THĒMIS

Revista de Derecho

Inversión y Recursos Naturales
1965 - 2022

THĒMIS
desde 1965

© Asociación Civil THĒMIS, 2022
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themisconsejoeditorial@gmail.com
cceethemis@gmail.com
www.themis.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

82

Editor: Miguel Sebastián Nicolás Garcés Gutiérrez
Coordinadores: Karim Kahatt Navarrete y Juan Paulo Bambach Salvatore
Diseño y diagramación: Mario Popuche Llontop

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**, así como las opiniones y posturas vertidas en ellos, son de responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Marzo 2023
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
ISSN: 1810-9934 (Impreso)
ISSN: 2410-9592 (En línea)
Registro de Proyecto Editorial: 31501362200631
THĒMIS-Revista de Derecho 82. ISSN: 1810-9934 (Impreso)
Año LVIII - Número 82

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2021
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Domicilio legal: Calle Santa Honorata 384, Piso 3, Lima 01, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391

Impreso por:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Lima - Perú

PRESENTACIÓN

A lo largo de los años, la Asociación Civil THĒMIS ha logrado forjar su historia dentro del campo jurídico y, con ello, se ha ganado el bien merecido reconocimiento de ser una de las mejores Asociaciones de estudiantes de Derecho en el Perú. No obstante, lo que caracteriza y saca a relucir la vital importancia que tiene la Asociación es THĒMIS-Revista de Derecho, su más histórico y emblemático producto. Y es que, desde el momento de su creación hasta el día en el que se escriben estas líneas, cada generación perteneciente a THĒMIS no ha hecho otra cosa que ir elevando cada vez más los estándares, convirtiendo a la Revista en la mejor herramienta para la promoción y difusión constante de un mundo tan vasto y complejo como lo es el mundo del Derecho.

Son, pues, los integrantes del Consejo Ejecutivo los que cada semestre toman la batuta y la valiosa responsabilidad de ser los encargados de la producción y elaboración de la Revista. Logrando así que todo el esfuerzo, tiempo y dedicación invertidos traigan los resultados más notables y sobresalientes, dotando a THĒMIS-Revista de Derecho con los más altos estándares de calidad, investigación y excelencia.

Este año no es la excepción. Por ello, estamos muy orgullosos de presentar la edición número 82 dedicada a la Inversión y los Recursos Naturales. Esta edición no solo demuestra a cabalidad el compromiso del Consejo Ejecutivo de continuar con la promoción de la cultura jurídica en los planos nacional e internacional, sino que busca poner en el plano del debate la imperante dicotomía que se ha venido construyendo entre los recursos que nos brinda la madre naturaleza y la inversión impulsada por la economía.

En atención a ello, se han invitado a los más distinguidos profesionales y expertos en la materia para que ilustren esta edición por medio de la redacción de artículos académicos que aborden aspectos jurídicos relevantes en las industrias y actividades económicas relacionadas con los recursos naturales. En ese sentido, los lectores podrán encontrar temas referidos a la regulación actual de sectores pilares en la generación de riqueza tales como el minero, el pesquero, la agricultura, el eléctrico, entre otros.

Artículos que, sin embargo, no se ven reducidos al ínfimo análisis de estos sectores, sino que se dedican a problematizar situaciones y examinar el rol que ocupa el Derecho, el cual se deberá adaptar en función a las características de cada sector. Instando con ello a la reflexión y al ofrecimiento de soluciones innovadoras extraídas del derecho comparado, brindando a los lectores una perspectiva holística sobre cómo el régimen legal impacta y condiciona un determinado sector. Finalmente, para enriquecer aún más el contenido aquí plasmado, la presente edición cuenta con una sección de misceláneas en la que se discuten otras interesantes aristas de la ciencia del Derecho que le otorgan a esta edición el enfoque interdisciplinario necesario.

Así pues, gratamente sostenemos que la edición 82 de THĒMIS-Revista de Derecho logra lo que sus predecesoras en su momento también consiguieron: recopilar un sinfín de saberes jurídicos que trascienden el plano puramente académico para enfocarse en la realidad práctica. Cumpliendo, nuevamente, con la máxima histórica que capitanea cada una de nuestras ediciones: **Innovar es nuestra tradición**.

Lima, febrero de 2022

EL CONSEJO EJECUTIVO

Reseña sobre la Pintura

THĒMIS-Revista de Derecho se complace en presentar como portada de su edición 82 al óleo "Huracán en el campo romano", c. 1742, de Jan Frans van Bloemen (1662-1749). Con gran influencia en la corriente clasicista del paisaje y presentando como mayor interés la captación de la luz suave y cálida en cada uno de sus lienzos, el pintor retrató paisajes clásicos inspirados en el campo romano y se caracterizó por recrear un "ambiente pastoral difícil de definir" en cada uno de sus lienzos. Realizó en año 1742 el lienzo que ha sido elegido para la presente edición, el cual se caracteriza por contar con la presencia de montañas, animales, arroyos, una aldea, árboles que están siendo agitados por el viento y diversos habitantes que, en algunos casos, pueden ser confundidos con la vegetación presente en la pintura. Asimismo, se percibe la presencia de un relámpago suave que, al parecer, irrumpe la paz de las personas que estaban disfrutando del campo y el cálido ambiente. Es interesante como Jan Frans retrata un paisaje que contiene una luz suave y cálida, pero que a la vez presenta caos y mucho movimiento.

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2022-1

CONSEJO DIRECTIVO

Rossmery Flórez Huacasi (Actualidad Jurídica)
Diana Salazar Pérez (Administración)
Joyce Alexandra Uriol Quiroz (Contenido)
Diego Humberto Zumarán Castro (Cursos & Capacitaciones)
Andrea Angella Tapia Olivares (Financiamiento)
Ciomar Nicole Levano Via (Imagen Institucional)
Jorge Hernan Nieves Ferry (Publicaciones)
Fernanda Franco Dulanto (Recursos Humanos)
David Jesús Rubio Alcántara (Seminarios)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica
Nadia Cautivo Padilla
Mariel Abad Vergara
Felipe Núñez del Prado Chaves
Genaro Ormachea Baca
Lucía Sedano Arévalo
Miguel Balmaceda Castillo
Kelly Espino González

Administración
Alejandro Robles Quispe
Gregorio Arakaki Yogui
Diego Durand Torres
Gianella Huerto Peña

Contenido
María Fernanda Sanabria Gamboa
Ariana Chávez Cortez
Nicolas Cabrera Súmar
Miguel Garcés Gutiérrez
Danae Ramos Granados

Cursos & Capacitaciones
Fiorella Zamora Mego
Daniela Baca Ordoñez

Desarrollo Social
Mirella de la Cruz Aquino
Romina Ñaña Ramos
Gabriel Bravo Taquía

Financiamiento
Daniela Torres Separak
Henry Araujo Fernández
Marjorit Baquerizo Rivera

Imagen Institucional
Ana Campos Camargo
Juan Carrera Acosta
Daphne Friedman Flores
Brenda Valderrama Norabuena

Publicaciones
Caroline Camarena Cárdenas

Recursos Humanos
Gabriela Fernández Mendoza
Ana Valeria Acosta Salaverry
Flavia Bravo Bermeo

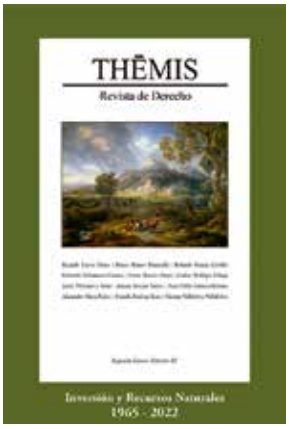
Seminarios
Valeria Rojas Valverde
Arisa Campos Ramírez

CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)
Guido Calabresi (U. de Yale)
Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)
Javier de Belaúnde López de Romaña (PUCP)
Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)
Carlos Fernández Sessarego † (UNMSM)
Baldo Kresalja Roselló (PUCP)
César Landa Arroyo (PUCP)
Javier Neves Mujica † (PUCP)
Javier Pazos Hayashida (PUCP)
Richard A. Posner (U. de Chicago)
George L. Priest (U. de Yale)
José Daniel Amado Vargas (PUCP)

Asociación Civil THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themisconsejoeditorial@gmail.com
www.themis.pe

THĒMIS - Revista de Derecho 82



Editores Generales
Miguel Sebastián Nicolás Garcés Gutiérrez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho
Elvira Méndez Chang, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Ana Teresa Revilla Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando Cantuarias Salaverry, Universidad del Pacífico, Perú
Cecilia O'Neill de la Fuente, Universidad del Pacífico, Perú
Carlos Zelada Acuña, Universidad del Pacífico, Perú
José Manuel Álvarez Zárate, Universidad Externado de Colombia, Colombia
Rémy Cabrillac, Université de Montpellier, Francia
Michele Taruffo, Università degli Studi di Pavia, Italia
Carlos Moreiro González, Universidad Carlos III de Madrid, España
Daniel Francisco Mitidiero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Antonio Saccoccio, Università degli Studi di Brescia, Italia
René Provost, McGill University, Canadá
Manuel Atienza Rodríguez, Universidad de Alicante, España
Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Alfredo Bullard González, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Guido Calabresi, Universidad de Yale, Estados Unidos
Robert D. Cooter, Universidad de California - Berkeley, Estados Unidos
Javier de Belaúnde López de Romaña, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando de Trazegnies Granda, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Carlos Fernández Sessarego†, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Baldo Kresalja Roselló, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Neves Mujica†, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Pazos Hayashida, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Richard A. Posner, Universidad de Chicago, Estados Unidos
George L. Priest, Universidad de Yale, Estados Unidos
José Daniel Amado Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Danae Lucienn Ramos Granados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Liz Ana María Cachi Delgado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
María José Sardón Barrios, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Mariel Sahary Abad Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Nayeli Brillyth Peña Asenjo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Nicolás Teodoro Cabrera Súmar, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Valentina Hernández Bernos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

THĒMIS-Revista de Derecho es una publicación semestral, editada y publicada, en formato impreso y electrónico, por la Asociación Civil THĒMIS, conformada enteramente por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista fue fundada en 1965 y viene siendo publicada de manera ininterrumpida desde 1984. El contenido de la revista versa sobre temas relacionados al Derecho y la cultura jurídica en general, estando dirigida a un público de académicos, abogados y estudiantes de Derecho. Los artículos publicados en THĒMIS-Revista de Derecho constituyen una fuente de consulta tanto para profesionales como estudiantes, siendo una fuente importante de doctrina jurídica en el ámbito nacional. THĒMIS-Revista de Derecho es una Revista arbitrada que se encuentra oficialmente indizada en Latindex y Clase, Directory of Open Access Journals (DOAJ), sistemas de información de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en Dialnet, catálogo de la Universidad de La Rioja, España. Asimismo, THĒMIS-Revista de Derecho puede ser ubicada en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en los agregadores Ebsco y vLex. De igual forma, THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra anexada a los portales web internacionales de recepción de artículos ExpressO y Scholastica. Los estándares académicos y calidad editorial de nuestra revista se encuentran certificados internacionalmente. THĒMIS-Revista de Derecho, se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

ÍNDICE 82

TEMA CENTRAL: Inversión y Recursos Naturales

Inversión y Recursos Naturales

Ricardo Leyva Flores 13
Reflexiones sobre la planificación de la inversión en los sectores de electricidad y gas natural
Reflections on investment planning in the electricity and natural gas sectors: lessons and pending homework

Bruno Ramos Huaytalla y Rolando García Castillo 31
El régimen jurídico de la acuicultura en el Perú
The legal regime of aquaculture in Peru

Gabriela Villanueva Caceres 65
Un acercamiento a los bancos de biodiversidad: una alternativa para la inversión en conservación y protección de los recursos naturales
An approach to biodiversity banks: an alternative for investment in conservation and protection of natural resources

Favio Ruesta Otoya 79
Reflexiones sobre la no transferibilidad de los derechos de uso de agua en el Perú
Reflections on the non-transferability of water use rights in Peru

Carlos Rodrigo Zúñiga, Jesus Villanueva Saire y Aurora Rivera Torres 93
Herramientas jurídicas frente a desastres ambientales en el aprovechamiento de recursos naturales: acciones y responsabilidades en los derrames de petróleo en mar peruano por Repsol
Legal tools to deal with environmental emergencies: actions and responsibilities in the case of Repsol on the oil spill in the Peruvian sea

Mecanismos de incentivo

Juan Pablo Gómez-Moreno 123
El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático
The role of investment arbitration in the implementation of climate change policies

Favio Ruesta Otoya 145
La mejora ambiental manifiestamente evidente: mirada optimista a una figura actualmente poco amigable
The manifestly evident environmental improvement: optimistic look at a figure that is currently unfriendly

Derecho Internacional y Medio Ambiente

Alejandro Mesa Neira y Camila Jiménez Lara 159
Acuerdo de Escazú: retos ante su ratificación en Colombia
Escazu agreement: challenges regarding its ratification in colombia

MISCELÁNEAS

Vicente Villalobos Villalobos 171
La vigencia de la ley transitoria de municipalidades de 1857
y su naturaleza declarativa de interés nacional: a propósito del caso
del centro poblado de Iquicha
The validity of the transitory law of municipalities of 1857 and its
declaratory nature of national interest: regarding the Iquicha´s case

Coordinadores Generales

Karim Kahatt Navarrete

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1997). Máster en Derecho Ambiental y Corporativo por The University of Texas School of Law (2002). Máster en Política Ambiental y Gestión del Desarrollo por The London School of Economics and Political Science (2005).

Considerado como abogado líder en derecho ambiental en el Perú (2010 a 2020). Ha sido abogado visitante en el grupo ambiental del estudio Baker Botts LLP, donde formó parte de la Red Interamericana de Especialistas en Legislación Ambiental – RIELA, así como consultor de la vicepresidencia legal del Banco Mundial para la región de Asia del Este y el Pacífico y en la unidad de Project Finance & Cofinancing. Actualmente es socio de Kahatt Abogados, firma enfocada en Derecho ambiental.

Es profesor del curso Política y Regulación Ambiental para el Aprovechamiento de Recursos Naturales en el Programa de Postgrado en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad de Lima, y el curso Derecho de los Recursos Naturales y Derecho Ambiental en el Diploma en Análisis, Gestión y Resolución de Conflictos Socioambientales del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es autor de artículos como Los Modelos de Gobernanza Ambiental y su Impacto en la Industria Extractiva: una Evaluación del Modelo Cooperativo y las Alianzas Multi-Actores, publicado en Themis – Revista de Derecho, Número 65; Evaluación del Impacto Ambiental en Minería: a propósito del nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, publicado en la Revista Círculo de Derecho Administrativo, Número 6; entre otras publicaciones de impacto relativas al área de Derecho ambiental.

Lawyer by the Pontificia Universidad Católica del Perú (1997). Master´s degree in Environmental and Corporate Law by The University of Texas School of Law (2002). Master´s degree in Environmental Policy and Development Management by The London School of Economics and Political Science (2005).

Considered as a leading lawyer in environmental law in Peru (2010 to 2020). He has been a visiting lawyer in the environmental group of the Baker Botts LLP firm, where he was part of the Inter-American Network of Specialists in Environmental Legislation - RIELA, as well as a consultant to the World Bank's legal vice-presidency for the East Asia and Pacific region and in the Project Finance & Cofinancing unit. He is currently a partner at Kahatt Abogados, a firm focused on environmental law.

He teaches the Environmental Policy and Regulation course for the Use of Natural Resources in the Postgraduate Program in Natural Resources Law at the Universidad de Lima, and the Natural Resources Law and Environmental Law course in the Diploma in Analysis, Management and Resolution of Socio-environmental Conflicts of the Centro de Análisis y Resolución de Conflictos of the Pontificia Universidad Católica del Perú.

He is the author of articles such as Los Modelos de Gobernanza Ambiental y su Impacto en la Industria Extractiva: una Evaluación del Modelo Cooperativo y las Alianzas Multi-Actores, published in Themis – Revista de Derecho, Number 65; Evaluación del Impacto Ambiental en Minería: a propósito del nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, published in Revista Círculo de Derecho Administrativo, Number 6; among other impact publications related to the environmental law area.

Juan Paulo Bambach Salvatore

Abogado por la Universidad de Chile (1988). Máster por la Universidad de Wurzburg (1993).

Su práctica profesional se centra en Derecho Corporativo, Energía, Minería y Recursos Naturales. Es socio del estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, donde ha actuado como abogado en transacciones de suma importancia. Entre estas encontramos la asesoría a State Power Investment Corporation en el proceso de due diligencia y la posterior adquisición de 100% Pacific Hydro Pty Ltd, compañía de energía renovable con activos en Australia, Brasil y Chile.

Se ha desempeñado como docente. Entre los periodos de 2008 a 2018, dictó el curso de Derecho Minero en la Universidad de los Andes. A su vez, hasta el 2013, se desempeñó como profesor en el diplomado de Derecho de Recursos Naturales y Energía de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Lawyer by the Universidad de Chile (1988). Master's degree by the University of Wurzburg (1993).

His professional practice focuses on Corporate Law, Energy, Mining and Natural Resources. He is a partner at the firm Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, where he has acted as a lawyer in transactions of great importance. Among these we find advice to State Power Investment Corporation in the due diligence process and the subsequent acquisition of 100% Pacific Hydro Pty Ltd, a renewable energy company with assets in Australia, Brazil and Chile.

He has worked as a teacher. Between the periods of 2008 to 2018, he taught the Derecho minero course at the Universidad de los Andes. In turn, until 2013, he worked as a professor in the Derecho de Recursos Naturales y Energía course at the Pontificia Universidad Católica de Chile.

Asesora Temática

Cecilia Azerrad

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2007). Máster en Derecho por The University of Texas School of Law (2004). Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad por la Universidad de Alicante, España (2011). Asimismo, cuenta con el Título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales otorgado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (2009).

