantizar los derechos fundamentales; es decir, la inversión social puede desarrollarse en infraestructura para las ciudades de la región tal como el plan actual de ampliar la cobertura de servicios básicos para ciertas zonas de las ciudades, pero sin embargo, esta inversión no contemplaría proyectos ambientales, tales como forestación, riego tecnificado, salud asistencial en zonas alejadas (donde usualmente viven los agricultores) etc., porque tal como se viene sosteniendo, el Estado ha



previsto cubrir el posible reclamo del grueso de la población en la región afectada pero no de ese grupo reducido el cual si se afectado y el cual anhela otros proyectos totalmente adversos a los que se vienen desarrollando bajo estas políticas estatales.

La posición planteada para la investigación no cuestiona las inversiones mineras, ni el modelo económico actual altamente productivo y consumista, dejando en claro que el objeto de la investigación es probar que los Gobiernos regionales pueden ser un ente de solución a los conflictos socio ambientales bajo el criterio de acción inmediata pero sobre todo bajo urgencia de protección de los recursos naturales que necesitan los habitantes de la región.

Cabe señalar que una posible solución desde el punto de vista económico, sería el abandono momentáneo del proyecto, ¿a qué se refiere esta idea?, ¿será posible que el abandono de los proyectos mineros beneficien a la economía de un país?, Bajo ciertos contextos sería prudente el abandono; el economista Joseph Stiglitz (Premio Nobel de Economía en el 2001, y ex vicepresidente del Banco Mundial), se ha preguntado ¿Por qué países en vía de desarrollo, ricos en recursos naturales, obtienen resultados tan malos (pobreza latente)? De acuerdo con Stiglitz, en los países con carencia de institucionalidad independiente, la carencia de recursos naturales origina una lucha por acceder a ellos en donde los actores, incluyendo al Estado, más grandes y más fuertes serán los que tendrán más posibilidades de obtener el control sobre los recursos.

Stiglitz<sup>454</sup> afirma: *“El control sobre el recurso otorga al actor una fuente de poder (dinero), que puede utilizar para medios de coerción y violencia, los que utilizará para precisamente mantener su posición de control y para acceder a nuevos recursos naturales. Esto conlleva normalmente a una situación de inestabilidad política, corrupción, y promoverá la aparición de gobernantes autoritarios en un contexto conflictivo, donde se aprovechará del propio Estado para controlar los recursos con fines particulares”*.

Se puede afirmar que cuando los recursos naturales o la apropiación de los bienes ambientales se encuentran en manos de autoridades con actitudes autocráticas se produce la indignidad ambiental, todo en relación a que la percepción de la población

---

<sup>454</sup> Citado por LAMADRID UBILLUS, (2011) Derecho ambiental Contemporáneo, Crisis y desafíos, Ediciones legales, Lima-Perú, Pág. 471.

socava la fe en la economía del mercado, pues la riqueza no se adquiere por el trabajo, sino por la simple apropiación alcanzada por medios ilegítimos y antidemocráticos.

Todo ello, ha llevado al Premio Nobel de Economía, Stiglitz, a plantear que, si la explotación de recursos resulta improductiva y perjudicial para el desarrollo socioeconómico, lo más recomendable es abandonar temporalmente el apoyo para la realización de tales actividades extractivas<sup>455</sup>.

El mercado actual en cuanto a minerales no renovables que proceden de la minería es inestable, y en los últimos años ha tendido a devaluarse el precio del oro y zinc; tomando en cuenta, el ejemplo descrito por el Proyecto Tía María, podemos afirmar que los conflictos en la zona han ocasionado un gasto presupuestario excesivo para el Estado durante ya casi ocho años, sin que se puede dar la licencia social para que inicien las operaciones.

Bajo el razonamiento de Alejandro Lamadrid<sup>456</sup>, el propone lo siguiente: *“la tesis del abandono temporal, puede ser parcialmente aplicada en nuestro país, sobre todo en el ámbito de la explotación actual de minerales y petróleo, porque la explotación de estos recursos no renovables está generando actualmente numerosos pasivos ambientales, corrupción política, conflictos socio ambientales, descontento popular y consecuentemente desprestigio político. En efecto si la obtención de la renta es diminuta, si la distribución de esa diminuta renta solo reproduce la injusticia de otros tiempos, y si la contaminación del ambiente es igualmente grave ¿Qué perdemos con parar la maquinaria explotadora de recursos al menos hasta alcanzar cierta cohesión social e institucional? ¿No será mejor no precipitarse, tomando en cuenta el grave daño ambiental que está sufriendo nuestro ecosistema y el progresivo agotamiento de los recursos naturales no renovables a escala mundial; y esperar negociar su futura valorización a niveles históricos?”*

Se concluye señalando que si bien estas propuestas posiblemente no sean del todo solución para mitigar los conflictos socio ambientales, se pretende que por lo menos ayuden a concientizar que toda solución debe ser programada tomando en cuenta el concepto de dignidad ambiental para evitar posibles legislaciones que sigan

---

<sup>455</sup> Idem.

<sup>456</sup> LAMADRID UBILLUS, Ob cit. Pág. 474.

atentando contra los derechos y que no consigan cumplir con el objetivo de gobernabilidad ambiental que es lo que se debe imponer por el bien del Estado.

## **5.10. DERECHO COMPARADO EN CUANTO A CONCESIONES MINERAS**

### **5.10.1. En cuanto al procedimiento de concesión minera en Perú**

En el presente subcapítulo se compara el procedimiento de concesión minera en Perú con los principales países latinoamericanos competidores, con el fin de detallar que en ciertos países existe un mecanismo más cercano a una participación democrática en el cual el titular con la facultad de otorgar las licencias de concesión no es el poder ejecutivo.

Para empezar se describirá que es lo que sucede en nuestro país en cuanto al procedimiento administrativo de concesión minera, especificando que es lo que se entiende por concesión minera.

La concesión es un acto jurídico, por el cual el Estado transmite al sujeto de derecho privado, sus potestades para la utilización de la riqueza minera. La concesión es pues, la autorización que otorga el Estado para el aprovechamiento de la riqueza minera, bajo determinadas condiciones preestablecidas en la Ley.

La voluntad del Estado esta manifiesta en la ley y la voluntad del concesionario está contenida en el denuncia que es el petitorio inicial de la concesión; se trata de un acto jurídico en que concurren las voluntades del Estado, expresada en la ley y la del concesionario que se somete a las condiciones preestablecidas.

Por lo que la concesión es un derecho condicional, de esta naturaleza deriva también, su naturaleza jurídica, en ningún momento el Estado pierde su derecho sobre la riqueza minera; el concesionario tiene la obligación fundamental de producir y trabajar y el Estado controla el cumplimiento de esta obligación, por eso impone el concesionario las obligaciones de inversión mínima, informe anual de las labores realizadas, clases de labor, y el pago del derecho de vigencia. El incumplimiento de esta última obligación determina la caducidad y su reversión al Estado.

En la actualidad, el solicitante debe presentar el petitorio de la concesión minera (exploración-explotación) ante el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), el cual es un organismo técnico especializado del sector energía y minas; luego de presentado el denuncia se realiza un dictamen técnico y un dictamen legal, y se publica el mismo, al término del plazo de oposiciones, se realiza un nuevo dictamen técnico y legal para posteriormente emitir el título de concesión, publicarlo e inscribirlo.

Una vez que el concesionario ha inscrito en el INGGEMMET el título de la concesión minera que le ha sido concedido, el titular tendrá derecho a ejercer exclusivamente, dentro de la superficie debidamente delimitada, las actividades inherentes a la concesión, así como los demás derechos que le reconoce la ley general de minería. En general, la concesión minera otorga a su titular un derecho real consistente en explorar, desarrollar y explotar la concesión y consiguientemente en extraer las sustancias mineras contenidas en ella, para convertirse en propietario de las sustancias extraídas a fin de disponer de ellas.

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería establece que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada cuyos vértices están referidos a coordenadas U.T.M.; desde el punto de vista jurídico y físico, la concesión minera penetra indefinidamente en el interior de la tierra hasta donde sea posible técnica y económicamente viable llevar a cabo en una actividad de explotación.

En tanto la legalidad de lo expuesto en cuanto a la facultad del INGGEMMET, recae sobre el Decreto Supremo N° 035-2007-EM, reglamento de Organización y Funciones del INGGEMMET, en su artículo 3.14, una de las funciones es otorgar los títulos de concesión minera.

Tal como se ha mencionado esta institución es dependiente del Ministerio de Energía y Minas, la cual actúa dentro de la legalidad establecida en la Ley 25962°, llamada Ley orgánica del Sector energía (LOSE) en su artículo 6° la cual estipula: Son funciones del Ministerio de Energía y Minas (...) h) otorgar, en nombre del estado,

concesiones y celebrar contratos, según corresponda de conformidad con la legislación sobre la materia (...).

#### **5.10.2. En cuanto a procedimientos de concesión minera en Chile (pedimento o manifestación minera)**

Las concesiones mineras en Chile se constituyen por resolución judicial, sin la intervención decisoria de ningún otro organismo o persona. No obstante, el usuario o interesado minero acude a SERNAGEOMIN quien procede como servicio nacional para requerir cualquier tipo de apoyo, sea este sobre la constitución misma o para conocer de cualquiera concesión minera tanto en su aspecto jurídico como de amparo, sabiendo que este organismo es el asesor técnico de los jueces, en el cual se apoyan para dictar las sentencias constitutivas de las concesiones mineras desde el inicio de su vida republicana.

Chile adoptó las leyes españolas para el desarrollo de minería, mientras se dictara una legislación propia. Mientras los códigos de minería fueron evolucionando desde 1874, 1888, 1930, 1932 hasta el de 1983 actualmente en vigencia, de acuerdo a los avances tecnológicos y al conocimiento del uso de los minerales.

El pedimento minero o manifestación minera que es lo que da inicio a la concesión, este es un escrito mediante el cual una persona natural o jurídica solicita un determinado sector con ubicación geográfica específica, con el objetivo de explorar sustancias minerales concesibles que va dirigido al Juzgado de Letras, correspondiente a la comuna donde se ubica el pedimento.

Luego el juzgado envía el documento a SERNAGEOMIN, para que los ilustren mediante un informe técnico, el cual es devuelto al juzgado para que se resuelva la petición, el proceso continuo bajo los mismos preceptos del procedimiento en Perú, realizándose la publicación y la subsanación de cualquier omisión en un plazo respectivo.

El procedimiento de manifestación varía en cuanto a las hectáreas por explorar, pero el proceso se lleva bajo la misma instancia judicial del lugar donde se pretende realizar las operaciones mineras.

Se puede observar que el procedimiento de concesión minera en Chile faculta al poder judicial a establecer si es viable la concesión minera, es decir el Estado chileno no ha centralizado las funciones en concesiones a un solo poder, si bien el ejecutivo ha instaurado una institución con fines de asesoría, este ejecutivo no es el que autoritariamente decide la concesión como se viene dando en nuestro país.

Estas decisiones en el procedimiento administrativo de concesión minera, al ser unilaterales, son cuestionables puesto que como mínimo deberían intervenir dos poderes independientes el uno del otro, a fin de asegurar una mejor protección al ambiente, a nuestra consideración no debería realizarse lo que se da en Chile, sino reforzar las instituciones de facultades que por el momento vienen realizándose por diversas instituciones y dejando intervenir al Gobierno regional por el momento con la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental.

No es una propuesta propia, muchos ambientales, como Quispe Lanegra, Lamadrid Ubillus, San Martín, entre otros proponen que en el marco de descentralización de funciones, se implemente la facultad de concesiones mineras a los gobiernos regionales, lo que impulsará posiblemente que lo ambiental sea el factor vital para concretarse la macro regionalización.

Se cita lo que explica Lamadrid Ubillus<sup>457</sup> dentro de sus recomendaciones ambientales: *“Otro tema es el de los gobiernos regionales que quieren que el tema de las concesiones por aprovechamiento de recursos esté dentro de sus competencias. Hubiera sido acertado que en la ley se estableciera un mecanismo para que los gobiernos regionales, autoridades regionales y Ministerio de Agricultura formen un equipo de trabajo conjunto de fiscalización y gestión ambiental. Necesitamos una agenda única nacional que empuje a los gobiernos regionales a sumir correctamente sus funciones”*.

---

<sup>457</sup> LAMADRID UBILLUS, Alejandro (2011), Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, Lima-Perú, Pág. 496.

# CAPÍTULO VI

## MÉTODO Y DISEÑO

### 6. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

#### a) Tipo de Investigación por los fines

La presente investigación es de **tipo aplicada**, puesto que la investigación ha establecido como propuesta una posible solución al problema de la ausencia de los Gobiernos regionales en el procedimiento de concesión minera, siendo este ente el que cuenta con la condición de representantes democráticos en un territorio regional determinado por lo que siguiendo la comprobación de los objetivos, se propone ampliar y modificar la normatividad en forma específica, sobre las atribuciones de los gobiernos regionales en procedimientos de concesión de gran minería.

Se aplicó a la presente investigación todos los datos y conocimientos bibliográficos doctrinarios para impulsar los objetivos planteados en la investigación, en temas como derecho ambiental, Neo constitucionalismo, Estado social democrático, Gobiernos regionales y descentralización.

#### b) Tipo de investigación por el método

El tipo de investigación es **documental**. El problema ha sido analizado por diversos estudiosos especialistas en derecho ambiental, así como en documentos, ensayos y estudios plasmados en informes por parte de instituciones públicas y privadas, además de ser un tema que viene siendo debatido en esferas gubernamentales por su relación con el proceso de descentralización de funciones estatales a los Gobiernos regionales..

Por lo que expuesto la presente investigación, recoge información de sucesos que observamos en las regiones mineras y se detalla posiciones contrarias que explican el meollo de conflictividad y las responsabilidades actuales de los actores del procedimiento de concesión de gran minería.

### **c) Tipo de investigación por el ámbito**

El tipo de **investigación por el ámbito es socio jurídica**, puesto que lo observado nos lleva a proponer un cambio legislativo por la latente necesidad de modificar la normatividad existente a fin que permita a los Gobiernos Regionales participar en el procedimiento de concesión de gran minería verificando u opinando sobre los Estudios de Impacto ambiental para garantizar una defensa del derecho al ambiente; y por eso se califica como un problema social con efectos que el derecho debería normar por lo que la investigación tiene carácter social jurídico, con relevancia para el derecho.

### **d) Nivel de investigación**

El nivel de investigación de la presente investigación es **explicativo**, puesto que hemos establecido en el marco teórico, las razones y posiciones doctrinarias que responden hacia una necesaria ampliación de las atribuciones de los Gobiernos regionales en el procedimiento de concesión de gran minería, bajo el presente marco de descentralización de funciones del Estado para la defensa del ambiente y la gobernabilidad ambiental.

## **6.1. POBLACION Y MUESTRA DE ESTUDIO.-**

### **a) Población**

En cuanto a la población que se va a utilizar para la presente investigación, se incluye a la población en general, compuesta por los ciudadanos del Distrito de Tacna.

### **b) Muestra**

El tamaño de la muestra se obtendrá en función al universo de pobladores del Distrito de Tacna entre las edades de 20 y 70 años, que tengan conocimiento básico de los problema suscitados por las atribuciones de los Gobiernos regionales en las concesiones mineras, bajo el criterio del encuestador; además de su percepción sobre las obligaciones estatales frente a los derechos fundamentales y su posición frente a los objetivos planteados en la investigación.

Basándose en la cantidad de pobladores que bordean los 340,000 ciudadanos en la región de Tacna, se ha escogido a los habitantes del Distrito de Tacna el cual bordea el número 85,228 entre varones y mujeres, siendo esta cifra el 100% de los



pobladores del distrito de Tacna<sup>458</sup>, reduciendo ese número por el porcentaje de los menores de 20 años y mayores de 70 años el cual asciende a 25, 000 personas aproximadamente<sup>459</sup>, lo que nos da por resultado la cantidad final de 60 228, el cual consta como el 1%, del universo posible, por lo que la cantidad de encuestados es de 600 ciudadanos.

**c) Selección de la muestra**

Una vez determinado el tamaño de la muestra se ha elegido a través de una selección determinada a discreción del investigador dentro de la Provincia de Tacna.

**6.2. CRITERIOS DE INCLUSION Y EXCLUSION DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA.**

**a) Criterios de inclusión.**

Se incluyó para la muestra a los pobladores entre los 20 y 70 años de edad de la ciudad de Tacna, cercado de Tacna.

**b) Criterios de exclusión.**

Hemos excluido a los menores de veinte años de edad y a los mayores de setenta años; y a los analfabetos.

**6.3. TECNICAS DE INVESTIGACION E INSTRUMENTOS A EMPLEAR – PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS**

**a) Técnicas**

Encuestas.- Se realizaron encuestas a los ciudadanos del distrito de Tacna.

Entrevistas.- Se realizaron dos entrevistas, a un especialista ambiental y a un funcionario público con relación al tema de investigación.

**b) Instrumentos**

Los datos que se requirieron para llevar a cabo el desarrollo del Proyecto han sido obtenidos mediante la utilización de los siguientes instrumentos:

- El Cuestionario que se utilizó para ejecutar la encuesta de acuerdo a las variables de estudio y sus indicadores.
- La Guía de entrevista.

---

<sup>458</sup> Sistema estadístico Nacional, Compendio estadístico 2015 INEI, Tacna-Perú, Pág. 66

<sup>459</sup> Ibídem. Pág. 69.

# CAPITULO VII

## PRESENTACIÓN DE ANALISIS Y COMPROBACIÓN DE LAS HIPOTESIS

### 7.1. MARCO OPERATIVO

#### a) OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

- **HIPOTESIS GENERAL.-**

*Con las atribuciones actuales los gobiernos regionales no podrían participar en los procedimientos de concesión de gran minería, para la defensa del derecho al ambiente.*

#### **VARIABLES.-**

*V. Primera:* Atribuciones actuales de los gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera

*V. Segunda:* Defensa del derecho al ambiente.

- **HIPOTESIS ESPECÍFICAS**

- 1.- La presencia de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera, fortalece la democracia y el cumplimiento del deber del Estado en garantizar el derecho al ambiente

*V. Primera:* presencia de los gobiernos regionales en los procedimientos de concesión minera.

*V. Segunda:* cumplimiento del deber del Estado en garantizar el derecho al ambiente.

- 2.- La presencia de los Gobiernos regionales en el procedimiento de concesión de gran minería, no reduce o altera los fines de descentralización de funciones y de bien común del Estado o sus políticas.

V. *Primera*: presencia de los gobiernos regionales en el procedimiento de concesión de gran minería.

V. *Segunda*: cumplimiento de fines de la descentralización y políticas de Estado

#### • INDICADORES

#### • HIPOTESIS ESPECÍFICAS.-

- 1.- La presencia de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera, fortalece la democracia y el cumplimiento del deber del Estado en garantizar el derecho al ambiente.

V. *Primera*: Presencia de los gobiernos regionales en los procedimientos de concesión minera. .

Indicador: Límites a la participación ciudadana en los procedimientos de gran minería.

V. *Dependiente*: Cumplimiento del deber del Estado en garantizar el derecho al ambiente

Indicador: Contaminación de bienes y recursos naturales.

- 2.- La presencia de los gobiernos regionales en el procedimiento de concesión de gran minería, no reduce o altera los fines de descentralización de funciones y de bien común del Estado o sus políticas.

V. *Primera*: Presencia de los gobiernos regionales en el procedimiento de concesión de gran minería.

Indicador: Políticas de descentralización de funciones del Estado

V. Dependiente: Fines de la descentralización y políticas de Estado.

Indicador: Concentración de poder en materia ambiental y minera bajo el Poder ejecutivo.

## **7.2. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO**

### **a) FASES DEL PLANEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN**

La información recabada a través de las personas en libre tránsito o en su centro de trabajo (instituciones públicas generalmente), fue obtenida de las encuestas realizadas a sujetos entre las edades de 20 a 70 años de edad, con respecto a los temas investigados.

La muestra fue tomada el día 25 de Agosto al 30 de agosto del 2016 en la ciudad de Tacna.

### **b) PROCESAMIENTO DE LOS DATOS**

Para la tabulación de los datos se ha utilizado cuadros en hoja electrónica del programa Microsoft Excel, en una hoja se ha confeccionado un cuadro matriz donde se alimentaron los datos obtenidos de los cuestionarios, asignando una columna o pregunta y colocando en filas cada unidad de análisis con las respuestas, para obtener el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. En una segunda hoja se han enlazado los resultados de la primera hoja con las sumatorias y se han plasmado a los textos el cuestionario de modo que en esta segunda hoja nos sirve de cuadro base con los resultados. Y finalmente en base a la segunda hoja es que se ha confeccionado los gráficos de barras, histogramas, de pastel, etc.

## **7.3. DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS**

La información recopilada luego de ser procesada a través de las herramientas de la estadística descriptiva es presentada por medio de cuadros y gráficos, en el siguiente orden:

- 1. La tabular (tablas o cuadros estadísticos) y**
- 2. Las gráficas:**

**Diagrama de sectores.** Se usó con fines comparativos para presentar cifras absolutas y/o porcentajes. Mediante gráficas de barras.

**Gráficos de columnas.** Se usó para realizar comparaciones.

#### **7.4. PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

La información obtenida se ha trasladado a los cuadros estadísticos y se han estructurado gráficas para su mejor apreciación de los porcentajes y niveles de composición de sectores o ítems, que en la parte inferior se hace un comentario destacando algún hecho significativo o descripción de lo analizado, si lo hubiere.

#### **7.5. DATOS DE LAS UNIDADES DE ANALISIS**

Las unidades de análisis tienen determinadas características las que son expuestas en los primeros cuadros, para posteriormente pasar a detallar el objeto mismo de muestra.

##### **7.5.1. Análisis cuantitativo**

Mediante la aplicación de este tipo de análisis se ha obtenido información y a través de su procesamiento y análisis de datos cuantitativos o numéricos, los mismo que han sido obtenidos en base a la variables previamente determinadas en la investigación.

##### **7.5.2. Análisis cualitativo**

Se realizó mediante la interpretación de los datos obtenidos con el análisis cuantitativo, habiendo descrito no sólo los hechos y resultados numéricos, sino que además se realizó un análisis interpretativo de la información obtenida por las entrevistas realizadas.

##### **7.5.3. Síntesis**

Finalmente, habiendo desarrollado el análisis cuantitativo y cualitativo se procedió a resumir la percepción de los encuestados ante los presupuestos establecidos en los instrumentos

## a) CUADROS ESTADISTICOS

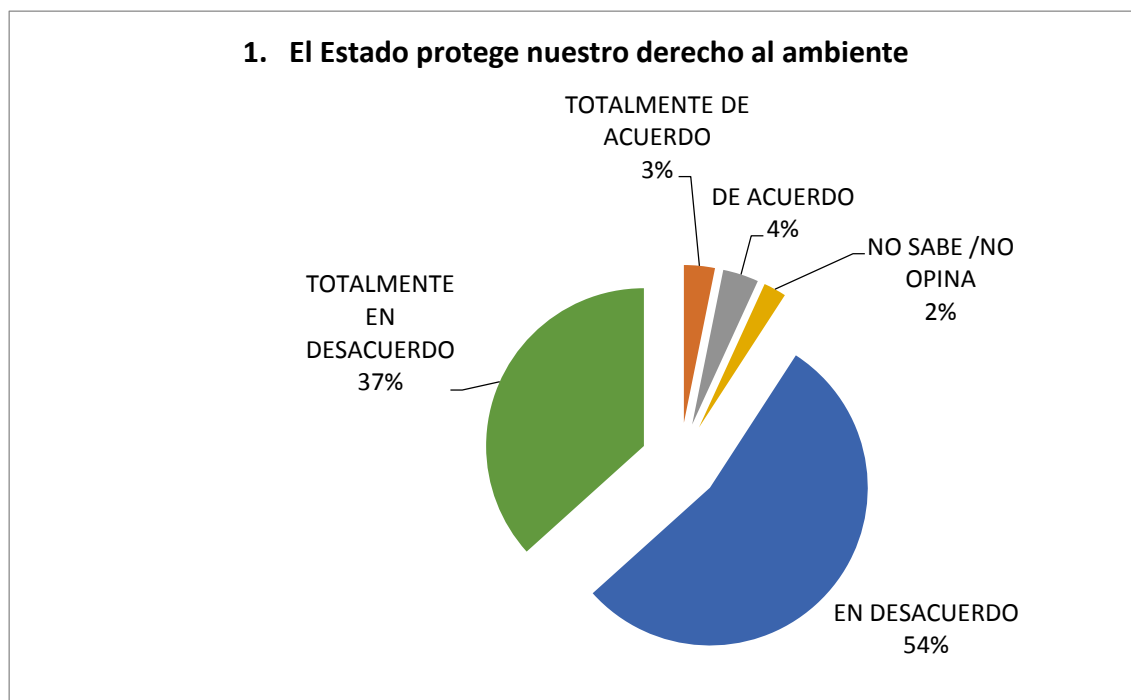
### CUADRO N° 1

#### TABLA N° 1

1.- El Estado protege nuestro derecho al ambiente	%	CANTIDADES
a) Totalmente de acuerdo	3.17	19
b) De acuerdo	3.67	22
c) No sabe/ no opina	2.33	14
d) En desacuerdo	54.17	325
e) Totalmente en desacuerdo	36.67	220
	100	600.00

Fuente: Elaboración propia, encuesta realizada en agosto 2017

### GRÁFICO N° 1



Fuente: Tabla n° 1

## DESCRIPCIÓN:

En el presente cuadro número uno, se establece una pregunta en forma de afirmación, la cual sugiere lo siguiente: “*El Estado protege nuestro derecho al ambiente*”. Es decir, la afirmación infiere que el Estado viene protegiendo toda la dimensión del derecho fundamental al ambiente adecuado, tanto sus aspectos positivos como negativos, siendo el resultado muy imparcial; bajo la percepción de la población podemos concluir que la sociedad interpreta no percibir una garantía del Estado en la protección del derecho al ambiente adecuado, ya que el 54% está en desacuerdo con la afirmación, el 36% está totalmente en desacuerdo con lo establecido, y una mínima parte de los encuestados responden sentir que el Estado garantiza y protege su derecho al ambiente llegando esta suma al casi 6.5% de los encuestados.

El derecho al ambiente, por ser un derecho colectivo, implica que su protección sea garantizada por el Estado, este derecho ha sido reconocido en la Constitución de 1993 dentro de los derechos fundamentales; bajo el análisis de las respuestas, se considera que en el caso de otros derechos fundamentales no se darían los mismos resultados, si bien no se ha realizado un estudio comparativo por nuestra parte solo como ejemplo, posiblemente de realizarse la comparación con el derecho a la propiedad y su reconocimiento y protección estatal se daría por hecho que no habría tal margen porcentual señalando que el Estado no lo garantiza.

Se concluye señalando que, ante las respuestas recogidas en la encuesta se puede inferir una preocupación notable por parte de la mayoría de los encuestados que interpretan que el Estado no viene protegiendo ni garantizando el derecho fundamental al ambiente equilibrado.

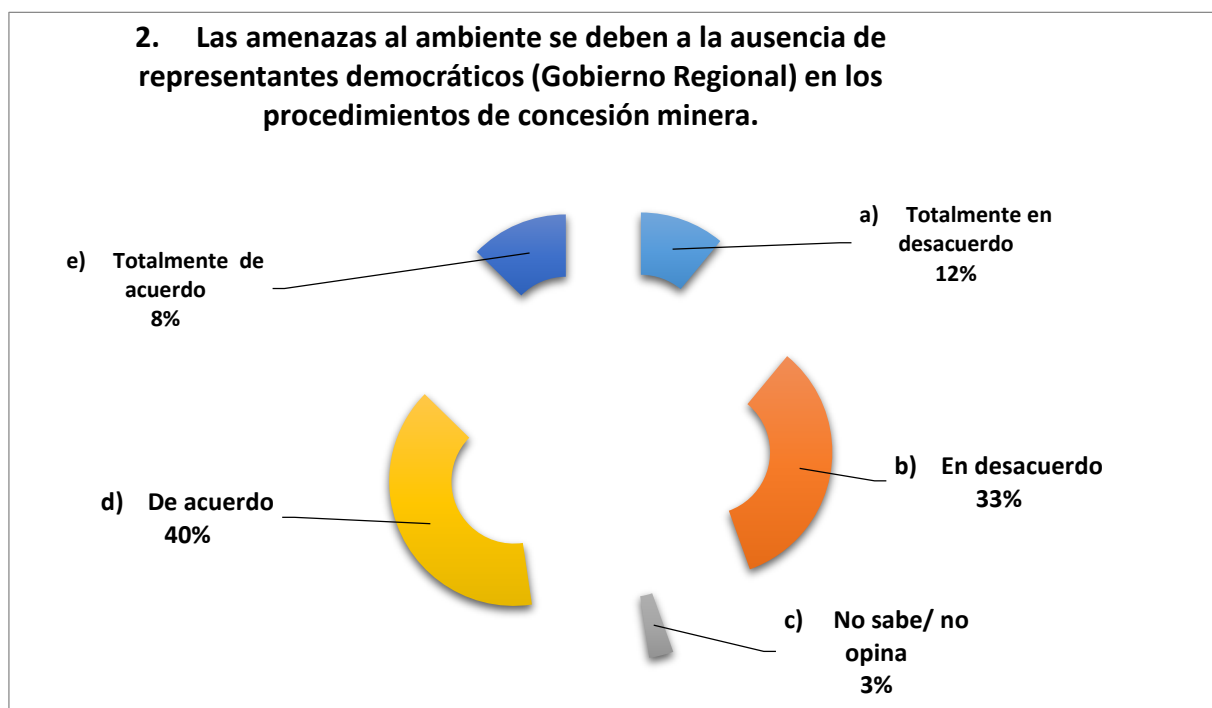
## CUADRO N° 2

### TABLA N° 2

2. Las amenazas al ambiente se deben a la ausencia de representantes democráticos (Gobierno Regional) en los procedimientos de concesión minera.	%	CANTIDADES
a) Totalmente en desacuerdo	11.00	66
b) En desacuerdo	33.50	201
c) No sabe/ no opina	3.17	19
d) De acuerdo	39.67	238
e) Totalmente de acuerdo	12.67	76
	100 %	600

Fuente: Elaboración propia, encuesta de agosto 2017

### GRAFICO N° 2



Fuente: Tabla N° 2



## DESCRIPCIÓN:

En el cuadro número dos, se estableció como afirmación lo siguiente: “*Las amenazas al ambiente se deben a la ausencia de representantes democráticos (Gobierno Regional) en los procedimientos de concesión minera*”; esta afirmación tiene un sentido causal para el supuesto que, ante cualquier hecho que pueda amenazar el ambiente se debe responsabilizar a la ausencia de un actor no presente en los procedimientos de concesión minera, el cual se ha establecido entre paréntesis.

Cuando se habla de procedimiento de concesión minera, la población en general puede interpretar que esté procedimiento implica el actual desarrollo de las operaciones mineras, en razón a esto, se dio una breve reseña al momento de encuestar a la población sobre que implica el procedimiento, especificando que este procedimiento administrativo es previo a las operaciones de extracción e incluso previo a la exploración del área, terminando en la concesión.