Actualmente, es abogada de Kahatt Abogados y docente del curso de Regulación Ambiental de la Maestría en Gestión de la Energía por la Universidad de ESAN. Fue designada por Legal 500 en el ranking de los mejores abogados en materia de medio ambiente (2020).

Es autora de artículos como Análisis Jurisprudencial: Conflicto entre normas nacionales e internacionales, publicado en Themis – Revista de Derecho, Número 42; Evaluación del Impacto Ambiental en Minería: a propósito del nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, publicado en la Revista Círculo de Derecho Administrativo, Número 6; entre otras publicaciones de impacto relativas al área de Derecho ambiental.

Lawyer by the Pontificia Universidad Católica del Perú (2007). Master´s degree in Law by The University of Texas School of Law (2004). Master´s degree in Environmental Law and Sustainability by the University of Alicante, Spain (2011). Likewise, she has the Title of Second Specialty in Environmental Law and Natural Resources granted by the Pontificia Universidad Católica del Perú and the Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (2009).

Currently, she performs as lawyer at Kahatt Abogados and a teacher of the Environmental Regulation course of the Master's degree in Energy Management at ESAN University. She was designated by Legal 500 in the ranking of the best lawyers in environmental matters (2020).

She is the author of articles such as Análisis Jurisprudencial: Conflicto entre normas nacionales e internacionales, published in Themis – Revista de Derecho, Number 42; Evaluación del Impacto Ambiental en Minería: a propósito del nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, published in Revista Círculo de Derecho Administrativo, Number 6; among other impact publications related to the environmental law area.

INVERSIÓN Y RECURSOS NATURALES

Tus asesores legales en España, Portugal y América Latina

España · Portugal
Chile · Colombia · México · Perú

Bruselas · Londres · Nueva York · Pekín · Shanghái
Casablanca · Luanda* · Maputo**

** en asociación con la correspondiente firma local*

CUATRECASAS

10.18800/themis.202202.001

REFLEXIONES SOBRE LA PLANIFICACIÓN DE LA INVERSIÓN EN LOS SECTORES DE ELECTRICIDAD Y GAS NATURAL: LECCIONES Y TAREA PENDIENTE

REFLECTIONS ON INVESTMENT PLANNING IN THE ELECTRICITY AND NATURAL GAS SECTORS: LESSONS AND PENDING HOMEWORK

Ricardo Leyva Flores*
UL Energía e Infraestructura

In this article, the author presents an analysis of the positive and negative aspects of state planning in the electricity and natural gas sectors. In both sectors, it indicates how the planning intervention by the State has been strengthened over the years. However, it also points out the problems that it still presents.

The author highlights the importance of state planning in a social market economy regime, in addition to this, he points out the problems that are generated for the State when companies do not have sufficient incentives to satisfy demand, since that is where the State has to intervene through public companies.

Likewise, the author presents certain recommendations made by the Multisectoral Commission for the Reform of the Electricity Subsector to contribute to the problems that have been generated in various cases due to the lack of efficient state planning.

Keywords: State planning; social economy; public enterprises; tariff; electricity; natural gas.

En el presente artículo, el autor presenta un análisis de los aspectos positivos y negativos de la planificación estatal en los sectores de electricidad y de gas natural. En ambos sectores señala como la intervención planificadora por parte del Estado se ha ido fortaleciendo con el paso de los años. Sin embargo, indica también los problemas que aún presenta.

El autor recalca la importancia de la planificación estatal en un régimen de economía social de mercado, y en complemento a ello, señala la problemática que se genera para el Estado cuando las empresas no tienen incentivos suficientes para atender la demanda, pues es ahí dónde el Estado tiene que intervenir por medio de empresas públicas.

Asimismo, el autor presenta ciertas recomendaciones que realiza la Comisión Multisectorial de Reforma del Subsector Eléctrico para contribuir con la problemática que se ha generado en diversos casos por la falta de una eficiente planificación estatal.

Palabras clave: Planificación estatal; economía social; empresas públicas; tarifa; electricidad; gas natural.

* Abogado. Maestría en Regulation con mención en Utilities Regulation por The London School of Economics and Political Science. Magíster en Gestión de la Energía por ESAN. Profesor de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Socio de UL Energía e Infraestructura (Lima, Perú). Contacto: rleyva@ulenergia.com.pe

El contenido del presente artículo solo refleja la opinión del autor y sirve, únicamente, para fines académicos. En este sentido, el desarrollo de las ideas vertidas en el artículo no involucra ni representa la posición de alguna institución.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 20 de agosto de 2022, y aceptado por el mismo el 3 de octubre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Con la adopción del régimen de economía social de mercado y el destierro del modelo de economía de bienestar, la 'planificación estatal' tuvo también una sentencia de muerte. La alusión a la planificación de los mercados por parte del Estado generaba remembranzas del régimen anterior y causaba pánico entre los inversionistas, quienes aspiraban a que los mercados se desarrollen únicamente en función de señales y precios. De esta manera, en función a las señales de mercado, se definirían tanto la oferta como la demanda, y en especial, se tomarían las decisiones de inversión.

Así fue como se diseñaron las primeras normas jurídicas, tanto en el sector eléctrico como en el sector de gas natural, con nula planificación por parte del Estado, siendo que las decisiones de inversión en estos sectores se debían basar en las señales regulatorias de las tarifas, ya sea que nos encontráramos en subsectores sujetos a regulación de precios, tal como la transmisión o la distribución eléctrica, o las señales de precios, si nos encontrábamos en subsectores sujetos a libertad de mercado, tales como la generación eléctrica o la explotación de yacimientos de hidrocarburos. Adoptándose, de esta manera, el modelo de regulación por mercado.

Sin embargo, este modelo provocó una crisis de inversión en el sector energético, puesto que las señales naturales del mercado no eran lo suficientemente contundentes como para incentivar la inversión privada en nueva infraestructura energética. Esta situación generó la necesidad de activar el rol subsidiario del Estado, que implementó esquemas de planificación del mercado energético, lo cual se realizó principalmente mediante procesos de promoción a la inversión privada por iniciativa estatal.

La planificación introducida resultó exitosa en algunos casos, tal como la planificación de la transmisión eléctrica. No obstante, también ha sido fuertemente cuestionada en otros, tal como la sobre oferta de generación eléctrica ocasionada por proyectos desarrollados por iniciativa del Estado.

La planificación del Estado en el mercado energético nacional, así como en otros sectores regulados, no siempre ha traído los resultados deseados y, en definitiva, existe una importante tarea pendiente. Por ello, el presente artículo tiene por objeto analizar los aspectos positivos y negativos de la planificación estatal en los sectores electricidad y gas natural, a efectos que pueda ser valorada cuando se decida redefinir el rol planificador del Estado en la economía.

II. LA PLANIFICACIÓN EN EL MODELO DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El Perú tuvo una gran transformación en los primeros años de la década de 1990, el país viró de un régimen económico de estado de bienestar o economía planificada (en la teoría) a un régimen de economía social de mercado. En el primer caso, el Estado detentaba la primacía en la actividad empresarial, es decir, el Estado mediante un ejército de empresas públicas asumía la labor de atender la demanda en los diferentes mercados. En cambio, la labor del Estado en una economía social de mercado es diferente, pues aquí es la iniciativa privada la que tiene primacía para realizar la actividad empresarial, y el Estado mantiene un rol subsidiario para actuar empresarialmente en casos de necesidad pública o manifiesta conveniencia nacional.

En el régimen de bienestar era innato al Estado la planificación de la economía. Por lo menos en teoría, el Estado debía estimar la demanda de los mercados y determinar la oferta necesaria para atender dicha demanda. Fue en función de esta actividad de planificación que el Estado decidía cómo debía crecer la oferta a través de las empresas públicas.

La actividad empresarial del Estado era común y de particular necesidad en el caso del sector energía, debido a que esta se encuentra fuertemente marcada por la presencia de monopolios naturales. En electricidad, las actividades de transmisión y distribución eléctrica se consideran monopolios naturales (Comisión de Tarifas Eléctricas [CTE][1], 1998; 2001). Por su parte, en el caso del gas natural, el transporte y la distribución por red de ductos también son monopolios naturales. En ese sentido, el control del monopolio no era una tarea sencilla, por lo que se pensó que dicho problema se 'solucionaría' con el modelo del Estado empresario (CTE, 1998), lo cual, sin embargo, significó el sacrificio de la inversión privada.

Ahora bien, la ausencia de inversión privada y la limitada capacidad de inversión del Estado frustró la adecuada atención del suministro de los servicios a los usuarios de electricidad y gas natural, lo cual motivó el abandono del modelo de Estado empresario y la apertura a la inversión privada. No obstante, el Estado mantiene el deber de resolver el problema del servicio universal, que se presenta cuando las empresas no tienen los incentivos necesarios para atender al íntegro de la demanda

[1] Actualmente, es el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin.

(Guzmán Napurí, 2004, pp. 115-127), con lo cual se reorientó la visión del Estado planteando nuevos esquemas de intervención en la economía, dando inicio al modelo del Estado Regulador (CTE, 1998).

En el sector eléctrico el modelo del Estado regulador inició en la década de los 80, con la gran reforma emprendida en Chile en el año 1982, y se volvió universal cuando fue implementada por Estados Unidos en el año 1996 (CTE, 2001).

A. El régimen económico en la Constitución de 1979 y la tarea del Estado en la planificación y gestión de la economía

La Constitución Política de 1979 previó para nuestro sistema económico, sin definirlo, el régimen de economía social de mercado. La falta de definición permitió que los gobiernos de turno interpretaran que la economía social de mercado puede ser entendida como una economía intervenida, e inclusive, como una economía planificada. Por este motivo, durante el reinado de la Constitución de 1979, la intervención indiscriminada del Estado en la economía mediante subsidios, control de precios, expropiaciones, intervención en los contratos, entre otros, se consideraban sometidas al marco legal constitucional (Guzmán Napurí, 2004, pp. 115-127).

Ahora bien, esto último fue posible, entre otras razones, por las diferentes reglas intervencionistas que contenía la Constitución de 1979. Por ejemplo, esta preveía que el Estado se encontraba facultado para realizar actividad empresarial con el objeto de lograr el desarrollo del país y la prestación de servicios públicos (Rodríguez Cairo, 2016, pp. 121-136). Además, la Constitución de 1979 no consideró reglas para la actuación subsidiaria del Estado en la economía, lo cual fue finalmente corregido con la Constitución de 1993. Asimismo, la Constitución reservó a favor del Estado la prestación de ciertas actividades económicas consideradas estratégicas, tales como electricidad, telecomunicaciones, correo, transporte, entre otros (Huapaya Tapia, 2015, pp. 368-397). Como se podrá apreciar, la economía social de mercado en la Constitución de 1979 fue puro nombre, pura etiqueta (Ezcurra Rivero & Moreyra Mujica, 1993, pp. 206-211).

Conforme se desarrollará en la sección 3, los resultados económicos que se obtuvieron durante la vigencia de la Constitución de 1979 fueron contraproducentes para la economía del país, situación que se produjo no sólo por la ideologías políticas de los gobernantes de turno, ideologías que también han diferido en gran modo a lo largo de todos los gobiernos durante la Constitución de 1993 sin replicar los resultados económicos que tuvimos en la década de los años 80, sino especialmente porque la Constitución de 1979 no contenía los parámetros adecuados para facilitar el desarrollo económico nacional (Álvarez Miranda, 2014, pp. 256-269).

B. El régimen económico en la Constitución del 93 y la tarea del Estado en la planificación, con la sustitución del rol gestor por el rol regulador y garante

La Constitución de 1993, en el artículo 58, adopta el régimen de economía social de mercado al igual que su antecesora, nuevamente sin definirla, lo cual inicialmente generó diversas situaciones de incertidumbre sobre el grado de intervención admisible del Estado en la economía (Guzmán Napurí, 2004, pp. 115-127; Ezcurra Rivero & Moreyra Mujica, 1993, pp. 206-211). No obstante, desde hace varios años existe un amplio consenso sobre el contenido del régimen de la economía social de mercado previsto en nuestra Constitución, como un modelo intermedio de dos extremos, es decir, entre economía planificada y economía de mercado (Álvarez Miranda, 2014, pp. 256-269; Rodríguez Cairo, 2016, pp. 121-137), que se puede resumir en un modelo de economía abierta con incrustaciones de un Estado social, que cohesiona valores constitucionales de libertad y justicia (sentencia recaída en el Expediente 00228-2009-PA/TC, 2011). Efectivamente, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de dotarla de contenido, esta vez, acercándola al modelo donde se promueve la libre iniciativa privada, reservando al Estado un rol subsidiario en su intervención.

Uno de los primeros y más importantes precedentes interpretativos sobre el significado de la 'economía social de mercado' fue la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Roberto Nesta Brero (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC), en la cual se realizó un importante desarrollo con relación al capítulo económico de la Constitución, indicándose que el régimen de economía social de mercado contradice tanto al modelo de economía planificada como al modelo de economía de mercado, donde el Estado no debe intervenir en los procesos económicos (sentencia recaída en el Expediente 00228-2009-PA/TC, 2011). De esta manera, el régimen de economía social de mercado se encuentra caracterizado por, primero, la búsqueda del bienestar social, que se reflejará a través del desarrollo del mercado laboral y una adecuada distribución de las utilidades. Segundo, por un mercado libre, que se sostiene en el respeto a la libre iniciativa privada, el derecho de propiedad y la defensa de la libre competencia –léase precios y condiciones de mercado que se rigen por las reglas de la oferta y la demanda–. Y tercero, por un Estado subsidiario y solidario, lo cual demanda al Estado que la intervención directa en los mercados

sea auxiliar, complementaria y temporal (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC; Landa Arroyo, 2015, pp. 191-204). Por tanto, la economía social de mercado se basará en el mercado, tanto como sea posible, mientras que se apoyará en la intervención del Estado, tanto como sea necesario (Álvarez Miranda, 2014, pp. 256-269).

De esta manera, la economía social de mercado empodera la libre iniciativa privada, reconociendo en la persona la capacidad y confianza, no solo para generar riqueza y progreso económico, sino también para administrar responsablemente el bienestar producido, por lo que restaura en la persona humana su capacidad para autorregularse y, principalmente, para regir su vida y destino (sentencia recaída en el Expediente 00228-2009-PA/TC).

A su vez, los límites a la intervención del Estado están delimitados por el principio de subsidiariedad, según el cual la intervención del Estado en la economía debe estar limitada a lo esencial, con lo que propicia el restablecimiento del equilibrio entre las necesidades públicas y privadas, pues si bien se favorece la libre iniciativa privada, el Estado mantiene dentro de sus objetivos la satisfacción del interés general (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC; Álvarez Miranda, 2014). Así expresamente lo dispone nuestra Constitución cuando remarca en su artículo 58 el rol orientador del Estado para el desarrollo del país, así como su deber especial de atención en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Por este motivo, bajo el régimen de economía social de mercado, donde prima la libre iniciativa privada, el Estado se reserva un rol supervisor, correctivo o regulador del mercado (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencia sobre el deber tuitivo del Estado en materia de servicios públicos, precisando que el Estado debe garantizar la prestación efectiva en condiciones de calidad, continuidad, suficiencia y no discriminación (sentencia recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC, 2022). Más aún, el referido Tribunal ha señalado que ciertos servicios públicos constituyen derechos fundamentales no enumerados, dentro de los cuales se encuentra la energía eléctrica (sentencia recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC, 2022).

De conformidad con lo señalado por el profesor Huapaya Tapia, el régimen de economía social de mercado está fuertemente caracterizado por el principio de subsidiariedad, donde el Estado tiene 3 principales funciones: regulador, prestacional y garante (2015).

1. Estado regulador

La función reguladora se manifiesta en la Constitución cuando el artículo 61 delega al Estado la defensa de la competencia, así como combatir el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC), habilitación que resulta especialmente gravitante para mercados como el de energía, que está fuertemente marcado por la existencia de monopolios naturales.

El Estado mediante el ejercicio de la función reguladora se encuentra presente en todos los mercados de la economía peruana, pues así define las reglas de funcionamiento de los mercados, corrige las fallas de mercado y protege a los consumidores. Como se ha indicado, en virtud del artículo 58 de la Constitución, el Estado orienta el desarrollo de las actividades económicas en el país, y tendrá una actuación preponderante en los mercados de servicios públicos e infraestructura.

Es así que el rol regulador se explica como la intervención del Estado en la economía mediante el establecimiento de reglas, que afectan el precio, la calidad, las condiciones de seguridad, o promueven la competencia. La intervención se justifica en la existencia de fallas de mercado, tales como asimetría informática, monopolios naturales, entre otros (Guzmán Napurí, 2004, pp. 115-127).

2. Estado prestacional

La actuación prestacional del Estado se plasma principalmente en los mercados calificados como servicios públicos sociales, mercados en los cuales el Estado interviene directamente para asegurar la satisfacción de las necesidades de la población, en temas como salud, educación, seguridad social, entre otras.

La intervención del Estado en los servicios públicos sociales no significa la exclusión de la oferta privada. Al contrario, la oferta privada existe y el Estado la fomenta, pero el Estado mantiene la obligación de atender a la población que por alguna razón no pueda acceder a la oferta privada (Álvarez Miranda, 2014, pp. 256-269).

3. Estado garante

Un nuevo enfoque en la función tuitiva del Estado para el correcto desenvolvimiento de los mercados está expresado en la llamada función garante (Huapaya Tapia, 2015, pp. 368-397). La función garante parte de la premisa de que, si bien el Estado ya no atiende directamente las necesidades de la población –dejando atrás la visión del Estado

empresario–, sí mantiene el compromiso de garantizar que el mercado atienda las necesidades de la población de manera adecuada, en especial, en los mercados calificados como servicios públicos. La función garante se encuentra preferentemente en los mercados calificados como servicios públicos económicos (energía, telecomunicaciones, agua y saneamiento, etc.) o en la provisión de infraestructura.