El total de las personas que interpretan que las amenazas al ambiente se debe a la ausencia de representantes democráticos en los procedimientos de concesión de gran minería alcanzan el 40%, entre los que no están de acuerdo y están totalmente en desacuerdo con la afirmación, y los que si piensan que está amenaza es dable en caso no exista representantes democráticos en lo ya descrito alcanza un 48% que supera ligeramente a los que no interpretan que la presencia de representantes democráticos pueda garantizar la protección de los bienes ambientales.

Se puede concluir, señalando que la mayoría de los encuestados sugieren que es necesaria la participación de representantes democráticos en los procedimientos de concesión minera.

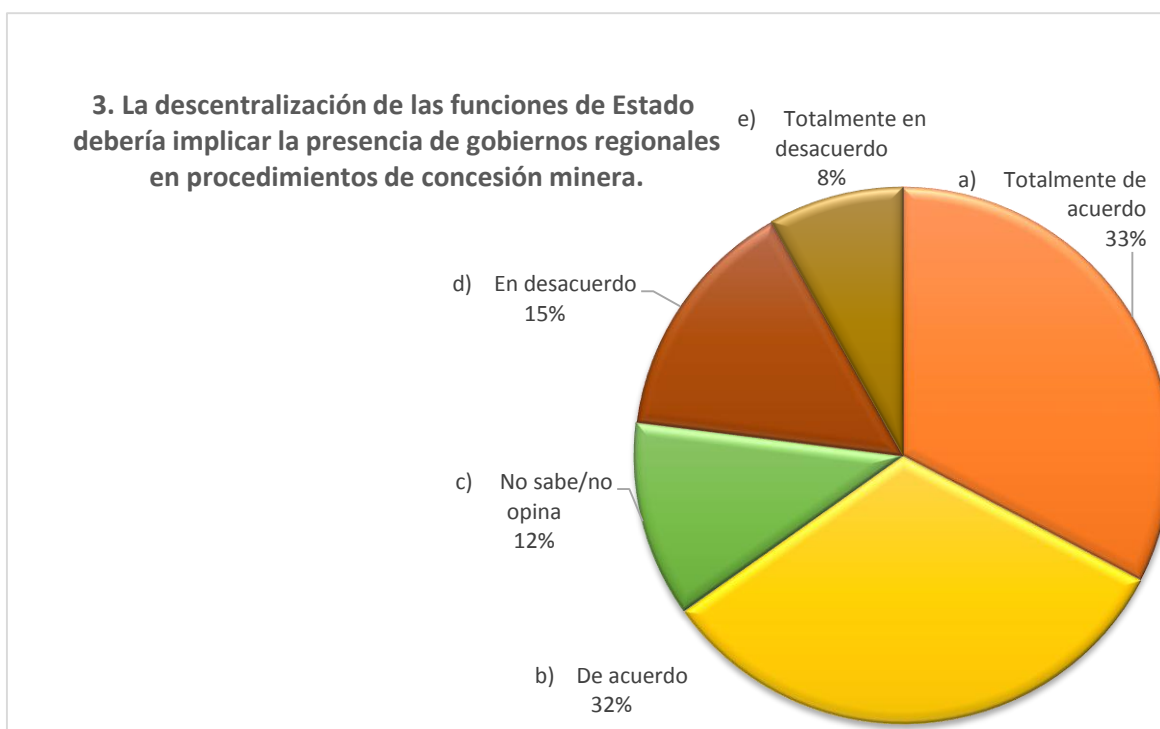
### CUADRO N° 3

**TABLA N°3**

3. La descentralización de las funciones de Estado debería implicar la presencia de gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera.	%	CANTIDADES
a) Totalmente de acuerdo	32.67	196
b) De acuerdo	32.50	195
c) No sabe/no opina	11.83	71
d) En desacuerdo	14.83	89
e) Totalmente en desacuerdo	8.17	49
	100 %	600

Fuente: Propia elaboración, encuesta agosto 2016

**GRAFICO N° 3**



Fuente: Tabla N° 3

## DESCRIPCIÓN:

En el cuadro número 3 se observa lo siguiente: “*La descentralización de las funciones de Estado debería implicar la presencia de gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera*”. Tal como se observa, se ha incluido el factor descentralización en la encuesta en esta sugerencia, tal como se ha explicado, la descentralización de funciones se viene dando a partir del año 2004, por lo que en más de una década este tema ha sido debate público a nivel gubernamental y social, siendo uno de los temas que la población en su gran mayoría conoce.

Se ha mencionado que el proceso es continuo, los gobiernos regionales por el momento están limitados a la intervención en concesiones de minería artesanal y pequeña minería y esto también es de conocimiento público debido a los diferentes procesos de otorgamiento de concesiones mineras que fueron postergadas por múltiples conflictos socio ambientales sin intervención de los gobiernos regionales.

El resultado de la encuesta suma un 65% entre los encuestados que respondieron estar en total acuerdo y de acuerdo con la descentralización de funciones a los Gobiernos regionales para participar en el procedimiento de concesión minera, siendo el sentido de esta sugerencia ampliamente general, puesto que no especifica que realizarían los Gobiernos regionales, pero los encuestados si consideran que dentro del proceso de descentralización se debería facultar al gobierno regional a intervenir.

Se observa al mismo tiempo, un 11% que no opina ni en favor ni en contra, y un reducido 23% que desaprueba que la descentralización deba ampliar las funciones a los gobiernos regionales en procedimiento de concesión minera; por lo que se relaciona un grado de posible desconfianza a los gobiernos regionales por parte de este número de encuestados.

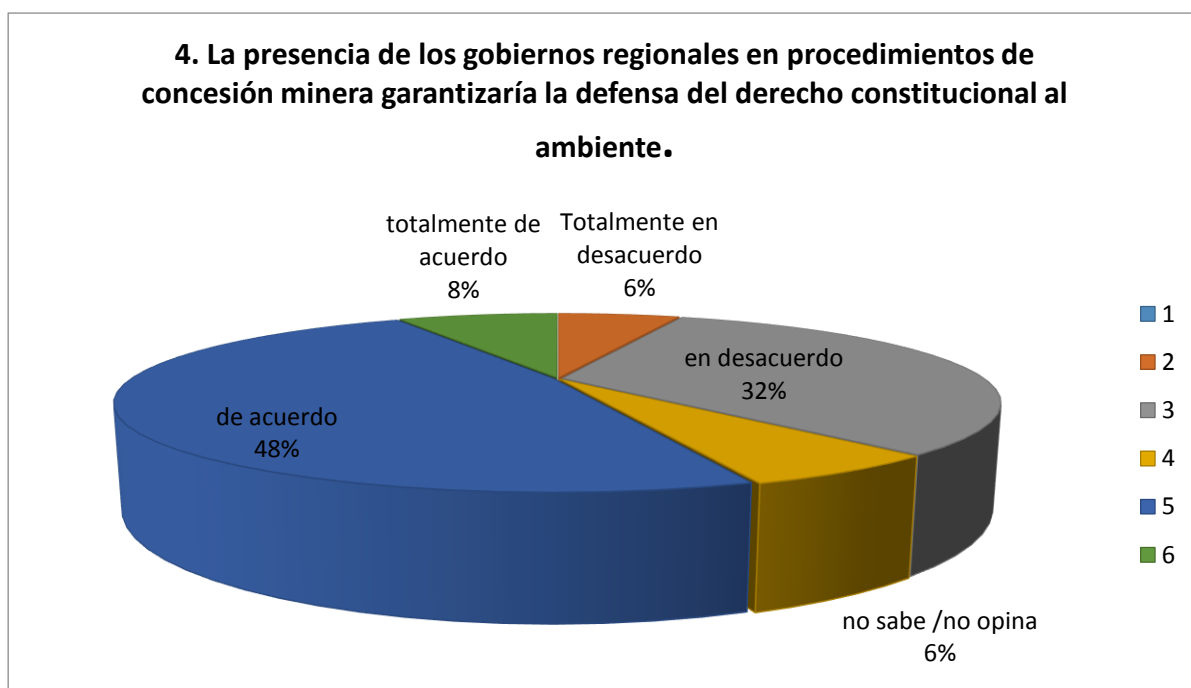
## CUADRO N°4

### TABLA N° 4

4. La presencia de los gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera garantizaría la defensa del derecho constitucional al ambiente.	%	CANTIDADES
a) Totalmente en desacuerdo	5.83	35
b) En desacuerdo	32.50	195
c) No sabe/no opina	6.00	36
d) De acuerdo	48.00	288
e) Totalmente de acuerdo	7.67	46
	100 %	600

Fuente: Elaboración propia, encuestas agosto 2017

### GRAFICO N° 4



Fuente: Tabla N° 4

## DESCRIPCIÓN:

En el cuadro número 4, se establece lo siguiente: “*La presencia de los gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera garantizaría la defensa del derecho constitucional al ambiente*”; esta sugerencia infiere que los Gobiernos Regionales podrían garantizar el derecho al ambiente si en caso estuviesen presentes en los procedimientos de concesión minera; si bien es una idea con bases muy amplias, se entiende que bajo la percepción e interpretación de los encuestados se ha calificado una posibilidad para una institución que forma parte de la estructura estatal y que está consecuentemente si garantizaría el derecho al ambiente.

Un 56% de los encuestados han respondido de acuerdo y totalmente de acuerdo, mientras que tan sólo un 38% han respondido que se encuentran en desacuerdo y totalmente en desacuerdo y un 6% no opina respecto al tema; se debe recordar que en el cuadro uno se propuso que el Estado protege nuestro derecho al ambiente, siendo la mayoría de respuesta contrarias a esta afirmación, y en este cuadro se observa que la mayoría de la población encuestada considera que una institución perteneciente a la estructura del Poder ejecutivo del Estado pero en un nivel inferior si podría garantizar este derecho fundamental.

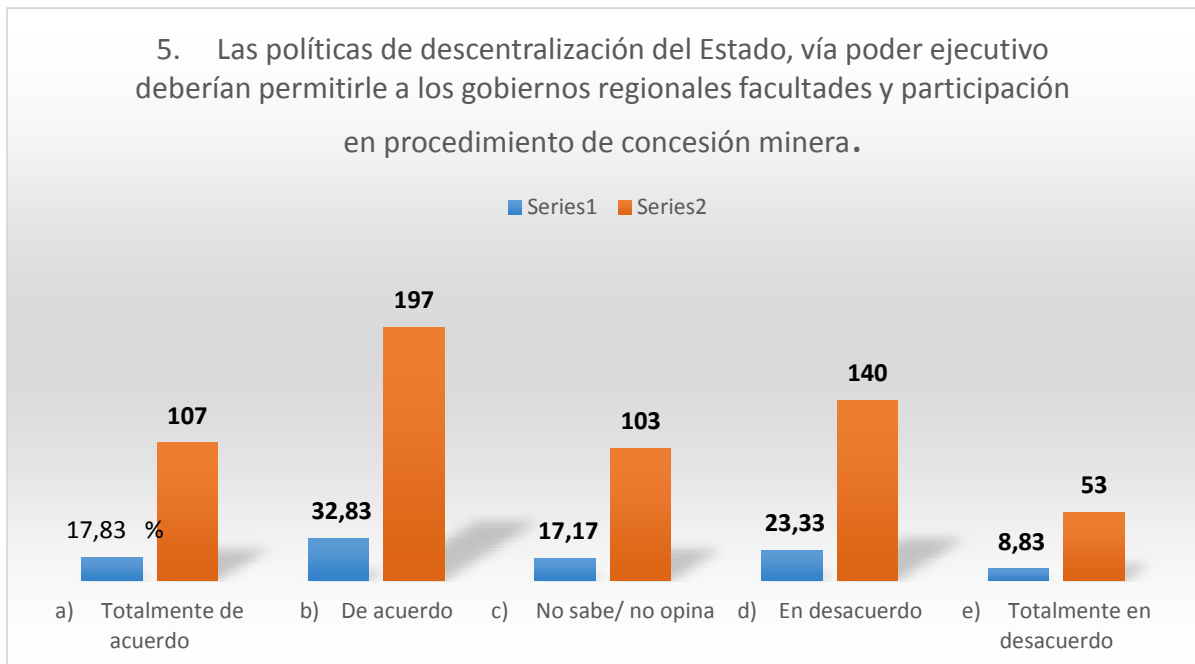
## CUADRO N°5

**TABLA N° 5**

5. Las políticas de descentralización del Estado, vía poder ejecutivo deberían permitirle a los gobiernos regionales facultades y participación en procedimientos de concesión minera.	%	CANTIDADES
a) Totalmente de acuerdo	17.83	107
b) De acuerdo	32.83	197
c) No sabe/ no opina	17.17	103
d) En desacuerdo	23.33	140
e) Totalmente en desacuerdo	8.83	53
	100 %	600

Fuente: Elaboración propia, encuesta agosto 2016

## GRAFICO N° 5



Fuente: Tabla n° 5

## DESCRIPCIÓN:

El cuadro 4° señala lo siguiente: *“Las políticas de descentralización del Estado, vía poder ejecutivo deberían permitirle a los gobiernos regionales facultades y participación en procedimientos de concesión minera”*. Del cuadro se desprende que existe un porcentaje alto de 17% que no opina ante la sugerencia, y un 17% que están totalmente de acuerdo con la media, apoyado de un 32.83% que está de acuerdo mientras que un total de 32% ha respondido estar en desacuerdo y totalmente en desacuerdo, siendo la suma de esta no superior a los que interpretan positivamente lo planteado.

La población encuestada tiene conocimiento de lo que es política de gobierno y política estatal, ya que es un tema común a la población; bajo nuestra perspectiva se considera que la descentralización de funciones a los gobiernos regionales es un tema en el que la mayoría de la población coincide o que al menos entiende como necesaria.

Posiblemente el porcentaje de las personas que respondieron no saber ni opinar respecto al tema se debe a que una gran parte de la población mantiene inmersa la idea de un desarrollo gubernamental presidencialista, el cual concentra el poder de desarrollo de políticas bajo su figura, mejor dicho, una gran parte de la población considera al presidente de la república como el único hombre de poder para establecer políticas estatales y desarrollarlas sin considerar a las instituciones como parte del proceso de realización y desarrollo de políticas estatales.

Se puede interpretar que la mayoría de los encuestados interpretan que se debería ampliar las facultades a los gobiernos regionales y que las políticas estatales deberían considerar a los gobiernos regionales como participantes del procedimiento de concesión minera.

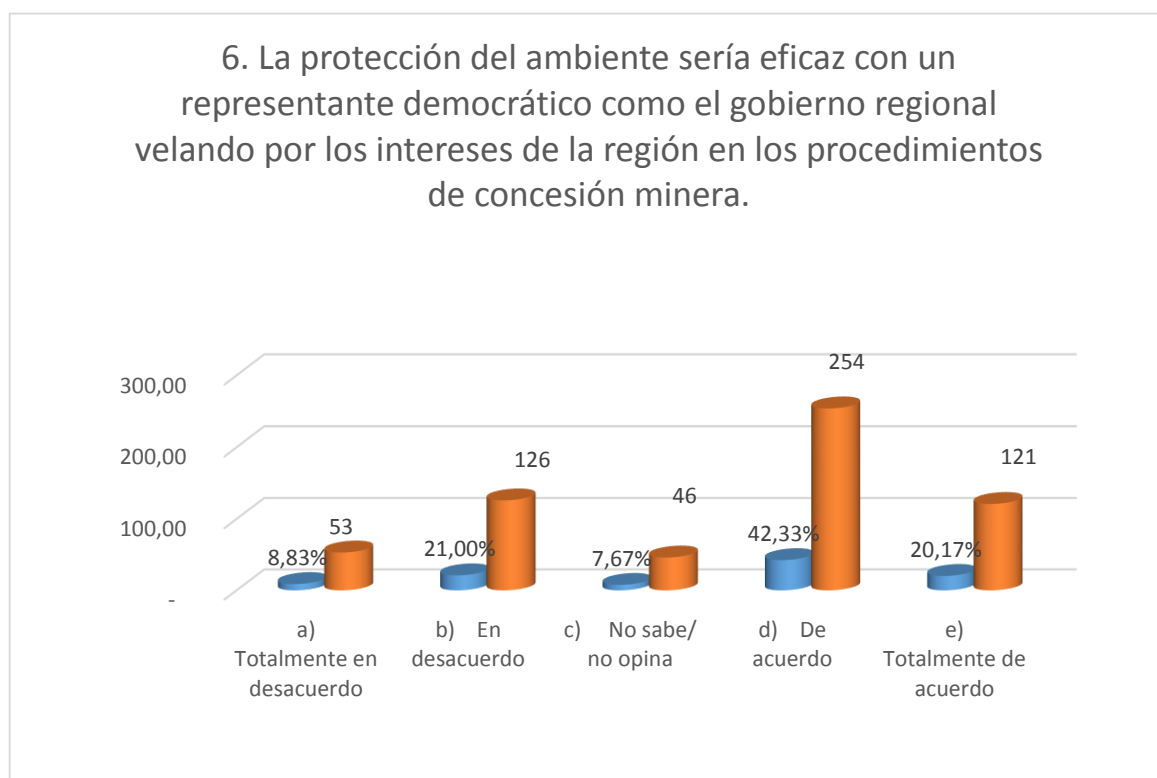
## CUADRO N° 6

### TABLA N° 6

6. La protección del ambiente sería eficaz con un representante democrático como el gobierno regional velando por los intereses de la región en los procedimientos de concesión minera.	%	CANTIDADES
a) Totalmente en desacuerdo	8.83	53
b) En desacuerdo	21.00	126
c) No sabe/ no opina	7.67	46
d) De acuerdo	42.33	254
e) Totalmente de acuerdo	20.17	121
	100.00	600

Fuente: Elaboración propia, encuesta agosto 2016

## GRAFICO N° 6



Fuente: Tabla n° 6



## DESCRIPCIÓN:

El cuadro número 6 infiere lo siguiente: *“La protección del ambiente sería eficaz con representantes democrático como el gobierno regional velando por los intereses de la región en los procedimientos de concesión minera”*, este supuesto propone una condición la cual propone la eficacia del ambiente o los recursos siempre y cuando la protección la realice un representante democrático que pueda justamente por su posición priorizar los intereses de la región ante una concesión minera.

El resultado de las encuestas señalan que el 20.17% se encuentra totalmente de acuerdo, el 42.33% se encuentra de acuerdo, mientras que el 21% está en desacuerdo y el 8.83% se encuentra totalmente en desacuerdo con lo establecido, un pequeño 7.6% no opina respecto al tema.

Por lo que se puede interpretar que los encuestados sienten que los gobiernos regionales deben proteger los intereses regionales y que estos podrían intervenir en los procedimientos de concesiones de gran minería justamente con la condición de proteger los bienes ambientales y los recursos naturales.

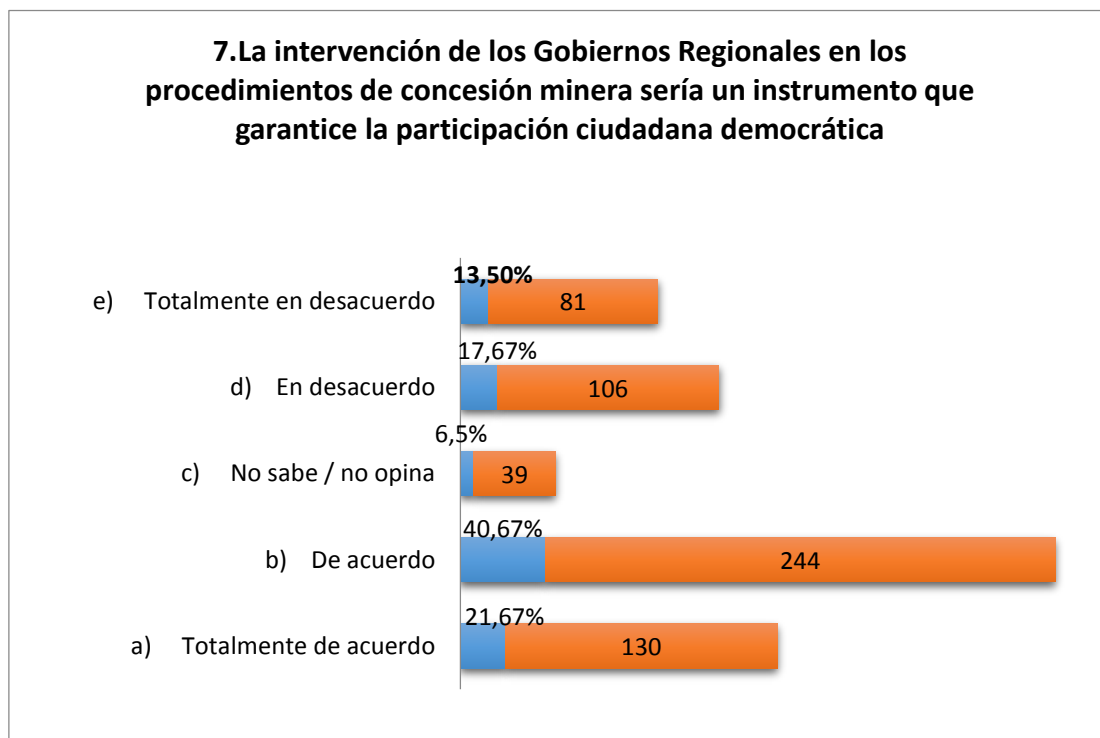
## **CUADRO N° 7**

### **TABLA N° 7**

7. La intervención de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera sería un instrumento que garantice la participación ciudadana democrática	%	CANTIDADES	
a) Totalmente de acuerdo	21.67	130	
b) De acuerdo	40.67	244	
c) No sabe / no opina	6.50	39	
d) En desacuerdo	17.67	106	
e) Totalmente en desacuerdo	13.50	81	
	100 %	600	

Fuente: Elaboración propia, encuesta agosto 2016

## **GRAFICO N° 7**



Fuente: Tabla n° 7

## DESCRIPCIÓN:

El cuadro número siete establece lo siguiente: “La intervención de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera sería un instrumento que garantice la participación ciudadana democrática”, en esta afirmación se encuentran dos factores, el primero es la palabra instrumento, y el segundo el conjunto de palabras participación ciudadana democrática; se entiende que para la percepción de la mayoría el instrumento es un objeto con el cual puedes realizar una acción, y en cuanto a participación ciudadana democrática se interpreta que los encuestados tienen conocimiento de un concepto básico de lo que implica una participación en democracia.

Ante lo expuesto, han respondido con un de acuerdo y totalmente de acuerdo un 62% de los encuestados, un aproximado a 30% entre los que no están de acuerdo y están totalmente en desacuerdo y un mínimo 6.5% que no opina respecto al tema.

Este cuadro tiene relación a la primera hipótesis específica en la cual se establece que con los gobiernos regionales participando en concesiones de gran minería, se fortalecería la democracia y justamente la participación ciudadana al ser ejercida fortalece la misma, puesto que se expresa la voluntad de los interesados en cualquier tema que se ponga en debate y estos mismos representan la voluntad de la mayoría, sin embargo, la propuesta de tesis incluye a los gobiernos regionales que también ejercen una representación democrática, por lo que su presencia bajo nuestra perspectiva y la de los encuestados, garantiza lo mencionado bajo su interpretación, una participación ciudadana democrática.

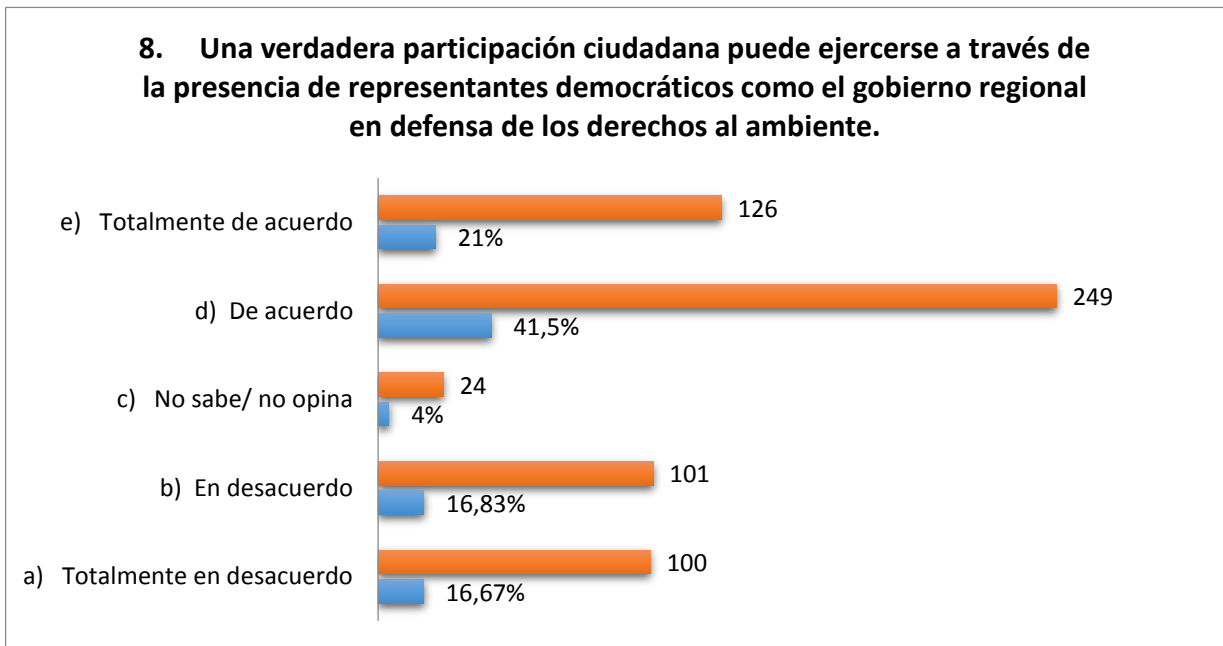
## CUADRO N°8

**TABLA N° 8**

8. Una verdadera participación ciudadana puede ejercerse a través de la presencia de representantes democráticos como el gobierno regional en defensa de los derechos al ambiente.	%	CANTIDADES
a) Totalmente en desacuerdo	16.67	100
b) En desacuerdo	16.83	101
c) No sabe/ no opina	4.00	24
d) De acuerdo	41.50	249
e) Totalmente de acuerdo	21.00	126
	100 %	600

Fuente: Elaboración propia, encuesta agosto 2016

## GRAFICO N° 8



Fuente: Tabla n° 8

## DESCRIPCIÓN:

En el presente cuadro número 8 se establece lo siguiente: *“Una verdadera participación ciudadana puede ejercerse a través de la presencia de representantes democráticos como el gobierno regional en defensa de los derechos al ambiente”*; en esta afirmación se relaciona nuevamente a la participación ciudadana indicando que para hacerla efectiva es necesario realizarla a través de representantes que puedan defender sus intereses y que estos pueden ser la defensa del ambiente; se entiende que esta sugerencia va en relación a la primera sub hipótesis en la cual se señala que con la presencia de los gobiernos regionales se fortalecerá la democracia y el cumplimiento del deber del Estado en la protección del ambiente.

Bajo lo expuesto, un 62% ha señalado estar de acuerdo y totalmente de acuerdo con lo establecido, mientras que un casi 33% no estaría de acuerdo y están totalmente en desacuerdo con lo planteado; un pequeño 4% del universo de encuestados no opina respecto al tema.

Se interpreta que la mayoría de los encuestados se encuentran cómodos con dotarle a representantes democráticos la defensa de su derecho al ambiente, y que encuentran en la institución del gobierno regional la idónea para ejercer esta defensa.

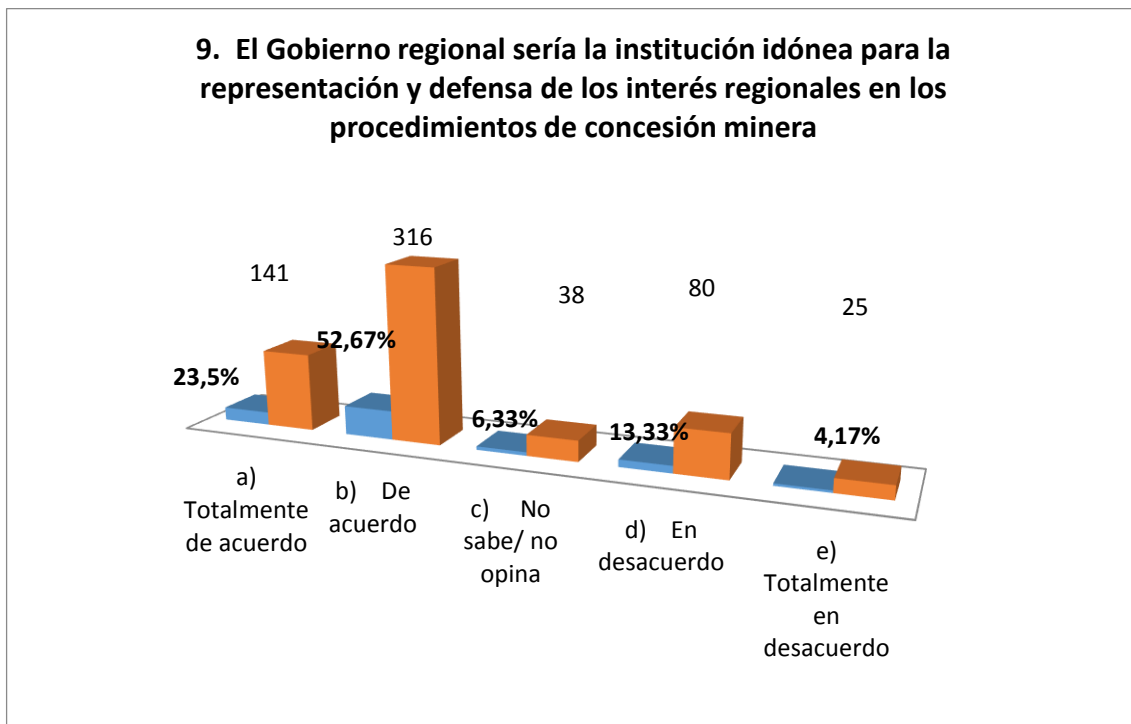
## CUADRO N°9

**TABLA N° 9**

9. El Gobierno regional sería la institución idónea para la representación y defensa de los interés regionales en los procedimientos de concesión minera	%	CANTIDADES
a) Totalmente de acuerdo	23.50	141
b) De acuerdo	52.67	316
c) No sabe/ no opina	6.33	38
d) En desacuerdo	13.33	80
e) Totalmente en desacuerdo	4.17	25
	100 %	600

Fuente: Elaboración propia, encuestas agosto 2016

## GRAFICO N° 9



Fuente: Encuesta agosto 2016

## DESCRIPCIÓN:

En el presente cuadro número 9 se establece lo siguiente: “*El Gobierno regional sería la institución idónea para la representación y defensa de los interés regionales en los procedimientos de concesión minera*”; tal como se señala en la descripción anterior, se considera que la mayoría de los encuestados coinciden en que el gobierno regional son los representantes idóneos para la defensa de los derechos ambientales, y en este cuadro se ha especificado cierto propósito como es el de los intereses regionales en los procedimientos de concesión minera.

En este cuadro, observamos que un 75% de los encuestados, han respondido en forma afirmativa a lo propuesto, es decir están totalmente de acuerdo y de acuerdo, en cambio un aproximado del 17% han optado por estar totalmente en desacuerdo y en desacuerdo, mientras que un 6.33% no opinan sobre el tema.