De esta manera, el Estado diseñará los marcos jurídicos para propiciar la inversión privada; asimismo, podrá utilizar la figura de la concesión, o inclusive podrá promover asociaciones público-privadas, con el objeto de garantizar la satisfacción de las necesidades de los consumidores. No obstante, en caso estas técnicas no resulten suficientes para promover la inversión privada y en aras de evitar que las necesidades de la población permanezcan desatendidas, como última *ratio*, el Estado se encuentra habilitado para intervenir directamente en la prestación mediante empresas públicas, siguiendo el procedimiento que prevé el artículo 60 de la Constitución (Huapaya Tapia, 2015, pp. 368-397).

En ejercicio de esta atribución, hoy se cuenta con un universo de 54 empresas públicas, de las cuales 35 se encuentran en funcionamiento ordinario, operando principalmente en los mercados de infraestructura pública, el sector financiero y el sector energía (Huapaya Nava & Terrazos Poves, 2008), mientras que el resto de las empresas públicas se encuentran en proceso de salida del mercado.

El régimen de la economía social de mercado estuvo marcado inicialmente por el alejamiento del Estado de la actividad empresarial, lo cual se concretó rápidamente mediante el proceso de privatización de las empresas públicas y el otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios públicos, siendo que las bases jurídicas primordiales que alentaron este proceso fueron la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo 757, publicada el 13 de noviembre de 1991, y la Constitución Política de 1993 (Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2016).

En el régimen de economía social de mercado, el sector energía resulta de especial relevancia, dado que contiene actividades de servicio público o interés público. Adicionalmente, porque hay un uso intenso de recursos naturales que constituyen patrimonio de la nación (sentencia recaída en el Expediente 0031-2004-AI/TC), sea porque se explotan yacimientos de hidrocarburos, o porque se utilizan fuentes de energía primaria para la producción de electricidad, tales como la fuerza del agua, del sol o del viento.

De esta manera, se corrobora que el régimen de economía social de mercado no proscribe la intervención del Estado en la economía, y con mucho menos razón, en el sector energía. Al contrario, el Estado debe intervenir con el objeto de garantizar la adecuada prestación de los servicios. El estándar de intervención dependerá de las necesidades específicas, para lo cual podría utilizar herramientas como la regulación de precios, la planificación, las asociaciones público-privadas, entre otras, y siempre como herramienta de último recurso, la actividad empresarial del Estado.

III. LA PLANIFICACIÓN EN LOS SECTORES ELECTRICIDAD Y GAS NATURAL

En los sectores electricidad y gas natural la intervención planificadora del Estado tuvo un 'borrón' y luego un renacimiento que se ha venido fortaleciendo en los últimos años. En el período que nosotros llamamos pre-reforma y que básicamente está concebido por la década de los 80, la intervención del Estado mediante la planificación y la empresa pública era lo común. No obstante, el fracaso de este sistema propició el nuevo régimen de economía social de mercado de la Constitución de 1993 antes descrito. Con este nuevo marco veremos que el diseño normativo priorizó, tanto en el sector eléctrico como en el sector gas natural, el desarrollo en función de 'señales', desterrando la planificación. Luego, el Estado reparó que estos sectores estratégicos no pueden ser dejados únicamente al funcionamiento de las reglas de la oferta y demanda, por lo que hizo importantes reformas rescatando la actividad planificadora, en especial en el sector eléctrico. Sin embargo, la intervención no siempre fue adecuada, pues en muchos casos el remedio fue peor que la enfermedad.

A. Situación del sector energía pre-reforma

1. Electricidad

Previamente a la reforma, nos encontrábamos en una situación en la cual el servicio público de electricidad se atendía únicamente a través de empresas públicas, por lo que el Estado simultáneamente ejercía las funciones de empresario y de regulador (CTE, 1998; 2001). Bajo esta condición, la industria se caracterizaba principalmente por operar como un monopolio estatal verticalmente integrado, a través de Electroperú S.A. (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin], 2017). Las tarifas que se determinaban para la retribución de los servicios difícilmente lograban dar viabilidad a las empresas, puesto que la recaudación no superaba el 40% de los costos operativos en los que incurrían las empresas (CTE, 1993, 1992 & 1998). Es decir, se consideraba que

la electricidad debía ser muy barata para que nadie se incomode (CTE, 1992). Con estas tarifas, las empresas no contaron con los recursos económicos suficientes como para mantener y ampliar sus instalaciones, lo cual ocasionó que no más del 40% de la población contara con suministro eléctrico (CTE, 1992; 1998).

Es sorprendente que durante el período 1987-1989, los gastos en personal podrían representar más del 50% de los gastos operativos (CTE, 1993). A pesar de los magros ingresos de las empresas públicas, los sueldos de los empleados se ajustaban automáticamente de acuerdo con la inflación, sin que ello guarde correspondencia con su aporte a la generación de valor en la compañía (CTE, 1992; 1998).

Más aún, durante este período el costo de la electricidad estuvo altamente distorsionado, debido a la creación de diversos impuestos y arbitrios municipales (CTE, 1993), que incluso podrían llegar a duplicar el costo del consumo eléctrico. Los recargos a las tarifas eléctricas tenían como destino la ampliación de la frontera eléctrica, aportes al tesoro público, la reparación y reposición de las instalaciones afectadas por la subversión, aportes para el sostenimiento de Electroperú, aportes para el cuerpo general de bomberos, aportes para el desarrollo universitario, alumbrado público, limpieza pública y parques y jardines, relleno sanitario, entre otros (CTE, 1993). Esto se mantuvo hasta febrero de 1992, pues a partir de dicha fecha únicamente se empezó a añadir al costo de la electricidad el Impuesto General a las Ventas (IGV) (CTE, 1993).

La crisis de las empresas eléctricas no fue un caso de excepción, sino que fue parte de un profundo malestar económico caracterizado por inflación, recesión, control de precios y ausencia de fuentes de financiamiento debido a la decisión del gobierno de turno de suspender el pago de la deuda internacional (CTE, 1992), así como por la intervención en la banca privada (CTE, 1998). Bajo esta coyuntura, el Estado no tenía acceso a las fuentes de financiamiento necesarias para permitir la reposición y la expansión de sus instalaciones (CTE, 1992).

Las tarifas políticas aplicadas durante el período que inició en el año 1985 fueron posibles gracias al poder que se otorgó al sector economía y finanzas para la fijación de tarifas en el ámbito de los servicios públicos. En el sector eléctrico, esto significó excluir de sus competencias a la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE, 1993; 1992).

Por lo menos en teoría, el sistema tarifario en el Perú estaba basado en un sistema de reconocimiento de costos contables, siendo que las tarifas para cada tipo de usuario se definían, principalmente, según el uso productivo que realizaban de la energía eléctrica (CTE, 1989; 1992; 1998). Este modelo no generaba las señales adecuadas a los usuarios ni a las empresas acerca de la repercusión de sus decisiones de consumo y producción, respectivamente, en el sistema eléctrico (CTE, 1992).

2. Gas Natural

El subsector de gas natural recién se ha desarrollado con intensidad con la explotación de los yacimientos de Camisea, en Cusco; de hecho, se ha requerido una legislación específica para el desarrollo de dicho proyecto, la cual se ha complementado, a la par, con una legislación general que también aconteció en la década de los 90.

La regulación normativa preexistente se encontraba contenida, principalmente, en la Ley 11780, denominada Ley del Petróleo, que data del 11 de marzo de 1952. Este cuerpo normativo regulada lo concerniente a la exploración y explotación de yacimientos de petróleo, asfalto, gas natural y todos aquellos productos, sean líquidos, sólidos o gaseosos, que se encuentren asociados al petróleo o que sean de composición química similar.

De acuerdo con el artículo 3 de la referida Ley, el Estado podía realizar por sí mismo todas las operaciones de exploración, explotación, manufactura, refinación, transporte y almacenamiento de hidrocarburos. Asimismo, podía otorgar concesiones para estos fines a personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras.

Posteriormente, durante el gobierno de Juan Velazco Alvarado, se emitieron una serie de decretos ley que tuvieron por objeto el fortalecimiento de la actividad estatal en la exploración y explotación de hidrocarburos, como es el caso de los siguientes cuerpos normativos:

– Decreto Ley 18930 (1971), que establece que el Estado será el único importador de petróleo crudo y/o de los derivados necesarios para atender la demanda nacional.

– Decreto Ley 18890 (1971), que faculta al Banco Central de Reserva del Perú a intervenir en los contratos que celebre el Estado con empresas petroleras extranjeras.

– El Decreto Ley 22774 (1979), que aprueba las bases generales para contratos petroleros de exploración y/o explotación de hidrocarburos, las cuales establecen que los hidrocarburos in situ son de propiedad del

Estado y los hidrocarburos extraídos son de propiedad de Petroperú, quien se relacionará contractualmente con un contratista para llevar a cabo las operaciones de exploración y explotación de yacimientos.

Este cuerpo normativo quedaría derogado con la Ley 26221 (1993), Ley Orgánica de Hidrocarburos, vigente hasta la fecha. Esto lo desarrollamos en la sección B.2.

B. Inicios de la reforma en los sectores electricidad y gas natural: Sustitución del modelo de planificación por la promoción de la libre iniciativa privada mediante las señales de mercado y la regulación

1. Electricidad

Para la reforma no sólo se requería la privatización de las empresas públicas y la gestión de la operación por parte del sector privado, sino también el establecimiento del marco regulatorio que brindara las señalas adecuadas para la inversión (CTE, 2001). Para ello, sin lugar a duda, el principal hito en el cambio del régimen económico provino con la expedición de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), aprobado por el Decreto Ley 25844, publicada el 19 de noviembre de 1992 (CTE, 1998; Cambridge Economic Policy Associates Ltd [CEPA] & Negocios Globales Inteligentes [NEGLI] [CEPA-NEGLI], 2016; Comisión MEM-OSINERG, 2005). El objetivo más importante de la corrección del modelo anterior significaba, desde un punto de vista tarifario, sustituir el viejo modelo contable por un sistema que brinde señales de escasez (CTE, 1989), tanto a los usuarios como a las empresas eléctricas, de las implicancias de sus decisiones de consumo y producción, respectivamente, en el sistema eléctrico (CTE, 1992). Para esto último, se introdujo la regulación mediante Costos Marginales, según la cual la energía eléctrica se valoriza según el costo que representa producir una unidad adicional (CTE, 1992).

La regulación por 'costo marginal' permite diferenciar el costo de la energía entre períodos de horas punta y fuera de punta, siendo el primero aquel momento donde existe mayor consumo y la energía cuesta más, mientras que, en el segundo, la demanda es menor y la energía es más económica. En las horas de punta se paga el costo de la ampliación del sistema eléctrico, por lo que se debe remunerar el costo operativo más el costo de capital, es decir, el costo marginal de energía más el costo marginal de potencia, mientras que en las horas fuera de punta sólo se remunera el costo operativo, es decir, solo se paga el costo marginal de energía (CTE, 1989; 1992).

Ahora bien, la reforma no solo estuvo centrada en la política regulatoria de las tarifas, sino también en el rol de Estado. El Estado dejó su rol de operador e inversionista (CEPA-NEGLI, 2016), y asumió el rol normativo, concedente, regulador y fiscalizador, conforme al diseño establecido por la LCE (CTE, 1998).

Asimismo, a nivel de diseño de mercado, la LCE llevó a cabo un proceso de desintegración vertical, dividiendo las actividades eléctricas en tres categorías: generación, transmisión y distribución (CTE, 1998; CTE, 2001; CEPA-NEGLI, 2016; Comisión Multisectorial de Reforma del Subsector Eléctrico [CRSE], 2021c). Esta separación se hizo con el objeto de evitar que las empresas que operan en los sectores monopólicos –léase transmisión y distribución– puedan extender su dominio y afectar la competencia en el sector generación (Osinergmin, 2017).

El nuevo modelo regulatorio del sector eléctrico también creó un mercado para la atención de los usuarios con un consumo importante, denominados "Usuarios Libres" (CTE, 1998; CEPA-NEGLI, 2016). Los "Usuarios Regulados", al ser pequeños consumidores, permanecían bajo el monopolio del distribuidor (CTE, 2001; CEPA-NEGLI, 2016). No obstante, para ambos casos, las actividades de transmisión y distribución se mantienen bajo un esquema de precios regulados (Osinergmin, 2017).

Los resultados positivos de la reforma se evidenciaron rápidamente, pues en el año 2001 la reserva de generación eléctrica que antes era inexistente ascendía a 50%, la electrificación del país subió de 56% al 73%, y los niveles de pérdidas se redujeron de 22% a 10% (CTE, 2001).

De esta manera, al adoptarse el criterio de regulación por mercado, se dejó de lado el viejo sistema de inversión estatal planificado y se reemplazó por un mercado de electricidad, en el cual se esperaba que las inversiones, de naturaleza privada, lleguen como resultado de las señales de los precios y de las tarifas (CEPA-NEGLI, 2016; CRSE, 2021a), mientras que al Estado únicamente le competía esperar.

2. Gas Natural

La reforma en el sector de gas natural inició con la expedición de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley Orgánica 26221, en el año 1993 (CRSE, 2021a). La regla principal de dicha ley consiste en la creación de un mercado de exploración y explotación de los hidrocarburos (Osinergmin, 2017). Este modelo consiste en que Perupetro S.A., en representación del Estado, firme contratos de licencia para la exploración o explotación con inversionistas,

contratos en los cuales se pactan los derechos de los licenciatarios, así como el régimen de regalías a favor del Estado.

Esto quiere decir que no existe regulación tarifaria de los hidrocarburos y que los precios se determinan de acuerdo con la oferta y la demanda. De esta manera, las empresas que decidan invertir en exploración y tengan la fortuna de obtener resultados positivos, tienen como derecho vender su producción a precios de mercado con lo que pueden rentabilizar rápidamente las inversiones realizadas.

Para el caso específico del gas natural, la exploración y explotación se regula por las reglas de oferta y la demanda, mientras que el transporte y la distribución por red de ductos, al constituir monopolios naturales, se encuentran sujetos a regulación de precios (CRSE, 2021a).

Ahora bien, como se indicó previamente, el mercado de gas natural al inicio de la reforma era prácticamente inexistente. Durante la década de los años noventa, básicamente existieron dos yacimientos en explotación de gas natural: Aguaytía, ubicado en la selva central, con reservas probadas de 0.44 trillones de pies cúbicos (en adelante, TCF), y un conjunto de yacimientos ubicados en la costa y el zócalo norte de los departamentos de Piura y Tumbes, cuyas reservas probadas aumentaron en el año 2012 a 1 TCF (Osinergmin, 2014). Los principales compradores del gas natural en la zona fueron generadores eléctricos.

Al igual que en el caso eléctrico, en general se puede afirmar que se adoptó el régimen regulatorio de mercado, por lo que el Estado únicamente tenía como función emitir las reglas de juego y esperar que las inversiones lleguen.

C. Ajustes a las reformas iniciales mediante la participación planificadora del Estado ante los déficits de inversión en los mercados de electricidad y gas natural: El camino al infierno está lleno de buenas intenciones

1. Electricidad

En primer lugar, es importante resaltar que la privatización del sector eléctrico es una tarea que nunca concluyó. Aún el 25% del parque de generación eléctrica, así como el 40% de la distribución eléctrica se encuentra bajo la administración de empresas públicas (CEPA-NEGLI, 2016). Esta tarea pendiente va a coadyuvar en los problemas que aún perviven en el sector eléctrico, siendo estos más agravados y obvios para las actividades de transmisión y distribución eléctrica, como se verá posteriormente.

La reforma inicial para el sector de generación eléctrica suponía que con la remuneración del costo marginal de energía (CTE, 2001), representado por los costos operativos, y de los costos de inversión, equivalentes al menor costo de capital para desarrollar una unidad de generación para suministrar energía en las horas de punta, se remuneraban los costos totales de los generadores (CTE, 1998; 2001), lo cual constituía señal suficiente para promover la inversión en generación. De esta manera, durante el período 1992-2006 el parque de generación eléctrica creció en 699 MW (megavatio) en centrales hidroeléctricas y 731 MW en centrales termoeléctricas (CEPA-NEGLI, 2016).

Para la transmisión y distribución, la regulación tarifaria se realizaba en función de costos medios (CTE, 2001) mediante el Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante, VNR) del Sistema Económicamente Adaptado (en adelante, SEA) (CTE, 1998). El VNR buscaba acercar la regulación al mercado, pues en este último la valorización de los activos no se realiza en función de costos históricos o contables, sino en función de la tecnología y precios vigentes (De la Cruz & García Carpio, 2003). Por su parte, el SEA permite introducir la señal de inversión eficiente, de manera que solamente se acepten las inversiones que se requieran para atender la demanda, léase, en un equilibrio entre oferta y demanda, descartando la remuneración de excesos de inversión (CTE, 2001).

Sin embargo, se evidenció que las señales económicas no fueron lo suficientemente fuertes como para impulsar la expansión del mercado eléctrico a los niveles esperados, situación que se hizo más evidente durante la sequía del año 2004, pues no había centrales 'económicas' para la producción de energía eficiente (Osinergmin, 2017; Comisión MEM-OSINERG, 2005; García Carpio, 2006). Más aún, el sistema eléctrico se encontraba expuesto a riesgo de precios excesivos, ocasionados por la costosa energía, y a racionamiento prolongado, por falta de generación (Comisión MEM-OSINERG, 2005). Los precios altos no podían ser transferidos a los usuarios y las tarifas aprobadas por el regulador estaban, en promedio, permanentemente atrasadas respecto del costo marginal de mercado, USD 35 versus USD 29 por MWh (megavatio-hora) (García Carpio, 2006), respectivamente, lo cual coadyuvó el incremento de los riesgos para la inversión en generación.