Los encuestados interpretan que los Gobiernos regionales podrían darle un mejor interés a la defensa del derecho al ambiente en situaciones de riesgo para los recursos o los bienes ambientales en casos en los que haya que lidiar con empresas que se dediquen al rubro minero

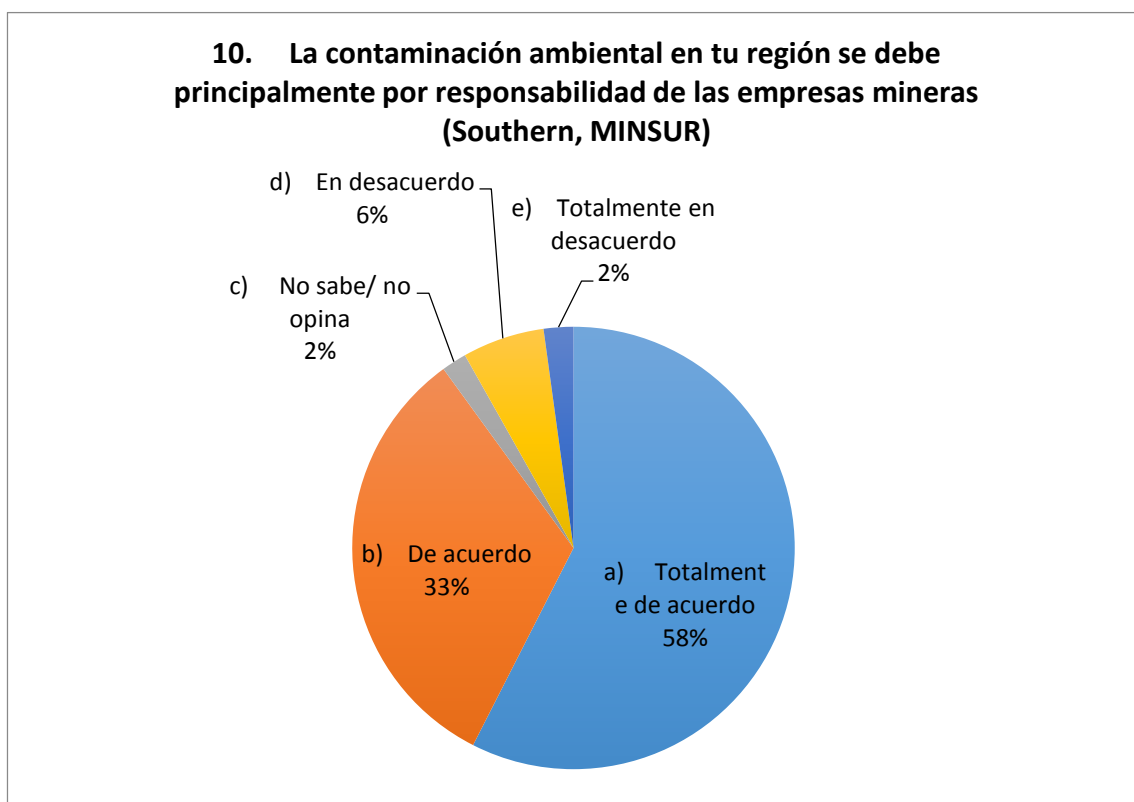
### **CUADRO N° 10**

**TABLA N° 10**

10. La contaminación ambiental en tu región se debe principalmente por responsabilidad de las empresas mineras (Southern, MINSUR)	%	CANTIDADES
a) Totalmente de acuerdo	57.50	345
b) De acuerdo	32.50	195
c) No sabe/ no opina	1.83	11
d) En desacuerdo	6.00	36
e) Totalmente en desacuerdo	2.17	13
	100 %	600

Fuente: elaboración propia, encuesta agosto 2016

**GRAFICO N° 10**



Fuente: encuesta agosto 2016



## DESCRIPCIÓN:

Del cuadro número diez, se infiere lo siguiente: “*La contaminación ambiental en tu región se debe principalmente por responsabilidad de las empresas mineras (Southern, MINSUR)*”, este supuesto de hecho sugiere responsabilizar a una empresa minera como el principal contaminante de los bienes ambientales de la región Tacna; este resultado es previsible, ya que hay contaminación en las costas del litoral de Ite, por la empresa SOUTHERN PERU tuvo como consecuencia una sanción y multa por que lo que los encuestados interpretan este supuesto como algo certero.

El resultado inferido de la muestra señala que el 91% de los encuestados están totalmente de acuerdo y de acuerdo con lo establecido, mientras que un 8% está totalmente en desacuerdo o en desacuerdo con lo establecido, y un 6% no sabe ni opina sobre el tema.

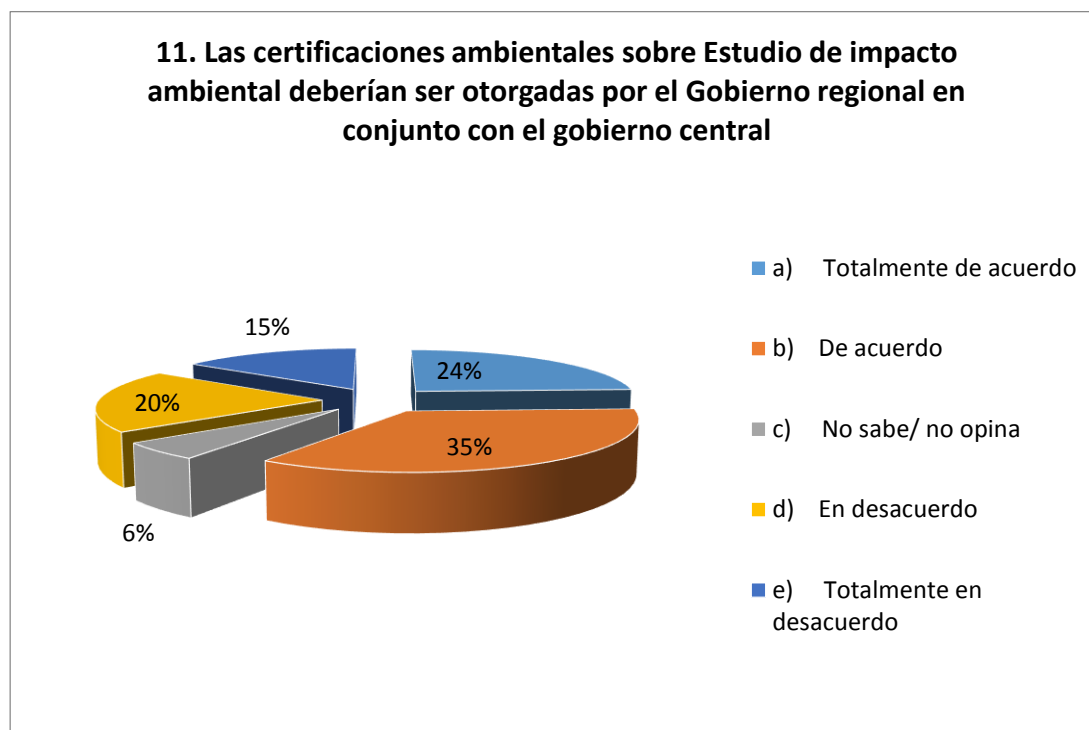
Estos casos en los que de por medio existe una contaminación visible, tangible para una región, ante la percepción de los ciudadanos de tal región la responsabilidad corre por cuenta de la empresa que desarrolla la actividad, sin embargo, los que entienden en un mayor grado el tema de contaminación ambiental coinciden en que la responsabilidad es bilateral, tanto del Estado como de las empresas mineras.

## CUADRO N° 11

### TABLA N° 11

11. Las certificaciones ambientales sobre Estudio de impacto ambiental deberían ser otorgadas por el Gobierno regional en conjunto con el gobierno central		CANTIDADES
	%	
a) Totalmente de acuerdo	24.33	146
b) De acuerdo	35.00	210
c) No sabe/ no opina	5.50	33
d) En desacuerdo	20.17	121
e) Totalmente en desacuerdo	15.00	90
	100.00	600

## GRAFICO N° 11



Fuente: Tabla N° 11

## DESCRIPCIÓN:

En el último cuadro número once, se ha establecido lo siguiente: “Las certificaciones ambientales sobre Estudio de impacto ambiental deberían ser otorgadas por el Gobierno regional en conjunto con el gobierno central”; en esta sugerencia se ha propuesto la posibilidad para los gobiernos regionales en revisar los estudios de impacto ambiental que presentan las empresas mineras a fin de que se les otorgue la concesión minera. Esta tarea la realizaría en conjunto con la institución a cargo de emitir la aprobación de la misma.

Aproximadamente un 60% de los encuestados han respondido estar de acuerdo y totalmente de acuerdo con lo señalado, mientras que un 35% está en desacuerdo y totalmente en desacuerdo, dejando un 5.5% que no tiene opinión sobre el tema.

Se ha planteado durante toda la investigación la presencia de los gobiernos regionales en los procedimientos de concesión minera, especificando dos ámbitos realizables, los cuales vendrían a ser la responsabilidad compartida en otorgar las concesiones mineras y la revisión de los instrumentos de gestión ambiental en la cual se pueden observar todos los detalles de los planes de desarrollo de la extracción bajo los parámetros de cuidado ambiental; entonces se concluye señalando que bajo nuestra perspectiva y la interpretación de la mayoría de los encuestados, las certificaciones podrían ser otorgadas por el gobierno regional en conjunto con el Ministerio de energía y minas.

**b) ENTREVISTA A UN ESPECIALISTA EN DERECHO AMBIENTAL SOBRE SU PERCEPCION SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN.**

Se realizó una entrevista al especialista en derecho ambiental, abogado David Chambi, a fin de conocer su opinión sobre el tema de investigación ya que por su experiencia cuenta con una visión amplia sobre las atribuciones actuales de los gobiernos regionales para su participación en concesiones de gran minería en defensa del derecho al ambiente.

Cabe destacar que el entrevistado, cuenta con experiencia laboral como representante del Gobierno regional de Tacna en audiencias entre las partes en conflicto respecto a temas ambientales.

Se realizó una entrevista al sociólogo tacneño, Hugo Claros Aro, actual especialista en estadística del Ministerio de Educación, con amplio conocimiento en conflictos sociales y en temas ambientales.

Se realizó además una entrevista al reconocido jurista constitucional, Alberto Borea Odría, en un encuentro con alumnos universitarios en la Universidad Privada de Tacna.

## 7.6. COMPROBACION DE LAS HIPOTESIS

### a) HIPOTESIS ESPECIFICA 1

La presencia de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera, fortalece la democracia y el cumplimiento del deber del Estado en garantizar el derecho al ambiente.

El cuadro número 2 establece que las amenazas al ambiente se deben a la ausencia de representantes democráticos (Gobierno Regional) en los procedimientos de concesión minera, por lo que el factor sobre representantes democráticos, implica un ejercicio básico de democracia como la elección, los resultados señalan que un 12.67% están totalmente de acuerdo, un 39.67% están de acuerdo, pero un 11% está totalmente en desacuerdo conjunto con un 33.50% en desacuerdo.

El cuadro número 7 establece que la intervención de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera debería constituir un instrumento que garantice y motive la participación ciudadana democrática, obteniendo como resultado un 21.67% que están totalmente de acuerdo, un 40.67% de acuerdo, pero 13.50% totalmente en desacuerdo, un 17.67% en desacuerdo; bajo lo expuesto la población considera como fortalecimiento de la democracia el ejercer una participación democrática no sólo en temas ambientales, sino en cualquier tema relacionado a derechos fundamentales y políticos.

El cuadro número 8 establece que una verdadera participación ciudadana puede ejercerse a través de la presencia de representantes democráticos como el gobierno regional en defensa de los derechos al ambiente, siendo el resultado de 21% de los encuestados señalando estar totalmente de acuerdo, el 41% de acuerdo y en oposición a lo dicho, el 16.67% en total desacuerdo, 16.83% en desacuerdo, y un 4.07% sin opinar sobre el tema; este resultado prueba lo señalado en el párrafo anterior.

En CONCLUSIÓN, se confirma la hipótesis, ya que los encuestados consideran que el fortalecimiento de la democracia tiene relación a una debida representación de un ente en defensa del derecho al ambiente, al ser un derecho difuso es necesaria tal figura.

**b) HIPOTESIS ESPECIFICA 2**

La presencia de los Gobiernos regionales en el procedimiento de concesión de gran minería, no reduce o altera los fines de descentralización de funciones y de bien común del Estado o sus políticas.

Observamos que en el cuadro número 3 se ha establecido que la descentralización de las funciones de Estado debería implicar la presencia de gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera, siendo el resultado de la encuesta que el 33% está totalmente de acuerdo, el 32% está de acuerdo, sin embargo, el 8% se encuentra totalmente en desacuerdo con lo establecido en conjunto a un 15% que está en desacuerdo y un 12% que no opina sobre el tema; con esto los encuestados en su mayoría entienden que la descentralización debería otorgarle a los gobiernos regionales un margen de presencia en los procedimientos de concesión minera.

El cuadro número 5, establece que las políticas de descentralización del Estado, vía poder ejecutivo deberían permitirle a los gobiernos regionales facultades y participación en procedimientos de concesión minera, dando como resultado que el 17.83% de los encuestados están totalmente de acuerdo, el 32.83% están de acuerdo, pero el 23.33% están en desacuerdo, el 8.83% están en totalmente en desacuerdo, y un 17.17% no sabe ni opina respecto al tema; debemos señalar que esta afirmación establecida en la encuesta es muy parecida a la del cuadro número 3, sin embargo en la presente afirmación se establece el factor de políticas estatales de descentralización.

Se CONCLUYE señalando que se CONFIRMA la presente hipótesis, puesto que los encuestados infieren que los Gobiernos regionales son parte de la descentralización y que su presencia en procedimientos de gran minería no es contraria a los fines del proceso de descentralización de funciones ni altera el bien común del Estado.

c) **HIPOTESIS GENERAL**

Con las atribuciones actuales los gobiernos regionales no podrían participar en los procedimientos de concesión de gran minería, para la defensa del derecho al ambiente.

La hipótesis general específica que en este presente las atribuciones con las que cuenta el gobierno regional no le permitirían participar en los procedimientos de concesión minera.

El cuadro número 4 nos señala que 48% estaría de acuerdo y un 7.67% está totalmente de acuerdo en otorgarle atribuciones a los gobiernos regionales en los procedimientos de concesión de gran minería, contra una oposición por parte de los encuestados que alcanza el 5.83% de personas en total desacuerdo y un 32.5% de personas en desacuerdo; siendo más del cincuenta por ciento los que estarían de acuerdo con la presencia de los gobiernos regionales en los procedimientos de concesión de gran minería.

A esto se suma lo observado en el cuadro 6 en el cual se establece que “La protección del ambiente sería eficaz con un representante democrático como el gobierno regional velando por los intereses de la región en los procedimientos de concesión minera”, al cual el 42.3% responde estar de acuerdo, el 20.17% responde estar totalmente de acuerdo, mientras que un 8.8% está totalmente en desacuerdo y un 21% está en desacuerdo, dejándonos un total de 62.20% que concuerdan en que debería ser eficaz la protección del ambiente o de los bienes ambientales naturales con la presencia de los gobiernos regionales en el procedimiento de concesión minera.

El cuadro número 9 infiere que “el Gobierno regional sería la institución idónea para la representación y defensa de los interés regionales en los procedimientos de concesión minera”, siendo el resultado de lo establecido que el 23.5% de los encuestados está totalmente de acuerdo, y un 52.67% se siente de acuerdo, mientras que un 13.33% de encuestados estaría en desacuerdo, y un 4.17% está totalmente en desacuerdo con lo señalado; un mínimo 6.33% no sabe ni opina sobre el tema.

El cuadro número 11, infiere que las certificaciones ambientales sobre Estudio de impacto ambiental deberían ser otorgadas por el Gobierno regional en conjunto con el gobierno central, lo que implica una atribución de responsabilidad sobre un tema específico a los gobiernos regionales, siendo el resultado de la encuesta el siguiente, el 24.33% se encuentra totalmente de acuerdo, el 35% se encuentra de acuerdo con lo establecido, mientras que el 20.17% opta por estar en desacuerdo en conjunto con un 15% que está totalmente en desacuerdo con lo establecido.