Es así como se aprobaron diversas medidas que permitieron al Estado intervenir en la expansión de la oferta de generación mediante subastas, tales como la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica; el Decreto Legislativo 1002, Decreto Legislativo de promoción

de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables (norma que promueve el desarrollo de oferta de generación con energía renovable, tales como energía solar, eólica, entre otras); el Decreto de Urgencia 037-2008, Se dictan medidas necesarias para asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica al sistema eléctrico interconectado nacional (SEIN); el Decreto de Urgencia 032-2010, Decreto de Urgencia que dicta medidas para acelerar inversión y facilitar financiamiento para la ejecución de proyectos de electricidad; y la Ley 29970, Ley que Afianza la Seguridad Energética y Promueve el Desarrollo del Polo Petroquímico en el Sur del País (en adelante, LASE). Cabe destacar que las intervenciones estatales antes citadas, si bien tenían como efecto final la ampliación de la capacidad de generación, lo hacían mediante diversos objetivos, tales como la diversificación de las fuentes de generación eléctrica, la promoción de las energías renovables, o el incremento de la seguridad de suministro; objetivos que no siempre estuvieron alineados y no aseguraban un desarrollo eficiente de la capacidad de generación (CRSE, 2021a).

La lógica de las subastas se basa en que los desarrolladores necesitan un período mínimo para la construcción de las centrales de generación. Por este motivo, la Ley 28832 diseñó subastas de contratos de suministros de electricidad, las cuales debían llevarse a cabo con un plazo de anticipación mínimo de tres años del período del suministro, tiempo durante el cual podría llevarse a cabo la construcción. Ahora bien, si la ausencia de nuevas inversiones se debía al ejercicio de poder de mercado de los generadores instalados, las subastas podrían permitir atraer nuevos inversionistas. Por otro lado, si la ausencia de nuevas inversiones se debía a tarifas deprimidas por parte del regulador, entonces las subastas servirían para descubrir los precios de mercado (Comisión MEM-OSINERG, 2005).

No obstante, mediante las normas antes desarrolladas se alteró la lógica inicial de la LCE, pues el riesgo del desarrollo de la nueva oferta de generación eléctrica ya no reposaría en los inversionistas, sino en la demanda, con lo cual, durante el período 2009-2015 se introdujo nueva oferta de generación en el sistema equivalente a 3956 MW, mientras que durante dicho período la demanda sólo creció 2075 MW (CEPA-NEGLI, 2016). Adicionalmente, durante el período 2010-2014 se instalaron 850 MW de nueva oferta sobre la base de energías renovables (CEPA-NEGLI, 2016). Asimismo, se instalaron 1200 MW de nueva ofertan de generación correspondiente a los proyectos del Nodo Energético del Sur ejecutados por encargo de la LASE (CEPA-NEGLI, 2016). Es importante también resaltar que en el año 2016 se puso en operación comercial la central hidroeléctrica Cerro del Águila de 525 MW (CEPA-NEGLI, 2016). Con estos resultados se evidencia que hubo un exceso de inversión en generación eléctrica.

La inversión en generación promovida por el Estado tampoco guardó concordancia con los objetivos nacionales sobre el uso del gas natural, pues desde el ingreso en operación del proyecto Camisea, el sector eléctrico peruano produce alrededor del 50% de la electricidad sobre la base de centrales térmicas que queman gas natural, lo cual se encuentra bastante alejado del objetivo nacional, que era equivalente a un tercio (CEPA-NEGLI, 2016).

En resumen, a nivel generación, la intervención estatal significó distanciarse del modelo creado para la generación eléctrica por la LCE, la cual reposaba en un modelo de señales para promover la inversión, y se migró a un régimen de promoción estatal de la inversión, donde a través de la Ley 28832 se favoreció la realización de subastas de contratos de suministros de largo plazo para el desarrollo de nueva inversión en generación eléctrica, se utilizó subsidios para promover inversión renovable, se prohibió mediante la Ley 26980 el desarrollo de centrales hidroeléctricas para priorizar el desarrollo de centrales térmicas a gas natural, se subsidió centrales térmicas del Nodo Energético del Sur, y finalmente, cuando el Estado se percató que se habían clavado varias estacas de muerte al desarrollo de hidroeléctricas, se puso en marcha esquemas de promoción de estas tecnologías utilizando para ello un subsidio escondido en perjuicio de Electroperú S.A., quien fue obligada a suscribir contratos *take-or-pay* de energía con las empresas inversionistas en nuevas centrales hidroeléctricas. En general, se puede afirmar que el Estado implementó diversos mecanismos de planificación de la generación eléctrica, en los cuales el riesgo del desarrollo de la generación eléctrica se trasladó a la demanda, siendo que el costo o sobrecosto del exceso de capacidad de generación eléctrica, sería asumido por los usuarios eléctricos (CEPA-NEGLI, 2016).

Cabe señalar que la regulación de la planificación que se implementó en la generación eléctrica no eliminó el anterior régimen de regulación por mercado, por lo que ambos coexisten. De esta manera, algún inversionista podría decidir invertir por libre iniciativa bajo el marco de la LCE, o la decisión de inversión podría ser el resultado de alguno de los mecanismos de promoción de la inversión creados por el Estado, mencionados en el párrafo anterior.

A nivel de la transmisión eléctrica, al cabo de pocos años luego de iniciada la reforma se evidenció que las señales regulatorias no eran suficientes para

promover las inversiones en la forma y oportunidad que lo requería el sector eléctrico, debido a la naturaleza de monopolio natural de la transmisión (CEPA-NEGLI, 2016). Más aún, se acusaba al modelo regulatorio de serias deficiencias que generaban incertidumbre en los inversionistas y desincentivaban la inversión (Comisión MEM-OSINERG, 2005; De la Cruz & García Carpio, 2003).

Es por este motivo que el Estado inició procesos de promoción a la inversión privada para la entrega en concesión de nuevas líneas de transmisión, las cuales, a diferencia de las líneas que se construían por iniciativa privada en el marco de la LCE, tenían un régimen de regulación por contrato mediante Contratos BOOT (*Build, Own, Operate and Transfer*) (CEPA-NEGLI, 2016; De la Cruz & García Carpio, 2003). Estas fueron las líneas construidas u operadas por las empresas Consorcio Transmantaro S.A., Red Eléctrica Perú S.A., Eléctrica ISA Perú S.A. y Red de Energía del Perú S.A. (CRSE, 2021a).

Las señales para la inversión en generación eléctrica ocasionaron que la mayor parte de las inversiones se ubicaran en los alrededores de Lima, aprovechando el gas natural de Camisea. No obstante, el sistema de transporte de electricidad no era lo suficientemente robusto como para llevar la electricidad desde Lima a las diferentes partes del país, causando congestión en los sistemas de transmisión, el incremento de los costos marginales en las zonas congestionadas y, por tanto, que las empresas generadoras se nieguen a firmar contratos de suministro, principalmente durante los años 2005 y 2006 y, en menor medida, durante los años 2007 y 2008. Esto ocurrió hasta que se emitió la Ley 28832, que creó el Plan de Transmisión, disponiendo que las obras de dicho plan sean licitadas mediante procesos de promoción a la inversión privada, y cuya remuneración está garantizada por los usuarios eléctricos, eliminándose el criterio del Valor Nuevo de Reemplazo del Sistema Económicamente Adaptado (Comisión MEM-OSINERG, 2005). Es así como hoy en día se han resuelto los grandes problemas de la transmisión en el Perú, pues en el período 2008 al 2015 se han invertido 1 915 millones de dólares en activos de transmisión de 220 y 520 KV (kilovoltio), que brindan confiabilidad al sistema de transmisión peruano (CEPA-NEGLI, 2016).

De esta manera, con la Ley 28832 y la creación del Plan del Transmisión se adoptó un régimen estricto de regulación de la planificación, de manera que todas las obras de la gran transmisión se deben incluir en el citado plan, para luego ser licitadas por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), con lo que se dejó de lado el régimen anterior de regulación por mercado.

A nivel de la distribución, la búsqueda de objetivos de eficiencia de la regulación mediante la regla del Valor Nuevo de Reemplazo del Sistema Económicamente Adaptado (inversión adaptada a la demanda) de sistemas típicos, más conocido como la regulación por sectores típicos (Osinergmin; 2017), obstaculizó la expansión del servicio, con lo que no hacía viable lograr su universalización, por lo que el crecimiento de la red se llevó a cabo principalmente a través de los mecanismos de la Ley 28749, Ley General de Electrificación Rural (CEPA-NEGLI, 2016).

Estos problemas fueron recogidos con las modificaciones que se realizaron en la LCE mediante el Decreto Legislativo 1221, de manera que se dejaría el modelo de regulación por sectores típicos y sería sustituido mediante una regulación por empresa (CEPA-NEGLI, 2016). Adicionalmente, con la expedición del Decreto Legislativo 1208 se creó el marco regulatorio para la aprobación de un plan de inversiones en distribución eléctrica exclusivo para empresas públicas. Sin embargo, a pesar de que dicho plan se creó en el año 2016, a la fecha no se ha completado la regulación que permita su implementación (CRSE, 2021c).

Como se podrá apreciar, el Estado ha preferido no ingresar al mundo de la planificación en la distribución eléctrica, y se ha optado por mejorar el diseño de la regulación de las tarifas, a efectos de incentivar que los inversionistas expandan la red por libre iniciativa.

2. Gas Natural

Las reformas en el sector hidrocarburos no permitieron el desarrollo de un mercado de gas natural, y en especial no permitieron llevar a cabo el proyecto Camisea, que se había constituido como uno de los principales yacimientos de gas natural en Sudamérica (Osinergmin, 2014). El proyecto Camisea involucraba la posibilidad de explotar los yacimientos de gas natural ubicados en la selva de Cusco, pero para ello se debían construir 700 kilómetros de gasoductos, pues el gas natural se debía transportar hasta Lima, el potencial mercado de consumo (Comisión MEM-OSINERG, 2005).

Camisea fue posible finalmente gracias a la aprobación de la Ley 27133, Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, que creó el beneficio de la garantía por red principal la cual eliminaba el riesgo de demanda para el desarrollo de la infraestructura de transporte (Comisión MEM-OSINERG, 2005; Osinergmin, 2014). De esta manera, en caso los ingresos por la prestación del servicio no resultasen suficientes como para pagar los costos del proyecto, entonces se recibía un sub-

sidio el cual provenía de un recargo a la tarifa de los usuarios eléctricos.

Como parte de las condiciones del proceso de promoción a la inversión privada de Camisea se definió que el gas natural en boca de pozo tendría un valor máximo equivalente a 1 USD/MMBTU (Millón de Unidad Térmicas Británicas) para la generación eléctrica y 1.8 USD/MMBTU para los otros tipos de consumidores. Por este motivo, Camisea tiene un precio límite definido por contrato, situación que es diferente a los otros yacimientos de gas natural en Perú donde la definición del precio se realiza de acuerdo con las políticas comerciales de las empresas encargadas de la explotación. Estos precios máximos han permitido generar ahorros equivalentes a 20 mil millones de dólares debido al reemplazo de combustibles (Osinergmin, 2021).

Más aún, el proyecto Camisea también ha permitido lograr objetivos de seguridad energética y protección del medio ambiente. Al 2019 el gas natural participa en nuestra matriz energética con un 38% (Osinergmin, 2021), convirtiéndose en uno de los principales combustibles de uso nacional, reduciendo la dependencia que históricamente se tuvo sobre los derivados del petróleo y el carbón. De esta manera, con la explotación del proyecto Camisea se reemplazó el consumo de diesel, carbón, gasolinas, residual, entro otros, con lo cual se redujo significativamente la emisión de gases de efecto invernadero, siendo que en el período 2004-2019 se mitigaron 72 millones de toneladas de CO_2 (Osinergmin, 2021). Es decir, el proyecto Camisea no sólo fue rentable económicamente, debido a los precios límite definidos en el contrato, sino también fue favorable para la protección del medio ambiente y la diversificación de la matriz energética en el Perú.

Cabe indicar que, como parte del diseño del proyecto Camisea, se definió que el sistema de transporte troncal debería tener una capacidad mínima de transporte equivalente a 450 MMPCD (Millones de Pies Cúbicos por Día) (Osinergmin, 2021). Fue así como Camisea inició operaciones en el año 2004 con una demanda de 46 MMPCD, la cual se incrementó al año 2015 en 574 MMPCD. De esta demanda, más del 65% siempre estuvo destinado para el consumo del sector eléctrico (generadores eléctricos) (CEPA-NEGLI, 2016). Hoy en día, el sistema de transporte de Camisea a Lima operado por la empresa Transportadora de Gas del Perú S.A. (en adelante, TGP) tiene una capacidad de 920 MMPCD para la atención de la demanda nacional (Osinergmin, 2021), de los cuales 586 MMPCD están contratados por generadores eléctricos (CEPA-NEGLI; 2016), con lo que se corrobora la fuerte dependencia del sector gas natural al sector eléctrico.

Como se puede apreciar del párrafo anterior, el diseño de explotación del proyecto Camisea se realizó estimando que las dimensiones mínimas de producción del proyecto excedían las necesidades del mercado peruano en el corto plazo (Comisión MEM-OSINERG, 2005). No obstante, luego de los primeros años de operación de Camisea, rápidamente se concluyó que era necesario la ampliación de toda la cadena logística, que involucraba desde las plantas de procesamiento hasta los sistemas de transporte y distribución, a efectos de atender a la importante demanda que se estaba generando. Para ello, el Estado llevó a cabo negociones contractuales con los operadores, a efectos de que se comprometan a la ampliación de sus capacidades de producción y transporte. De esta manera, las ampliaciones no se desarrollaron mediante mecanismos de mercado, sino mediante negociaciones bilaterales entre los actuales operadores y el Estado.

Adicionalmente, se identificó que era necesario diversificar las fuentes de suministro del gas natural, pues la actual depende exclusivamente del sistema de transporte de TGP, y desarrollar un sistema de transporte adicional, que retire el gas natural desde Camisea o un lugar cercano, y lo pueda transportar hasta un punto próximo a la costa sur del país, siendo así como se configuró inicialmente el proyecto del Gasoducto Andino del Sur. Para llevar a cabo este proyecto se emitió otra ley especial, la LASE, que tuvo por objeto crear un mecanismo de ingresos garantizados mediante el subsidio CASE (Cargo por Afianzamiento de la Seguridad Energética) en caso los ingresos provenientes de la prestación del servicio de transporte no resulten suficientes para el pago de los ingresos garantizados del inversionista (Osinergmin, 2021). Al igual que la Garantía por Red Principal (GRP), el cargo CASE recaudaba sus recursos de los usuarios eléctricos. Este proyecto fue concesionado por Proinversión, sin embargo, el contrato fue resuelto por incumplimiento del concesionario, quien no pudo cumplir con el hito cierre financiero (CRSE, 2021a).

A nivel distribución, en el Perú tenemos actualmente seis concesionarios en funciones, cuatro que obtuvieron sus concesiones en virtud de concursos organizados por el Estado y dos mediante solicitudes de parte (Osinergmin, 2021). En un inicio, los contratos de concesión prevén una etapa en la cual los concesionarios están obligados a la construcción de las obras iniciales, que incluyen la conexión de un número mínimo de usuarios. Una vez superada la etapa de las inversiones contractuales mínimas, la expansión del servicio se realiza mediante un Plan Quinquenal de Inversiones (Osinergmin, 2021), que es de obligatorio cumplimiento por los concesionarios de distribución.

Para lograr la masificación del gas natural, el Estado creó dos importantes programas: el Bonogas y el Mecanismo de Promoción. Estos vienen siento claves para los objetivos de masificación, pues se ha evidenciado que la tasa de conexión de usuarios en ausencia de dichos programas cae significativamente, llegando incluso a ser 13% menor (Osinergmin, 2021).

En síntesis, se puede apreciar que el régimen de regulación por mercado inicial se ha mantenido en el sector gas natural. El Estado se vio obligado a emitir legislación especial que permita el desarrollo de dos proyectos: Camisea y el Gasoducto Sur Peruano. Luego de ello, el Estado no ha emitido legislación que prevea la planificación del sector, salvo en la actividad de distribución, donde se creó el Plan Quinquenal de Inversiones.

IV. AGENDA PENDIENTE

A. Electricidad

El mercado de generación eléctrica tiene muchos aspectos por mejorar. Para efectos de nuestro artículo, lo más relevante es que se ha identificado la necesidad de disciplinar la intervención del Estado, pues se atribuye al Estado la pérdida de la señal de precios y la existencia de sobreoferta, equivalente a 72% en el año 2016 (CEPA-NEGLI, 2016), en perjuicio de la propia demanda, quien termina asumiendo los costos de la sobre inversión.

En principio, el crecimiento de la oferta se debería producir en función de la libre iniciativa privada, pues la generación eléctrica opera bajo las reglas de un mercado competitivo. No obstante, ante la falta de inversión, el Estado debería promover el ingreso de nuevos agentes, por ejemplo, mediante asociaciones público-privadas. Esto último significa la coexistencia de una regulación por mercado y de una regulación de la planificación, pero realizando una adecuada evaluación técnica-económica, a efectos de evitar que el remedio termine siendo peor que la enfermedad. Por tal motivo, se requiere llevar adelante estudios de planificación de la generación, que se encuentren adecuadamente motivados en función de un análisis costo-beneficio, para que luego su implementación se lleve a cabo respetando el principio de subsidiariedad.

Ahora bien, dentro del proceso de planificación se debe diferenciar la energía y la potencia, pues el segundo es el que brinda confiabilidad al sistema. Efectivamente, CEPA-NEGLI en su estudio del 2016 elaboró tres diferentes modelos de desarrollo del mercado eléctrico. En todos los modelos el Estado, aunque con diferente intensidad, mantenía algún grado de control para asegurar que la oferta de generación se expanda lo suficiente como para cubrir la demanda. Inclusive en el modelo más abierto a la competencia (modelo 1), donde el mercado de energía se lleva a cabo a través de ofertas de los generadores sin límites ni correlacionados con el costo marginal, este modelo supone la creación de un mercado de capacidad, donde el Estado se reserva el derecho de definir la potencia que requiere el sistema y, por tanto, invitando a la inversión necesaria para cubrir la demanda.