En CONCLUSIÓN, se CONFIRMA la hipótesis general en el sentido que los encuestados entienden que la presencia de los gobiernos regionales es necesaria, entendiendo ellos que por el momento la legislación no les otorga una presencia efectiva en los procedimientos para la defensa del derecho al ambiente adecuado.



# CAPITULO VIII

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 8.1. CONCLUSIONES:

Se arriba a las siguientes conclusiones en merito a la presente investigación.

**PRIMERA:** Sobre el desarrollo de la investigación, podemos concluir que bajo las atribuciones actuales los Gobiernos Regionales no cuentan con facultades a fin de participar en los procedimientos de concesión de gran minería por lo que parte de la sociedad siente que por la ausencia de un ente representativo democrático en los procedimientos de concesión minera se viene vulnerando su derecho al ambiente esto conforme a los instrumentos de comprobación y sus resultados en el que la mayor parte del universo de encuestados interpreta que los Gobiernos Regionales deberían participar.

**SEGUNDA:** De acuerdo a la comprobación de la segunda hipótesis se infiere que con la presencia de los Gobiernos regionales se garantiza un procedimiento de concesión minera de gran minería que implique un visible ejercicio democrático, ya que la población encuestada percibe que a través de la participación del gobierno regional se garantizaría una participación democrática ciudadana, lo que contribuye a los fines de un Estado social democrático fortaleciendo la democracia y gobernanza ambiental.

**TERCERA:** Del resultado obtenido de las muestras e investigación, se confirma que la población encuestada considera que en caso los Gobiernos Regionales participen en las concesiones de gran minería, no se alterarían los fines de descentralización de funciones y de bien común del Estado o sus políticas; en suma a lo señalado, consideramos lo expuesto por los especialistas en descentralización al establecer que los Gobiernos regionales como ente descentralizado del Gobierno central deberían ejercer facultades especiales en el cuidado de los recursos y bienes ambientales que estén directamente relacionados con el ejercicio de minería.

## 8.2. RECOMENDACIONES:

Se arriba a las siguientes recomendaciones en mérito a la presente investigación:

**PRIMERA:** Se recomienda a los Gobiernos Regionales solicitar la ampliación de facultades al Sistema de acreditación de los Gobiernos regionales y locales a cargo de la Secretaría de descentralización de la PCM, exclusivamente sobre la revisión de aspectos sociales, culturales, socioeconómicos e infraestructura en los Instrumentos de Estudio de impacto ambiental para proyectos de categoría III, en relación a concesión de gran minería, así como la facultad de ejercicio pleno de políticas regionales sobre el tema, presentando un Plan de desarrollo de capacidades institucionales y gestión de competencias y planes sectoriales de protección de recursos de la región.

Una vez habiéndose concretado la acreditación de facultades a los gobiernos regionales para la revisión de Estudios de Impacto ambiental, implicaría inmediatamente la vigencia de ciertas normas tal como se encuentra estipulado en:

El artículo 18° de la Ley N° 27446, del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto ambiental (LSNEIA, modificado por el decreto Legislativo N°1078, precisa que corresponde “a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia”, por la cual el artículo expuesto concretaría la presencia de los gobiernos regionales en los procedimientos de gobiernos regionales al emitir una certificación ambiental.

**SEGUNDA:** Se recomienda al Poder Ejecutivo, vía Ministerio del Ambiente plantear nuevas estrategias de integración institucional con la finalidad de establecer responsabilidades compartidas entre los Ministerios de Energía y Minas y el Ministerio del Ambiente con los Gobiernos Regionales, en cuanto a normatividad que ya viene siendo vigente, pero que no materializa una verdadera protección de los recursos naturales, ni una verdadera eficacia de la ley, entre ellos el artículo 59° de la Ley orgánica de Gobiernos Regionales el cual establece que son funciones específicas de los gobiernos regionales en materia de energía y minas e hidrocarburos a) “formular, aprobar, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los

planes y políticas en materia de energía, minas e hidrocarburos de la región en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales.(...)”; en adhesión el artículo 36° c) de la Ley de Bases de la descentralización en la que se establece como competencias compartidas entre el gobierno regional y el nacional, la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores de agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente”

**TERCERA:** Además de la recomendación a nivel social y político, se hace una propuesta legislativa la cual tiene como fin de modificar en parte el artículo 59°, adhiriendo un inciso de la Ley 27867, Ley orgánica de Gobiernos Regionales.

Por estas consideraciones se propone:

- 1) PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL INCISO I) EN EL ARTÍCULO 59° de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

## FÓRMULA LEGAL

### **ARTÍCULO 1. OBJETO DE LA LEY**

Mediante la presente ley se busca incorporar el inciso i) en el artículo 59° de la Ley N° 27867, Ley orgánica de Gobiernos Regionales, el cual limitaba la participación de Gobiernos regionales en sus funciones en materia de energía, minas e hidrocarburos.

### **ARTÍCULO 2.- INCORPÓRESE EL INCISO I) AL ARTICULO 59° DEL CAPITULO II DE LA LEY 27867, LEY ORGÁNICA DE GOBIERNOS REGIONALES**

Modifíquese por la presente ley el artículo 59° de la Ley N°27867, en los siguientes términos:

## Capítulo II Funciones específicas

### Artículo 59°.- Funciones en materia de energía, minas e hidrocarburos

- i) Participar en forma conjunta, bajo responsabilidad compartida con el Ministerio de Energía y Minas, en los procedimientos de concesiones para gran minería, con arreglo a ley.

### **ARTICULO 3.- VIGENCIA**

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial el Peruano.

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Bajo las actuales nuevas políticas gubernamentales de fortalecimiento de independencia de funciones administrativas, económicas y presupuestarias que el Estado implementa gradualmente para los Gobiernos regionales, se viene ampliando nuevas funciones en materias ya asumidas por el mismo ente pero a menor nivel de ejercicio al que desarrolla los Ministerios, tal es así que la norma anterior establecía que los Gobiernos Regionales solo tenían funciones para otorgar concesiones de pequeña minería y minería artesanal.

Es por esto que ante el principio de subsidiariedad el cual plantea que el gobierno cercano al lugar donde el problema reside, es el idóneo para darle solución eficaz e inmediata, es que, después de un debate político institucional, se ha llegado a la conclusión que los Gobiernos regionales pueden participar en forma responsable y compartida en las concesiones de gran minería.

Siendo cierto que los Gobiernos regionales deben fomentar las inversiones dentro de su territorio, es deber de ellos mismos ser parte de las concesiones de gran minería, por lo tanto se ha considerado pertinente modificar el artículo 59° adhiriendo el inciso i), ampliando las facultades de los Gobiernos regionales para participar activamente en concesiones mineras.

## **ANALISIS COSTO BENEFICIO**

La presente iniciativa genera un gasto operativo y de recursos humanos para el ente del Gobierno regional, pero este gasto implicaría una verdadera protección de los intereses regionales en materia ambiental, sin embargo debemos tener en cuenta que la presente modificación a la Ley de Gobiernos regionales tendría como consecuencia la posibilidad de reducir los proyectos mineros en paralización por conflictos socio ambientales, el cual viene generando una reducción en el presupuesto anual del Estado y de los propios Gobiernos Regionales.

Esta iniciativa ni contraviene alguna norma de mayor rango, sea así la Constitución, además que permitirá tener un reconocimiento de lo que significa un Estado Constitucional, en cumplimiento de los derechos fundamentales y de la materialización de nuestra Constitución Política Peruana.

# **BIBLIOGRAFIA**

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Teoría de los Derechos Humanos. Grijley, Lima (2011).
- ALEGRE CHANG Ada, Los derechos fundamentales, estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Gaceta jurídica. Lima (2011).
- ANDALUZ WESTREICHER Carlos, Manual de Derecho Ambiental editorial Proterra 2006.
- ATIENZA Manuel, Bioética, derecho y argumentación, editorial Palestra (2010).
- BLUME FORTINI, Ernesto, La constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos) (Ponencias peruanas al VIII congreso iberoamericano de derecho constitucional, editorial Grijley (2003).
  
- BOBBIO, Norberto, El positivismo Jurídico, editorial Debate, Madrid-España. (1993).
- BOBBIO, Norberto. De la razón de Estado al Gobierno democrático, Instituto Electoral y de Participación ciudadana.
- BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, editorial Themis, Bogotá-Colombia (2002).
- BOREA ODRÍA, Alberto. Derecho y Estado de Derecho. Tratado de derecho constitucional Tomo II. Editorial Monterrico.
- BOVERO, Michelangelo, Las condiciones de la democracia, Una teoría Neo-Bobbiana, Conferencia dictada el 08 de Noviembre del 2011.
- CALDERON VALVERDE Leonardo, Gaceta Jurídica revista, gaceta penal y procesal penal tomo 55 enero 2014, artículo, El delito de contaminación del ambiente (artículo 304 del Código penal).
- CANOSA USERA, Raúl. Constitución y medio ambiente. Jurista editores (2004).
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, Guía de Derecho Ambiental (2012).
- COMANDUCCI, Paolo, Formas de Neo constitucionalismo: un análisis metateórico. Isonomía n°16. (2012).
- CHANAME ORBE, Raúl, Comentarios a la Constitución, jurista editors (2009).

- CHARPENTIER, Silvia; HIDALGO, Jessica. Políticas ambientales en el Perú. Agenda editorial. (1999).
- DE ASIS ROIG, Rafael, escritos sobre Derechos Humanos, Ara editores, 2005
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, Violencia en los conflictos sociales, Informe defensorial Número 156, (2011).
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, Informe N°7, El Canon y la oportunidad para la inversión pública y el desarrollo humano. (2009).
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, Hacia una descentralización al servicio de las personas: Recomendaciones en torno al proceso de transferencia de competencias a los gobiernos regionales. Informe defensorial N°141 (2008).
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, Reporte de Conflictos Sociales N° 141.(2015)
- DORADO PORRAS, Javier, Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico, dikinson editorial (2004)
- FIGUEROA GUTARRA Edwin, Derecho Constitucional Tomo I, Estudio sistemático y comparado de los derechos Fundamentales de la Persona. Editorial San Marcos, 2012
- FONSECA TAPIA, César. Manual de derecho ambiental. Editorial adrus. 2010.
- FOY VALENCIA, Pierre, Gestión Ambiental y Empresa, editorial Rhodas 2012.
- FOY VALENCIA, Pierre, Ensayos Jurídicos Contemporáneos, Nuevo Testimonio de una huella académica. Consideraciones sobre la justicia ambiental en el sistema jurídico peruano. Ara editores, Lima (2008)
- FRIZ BURGA, Jhonny. Descentralización de los Gobiernos Regionales, Gobiernos locales. Centro Peruano de Investigación de proyectos, (2008).
- GALARZA CONTRERAS, Elsa. Ruta hacia el desarrollo sostenible del Perú, UP-centro de investigación (2002).
- GARCIA BELAUNDE, Domingo, LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA (algunos problemas contemporáneos), (Ponencias peruanas al VIII congreso iberoamericano de derecho constitucional, Sevilla, 3,4, y 5 de diciembre de 2003), Instituto Iberoamericano de derecho constitucional (sección peruana), editora grijley e.i.r.l. 2003, LIMA- PERU
- GUTIERREZ, Walter La Constitución Comentada análisis articulo por artículo, editorial Gaceta Jurídica reimpresión 2006.

- HABERLE, Peter, Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, (2003).
- HERVADA, Javier, Introducción crítica al Derecho Natural editorial Eunsa (2011)
- HERNANDO NIETO, Eduardo, Gaceta Jurídica, Doctrina Constitucional, Neoconstitucionalismo y teoría de la argumentación jurídica. 2008
- LANEGRA QUISPE, Iván. El ausente estado ambiental. Ediciones realidades (2008)
- LAMADRID UBILLUS, Alejandro, Derecho ambiental contemporáneo, crisis y desafíos, ediciones legales, primera edición marzo del 2011.
- LAMADRID UBILLUS, Alejandro, El uso del derecho penal para la protección del medio ambiente en España, editorial Cordillera. 2000
- LEGISLACION DE GOBIERNOS REGIONALES, La regionalización es una realidad, 1989, editorial INKARI E.I.R.L.
- LOPEZ LENCI, Gisella, Revista. LA LEY, el ángulo legal de la noticia, Año I, febrero, ejemplar número 8.
- MARIATEGUI, José Carlos, 7 ensayos de la interpretación de la realidad peruana. Editor Amauta s.a. (1988).
- MESA CUADROS, Gregorio, Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales, Colección Gerardo Molina, Universidad Nacional de Colombia, (2015).
- MESA CUADROS, Gregorio, Derechos ambientales en disputa; algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental, Colección Gerardo Molina, Universidad Nacional de Colombia (2015).
- MESIA RAMIREZ, Carlos, Exegesis del Código Procesal Constitucional, Tomo I, Gaceta Jurídica, (2012).
- NUÑEZ PAREDES Víctor Hugo, El poder y la descentralización, editorial Imart (2006).
- OROS CARRASCO, Rodolfo, El Derecho penal en la Era de la Postmodernidad, La Globalización y los derechos fundamentales, Editorial Grijely, (2014).
- PECES-BARRA, Martines G. Lecciones de Derechos fundamentales, editorial Dykinson (2004)
- PRIETO SANCHIS, Luis, Derechos fundamentales y neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra editores, 2002.



- POZZOLO Susanna, Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, Palestra editores, (2011)
- POLO G. Luis Felipe. Fundamentos Filosóficos de los derechos Humanos. (2000).
- RIVAS, Pedro, Natura, Ius, Ratio, Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada, Ara editores, (2005)
- RUBIO CORREA Marcial, ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA 1993, fondo editorial PUCP, (1999).
- RUBIO CORREA Marcial, Derecho y Estado de Derecho, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, editorial Monterrico.
- RUBIO CORREA, Marcial, El sistema jurídico Introducción al derecho, Décima edición. Fondo editorial PUCP. (2009)
- SAN MARTIN VILLAVERDE, Diego, El daño ambiental, editores Grijley, 2015.
- VALLS, Mario Francisco, Manual de Derecho Ambiental, editorial Ugerman, 2001.
- VANDANA SHIVA, Las guerras del agua, privatización, contaminación y lucro. Siglo veintiuno editores. India
- VERA ESQUIVEL, Germán, Definición del Derecho Internacional del Medio Ambiente, Ara editores (2011)
- VERA ESQUIVEL, Germán, Negociando nuestro futuro común, el derecho internacional y el medio ambiente en el umbral del nuevo milenio, editorial PUCP, (1998).