Asimismo, la CRSE señaló que la instauración de un mercado de largo plazo para asegurar que la capacidad sea suficiente y adecuada para atender la demanda de electricidad durante todo el año es particularmente más importante en un sistema como el peruano, con una fuerte presencia de centrales hidroeléctricas y otras energías renovables como la solar y la eólica, pues de lo contrario nos podríamos encontrar expuestos a problemas de racionamiento como los ocurridos en California durante el mes de agosto de 2020 y en Texas en el 2021 (2021b).

A nivel de la transmisión eléctrica, queda aún pendiente la mejora de la regulación referente a la transmisión de menor escala, o también llamada subtransmisión, aquella que no es parte del Plan de Transmisión y que sirve principalmente para la conexión de los sistemas de distribución eléctrica (CEPA-NEGLI, 2016). En general, se critica esta regulación de ser muy compleja y poco predecible. Además de un proceso de simplificación del marco regulatorio a efectos que las tarifas sean predecibles, se viene recomendando la integración total de la planificación en una sola entidad, que podría ser el Comité de Operación Económica del Sistema (COES) (CEPA-NEGLI, 2016), pues a la fecha existen un Plan de Inversiones para la subtransmisión que sirve a la demanda, que es aprobado por Osinergmin.

Cabe señalar que los retrasos en la ejecución del Planes de Inversiones aprobados por Osinergmin correspondiente a los períodos 2013-2017 y 2017-2021, por parte de las empresas públicas bajo el ámbito de Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), motivó que recientemente se emita el Decreto Supremo 018-2021-EM, Decreto Supremo que reactiva la ejecución de proyectos de transmisión eléctrica del Sistema Complementario de Transmisión, el cual permite la licitación de las obras pendientes de ejecución al sector privado.

De esta manera, a nivel de transmisión la recomendación radica en fortalecer y extender el Plan de Transmisión, en vista de los buenos resultados que está mostrando a la fecha, y, por otro lado, simplifi-

car los criterios para la regulación tarifaria, de manera que se mantenga solo para la subtransmisión un régimen de regulación por mercado, donde los transmisores tengan los incentivos para aumentar sus activos en función de las señales tarifarias.

A nivel de distribución eléctrica, en los estudios llevados a cabo por CEPA-NEGLI (2016) y la CRSE (2021c) se propone dejar de lado el modelo de regulación por incentivos, y en su lugar adoptar un modelo que privilegie un esquema de tipo contable e histórico, con el objeto de priorizar la seguridad en el reconocimiento de las inversiones y, con ello, lograr los objetivos de la universalización del servicio eléctrico. Es decir, la principal recomendación no pasa por implementar planificación sino por mejorar el régimen tarifario para que se incrementen las inversiones en función de las señales.

Cabe señalar que el proceso inconcluso de privatización obstaculiza el logro de los objetivos de las reformas tanto en transmisión como en distribución, debido a las restricciones de financiamiento y de inversión, así como la falta de incentivos en los trabajadores de las empresas públicas que los motive a alcanzar los objetivos de eficiencia de la regulación (CEPA-NEGLI, 2016). Más aún, los problemas no solo se vinculan a la falta de incentivos, sino también son creados por la burocracia y el déficit del diseño institucional. Prueba de esto último consiste en que, a pesar de que muchos proyectos provienen de estudios técnicos de planificación aprobados por el regulador (Plan de Inversiones) o el Ministerio de Energía y Minas (Plan de Transmisión), igualmente las empresas públicas deben obtener previamente a su ejecución diversas autorizaciones y aprobaciones, tal como la del Fonafe (CRSE, 2021c).

Por este motivo, actualmente se viene discutiendo, no la privatización de las empresas públicas, lo cual es política y socialmente complejo de lograr, sino que las actuales empresas públicas, titulares de activos de transmisión y distribución, se sirvan de las técnicas de la concesión e inviten a los inversionistas privados para que destinen su capital en el desarrollo de los nuevos activos y se ocupen de la gestión de la operación. Esta solución, inclusive, es más acorde con el régimen de economía social de mercado y una muestra de cómo sería su funcionamiento está constituido por el régimen aprobado por el Decreto Supremo 018-2021-EM, antes comentado.

Asimismo, se observa que diversos agentes intervienen en el proceso de planeamiento y desarrollo del sector, tales como el Congreso de la República, el Ministerio de Energía y Minas, Osinergmin, Fonafe, Proinversión, COES, las propias empresas eléctricas (por ejemplo, las empresas distribuidoras que son las encargadas de conducir las licitaciones de largo plazo), lo cual incrementa la dificultad de lograr un desarrollo armonioso y orgánico del sector, lo cual se resolverá cuando se constituya una sola entidad responsable de la planificación del sector energía.

B. Gas Natural

En el año 2016, las reservas probadas de gas natural ascendían a 16 TCF, mientras que en el 2018 esta cantidad se redujo a 10.6 TCF, debido a la reestimación de volúmenes y a que 3.5 TCF de gas natural del lote 58 fueron reclasificados como recursos contingentes, debido a que no cuentan con un mercado ni infraestructura para su explotación, al producirse la frustración del proyecto de Gasoducto Andino del Sur. El incremento del consumo nacional de gas natural, la puesta en marcha del proyecto de exportación de gas natural, así como el detenimiento en el descubrimiento de mayores reservas de gas natural ha generado que la *ratio* reservas/producción, que en el año 2005 ascendía a 220 años de consumo, caiga en el año 2019 a un valor de solo 21 años, por lo cual urge incrementar las reservas de gas natural (Osinergmin, 2021).

Ahora bien, para atraer nuevas inversiones, parece que el actual régimen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos no resulta lo suficientemente atractivo y, en todo caso, se deben plantear nuevos mecanismos que apoyen y estimulen la inversión privada. La señal más clara de que la citada ley no resulta suficiente radica en que tanto para el desarrollo del proyecto de Camisea, como para el diseño del proyecto del Gasoducto Andino del Sur, se tuvieron que aprobar marcos legales especiales, es decir, se tuvo que emitir la Ley 27133 y la LASE.

Por otro lado, existe una distorsión en la contratación del gas natural, debido a que los contratos suelen contener obligaciones *take or pay* o *ship or pay*, que comprometen a los productores o a los transportistas a reservar capacidad a favor de los clientes, usen o no usen el gas natural (CRSE, 2021a). Son los generadores eléctricos quienes principalmente buscan este tipo de contratos, debido a que la regulación eléctrica condiciona el pago de la remuneración por potencia a la existencia de contratos de gas natural 'firmes' (CRSE, 2021a). Esto crea una ficción en el uso de la infraestructura de gas natural debido a que, si bien la oferta está –aparentemente– totalmente contratada, los clientes no usan todo lo que tienen reservado, con lo cual se realiza un uso subóptimo de los activos. En vista de esta problemática se emitió el Decreto Supremo 003-2021-EM, el

cual mejora las señales de eficiencia en la contratación del transporte de gas natural, pues ya no se exige la contratación de transporte equivalente al 100% de la potencia de la central, sino en función de un 'factor de referencia a la contratación', que es aprobado por Osinergmin, el cual debe reflejar el uso eficiente de la capacidad reservada de transporte para el conjunto de generadores, según el tipo de tecnología de la central de gas natural. No obstante, consideramos que esta es una solución parcial pues aún no se resuelve de manera integral el problema de la reasignación de los volúmenes de gas y la capacidad de transporte contratada por los generadores eléctricos, de manera que los excedentarios puedan transferir lo contratado y no usado a los deficitarios, debido a que falta la implementación del mercado secundario de gas natural.

Por otro lado, el proyecto del Gasoducto Andino del Sur se vio frustrado hace varios años y, sin embargo, a la fecha, el Estado no ha sido capaz de definir la estrategia para continuar con el desarrollo del proyecto. Más aún, se ha indicado que el Estado se encuentra interesado en desarrollar un sistema de transporte que conecte el sistema de transporte de Camisea con los departamentos del norte del país (CRSE, 2021a), lo cual parece aún más inverosímil.

A nivel distribución, a pesar de que a la fecha se cuentan con varios concesionarios de distribución en operación, el nivel de cobertura del gas natural es bastante bajo, siendo que en Lima y Callao solo se ha llegado al 40% luego de 15 años de operación, en Ica se ha alcanzado el 30% luego de 10 años de operación, 20% en la concesión norte y 5% en la concesión suroeste, en estos últimos dos casos, luego de 3 años de inicio de las concesiones (Osinergmin, 2021). Cabe señalar que uno de los aspectos que puede estar frenando la masificación, en términos de la CRSE (2021a) es que la obligatoriedad del Plan Quinquenal de Inversiones estaría jugando en contra de la masificación, pues estaría influyendo en las empresas distribuidoras a ser conservadoras en las propuestas que realizan, ante el temor a ser sancionados por incumplimiento, por lo que se requeriría de dotar de más flexibilidad a dichas empresas. No obstante, este último problema fue materia del Decreto Supremo 001-2022-EM, el cual tuvo como propósito simplificar el proceso de ejecución y cumplimiento del Plan Quinquenal.

Finalmente, al igual que en el caso del sector eléctrico, se observa que el Estado ha intervenido reiteradamente y mediante diferentes entidades en el mercado de gas natural, sea a través del Congreso de la República, el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro, Osinergmin, Proinversión, lo cual incrementa la dificultad de lograr un desarrollo previsible y ordenado del sector (CRSE, 2021a).

Como vemos, el sector gas natural necesita clamorosamente de actividad planificadora, pues existen diversos problemas sin resolver y no se sabe hacia dónde se va. Se sigue confiando en que las inversiones llegarán en función de las señales de precios, y el único proceso de planificación que se realiza, el Plan Quinquenal de Inversiones aprobado por Osinergmin, es criticado por ser muy inquisitivo, teniendo el efecto contrario de desincentivar las inversiones.

V. CONCLUSIONES

El régimen de economía social de mercado es compatible con la intervención del Estado en los mercados de electricidad y gas natural. El Estado tiene el deber de orientar el desarrollo de las actividades económicas en general, y en especial velar por la adecuada prestación de los servicios públicos. Para el ejercicio de estas actividades, el Estado actúa principalmente como regulador y garante de la adecuada prestación a los ciudadanos, prestación que será prioritariamente realizada por la inversión privada. De esta manera, tanto en los mercados abiertos a la competencia y libertad de precios (generación eléctrica), como en los mercados caracterizados por la existencia de monopolios naturales y regulación de precios (transporte de gas natural por red de ductos), el Estado podrá intervenir en ausencia de inversiones mediante asociaciones público-privadas, y como estrategia de último recurso, mantiene la atribución de participar en los mercados mediante empresas públicas.

Para el diseño de los mercados el Estado puede escoger entre un régimen de regulación por mercado, una regulación de la planificación, o un sistema en el cual se mezclen ambos. El mercado peruano optó en los inicios de la reforma (década del 90), tanto en el sector eléctrico como en gas natural, por una regulación por mercado, en el cual las inversiones llegan en función de las reglas de juego impuestas, la oferta y la demanda, y las señales de precios/tarifas. De esta manera, se partió de la premisa que las 'señales económicas' constituían incentivos suficientes para promover la inversión privada y así, garantizar la prestación de los servicios a los usuarios. No obstante, durante el transcurso de los años se evidenció que resulta necesaria la orientación del Estado para el apalancamiento de proyectos que son importantes pero que no se pueden llevar a cabo si se rigen únicamente por las reglas de la oferta y demanda, tal fue el caso de los sistemas de transmisión de electricidad o, inclusive, del proyecto Camisea.

Por este motivo, en algunos casos, se optó por migrar a un régimen de regulación de la planificación, tal como el Plan de Transmisión creado por la Ley 28832, o mantener un esquema mixto. Esto último fue lo que ocurrió en la práctica con la generación eléctrica, pues si bien los generadores mantienen la posibilidad de ingresar en función del régimen de regulación por mercado, a través de las reglas de la LCE, pueden esperar y decidir ingresar luego de ser adjudicatario de alguno de los procesos de promoción creados por el Estado, tal como las subastas de contratos de suministros de electricidad creado por la Ley 28832, o las subastas para el suministro de electricidad con recursos energéticos renovables del Decreto Legislativo 1002.

Por otro lado, es importante considerar que la seguridad de suministro de energía es un bien público. Las inversiones que se realicen para incrementar la seguridad y suficiencia del suministro de electricidad y gas natural benefician a todos, tanto a las empresas como a los usuarios, debido a que no hay posibilidades de exclusión y el consumo es no rival (Osinergmin, 2017), por lo que la presencia de esta falla de mercado es una causa justificante para la intervención regulatoria por parte del Estado.

Asimismo, las empresas no tienen incentivos para cumplir con el principio del servicio universal, pues la mayor rentabilidad se obtiene atendiendo aquellas zonas con menor dispersión y mayor densidad poblacional, características que cumplen las ciudades y los complejos industriales, mientras que conforme la dispersión se incremente y la geografía sea más accidentada, el costo marginal de atención se incrementa. Estos problemas se suelen solucionar mediante el empleo de recursos fiscales o, en ausencia de estos últimos, mediante subsidios cruzados (Osinergmin, 2017), por lo que una vez más existen condiciones que justifican la intervención del Estado.

De esta manera, el Estado cuenta con razones legales y económicas que justifican la tarea planificadora, pero que, a diferencia de un régimen de Estado empresario, en virtud de la Constitución de 1993, la planificación se deberá realizar en concordancia con los principios de subsidiariedad y de libre iniciativa privada. Efectivamente, como ya lo hemos anticipado, la intervención del Estado debe ser principalmente mediante las técnicas de la regulación económica, léase regulación de precios, regulación de la competencia, planificación, entre otros. La participación directa del Estado mediante empresas públicas se puede implementar, pero como solución de última *ratio*, y no solo por razones legales, sino también por nuestra experiencia en la cual el desempeño de las empresas públicas no ha sido bueno, debido a diversas restricciones para el financiamiento y la adquisición de deuda, por los engorrosos procesos de contrataciones y por la burocracia existente para la adopción de decisiones (CRSE, 2021a). Por este motivo, por ejemplo, la CRSE recomienda la entrega en concesión de los actuales activos de las empresas concesionarias estatales de transmisión y distribución, antes que persistir en el crecimiento de la empresa pública (2021a).

Ahora bien, es importante que el proceso de planificación sea realizado responsablemente, pues en un régimen planificado los errores lo pagan los usuarios. Conforme fue discutido en la sección tres, en muchos casos la medicina fue peor que la enfermedad, tal es el caso de la actual sobreoferta de generación eléctrica aparentemente causada por el Estado, lo cual ha terminado perjudicando a los usuarios eléctricos, pues son estos quienes asumen los costos del exceso de capacidad de la generación.

Sin embargo, llama la atención que aún se mantengan escenarios en los que la regulación de la planificación es inexistente. Por ejemplo, a nivel del sector gas natural el marco regulatorio se concentró en el desarrollo de los proyectos de Camisea y del Gasoducto Sur Peruano. Luego, para la ampliación del proyecto Camisea se tuvieron que realizar renegociaciones contractuales, lo cual depende de la voluntad y visión de la autoridad de turno. En resumen, no se ha desarrollado un marco regulatorio adecuado que permita el crecimiento orgánico del sector gas natural (CRSE, 2021a).

Por este motivo, a nivel de la CRSE se propone la creación de una nueva unidad encargada de la planificación integral del sector energía, que incluya tanto la electricidad como el gas natural (2021a). Conforme se ha evidenciado, los sectores eléctricos y gas natural están fuertemente enlazados, no obstante, los procesos de planificación implementados a la fecha se realizan de manera independiente, lo cual se corregiría con un plan integral. Asimismo, la CRSE propone la integración de la planificación de la gran transmisión, materia del Plan de Transmisión, y de la subtransmisión, materia del Plan Inversiones de Transmisión (2021a). De igual manera, la planificación integral del sector energía debería tomar en consideración los diversos objetivos estatales, tal como el compromiso de reducir la emisión de gases de efecto invernadero, evaluación que no se toma en cuenta en la actualidad (CRSE, 2021a). Por último, es importante también que se considere en la planificación el papel de las energías renovables en la matriz energética, pues si bien hace unos años tecnologías como la solar y la eólica requerían de subsidios para su implementación, hoy en día pueden competir en

igualdad de condiciones con las tecnologías convencionales (CRSE, 2021b).

Finalmente, a efectos de no cometer excesos en la intervención estatal mediante la planificación, es conveniente primero asegurar que los modelos tarifarios se encuentren adecuadamente planteados, de manera que se permita que el régimen de regulación por mercado funcione correctamente. Tal es el caso de la tarifa de distribución eléctrica, que según se ha indicado, podría generar incertidumbre sobre el reconocimiento de los costos de inversión y operación, con lo que se desincentiva la extensión de la infraestructura y, por tanto, alcanzar los objetivos del servicio universal.

REFERENCIAS

Álvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la Constitución Peruana. *Ius et Veritas*, (48), 256-269.