## BIBLIOGRAFIA ELECTRONICA

- Página web del Ministerio del ambiente, Página web Manual de la legislación ambiental patrocinada por el Ministerio del ambiente del Perú disponible en: [[http://www.legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4&Itemid=1919](http://www.legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=1919)] revisado el 12/7/15 a las 10:29.
- Página web del frente universitario Peronista de la Universidad de Buenos Aires, disponible; [<http://federacionuniversitaria71.blogspot.com/2008/09/historia-del-derecho-ambiental.html>] revisado en fecha 13/7/15 hora: 11:54 pm
- Página web de Perú 21. De fecha 21 de mayo del 2015, Nota periodística disponible en: [<http://peru21.pe/politica/tia-maria-inician-investigacion-preliminar-contrajueza-janet-lastra-2219264>], revisado el 27/07/15.
- Página web, La primera digital. Medio informativo de prensa, nota llamada Minería y conflicto por el agua escrito por Carlos Bedoya, Disponible en : [[http://www.diariolaprimeraperu.com/online/economia/mineria-y-conflicto-por-el-agua\\_70966.html](http://www.diariolaprimeraperu.com/online/economia/mineria-y-conflicto-por-el-agua_70966.html)].
- Página web de monografías. Com, Monografía compartida por Victor Hugo Tijada Tacuri, Disponible::<<http://www.monografias.com/trabajos68/contaminacion-agua-peru/contaminacion-aguaperu2.shtml#ixzz3iMSWCfhE>>, consulta realizada: 29/08/15. Hora: 6:27 PM.
- Página web del diario LA REPUBLICA, noticia de prensa realizada por Liz Ferrer Rivera, edición impresa del 29 de mayo del 2105, <<http://larepublica.pe/impresa/sociedad/3887-investigacion-presidente-de-southern-por-impacto-ecologico-en-bahia-de-ite>>. Consulta realizada el 15/08/2105. Hora: 11:29 p.m.
- Página virtual de la biblioteca de la Universidad Mayor de San Marcos, disponible: <<http://biblioteca.unmsm.edu.pe/RedLieds/Recursos/archivos/Legislacion/Peru/ley26834.pdf>>, revisada, el 1/1/15, Hora, 12:21 PM.
- Datos extraídos del portal youtube, video ejecutado por la Siranp Tacna y el Gobierno Regional Tacna, revisado el 1/1/15, a las 5:20 p.m. <<https://www.youtube.com/watch?v=wDuz3lvQFtl>>.
- Página web de la radio RPP, publicado el 29 de Enero del 2013, disponible en: <<http://www.rpp.com.pe/2013-01-29-tacna-pobladores-se-movizaron-contr>

minsursin-el-paseo-de-la-bandera-noticia\_562359.html>, consulta realizada el 16/08/2015. Hora 12:21 a.m.

- Página web de Doriz Balbín Días, abogada defensora en gestión ambiental cuya página está disponible en: <https://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/training-for-lawyers-7.pdf>. Hora y fecha de consulta 1:07 A.M. 17/07/15
- Página web del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca-Chile. Autor José Ignacio Nuñez Leiva, Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario, Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, artículo jurídico ubicado en formato PDF, [En Línea] página web consultada < [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_04/n\\_08/Vol4N8A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf) >, fecha de consulta: 23 de diciembre del 2014.
- Video de la Página Youtube, denominado “Constitucionalimo” Subido por Educativa, Contenido [EN Línea], Página web Consultada < <https://www.youtube.com/watch?v=IGs92V-vGYw> >, Fecha de Consulta: 03 de octubre del 2015.
- Pagina web del Instituto de Política Constitucional, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Neoconstitucionalismo, autor Alonso Santiago; fecha 03 de abril del 2008; [En Línea] artículo en formato PDF. consultada <<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> >, fecha de consulta el día 16 de octubre del 2014.
- Blog de la Clase de Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana de la República de Santo Domingo, Artículo jurídico [En Línea], Página web consultada <<http://derechoconstitucionalunibe.blogspot.pe/2015/09/elconstitucionalismo.html> >, Fecha de consulta: 20 de septiembre del 2015.
- Página Web de la Universidad de Alicante. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 34 (2011), Revista en Formato PDF. Página web consultada <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32780/1/Doxa\\_34.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32780/1/Doxa_34.pdf)>.
- Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea]

Página web <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.

- Citado por OSPINA RENDÓN, Juan Carlos, Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho, Ponencia Presentada ante el IV congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, realizado en la ciudad de Pasto, Departamento de Nariño, País Colombia; marzo 2008; [En Línea] artículo jurídico en formato WORD, página web consultada <<http://www.maximogris.net/cgi-sys/suspendedpage.cgi> >, fecha de consulta 19 de octubre del 2014.
- Neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico según Comanducci, publicado el 18 de agosto del 2015 [archivo en video] Web Youtube.<<https://www.youtube.com/watch?v=KBOhH6FiXeU&feature=youtu.be>>; Fecha de consulta: 02 de septiembre del 2015.
- Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página consultada <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.
- Jurisprudencias extraídas del Blog de Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, catedrático de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Especialista en Derecho Constitucional, Título del artículo Jurídico “El Neoconstitucionalismo y desarrollo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, publicado el viernes, 08 de mayo del 2013 [En Línea] Página web consultada <<http://carlosmanuelvaldiviarod.blogspot.pe/2013/03/el-neoconstitucionalismo-y-desarrollo.html>>, Fecha de Consulta: 03 de octubre del 2015.
- ARROYO JIMENEZ, Luis (PONDERACION, PROPOCIONALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO) [En Línea] Artículo alojado en la Revista para el Análisis del Derecho INDRET N°33 Año 10. Disponible : <[www.indred.com](http://www.indred.com)> ; fecha de consulta 23 noviembre 2014.
- MORALES MONCAYO, Esteban (Ensayo sobre Ponderación) [En Línea] Artículo Alojado en SCRIBT .Disponible: <[www.script.com](http://www.script.com)>; fecha de consulta el 23 noviembre del 2014.

- Moises Nilve (Traducción del libro de Hans Kelsen “TEORIA PURA DEL DERECHO”) Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 163 y ss. –capítulo X–; cabe c. asimismo, [En Línea]. Biblioteca Jurídica Virtual, Teoría pura del derecho, 2ª. Ed Kelsen, Hans, trad. Vernengo, Roberto J., página web consultada < [www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039](http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039) > fecha de consulta el 22 noviembre del 2014.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, PONDERACION CONSTITUCIONAL [En Línea] Artículo Alojado en **JURIDICA 239, El Peruano publicado el 24 de febrero de 2009 Disponible:**  
<<http://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/08/31/ponderacion-constitucional/>>, fecha de consulta 20 de noviembre 2014.
- Contenido extraído de la Página oficial de la Organización de las Naciones Unidas [En línea] consultada:<<http://www.un.org/es/rights/overview/>>, Fecha de consulta: 30 de septiembre del 2015.
- Blog denominado Antropología y Derechos Humanos, Autores del artículo LOPEZ MARTINEZ, Liliana, HERNANDES, Eduardo; BARRANCO VERA, Luz Alejandra; CASTAÑEDA PEREZ, Diana Alejandra: [En Línea] Página consultada:<<http://antropologiaderechoshumanos.blogspot.pe/2011/03/como-surgieron-los-derechos-humanos.html>>, Fecha de consulta: 25 de septiembre del 2015.
- BASTIDA, Francisco; Villaverde Ignacio, Requejo Paloma, Presno Miguel Angel, Aláez Benito, Saratosa Ignacio; Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Publicado en la Editorial Tecnos, Madrid 2004; Libro en Formato PDF, página web consultada < [www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF](http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF) > ; fecha de consulta : 04 de febrero del 2015.
- Extracto del Libro extraído de la Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Libro en Formato PDF [En Línea] Página web consultada: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2217/8.pdf>>, Fecha de Consulta: 24 de septiembre del 2015.
- Página web de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 30 años trabajando por los Derechos Humanos en el Perú[En Línea]Página web consultada: < <http://derechoshumanos.pe/2008/11/a-60-anos-de-la->

declaracion-universal-de-derechos-humanos-2/> Fecha de Consulta: 15 de octubre del 2015.

- Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea] Página web <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015.
- José Humberto Ruiz Riquero, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Titulada “ La Aplicación de la Teoría del Precedente Vinculante Norteamericano en el Perú y sus Repercusiones Jurisprudencias”, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Noviembre 2012, Contenido en Formato PDF [En Línea] Página <[http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL\\_Ruiz\\_Riquero\\_Jos%C3%A9.pdf](http://tesis.usat.edu.pe/jspui/bitstream/123456789/95/1/TL_Ruiz_Riquero_Jos%C3%A9.pdf)> Fecha de consulta: 10 de octubre del 2015.
- Contenido extraído del Blog del autor FIGUEROA GUTARRA, EDWIN; Artículo jurídico denominado “Neoconstitucionalismo e Interpretación Constitucional, ¿Hacia nuevos horizontes en el Derechos?”, Página <<https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>>, Fecha de Consulta 20 de junio del 2013.
- Página Web del Comité Directivo Estatal de Líderes Juaristas de Nuevo León, artículo titulado ¿Qué es un Estado Constitucional?, autor José Roberto Salinas Padilla; Página web consultada <[http://lideresjuaristasnuevoleon.mex.tl/blog\\_14401\\_--QUE-ES-UN-ESTADO-CONSTITUCIONAL--.html](http://lideresjuaristasnuevoleon.mex.tl/blog_14401_--QUE-ES-UN-ESTADO-CONSTITUCIONAL--.html)>; [Fecha de consulta el día 05 de septiembre del 2014].
- GIL RENDON, Raymundo, artículo jurídico titulado “El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos”, se encuentre en línea <<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/estadoconstitucionaldederechoylo sderechoshumanos.pdf>> contenido en formato PDF. [Fecha de consulta el día 05 de septiembre del 2014]
- Video de la Conferencia dictada en el marco del Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos humanos, Universidad FAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto del 2009 [En Línea]

Página web <<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>>, Fecha de consulta: 03 de septiembre del 2015

- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y justicia, artículo jurídico en formato PDF, se encuentra en el Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [En Línea] página web consultada < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf> >, fecha de consulta el día 12 de octubre del 2014.
- POZO CABRERA, Enrique, El Estado Constitucional de Derecho y Justicia; artículo jurídico ubicado en Apuntes Jurídicos; contenido [En línea], página <[http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/1348\\_DOC\\_884\\_DOC\\_dr.Pozo.pdf](http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/1348_DOC_884_DOC_dr.Pozo.pdf)>, fecha de consulta : 23 de diciembre del 2014
- VELASQUEZ RAMÍREZ, Ricardo, Fundamentos Jurídicos de Estado Constitucional, Apuntes de las clases del Diplomado de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, artículo jurídico [En Línea], en formato Word; página web consultada < [https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=0CE4QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.uigv.edu.pe%2Fdiplomadoderecho%2FFUNDAMENTOS\\_JURIDICOS\\_DEL\\_ESTADO\\_CONSTITUCIONAL.doc&ei=FYqhVPabNcTuggSbzYHoDA&usg=AFQjCNFaq-TlavVTsW4pumuU5Pd0q3swnQ&sig2=oZGeJFfZOLrrOGin4s54Kw&bvm=bv.82001339,d.eXY](https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=0CE4QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.uigv.edu.pe%2Fdiplomadoderecho%2FFUNDAMENTOS_JURIDICOS_DEL_ESTADO_CONSTITUCIONAL.doc&ei=FYqhVPabNcTuggSbzYHoDA&usg=AFQjCNFaq-TlavVTsW4pumuU5Pd0q3swnQ&sig2=oZGeJFfZOLrrOGin4s54Kw&bvm=bv.82001339,d.eXY) > , fecha de consulta: 26 de diciembre del 2014.
- LANDA ARROYO, CÉSAR, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año 2010, artículo jurídico [En Línea] en formato PDF, página web consultada < [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_20853-1522-4-30.pdf?101111144745](http://www.kas.de/wf/doc/kas_20853-1522-4-30.pdf?101111144745)>, fecha de consulta : 26 de diciembre del 2014.
- Javier Hervada, (2005) Concepción clásica del derecho natural, Conferencia realizada en Italia en el año 2005, video localizado en youtube en la página <https://www.youtube.com/watch?v=ROQXmyvmHpA>>, visto el 12/6/2016, a las 6:00 p.m.
- Gustavo Bueno, Conferencia sobre derecho natural, realizada en Oviedo, España, en el año 2012, cuyo video se encuentra en la siguiente página web: < <https://www.youtube.com/watch?v=ROQXmyvmHpA>>, revisado el 12/06/2016 a las 6:00 pm.

- Página web. Enfoque del derecho, de la revista Themis. Artículo realizado por Gino Rivas Caso, estudiante de la PUCP en el año 2012. Disponible <<http://enfoquederecho.com/canon-minero-de-como-lograr-una-mejor-distribucion-de-la-riqueza-generada-ii/>>
- Página Web del Instituto de Estudios Peruanos, Una mirada al proceso de descentralización después del primer año de gobierno de Ollanta Humala, argumentos revista de análisis y crítica. Realizado por Patricia Quiñones, disponible en:  
[http://www.revistargumentos.org.pe/proceso\\_de\\_descentralizacion.html](http://www.revistargumentos.org.pe/proceso_de_descentralizacion.html).  
1/12/14. Hora: 11:00 p.m.
- Página web del Estado Peruano, acuerdo nacional para crecer, disponible EnLinea.<http://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/i-democracia-y-estado-de-derecho/8-descentralizacion-politica-economica-y-administrativa-para-propiciar-el-desarrollo-integral-armonico-y-sostenido-del-peru/>.revisada el 30/11/14, hora 11:34 PM.
- Página web de la Revista Themis, EnfoqueDerecho.com, publicación de andres Dulanto Tello, realizada el 16 de diciembre del 2010, disponible en <<http://enfoquederecho.com/descentralizacion-medio-ambiente-y-participacion-ciudadana-%C2%BFconceptos-conjugables/>>. Revisado el 21/1/15.
- Página web de la ONG, Cooperación, acción solidaria para el desarrollo. Artículo denominado, Actualidad Minera en el Perú <http://cooperacion.org.pe/main/images/BoletinAMP/BOLETIN%20MAYO2015.pdf>, consulta: 05/07/16.
- Página web del observatorio de conflictos mineros en el Perú, Informe N° 18, <http://www.conflictosmineros.org.pe/?q=reportes/13/07/2016/18-observatorio-de-conflictos-mineros-en-el>, revisado el 17/7/16. Hora: 11.22 a.m.
- Página web de RADIOUNO <http://radiouno.pe/noticias/44491/eps-perdio-contra-minsur-ante-tc>,
- Página web de RADIOUNO, análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, eps contra minsur <http://www.radiouno.pe/w/pdf/44491.pdf> ,



## SENTENCIAS CONSULTADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril del 2005, derivada del expediente N°0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.
- Sentencia del TC N°0048-2004-PI/TC, fundamento n° 28
- Sentencia N°03343-2007-PA/TC.
- Sentencia del TC, recaída en el exp. N° 1206-2005-PA/TC, fundamento 12°.
- Expediente 1042-2002-AA/TC, publicado en la gaceta Jurisprudencia del diario oficial el Peruano (10 de octubre 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Expediente N° 02273-2005-PH/TC, Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanilla.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 10087-2005-PA/TC

## DOCUMENTOS PUBLICOS CONSULTADOS

- Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Conferencia de naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972).
- Documento de la Organización de las Naciones unidas. Recursos naturales de los países en desarrollo, investigación, explotación y utilización. Departamento de asuntos económicos y sociales.
- Documento elaborado por el Instituto Peruano de Economía. Miguel Palomino Bonilla, Patricia Pérez Malca, Paula Castillo Vera, Piero Ortiz Chávez (2015) *El costo económico de la no ejecución de los proyectos mineros por conflictos sociales y/o trabas burocráticas. Junio 2015.*
- Plan de Gobierno del Partido Político, Peruanos por el Kambio, en los comicios electorales presidenciales del 2016.
- Ministerio de Energía y Minas. *Anuarios Estadísticos 2004-2014.*
- Documento elaborado por la SENARGEOMIN, Instituto Chileno, Información General sobre Minería.
- Plan Nacional de Acción Ambiental, PLANAA-PERU, 2011-2021, 2da. Edición, elaborado por el Ministerio del Ambiente.
- Plan de descentralización, Gobierno nacional 2012-2016. Elaborado por la Presidencia de Consejo de Ministros, Secretaria de descentralización. Año 2012.

- Tesis: La severidad de la Política Criminal como expresión del Derecho Penal del Enemigo, y el paradigma del Estado Constitucional, en Tacna-2015”, realizada por Abog. María José Febres Espinoza.
- Tesis: Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso judicial de amparo realizado por Luis Alberto Huerta Guerrero en Lima-Perú, 2012.