Banco Interamericano de Desarrollo [BID] (2016). *Asociaciones Público-Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal.* https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_2.pdf

Cambridge Economic Policy Associates Ltd [CEPA] & Negocios Globales Inteligentes [NEGLI] [CEPA-NEGLI] (2016). *Revisión del Marco Regulatorio del Sector Eléctrico Peruano, SBCC-10 PROSEMER-OSINERGMIN-Informe 4.* https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/gart/publicaciones/informe-cepa.pdf

Comisión de Tarifas Eléctricas [CTE] (1989). *Nueva Tarifa de Energía Eléctrica*. http://portal.oas.org/Portals/7/CITEL/Biblioteca/azul-fin-r1c1_e.pdf

(1992). *Memoria 1986-1989*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/acerca_osinergmin/memoria-institucional#

(1993). *Memoria 1990-1991*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/acerca_osinergmin/memoria-institucional#

(1998). *Situación Tarifaria en el Sector Eléctrico Peruano*. https://www2.osinergmin.gob.pe/publicacionesgrt/pdf/SituacionTarifaria/SITTAR1998.pdf

(2001). *Informe de la Situación de las Tarifas Eléctricas 1993-2000*. https://www.yumpu.com/es/document/read/30800135/informe-de-situacion-de-las-tarifas-electricas-1993-2000-8-mb

Comisión MEM-OSINERG (2005). *Libro Blanco: Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica*. https://www.academia.edu/36428110/Libro_blanco

Comisión Multisectorial para la Reforma del Subsector Electricidad [CRSE] (2021a). *Thematic Line 1: Strengthening the Institutional Framework (Perú*).

(2021b). *Final Report on Thematic Line 2: Transformation of the Peruvian Wholesale Electricity Market (Perú*). https://web.stanford.edu/group/fwolak/cgibin/sites/default/files/report_wolak_June_2021_draft_0.pdf

(2021c) *Modernization of the Peruvian electricity system. Pillar 3: Innovation in distribution and retail (Perú*). https://web.stanford.edu/group/fwolak/cgibin/sites/default/files/report_wolak_June_2021_draft_0.pdf

(2021d). *Conceptual models and frameworks for improving the regulation and management of the electricity systems in Peru Thematic Line 4: Transmission systems (Perú*). https://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Theme%204Transmission%20Systems%20Improved%20Regulation%20and%20Management-Final%20Report-20210616.pdf

De la Cruz , R., & García Carpio, R. (2003). La Problemática de la Actividad de Transmisión de Energía en el Perú. *Economía y Sociedad*, (54), 60-69.

Ezcurra Rivero, H., & Moreyra Mujica, M. (1993). El modelo económico adoptado por el Proyecto de Constitución de 1993. Entrevista a Jorge González Izquierdo. *Ius et Veritas*, (7), 206-211.

García Carpio, R. (2006). ¿Por qué no firman contratos los generadores con las distribuidoras de electricidad? *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, (62), 193-220.

Guzmán Napurí, C. (2004). Algunos comentarios respecto de los principios generales del régimen económico consagrado por la Constitución Peruana de 1993. *Foro Jurídico*, (3), 115-127.

Huapaya Nava, M., & Terrazos Poves, J. (2008). Principio de Subsidiariedad: Consideraciones Respecto a la Aplicación Constitucional del Numeral 14.3 del D. Leg. N° 1044 en Materia de Actividad Empresarial del Estado. *Derecho & Sociedad*, (31), 277-284.

Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *Ius et Veritas*, (50), 368-397.

Landa Arroyo, C. (2015). Constitucionalización del Derecho Mercantil. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (67), 191-204.

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin] (2014). *La industria del gas natural en el Perú. A diez años del Proyecto Camisea 2014*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro-Industria-Gas-Natural-Peru-10anios-Camisea.pdf

(2017). *Políticas regulatorias aplicadas a los sectores de energía y minería 2017*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Aniversarios/Libro-Politicas-Regulatorias-aplicadas-EM.pdf

(2021). *La industria del gas natural en el Perú. Mirando al bicentenario y perspectivas recientes 2021*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro-Industria-Gas-Natural-Peru-bicentenario.pdf

Rodríguez Cairo, V. (2016). Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú. *Quipukamayoc*, (45), 121-137.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS NORMATIVOS

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 1002, Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de mayo de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1208, Decreto Legislativo que promueve el desarrollo de Planes de Inversión en las empresas distribuidoras bajo el ámbito de FONAFE y su financiamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de septiembre de 2015 (Perú).

Decreto Legislativo 1221, Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de septiembre de 2015 (Perú).

Decreto Ley 18890, Facultan al Banco Central a intervenir en los contratos con Empresas Petroleras Extranjeras, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de junio de 1971 (Perú).

Decreto Ley 18930, el Estado será el único importador de petróleo, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de agosto de 1971 (Perú).

Decreto Ley 22774, Aprueban Bases Generales para Contratos Petroleros en Operaciones de Exploración, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de diciembre de 1979 (Perú).

Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto de Urgencia 032-2010, Decreto de Urgencia que dicta medidas para acelerar inversión y facilitar financiamiento para la ejecución de proyectos de electricidad, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de abril de 2010 (Perú).

Decreto de Urgencia 037-2008, Se dictan medidas necesarias para asegurar el abastecimiento oportuno de energía eléctrica al sistema eléctrico interconectado nacional (SEIN), Diario Oficial *El Peruano*, 21 de agosto de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 001-2022-EM, Modifican Normas de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural y emiten disposiciones para optimizar el desarrollo de las actividades de hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de enero de 2022 (Perú).

Decreto Supremo 003-2021-EM, Decreto Supremo que mejora la eficiencia en el uso de la capacidad de transporte de gas para la generación térmica con gas natural y el pago de la potencia firme, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de enero de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de febrero de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 018-2021-EM, Decreto Supremo que reactiva la ejecución de proyectos de transmisión eléctrica del Sistema Complementario de Transmisión, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2021 (Perú).

Ley 11780, Ley del Petróleo, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de marzo de 1952 (Perú).

Ley 26980, Ley que modifica diversos artículos y definición anexa de la Ley de Concesiones Eléc-

tricas, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de septiembre de 1998 (Perú).

Ley 27133, Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 1999 (Perú).

Ley 28749, Ley General de Electrificación Rural, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de junio de 2006 (Perú).

Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2006 (Perú).

Ley 29970, Ley que Afianza la Seguridad Energética y Promueve el Desarrollo del Polo Petroquímico en el Sur del País, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de diciembre de 2012 (Perú).

Ley Orgánica 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de agosto de 1993 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 3 de octubre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 005-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 23 de septiembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0031-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de abril de 2005, sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de enero de 2005, sentencia recaída en el Expediente 3773-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 4 de abril de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00228-2009-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de mayo de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00834-2010-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 31 de mayo de 2022, sentencia recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC (Perú).

10.18800/themis.202202.002

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACUICULTURA EN EL PERÚ

THE LEGAL REGIME OF AQUACULTURE IN PERU

Bruno Ramos Huaytalla*
AGP&F
Rolando García Castillo**
Osinergmin

Aquaculture is an economic activity regulated by Peruvian law, the purpose of which is to cultivate aquatic species and ensure the conservation of biodiversity.

In this article, the authors start by analyzing the current regulations on hydrobiological resources and then identify the regulation of aquaculture activity, as well as the administrative sanctioning procedure applicable to non-compliance with aquaculture, environmental and sanitary obligations derived from that activity.

Keywords: General Aquaculture Law; aquaculture activities; aquaculture of limited resources; aquaculture of micro and small enterprises; aquaculture of medium; large enterprises.

La acuicultura es una actividad económica regulada en la legislación peruana, cuyo objeto es realizar el cultivo de especies acuáticas y garantizar la conservación de la biodiversidad.

En este artículo, los autores parten de analizar la normativa vigente sobre los recursos hidrobiológicos para luego identificar la regulación de la actividad acuícola, así como el procedimiento administrativo sancionador aplicable ante el incumplimiento de las obligaciones de índole acuícola, ambiental y sanitaria derivadas de aquella actividad.

Palabras clave: Ley General de Acuicultura; actividades acuícolas; acuicultura de recursos limitados; acuicultura de micro y pequeña empresa; acuicultura de mediana; gran empresa.

* Abogado. Asistente de docencia de los cursos Evaluación y Fiscalización Ambiental, Clínica Jurídica de Derecho Ambiental y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho en la Universidad Científica del Sur (UCS). Diploma de especialización en regulación de Servicios Públicos de la Universidad San Martín de Porres. Analista legal del Estudio AGP&F Abogados y Asociados (Lima, Perú). Contacto: brunoramoshu@gmail.com

** Abogado. Asistente de docencia de los cursos Evaluación y Fiscalización Ambiental y Derecho Pesquero e Industrial en la Facultad de Derecho en la Universidad Científica del Sur (UCS). Estudios de Posgrado en Legislación y Fiscalización Ambiental por la escuela de Posgrado de la Universidad Continental. Analista legal en SUNASS (Lima, Perú). Contacto: rolandogarciacas@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 21 de agosto de 2022, y aceptado por el mismo el 1 de noviembre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad acuícola en el Perú tiene una historia que se remonta muchos años atrás, pero al mismo tiempo su desarrollo ha sido lento por múltiples factores, tanto por la falta de incentivos regulatorios, así como también por el *boom* de la extracción de recursos hidrobiológicos, entre otros. En ese sentido, anteriormente la acuicultura se encontraba regulada en pocos artículos del Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca; sin embargo, para tener una regulación especial que abarque mejor el sector, se creó el Decreto Legislativo 1195, Ley General de Acuicultura, donde se desarrolló con detalle la gestión a nivel administrativo y ambiental para su aprovechamiento, destacándose como una actividad económica de interés nacional, siendo así una opción sostenible diferente a la extracción de recursos en aguas marinas y continentales, pues con ella se busca conservar la biodiversidad, la diversificación productiva, la competitividad y seguridad alimentaria, y la generación de empleo.

II. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS RECURSOS HIDROBIOLÓGICOS

La Constitución Política del Perú de 1993 establece, en su artículo 66, que los recursos naturales, tanto los renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. Vale decir que los recursos naturales comprenden a "todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado" (Ley 26821, 1981, art. 3), entre ellos se encuentran: los recursos hidrobiológicos, definidos como las "especies animales y vegetales que desarrollan todo o parte de su ciclo vital en el medio acuático y son susceptibles de ser aprovechados económicamente por el hombre" (Decreto Supremo 012-2001-PE, 2001, art. 151).

Ahora bien, la doctrina menciona que el régimen de los recursos naturales se explica a través de la teoría dominialista, en tanto:

> Se considera que los recursos naturales son bienes de dominio público, bajo la guarda y administración del Estado, el cual ejerce su soberanía mediante la facultad de regulación de las actividades y beneficios o derechos concedidos a los particulares para su uso y aprovechamiento, excluyéndolos de la libre y espontánea apropiación por los particulares (Huapaya Tapia, 2014, p. 339).

Bajo esta perspectiva, los recursos hidrobiológicos son bienes de dominio público y el Estado concede títulos habilitantes para su uso, entre ellos están: la concesión, autorización, permiso y licencia.

El Estado peruano, en consonancia con su soberanía, ha fijado las condiciones para la utilización y aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos. Al respecto, cabe mencionar que el Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca (en adelante, LGP) y el Decreto Supremo 012-2001-PE, Reglamento de la Ley General de Pesca (en adelante, Reglamento de la LGP) regulan las actividades pesqueras; y, por otro lado, el Decreto Legislativo 1195, Ley General de Acuicultura (en adelante, LGA) y el Decreto Supremo 003-2016-PRODUCE, Reglamento de la Ley General de Acuicultura (en adelante, Reglamento de la LGA) establecen el marco jurídico para las actividades acuícolas.

La diferencia entre las actividades pesqueras y acuícolas se fundamenta en que las primeras tienen como fin obtener las especies acuáticas mediante el uso de técnicas o métodos, mientras que las segundas se basan en la crianza y producción de las mencionadas especies. En otras palabras, las actividades pesqueras se caracterizan por la extracción de los recursos hidrobiológicos del mar, ríos, lagunas y otros cuerpos marinos, mientras que las actividades acuícolas consisten en la crianza y preservación de los mismos.

III. LA ACUICULTURA, SU RÉGIMEN LEGAL, LOS TÍTULOS HABILITANTES PARA SU EJERCICIO Y SU PROMOCIÓN E INCENTIVOS TRIBUTARIOS

A. El régimen legal de la acuicultura

La acuicultura es definida como:

> El cultivo de organismos acuáticos, que implica la intervención en el proceso de cría para aumentar la producción, como fuente de alimentación, empleo e ingresos, optimizando los beneficios económicos en armonía con la preservación del ambiente y la conservación de la biodiversidad, el uso óptimo de los recursos naturales y del territorio; garantizando la propiedad individual o colectiva del recurso cultivado (Ley General de Acuicultura [LGA], 2015, art. 6).

La inversión privada, esto es, la actividad que realizan los particulares destinando recursos a fin de obtener beneficios monetarios, se encuentra presente en el sector de la acuicultura, ya que los inversores destinan sus recursos para realizar los cultivos de las especies acuáticas, siendo estos demandados a nivel mundial, tales como: la trucha, langostino, concha de abanico, paiche, basa, tilapia, langostinos, entre otros (Andina, 2017). De

igual forma, la acuicultura genera una fuente de empleo importante para las personas, en algunos casos es el modo de vida y fuente de alimentación. Mediante la acuicultura no solo se aumenta la producción de, por ejemplo, peces, moluscos, crustáceos y plantas acuáticas, sino también se protege a estos organismos frente a los depredadores (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, 2007, p. 1), de tal manera se garantiza la conservación de dichas especies.

La acuicultura ha crecido a nivel mundial, tal es así que la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (en adelante, FAO, por sus siglas en inglés) informa que en el año 2020, "la producción acuícola mundial alcanzó un récord de 122,6 millones de toneladas, con un valor total de 281 500 millones de USD" (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO], 2022, p. 13), incluyendo animales acuáticos; mientras que, el mismo año, "la producción de la pesca de captura mundial se situó en 90,3 millones de toneladas, con un valor estimado de 141 millones de USD" (FAO, 2022, p. 12). En ese sentido, la producción a nivel global de animales acuáticos, según la FAO (2022, p. 9), se estima en:

> 178 millones de toneladas en 2020, lo que supone un ligero descenso en comparación con el récord histórico de 179 millones de toneladas registrado en 2018. La pesca captura contribuyó con 90 millones de toneladas (el 51 %) y la acuicultura con 88 millones de toneladas (el 49 %). Además de la producción de animales acuáticos, en 2020 se produjeron 36 millones de toneladas (peso en fresco), de las cuales el 97 % procedían de la acuicultura, principalmente marina.

Esto se puede observar en el siguiente cuadro.

Cuadro 1: Producción mundial de la pesca y la acuicultura, utilización y comercio

	Decenio de 1990	Decenio de 2000	Decenio de 2010	2018	2019	2020
	Promedio anual					
	Millones de toneladas (equivalente en peso vivo)					
Producción						
Pesca de captura:						
Continental	7,1	9,3	11,3	12,0	12,1	11,5
Marina	81,9	81,6	79,8	84,5	80,1	78,8
Total de la pesca de captura	88,9	90,9	91,0	96,5	92,2	90,3
Acuicultura:						
Continental	12,6	25,6	44,7	51,6	53,3	54,4
Marina	9,2	17,9	26,8	30,9	31,9	33,1
Total de la acuicultura	21,8	43,4	71,5	82,5	85,2	87,5
Total mundial de la pesca y la acuicultura	110,7	134,3	162,6	178,9	177,4	177,8
Utilización[2]						
Para el consumo humano	81,6	109,3	143,2	156,8	158,1	157,4
No destinado al consumo humano	29,1	25,0	19,3	22,2	19,3	20,4
Población (miles de millones)[3]	5,7	6,5	7,3	7,6	7,7	7,8
Consumo aparente per cápita (kg.)	14,3	16,8	19,5	20,5	20,5	20,2
Comercio						
Exportaciones, en cantidad	39,6	51,6	61,4	66,8	66,6	59,8
Porcentaje de exportaciones en la producción total	35,8 %	38,5 %	37,7 %	37,3 %	37,5 %	33,7 %
Exportaciones, en valor (1 000 millones de USD)	46,6	76,4	141,8	165,3	161,8	150,5

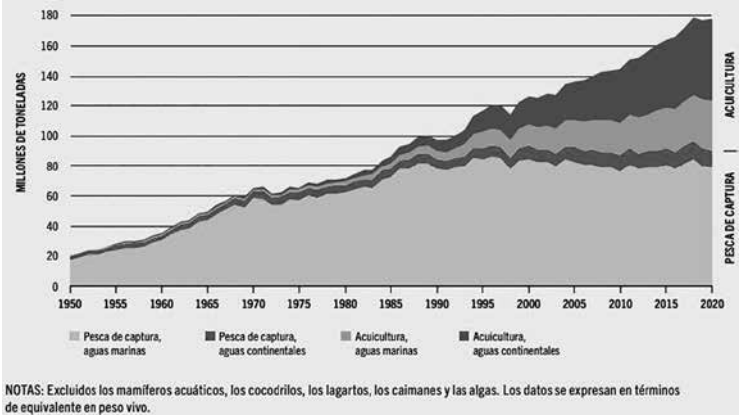
[1] Excluidos los mamíferos acuáticos, los cocodrilos, los lagartos, los caimanes y las algas. Los totales podrían no corresponder debido al redondeo.
[2] Los datos sobre la utilización para 2018-2020 son provisionales.
[3] Fuente: Naciones Unidas (2019).

Fuente: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura

A la producción de acuicultura de 87.5 millones de toneladas se le debe sumar los 36 millones de toneladas, pues la mayoría procedían de la acuicultura. En ese sentido, la producción acuícola superaría a la producción de pesca de captura desde el 2020. Esto último demuestra el crecimiento exponencial de la actividad acuícola en los últimos 20 años, pues en el decenio de 1990 y 2000 la producción en dicho sector era ínfimo a comparación de la producción proveniente de la actividad pesquera.

Aunado a la producción, en los últimos 20 años crecieron el consumo global de alimentos acuáticos y las exportaciones de dichos recursos.

Gráfico 1: Producción mundial de la pesca de captura y la acuicultura



Fuente: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura

Conforme se aprecia en el Cuadro 1 y Gráfico 1, la producción de la acuicultura en aguas marinas y aguas continentales ha crecido en los últimos años y con ello se asegura que se pueda alimentar y nutrir a la creciente cantidad de habitantes del mundo.