# ANEXOS

## CUESTIONARIO Nº 01 DIRIGIDO A LA POBLACIÓN EN GENERAL

### **SOBRE LAS ATRIBUCIONES DE LOS GOBIERNOS REGIONALES Y SU PARTICIPACIÓN EFECTIVA EN DEFENSA DEL DERECHO AL AMBIENTE EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE GRAN MINERÍA, EN TACNA, DISTRITO TACNA 2015.**

#### **INSTRUCCIONES**

El presente cuestionario es totalmente anónimo. Se pretende investigar la percepción ciudadana sobre el tema que detalla el título del presente cuestionario. Por favor respecto de las afirmaciones muestre su opinión.

Fecha: \_\_/\_\_/\_\_ Edad: \_\_\_\_ Sexo: Masculino \_\_\_\_ o Femenino\_\_

1. El Estado protege nuestro derecho al ambiente
  - a) Totalmente de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No sabe/ no opina
  - d) En desacuerdo
  - e) Totalmente en desacuerdo
  
2. Las amenazas al ambiente se deben a la ausencia de representantes democráticos (Gobierno Regional) en los procedimientos de concesión minera.
  - a) Totalmente en desacuerdo
  - b) En desacuerdo
  - c) No sabe/ no opina
  - d) De acuerdo
  - e) Totalmente de acuerdo
  
3. La descentralización de las funciones de Estado debería implicar la presencia de gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera.
  - a) Totalmente de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No sabe/no opina
  - d) En desacuerdo
  - e) Totalmente en desacuerdo
  
4. La presencia de los gobiernos regionales en procedimientos de concesión minera garantizaría la defensa del derecho constitucional al ambiente.
  - a) Totalmente en desacuerdo
  - b) En desacuerdo
  - c) No sabe/no opina
  - d) De acuerdo
  - e) Totalmente de acuerdo

5. Las políticas de descentralización del Estado, vía poder ejecutivo deberían permitirle a los gobiernos regionales facultades y participación en procedimientos de concesión minera.
  - a) Totalmente de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No sabe/ no opina
  - d) En desacuerdo
  - e) Totalmente en desacuerdo
  
6. La protección del ambiente sería eficaz con un representante democrático como el gobierno regional velando por los intereses de la región en los procedimientos de concesión minera.
  - a) Totalmente en desacuerdo
  - b) En desacuerdo
  - c) No sabe/ no opina
  - d) De acuerdo
  - e) Totalmente de acuerdo
  
7. La intervención de los Gobiernos Regionales en los procedimientos de concesión minera sería un instrumento que garantice la participación ciudadana democrática
  - a) Totalmente de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No sabe / no opina
  - d) En desacuerdo
  - e) Totalmente en desacuerdo
  
8. Una verdadera participación ciudadana puede ejercerse a través de la presencia de representantes democráticos como el gobierno regional en defensa de los derechos al ambiente.
  - a) Totalmente en desacuerdo
  - b) En desacuerdo
  - c) No sabe/ no opina
  - d) De acuerdo
  - e) Totalmente de acuerdo
  
9. El Gobierno regional sería la institución idónea para la representación y defensa de los interés regionales en los procedimientos de concesión minera
  - a) Totalmente de acuerdo
  - b) De acuerdo
  - c) No sabe/ no opina
  - d) En desacuerdo
  - e) Totalmente en desacuerdo

10. La contaminación ambiental en tu región se debe principalmente por responsabilidad de las empresas mineras (Southern, MINSUR)

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) No sabe/ no opina
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

11. Las certificaciones ambientales sobre Estudio de impacto ambiental deberían ser otorgadas por el Gobierno regional en conjunto con el gobierno central

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) No sabe/ no opina
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

## ANEXO N° 2

### FICHA DE ENTREVISTA

Entrevista realizada .....

Las atribuciones actuales de los gobiernos regionales en concesión de gran minería, es uno de los temas trascendentales con respecto a protección ambiental en estos días; muchos conflictos socio ambientales se generan a partir de la limitada participación de la ciudadanía y en la reducida información de los instrumentos de Estudio de impacto ambiental.

Los conflictos socio ambientales han ido aconteciendo progresivamente desde el 2004 hasta el presente año. Y a la par el acuerdo nacional, consensuó la descentralización de funciones en diferentes materias que sólo le competían al gobierno central; entre estas materias la concesión de gran minería ha permanecido bajo la dirección exclusiva del gobierno central mediante el Ministerio de Energía y Minas, por lo que las regiones, (que es dónde se realiza la minería), han visto sus posibilidades de exigencia del derecho al ambiente casi nulas.

1.- ¿Considera necesaria la presencia de los gobiernos regionales en la concesión de gran minería como representantes de la sociedad civil que sufrirían el impacto ambiental por el proyecto minero?

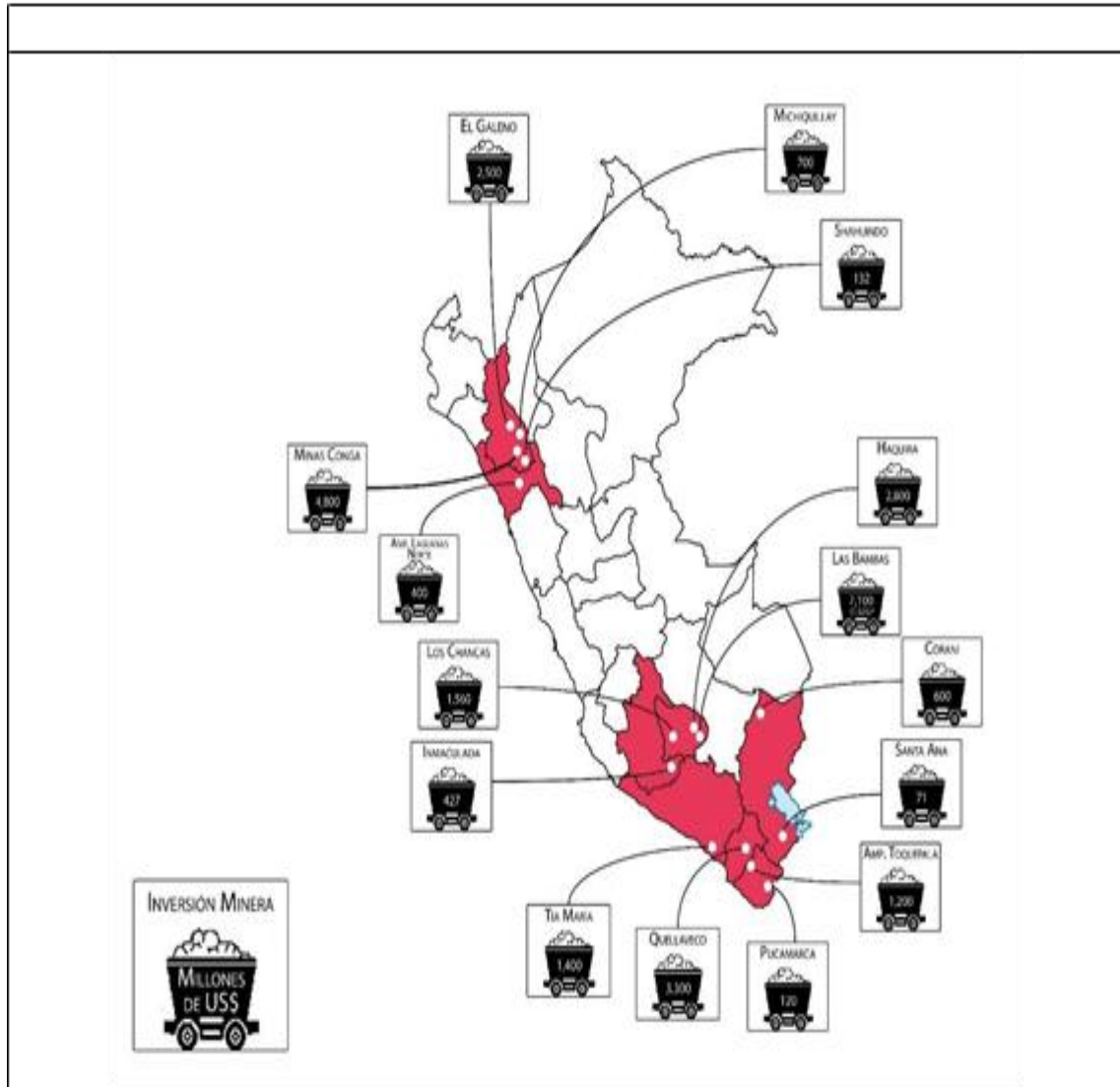
2.- ¿Considera que con la intervención de los gobiernos regionales en la concesión de gran minería, podría el Estado garantizar una protección ambiental de los recursos y de los derechos ambientales de los ciudadanos?

3.-En el marco de la descentralización de funciones ¿influiría negativamente la posibilidad de facultades de los gobiernos regionales de revisión de Estudios de Impacto Ambiental para el proceso de descentralización del Estado?

4.- ¿Considera como un aporte democrático en cuanto a participación ciudadana si se concreta la intervención de los Gobiernos regionales como representantes de la población en el procedimiento de concesión de gran minería?

5.- ¿La ausencia de los Gobiernos regionales tiene relación directa con los conflictos socio ambientales?

MAPA DE PROYECTOS MINEROS NO EJECUTADOS. Véase página n° 289





#### ANEXO N° 4

Entrevista al especialista ambiental, Abogado, Magister en derecho ambiental, DAVID CHAMBE, el día 10 de Agosto en la Plaza Zela, aproximadamente a las 10:00 am.

1.- ¿Considera necesaria la presencia de los gobiernos regionales en la concesión de gran minería como representantes de la sociedad civil que sufrirían el impacto ambiental por el proyecto minero?

No, en el presente los Gobiernos Regionales, no deberían ser los representantes de la sociedad en general en asuntos mineros, puesto que las experiencias previas han demostrado que no están en la capacidad política de poder asumir tal responsabilidad y riesgo al mismo tiempo, ya que estos políticos no han alcanzado aceptación en temas de diferentes sectores, menos podrían serlo en aspectos mineros los cuales son difíciles de tratar.

2.- ¿Considera que con la intervención de los gobiernos regionales en la concesión de gran minería, podría el Estado garantizar una protección ambiental de los recursos y de los derechos ambientales de los ciudadanos?

Considero que podrían ayudar a establecer métodos de fiscalización en materia ambiental, el medio ambiente es muy amplio, y se requiere de aspectos técnicos para poder intentar protegerlo, con respecto a minería el recurso del agua no es el único que corre peligro, es también el aire la fauna y la flora, por lo que el Gobierno regional podría ayudar, pero lamentablemente no pueden por el momento coordinar con el Ministerio del ambiente más funciones.

3.-En el marco de la descentralización de funciones ¿influiría negativamente la posibilidad de facultades de los gobiernos regionales de revisión de Estudios de Impacto Ambiental para el proceso de descentralización del Estado?

El Gobierno regional realiza estudios de impacto ambiental, pero bajo servicios de terceros, esta revisión se viene realizando por consultorías especializadas en el tema, ya que no existe un grueso de trabajadores que puedan realizar tal función, pero si deberían, puesto que estos estudios no sólo están ligado a minería sino a todo proyecto de inversión pública.

4.- ¿Considera como un aporte democrático en cuanto a participación ciudadana si se concreta la intervención de los Gobiernos regionales como representantes de la población en el procedimiento de concesión de gran minería?

En esto si coincido, la participación ciudadana es increíblemente limitada en asuntos mineros, no por falta de interés, sino por falta de personas que puedan hablar el idioma minero, que puedan entender los asuntos mineros, cada uno en las audiencias públicas intenta imponer su idioma y no se llega a nada porque los frentes de defensa no entienden métodos legales, y los presidentes de los gobiernos regionales, aprovechan la cobertura mediática para despotricar barbaridades que no tienen relación a la defensa que deberían realizar.

5.- ¿La ausencia de los Gobiernos regionales tiene relación directa con los conflictos socioambientales?

La palabra clave para responderte a esto, es democracia, no hay vías democráticas en los procedimientos mineros como para que las personas puedan opinar, por eso siempre acaban en conflictos, los cuales son tratados de la misma forma por el gobierno central y esto acaba con empeorar la situación, más allá de si la presencia de los gobiernos regionales sea necesaria ahí o no, gran parte del problema es la ausencia de principios democráticos y actos erróneos de los funcionarios del Estado.

## ANEXO N° 5

Entrevista al Sociólogo, Magister en Estadística, HUGO CLAROS ARO, realizada en la ciudad de Lima, en fecha 6 de abril del presente año, aproximadamente a las 1:00 pm.

1.- ¿Considera necesaria la presencia de los gobiernos regionales en la concesión de gran minería como representantes de la sociedad civil que sufrirían el impacto ambiental por el proyecto minero?

Considero que se debería buscar una nueva visión del ejercicio de minería antes de intentar si quiera pretender que los Gobiernos regionales puedan estar inmiscuidos en minería industrial, esta minería actual debería llamarse saqueo de recursos y te dejo un sencillo por tenerme un rato cerca; los gobiernos regionales, no pueden estar en los procedimientos de concesión de minería porque no pueden competir con un ente tal como el INGEMMET que es la institución más técnica del país, y esta política centralista en cuanto a minería es lo justo, sino no podemos darle al Gobierno regional una función para que embarre más la situación.

2.- ¿Considera que con la intervención de los gobiernos regionales en la concesión de gran minería, podría el Estado garantizar una protección ambiental de los recursos y de los derechos ambientales de los ciudadanos?

Nadie puede garantizar que la minería no contamine, ni la mejor gestión ambiental que posiblemente sea en Suiza, porque no tienen agente contaminadores ni en sus calles públicas, podría asegurar o garantizar que la minería no va a contaminar, lo que si puede es tratar de racionalizar el uso del recurso natural del agua, pero estamos hablando de poner en riesgo miles de millones de dólares por atender a un grupito de cincuenta agricultores, el Estado no tiene esa capacidad moral como para garantizar los derechos ante el negocio que más le llena los bolsillos.

3.-En el marco de la descentralización de funciones ¿influiría negativamente la posibilidad de facultades de los gobiernos regionales de revisión de Estudios de Impacto Ambiental para el proceso de descentralización del Estado?

No, de ninguna manera, mientras más instituciones revisen el EIA mejor, el problema está que estos instrumentos son realizados por la misma gente que trabaja para las mineras, ¿Qué resultados pueden arrojar?, si les damos permiso para ejecutar la operación porque a las justas vamos a talar un árbol, en sentido figurado el EIA es un trámite más, y en la actualidad el gobierno central es más que flexible con sus aprobaciones.

4.- ¿Considera como un aporte democrático en cuanto a participación ciudadana si se concreta la intervención de los Gobiernos regionales como representantes de la población en el procedimiento de concesión de gran minería?

Si es un aporte, es justamente el trabajo que debería desempeñar el Gobierno regional en todos los sectores, no solo el minero, lo viene haciendo en Salud a duras penas, pero es su trabajo, la representación de los objetivos sociales de la región.

5.- ¿La ausencia de los Gobiernos regionales tiene relación directa con los conflictos socioambientales?

No, hay una relación directa, los conflictos socio ambientales es un descontento con el gobierno central, directamente por la falta de la ponderación del principio de compensación, los pobladores podrían aceptar que les despojen de sus tierras y que cambien su modo de vida pero el problema es que no los compensan o el gobiernos no plantea una salida beneficiosa para los afectados directos.

## ANEXO 6

Intervención en el conversatorio sobre realidad académica en la Universidad Privada de Tacna, por parte del Jurista constitucionalista, ALBERTO BOREA ODRIA.

¿Doctor, considera Ud. La posibilidad de que los Gobiernos Regionales puedan participar en procedimientos de concesión de gran minería en defensa del derecho al ambiente? Específicamente como medio de representatividad de la población en audiencias públicas para permitirles en medio técnico que pueda afrontar las inquietudes de los pobladores afectados, que no entienden de los procesos mineros, y además contar con facultades en la revisión de los EIA.

Respuesta: INTERESANTE.