La acuicultura comprende diferentes actividades en el Perú, entre ellas, tal como describe el artículo 9 del Reglamento de la LGA, están:

> a) Selección y acondicionamiento del medio: proceso mediante el cual se determina, según la especie objetivo, el ambiente apropiado para la realización de las actividades acuícolas, ajustando o modificando el ambiente natural o artificial, para favorecer el desarrollo del cultivo.
> b) Producción u obtención de semilla: proceso mediante el cual se obtienen en forma natural o artificial, individuos seleccionados para sembrar y se refiere a ovas embrionadas, larvas, post larvas, alevines, juveniles o plántulas.
> c) Siembra: proceso por el cual se introducen semillas, en un ambiente previamente acondicionado, con el objetivo que crezcan y se desarrollen.
> d) Cultivo: proceso que abarca la producción controlada de especies hidrobiológicas en cualquiera de sus fases, en ambientes naturales o artificiales debidamente seleccionados y acondicionados.
> e) Cosecha: corresponde a la fase final del proceso de cultivo, en la cual, empleando determinadas técnicas, se recogen recursos hidrobiológicos de un centro de producción acuícola. La cosecha puede ser parcial o total.
> f) Procesamiento primario: es el tratamiento previo de desvalvado, descabezado, eviscerado, fileteado, secado, picado y limpieza, bajo acciones de manipuleo y condiciones de temperatura, higiene y otras que sean aplicables, únicamente a la obtención de productos al estado fresco y refrigerado; antes de ser sometido al proceso de congelado, envasado o curado, con fines de conservación y comercialización.
> g) Investigación, desarrollo e innovación tecnológica: proceso mediante el cual se obtiene y proporciona permanentemente bases científicas y tecnológicas que sustentan el desarrollo integral y sostenible de la acuicultura (2015).

En ese sentido, la acuicultura comprende la selección y acondicionamiento del medio, producción de semilla, siembra, cultivo, cosecha, procesamiento primario y la investigación, desarrollo e innovación tecnológica. La acuicultura conlleva una serie de actividades que dan empleo a las personas, las mismas que tienen como fin "producir alimentos y otros productos no comerciales, pudiendo aplicar técnicas en entornos no comerciales para restaurar hábitats, reabastecer las poblaciones silvestres y restablecer poblaciones de especies amenazadas y en peligro de extinción" (Reef Resiliencie Network, s.f.).

Los sistemas en la acuicultura son diversos, puesto que pueden realizarse en agua marina y en la cos-

ta, así como en alta mar, agua dulce o una mezcla de los dos. Entre dichos sistemas están el sistema abierto, por el cual se puede cultivar directamente en el espacio acuático, y el sistema cerrado, que implica el cultivo en instalaciones bajo condiciones totalmente controladas (Sociedad Nacional de Pesquería, s.f., párr. 6).

Los sistemas de control del cultivo pueden ser, según la Sociedad Nacional de Pesquería:

> a) Extensivos: Con muy poca intervención del ser humano. Se da en programas de repoblamiento en lagunas, embalses o represas en beneficio de una comunidad o uso recreativo.
> b) Semi extensivos: La intervención humana se limita a la siembra, complementando la dieta natural con algo de alimentación y manejo de nivel de aguas. Los animales pueden estar confinados pero la cantidad de ellos por metro cuadrado (densidad) es baja. Esta técnica es usada en acuicultura de subsistencia.
> c) Intensivos: Se manejan todos los parámetros de vida del animal. La siembra se realiza en altas densidades, con dietas diseñadas por edades. Hay recambio continuo de agua con flujo mecánico y oxigenación, y las temperaturas se mantienen constantes. En algunos casos, se maneja el fotoperiodo e, incluso, hay reciclaje del agua. Esta técnica se da cuando existen altos costos por el uso del agua, hay fuerte competencia por el espacio y principalmente cuando se realiza producción industrial de semillas de cultivo (alevinos o larvas).
> d) Semi intensivos: Los animales están confinados en grandes estructuras, como jaulas o estanques, en los cuales se maneja la densidad de siembra, alimentación artificial, recambio de agua que se complementa con aireación de esta. Es la más común de acuiculturas industriales (s.f., párr. 7-11).

Antes de analizar el aspecto legal de la acuicultura, es importante tener en cuenta este aspecto técnico, ya que, para su realización, se requiere de determinado uso de sistema de cultivo para la producción de los organismos acuáticos. En tal sentido, la actividad económica no solo requiere de conocimientos legales, sino, y fundamentalmente, de conocimientos científicos (biología e ingeniería) y prácticos. El uso de los sistemas de cultivos depende de la cantidad de peces por superficie y alimento a usar. Asimismo, en las maneras de producción se puede optar por el monocultivo, cuando se cultiva un organismo acuático, y el policultivo, cuando se cultivan dos o más especies acuáticas.

El Estado peruano, a través de la LGA, ha creado el "Sistema Nacional de Acuicultura - SINACUI, el cual es un sistema funcional que integra principios, normas, procedimientos, métodos, técnicas e instrumentos de administración, gestión y desarrollo en los tres niveles de gobierno" (2015, art. 8). La finalidad del mismo es:

> Orientar, integrar, coordinar, ejecutar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación y cumplimiento de la política pública, planes, programas y acciones destinados a fomentar el crecimiento y desarrollo de la acuicultura a nivel nacional; y a promover prácticas acuícolas que contribuyan a la conservación y aprovechamiento sostenible del ambiente donde se desarrolle (art. 9).

El ente rector y máxima autoridad para el funcionamiento del Sistema Nacional de Acuicultura (en adelante, SINACUI) es el Ministerio de Producción (en adelante, PRODUCE) (LGA, 2015, art. 11); asimismo, según el artículo 10 de la LGA, las siguientes autoridades forman parte del SINACUI:

> El Ministerio de la Producción - PRODUCE, Ministerio del Ambiente - MINAM; Ministerio de Defensa, a través de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas - DICAPI de la Marina de Guerra del Perú; Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP del Ministerio del Ambiente; Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA del Ministerio del Ambiente; Autoridad Nacional del Agua - ANA del Ministerio de Agricultura; Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo - PROMPERÚ del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; Instituto Tecnológico de la Producción - ITP del Ministerio de la Producción; Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana - IIAP del Ministerio del Ambiente; Organismo Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES del Ministerio de la Producción; Instituto del Mar del Perú - IMARPE del Ministerio de la Producción; Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES del Ministerio de la Producción; Las entidades y órganos que realizan actividades de administración de la actividad acuícola de los Gobiernos Regionales; y, las entidades y órganos que realizan actividades de investigación, promoción y fomento en acuicultura (2015).

El PRODUCE, al ser ente rector del SINACUI, está encargado de:

> Planificar, normar, promover, coordinar, ejecutar, fiscalizar, controlar, evaluar, supervisar las actividades acuícolas en el país y formular la política nacional acuícola, en el marco de sus competencias. Asimismo, controla y vela el cumplimiento de las obligaciones vinculadas

> a la acuicultura, coadyuva a las entidades públicas que conforman el sistema y ejecuta las acciones derivadas de las funciones otorgadas en presente ley (LGA, 2015, art. 14).

Por otro lado, es una política del Estado el ordenamiento de la acuicultura, el mismo que se define como:

> conjunto de normas, principios y acciones que permiten administrar la actividad sobre la base del conocimiento actualizado de sus componentes biológicos, económicos, ambientales y sociales, en armonía con otras actividades y para la sostenibilidad productiva (LGA, 2015, art. 18).

Otro aspecto importante es que en sede nacional existen tres categorías productivas de acuicultura, tales están reguladas en el Reglamento de la LGA de la siguiente manera:

> Artículo 10.- Categorías productivas
> Las categorías productivas son las siguientes:
>
> 10.1. Acuicultura de Recursos Limitados (AREL): Es la actividad desarrollada de manera exclusiva o complementaria por personas naturales, quienes deben cumplir todas las exigencias establecidas para esta categoría, alcanza a cubrir la canasta básica familiar y es realizada principalmente para el autoconsumo y emprendimientos orientados al autoempleo.
>
> Se encuentran comprendidas dentro de esta categoría las actividades acuícolas desarrolladas por centros de educación básica, sin fines comerciales.
>
> La producción anual de la AREL no supera las 3.5 toneladas brutas.
>
> 10.2. Acuicultura de Micro y Pequeña Empresa (AMYPE): Es la actividad desarrollada con fines comerciales por personas naturales o jurídicas. La producción anual de la AMYPE es mayor a las 3.5 toneladas brutas y no supera las 150 toneladas brutas.
>
> Se encuentran comprendidos dentro de esta categoría las autorizaciones de investigación, los centros de producción de semilla y el cultivo de recursos hidrobiológicos ornamentales, el que se regirá de acuerdo con su norma específica.
>
> 10.3. Acuicultura de Mediana y Gran Empresa (AMYGE): Es la actividad desarrollada con fines comerciales por personas naturales o jurídicas. La producción anual de los AMYGE es mayor a las 150 toneladas brutas.

La Acuicultura de Recursos Limitados (en adelante, AREL) se caracteriza por ser una actividad donde se realizan cultivos a nivel extensivo y donde se produce anualmente hasta 3.5 toneladas brutas (en adelante, 't'), en este caso no requiere certificación ambiental.

La Acuicultura de Micro y Pequeña Empresa (en adelante, AMYPE) es una actividad que realizan las personas naturales y jurídicas que comprende los cultivos extensivos, semi intensivos e intensivos, con fines comerciales. Para esta categoría se otorgan autorizaciones para la investigación, centros de producción de semilla y el cultivo de peces ornamentales; la producción anual de la AMYPE es mayor a las 3.5 t hasta un máximo 150 t; y, en esta categoría si se requiere una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, DIA) aprobado por el Gobierno Regional (en adelante, GORE) competente o el Ministerio de Producción.

La Acuicultura de Mediana y Gran Empresa (en adelante, AMYGE) es una actividad que comprende cultivos semi intensivos e intensivos, siendo practicada por las personas naturales y jurídicas con fines comerciales, en cuyo caso la producción anual es superior a 150 t; a su vez, para realizar la AMYGE se necesita el Estudio de Impacto Ambiental semi detallado (EIA-sd) aprobado por el Ministerio de Producción.

Los administrados que realizan la AREL, AMYPE y AMYGE deben cumplir con la regulación sanitaria, razón por la cual están sujetos a la supervisión y fiscalización del Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (en adelante, SANIPES). En el caso de la AMYGE y la AMYPE se requiere contar con habilitación sanitaria, la misma que es otorgada por SANIPES y tramitado a través de la Ventanilla Única de Acuicultura.

Tal como lo describe el artículo 20 de la LGA, el SANIPES:

> [...] es la autoridad sanitaria a nivel nacional del sector en materia de acuicultura, encargada de velar y verificar el cumplimiento de la legislación sanitaria en toda la cadena de producción acuícola. Asimismo, otorga las habilitaciones, certificaciones sanitarias y de calidad correspondientes, así como los registros sanitarios. Los alimentos, semillas e insumos empleados en la cadena de producción acuícola deben cumplir las normas sanitarias y de calidad que establezca la autoridad sanitaria (2015).

El SANIPES es la autoridad sanitaria en el sector acuícola. Dicha entidad otorga habilitaciones y certificaciones a los administrados a fin de que la actividad económica realizada por los acuiculto-

res cumpla con la normativa sanitaria y la calidad que corresponde. Vale decir también que el SANIPES cuenta con potestad sancionadora, por lo cual se abordará con mayor detalle sobre ello en el acápite VI.

Por otro lado, el Estado peruano cuenta con herramientas tecnológicas y normativas para lograr el manejo ordenado de la actividad acuícola. Aquellas herramientas son las siguientes:

(i) Catastro de Acuicultura Nacional:

> Brinda información sobre la ubicación geográfica de los derechos de acuicultura, situación de las áreas disponibles, recursos hídricos evaluados, bancos naturales de material biológico, zonas de pesca, áreas de reserva de interés para el desarrollo de la acuicultura, entre otros. Este es administrado y actualizado por el Ministerio de la Producción (LGA, 2015, art. 21).

Dicho catastro puede ser entendido como el mapa a nivel nacional de las zonas donde se puede desarrollar la actividad acuícola y los principales recursos hidrobiológicos que se pueden cultivar.

El catastro acuícola nacional, aparte de registrar la información relacionada a las actividades de acuicultura de todo el país, sirve para el ordenamiento, promoción y desarrollo de la actividad de acuicultura, lo que, a su vez, contribuye a la toma de decisiones tanto de la administración y los potenciales inversionistas que deseen acceder al mercado acuícola. Esto último, ya que en el catastro se observan las áreas gráficas acuáticas que se encuentran en trámite y las habilitadas por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra (en adelante, DICAPI), así como las áreas disponibles para solicitar la concesión, entre otros.

El catastro nacional de acuicultura es constantemente actualizado, con ello se permite al administrado tener conocimiento de la participación y crecimiento de la acuicultura. Lo dicho anteriormente es muy importante, toda vez que en la actualidad existe una tendencia a un crecimiento y desarrollo territorial sostenible y ordenado, de modo que el catastro acuícola está cumpliendo con dicho cometido.

(ii) Ventanilla Única de Acuicultura

> 22.1. La Ventanilla Única de Acuicultura (VUA), es el sistema integrado a través del cual la persona natural o jurídica interesada en realizar inversiones en acuicultura gestiona los trámites requeridos por las autoridades competentes que regulan el acceso a la actividad acuícola.
>
> 22.2. La VUA es administrada por el Ministerio de la Producción. Las dependencias de los Ministerios de Agricultura y Riego, Defensa y del Ambiente que intervienen en el otorgamiento de derechos para el acceso a la acuicultura serán responsables en el ámbito de sus competencias de su integración en la misma, óptimo funcionamiento y uso obligatorio de documentos electrónicos en dicho proceso (LGA, 2015, arts. 22.1 y 22.2).

Los procedimientos tramitados en la Ventanilla Única de Acuicultura (en adelante, VUA) son:

> a) Otorgamiento de concesión para el desarrollo de la acuicultura.
> b) Otorgamiento de autorización para el desarrollo de la acuicultura.
> c) Cambio de titular de la autorización o concesión otorgada para el desarrollo de la acuicultura.
> d) Renovación de autorización o concesión para el desarrollo de la acuicultura.
> e) Otros procedimientos que se sigan ante las entidades señaladas en el artículo anterior que tengan por finalidad otorgar autorizaciones o concesiones en materia acuícola […] (Reglamento de la LGA, 2016, art. 23.1).

El PRODUCE y los Gobiernos Regionales:

> Otorgan autorizaciones y concesiones para el desarrollo de la acuicultura, luego de la aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental y contando previamente con la licencia y derecho otorgados por la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI), respectivamente y la opinión favorable del SANIPES, conforme a sus competencias. En el caso de áreas naturales protegidas, se contará con la compatibilidad de uso otorgada por el SERNANP, previo a la presentación del Instrumento de Gestión Ambiental, ante la autoridad competente (Reglamento de la LGA, 2016, arts. 23.2 y 23.3).

(iii) Red Nacional de Información Acuícola

Este es el sitio web que proporciona información general sobre el sector de la acuicultura a las partes interesadas. El PRODUCE lo administra y actualiza.

B. Los títulos habilitantes para el ejercicio de la acuicultura

La Dirección General de Acuicultura del Ministerio de Producción, con el fin de que los interesados puedan realizar la actividad acuícola en espacios acuáticos, obtiene a su favor la habilitación de áreas acuáticas mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (en adelante, DICAPI). Este es un paso importante previo a las acciones de los administrados.

Las **áreas acuáticas** y su habilitación se ha regulado de la siguiente manera:

> La habilitación de áreas de mar, ríos y lagos navegables con fines de acuicultura, esta habilitación es otorgada por la DICAPI a favor de PRODUCE, asimismo, la primera, conforme a su marco legal, puede poner término, por necesidad o interés público, las habilitaciones otorgadas.
>
> La habilitación de nuevas áreas acuáticas debe compatibilizar los principios y normas de libre tránsito, navegación y desarrollo de otras actividades.
>
> En el ámbito marino los criterios técnicos para la habilitación de área acuática son determinados por el PRODUCE, tomando en consideración la especie a cultivar y sistemas a utilizar.
>
> En el ámbito continental la habilitación de área acuática considerara la isobata mínima de 15 m.
>
> El PRODUCE publica en el Catastro Acuícola Nacional las áreas habilitadas por la DICAPI y clasificadas sanitariamente por el SANIPES (Reglamento de la LGA, 2016, art. 31).

Por su parte, el procedimiento administrativo de habilitación ante la DICAPI se ha previsto con una duración de máximo 20 días hábiles, sin irrogar costos al ministerio. Asimismo, SANIPES se encarga de clasificar las áreas acuáticas para el desarrollo de las actividades, y PRODUCE realiza la publicación de las áreas habilitadas en el catastro. Se requiere contar con la aprobación del SERNANP si estamos frente a áreas naturales protegidas o áreas de conservación regional (LGA, 2015, art. 25).

Ahora bien, casos referentes a lo mencionado previamente son los siguientes:

(i) La Dirección Nacional de Acuicultura del PRODUCE solicitó la habilitación de un área acuática de 588.467 hectáreas para el desarrollo de la actividad de acuicultura en la Zona de Matacaballo en la provincia de Sechura (Piura). La DICAPI, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, TUPA), mediante la Resolución Directoral 0832-2011/DGC resolvió otorgar dicha habilitación[1].

(ii) La Dirección Nacional de Acuicultura del PRODUCE solicitó la habilitación de cuatro áreas acuáticas para el desarrollo de las actividades repoblamiento mediante el cultivo del recurso 'Concha de Abanico' en la bahía de Sechura, delimitadas por zonas debidamente precisadas y georreferenciadas en sus coordenadas geográficas. La DICAPI, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral 0984-2009/DCG de fecha 9 de setiembre del 2009 resolvió otorgar dicha habilitación[2].

Los títulos habilitantes en el sector de acuicultura son importantes porque permiten que los empresarios y trabajadores se desenvuelvan en la formalidad, es decir, sujetos a las normas legales e infra legales. Al cumplir con la normativa, se asegura que el producto acuícola que ofrecen al mercado sea de calidad y, a su vez, se contribuye a la recaudación tributaria, lo que permite que el Estado pueda brindar servicios públicos (seguridad, salud, etc.).

Por otro lado, existe la acuicultura informal, esto es, la actividad acuícola realizada por personas que no cuentan con inscripción o título habilitante que les permita realizar la actividad. La informalidad incide negativamente en el desarrollo de la competitividad de los pequeños acuicultores, debido a que las actividades no formales elevan costos de producción (Quispe, 2021). Asimismo, el producto informal no brinda todas las garantías sanitarias que sí ofrece un producto formal.

En este escenario, el administrado, para que pueda realizar la actividad acuícola, requiere contar previamente con diferentes títulos habilitantes, entre ellos están: derecho, licencia, habilitación, autorización y/o concesión; así como la certificación ambiental, mediante el cual se aprueba la DIA o

[1] Resolución Directoral de la DICAPI es mencionada en la Resolución Directoral 716-2022-MGP/DICAPI.

[2] Resolución Directoral de la DICAPI es mencionada en la Resolución Directoral Regional 202-2014-GOBIERNO REGIONAL PIURA-DRP-DR.

EIA-sd (que será materia del subsiguiente capítulo). Ahora pasaremos a explicar los siguientes:

1. Derecho de uso de área acuática

El derecho de uso de área acuática es otorgado por la DICAPI, la misma tendrá vigencia a partir de la suscripción del contrato o la emisión del acto administrativo para desarrollar la actividad de acuicultura (LGA, 2015, art. 26). Para el caso del derecho de uso del área acuática, el Instrumento de Gestión Ambiental (en adelante, IGA) correspondiente debe contener lo siguiente:

> a) Control horizontal y vertical de las estaciones o puntos de tierra referidos a la Red Geodésica Nacional del 1º, 2º y/o 3º orden, anexando diagrama de metodología con registro de ángulos, distancias, azimut y cálculos de cierre horizontal y vertical. Esta información debe haber servido de base en la elaboración de los planos incluidos en el instrumento de gestión ambiental.
>
> b) Descripción de las Estaciones o Puntos de Control terrestre horizontal y vertical, con sus respectivas coordenadas y cotas anexando fotografías de localización.
>
> c) Medios y características de señalización náutica de acuerdo con el Reglamento HIDRONAV-38, indicando las coordenadas UTM y Geográficas de posición en el sistema Datum WGS 84, cuando corresponda (Reglamento de la LGA, 2016, art. 27).

Unos ejemplos que ilustran mejor lo anterior son los siguientes:

– La empresa Acuicultores Miguel Grau y Seminario S.A.C. solicitó el otorgamiento del derecho de uso de área acuática de una extensión de 49.50 hectáreas para desarrollar la actividad de AMYPE mediante cultivo de fondo del recurso 'Concha de abanico' en el lote 3 de la zona de Constante, distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura, conforme a las coordenadas geográficas. La DICAPI, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral 716-2022-MGP/DICAPI de fecha 02 de setiembre del 2022 resolvió otorgar dicho derecho a la empresa.

– La empresa Maricultores San José S.A.C. solicitó el otorgamiento del derecho de uso de área acuática de 14.56 hectáreas para el desarrollo de la actividad de AMYPE mediante el cultivo del recurso 'Concha de abanico' en el lote 10 de la Zona del Queso de la bahía Independencia, distrito de Paracas, provincia de Pisco, departamento de Ica conforme a las coordenadas geográficas. La DICAPI, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral185-2022-MGP/DICAPI de fecha 28 de febrero del 2022 resolvió otorgar el referido derecho a la administrada.

2. Licencia de uso de aguas

La Autoridad Nacional del Agua otorga este título habilitante:

> La ANA emite opinión sobre los instrumentos de Gestión Ambiental. Cuando dicha opinión es favorable, y previa presentación de los requisitos necesarios en la VUA, ANA otorga la licencia de uso de aguas, cuya vigencia empezará a partir de la emisión de la resolución directoral o suscripción del contrato de concesión que otorgue el derecho acuícola.
>
> Dicha disposición no será aplicable para efectos de aquellos estudios de impacto ambiental que se tramiten a través del procedimiento de Certificación Ambiental Global dispuesto en la Ley 30327, Ley de Promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible (LGA, 2015, art. 27).

Ahora bien, con respecto a los recursos hídricos del ámbito continental en ríos, lagos y lagunas no navegables, la licencia es otorgada por la ANA y tramitada mediante la VUA. La información contenida debe ser la siguiente:

(i) En caso de aguas superficiales: el IGA debe acreditar la existencia del recurso hídrico en cantidad y oportunidad apropiada. Cuando el proyecto haya previsto la ejecución de obras de infraestructura hidráulica, el IGA debe incluir información referente a la evaluación hidrológica; la ingeniería del proyecto relacionado con la implantación de las obras hidráulicas en las fuentes naturales y el Plan de Aprovechamiento del Recurso Hídrico.

(ii) En caso de aguas subterráneas: IGA debe contener el fin al que pretende destinarse las aguas; ubicación geográfica de la fuente de agua en coordenadas UTM y Geográficas en el sistema Datum WGS 84 del probable punto de captación; volumen requerido; actividades principales; metodología y dura-

> ción de los trabajos previstos y beneficiarios (Reglamento de la LGA, 2016, art. 28).

Igualmente, la normativa señala lo que debe contener el IGA:

> Plano de ubicación de la zona en coordenadas UTM y Geográficas en el sistema WGS 84, y de corresponder, la justificación técnica para la ubicación de pozos exploratorios (prospección geofísica y geología orientada a la hidrogeología), y el documento que acredita la propiedad donde se realizan los sondeos (Reglamento de la LGA, 2016, art. 28).

Al haber mencionado lo precedente, corresponde ilustrar el otorgamiento de dicho título habilitante mediante los siguientes ejemplos:

– Irene Bardales Feitoza solicitó el otorgamiento de la licencia de uso de agua superficial por un volumen hasta 33 400.000 m3/año con fines acuícolas para desarrollar la AREL. La Autoridad Administrativa del Agua en Madre de Dios, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales (autorización o concesión para desarrollar la AREL, acreditación de las obras de infraestructura hidráulica y uso de agua de manera pacífica a través de la verificación de campo) y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral 0497-2019-ANA-AAA.MDD de fecha 23 de setiembre del 2019 resolvió otorgar dicha licencia a la administrada.

– Freddy Homero Huamán Ovalle solicitó el otorgamiento de la licencia de uso de agua superficial por un volumen hasta 302 400.000 m3/año con fines acuícolas para desarrollar la AMYPE. La Autoridad Administrativa del Agua en Madre de Dios, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales (autorización o concesión para desarrollar la AMYPE, acreditación de las obras de infraestructura hidráulica, uso de agua de manera pacífica a través de la verificación de campo y el certificado de DIA) y recogidos en el TUPA, a través de la Resolución Directoral 0461-2019-ANA-AAA.MDD de fecha 9 de setiembre del 2019 resolvió otorgar dicha licencia al administrado.

Respecto al uso del agua**,** "los efluentes provenientes de la actividad acuícola, exceptuando el procesamiento primario[3], no califican como aguas residuales[4], por lo tanto, no requieren autorización de vertimientos" (LGA, 2015, art. 28). Asimismo, "el uso del agua para la acuicultura, como medio de crianza, al no ser consuntivo, tiene preferencia de uso frente a otras actividades productivas. Esta comprende el desarrollo de la actividad acuícola y la infraestructura destinada para tal fin" (Reglamento de la LGA, 2016, art. 32).

De acuerdo con el art. 32 del Reglamento de la LGA, la actividad de acuicultura:

> se encuentra inafecta del pago del derecho de uso del área acuática en el caso del mar, ríos y lagos navegables, así como para la instalación de infraestructura destinada para el desarrollo de la actividad acuícola e infraestructura complementaria vinculada al proceso de producción acuícola y del pago por la licencia de uso de agua.
>
> La inafectación no alcanza a los pagos que corresponda efectuar, por aquellos servicios que no están directamente relacionados con el uso del agua, entre ellos el que efectúa el titular de la concesión y/o autorización de acuicultura, a favor de los operadores de infraestructura hidráulica mayor o menor como contraprestación por los servicios que prestan (2016).

3. Habilitación sanitaria de centros de producción acuícola

La AMYGE y AMYPE requieren de la habilitación dada por el SANIPES y tramitada mediante la UVA. Para esos fines, su IGA debe mantener determinada información tal como (i) programa de higiene y saneamiento; (ii) plano de distribución de instalaciones sanitarias; (iii) planes de contingencia frente a brotes de enfermedades; y (iv) detección de residuos de medicamentos veterinarios por encima de los límites permitidos (Reglamento de la LGA, 2016, art. 29).

---

[3] El procesamiento primario se da:

> Cuando especie hidrobiológica proveniente del cultivo es sometida a un tratamiento previo de desvalvado, descabezado, eviscerado, fileteado y limpieza, bajo acciones de manipuleo y condiciones de temperatura, higiene y otras que sean aplicables, orientadas únicamente a la obtención de productos al estado fresco y refrigerado; antes de ser sometido al proceso de congelado, envasado o curado con fines de conservación y comercialización (LGA, 2015, art. 4, literal o).

[4] Las aguas residuales se caracterizan porque: "han sido modificadas por actividades antropogénicas, tengan que ser vertidas a un cuerpo natural de agua o reusadas y que por sus características de calidad requieren de un tratamiento previo" (LGA, 2015, art. 4, literal e).

En ese sentido:

> La habilitación sanitaria del centro de producción acuícola para las categorías productivas AMYPE y AMYGE debe obtenerse antes de la primera cosecha. El otorgamiento de la habilitación sanitaria no debe superar los dos (2) años contados a partir de la notificación de la resolución que otorga el derecho acuícola (Reglamento de la LGA, 2016, art. 29).

Algunos casos relacionados al anterior título habilitante son los siguientes:

– Un grupo de empresarios, que cuentan con títulos para desarrollar la AMYPE y la AMYGE, solicitaron el otorgamiento de la habilitación sanitaria en Centros de Producción Acuícola (en adelante, CPA) de truchas ubicados en Puno. Posteriormente, la Oficina Desconcentrada (en adelante, OD) del SANIPES en Puno, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales (entre ellos, la infraestructura adecuada, implementación del Manual de Buenas Prácticas Acuícolas y el Programa de Higiene y Saneamiento) y recogidos en el TUPA, emitió el protocolo de habilitación sanitaria a 40 CPA correspondiente a los administrados (Durand, 2021).

– Salvador Tuesta Castillo, que cuenta con la autorización para realizar la actividad acuícola, solicitó el otorgamiento de la habilitación sanitaria en el CPA de 'trucha arcoíris' ubicado en el distrito de Soloco, provincia de Chachapoyas. Luego de ello, la OD del SANIPES en Tarapoto al ser competente en dicha área del proyecto, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, emitió el protocolo de habilitación sanitaria a favor del CPA del administrado (RNIA, 2017).

Habiendo citado los títulos habilitantes emitidos por la DICAPI y la ANA para el desarrollo de la acuicultura, corresponde hacer mención de los títulos habilitantes para el acceso a la actividad acuícola. Para poder realizar la actividad acuícola se requiere del otorgamiento de autorizaciones o concesiones a través de una Resolución Directoral, previo cumplimiento de los requisitos señalados en el TUPA de PRODUCE o del GORE y, a su vez, con previa aprobación del IGA.

4. Régimen de autorizaciones

La autorización es un acto administrativo unilateral, por el que la administración pública reconoce al administrado el derecho preexistente de disfrutar un bien o ejercer una actividad, a fin de asegurar que el ejercicio del mismo no afecte el interés general o la seguridad pública puede imponer ciertas condiciones y controles al ejercicio de la actividad (Rojas Vásquez, 2021, pp. 224-225).

La actividad acuícola en terrenos de dominio privado no estatal se desarrolla previo otorgamiento de una **autorización** (LGA, 2015, art. 30.3). La determinación de la categoría productiva (AMYPE, AMYGE o AREL) es declarada "por el interesado en su solicitud de reserva de área para el caso de concesiones, o al momento de solicitar la autorización. La misma será evaluada por la autoridad competente" (LGA, 2015, art. 30.4).

Respecto a las autoridades competentes para otorgar autorizaciones:

> El Ministerio de la Producción otorga autorizaciones y concesiones para realizar AMyGe. Los Gobiernos Regionales ejercen las mismas atribuciones para la AMyPe y de AReL, según los criterios que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley, incluyendo el mecanismo de consulta previa señalado en la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u Originarios y su Reglamento, cuando corresponda. Los Gobiernos Regionales ejercerán su potestad en materia acuícola bajo los lineamientos y parámetros establecidos por el Ministerio de Producción (LGA, 2015, art. 30.5)

De este modo:

> 33.4 El acceso a la actividad de acuicultura para la AREL, requiere de una autorización o concesión, previa presentación del formato 03 y los requisitos, según sea el caso; cumpliendo con lo dispuesto en la normativa sectorial ambiental vigente. En un plazo máximo de siete (07) días hábiles la autoridad competente otorga la resolución respectiva.
>
> 33.5 Para el otorgamiento de concesiones o autorizaciones acuícolas, se tiene en cuenta las normas del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, referidas al área de seguridad establecida para los aeródromos.
>
> 33.6 En caso que el titular de la concesión o autorización acuícola no obtenga la habilitación sanitaria conforme a lo establecido en el artículo 29 del presente Reglamento, se caduca el derecho acuícola otorgado. (Reglamento de la LGA, 2016, arts. 33.4-33.6).

Por otro lado, "las comunidades campesinas y nativas u originarias tienen preferencia para solicitar

el uso con fines de acuicultura de los recursos hídricos que se encuentren ubicados en las tierras donde se encuentran" (Reglamento de la LGA, 2016, art. 34).

El régimen de autorizaciones para el ejercicio de la acuicultura involucra la presentación de solicitudes ante las autoridades competentes, esto es, el PRODUCE o el GORE correspondiente. En ese marco:

> La autorización para el desarrollo de la actividad acuícola se otorga cuando el cultivo se realiza en predios de propiedad privada y para actividades de investigación acuícola.
>
> El acceso a la acuicultura mediante una autorización se realiza a través de la VUA cumpliendo los requisitos señalados en el TUPA del PRODUCE o Gobierno Regional según corresponda.
>
> El acceso a la actividad de acuicultura para la AREL en predio de propiedad privada tiene carácter de autorización automática, para lo cual se requiere la presentación del Formato 03; cumpliendo con lo dispuesto en la normativa sectorial ambiental vigente. Las personas naturales que desarrollen la acuicultura bajo esta categoría deben informar con carácter de declaración jurada en forma semestral las actividades y producción obtenida (Reglamento de la LGA, 2016, art. 44).

Las autorizaciones tienen un período de duración en años y se otorgan al interesado en desarrollar la actividad. En tal sentido:

> Las autorizaciones tienen una duración de hasta treinta (30) años, renovables por igual período, siempre que no recaigan sobre su titular, multas u otro tipo de sanciones declaradas mediante acto administrativo firme o que agote la vía administrativa, pendientes de cumplimiento.
>
> Las autorizaciones se otorgan al propietario o poseedor del predio, quien solicita el otorgamiento del derecho administrativo en cualquier momento, en ejercicio de las atribuciones derivadas de su derecho real. Igualmente, se encuentran dentro de este régimen los interesados en realizar actividades de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación (LGA, 2015, art. 34).

Al haber expuesto lo anterior, corresponde mencionar unos casos de otorgamiento de autorización para desarrollar la AMYGE, AMYPE y AREL.

- Héctor Manuel García Barrantes solicitó el otorgamiento de la autorización para desarrollar la actividad de Acuicultura de Mayor Escala mediante el cultivo del recurso langostino en un predio de 510 hectáreas con un espejo de agua de 300 hectáreas, ubicada en la zona de Peña Redonda, distrito de Zorritos, provincia de Contralmirante Villar, departamento de Tumbes. El PRODUCE, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral 512-2015-PRODUCE/DGCHD de fecha 11 de diciembre del 2015 resolvió otorgar dicha autorización al administrado por un plazo de treinta años debiendo cumplir con una serie de condiciones.

- La empresa Puquiofish of Peru S.A.C. solicitó el otorgamiento de la autorización para desarrollar la actividad de AMYPE del recurso 'trucha arco iris', con una producción de 120 T/año, con un espejo de agua de 2 092.87 m2, en un terreno ubicado anexo Sector de Puquiurquin, Comunidad Campesina de Picoy, distrito de Santa Leonor, provincia de Huaura, departamento y región de Lima. El Gobierno Regional de Lima, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, por medio de la Resolución Directoral 124-2021-GRL-GRDE-DIREPRO-LIMA/ACUICULTURA de fecha 16 de agosto del 2021 resolvió otorgar dicha autorización a la administrada por un plazo de treinta años renovable por un período similar debiendo cumplir con una serie de condiciones.

- Orlando Ruiz Saldaña solicitó el otorgamiento de la autorización para desarrollar la actividad de AREL con las especies 'p', a través de la utilización de estanques seminaturales con un espejo de agua de 1,550.00 m2 ubicado en el sector Inchawi, distrito y provincia de Bellavista, departamento de San Martín. El Gobierno Regional de San Martín, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral Regional 151-2020-GRSM/DIREPRO de fecha 29 de abril del 2020 resolvió otorgar dicha autorización al administrado por un plazo de treinta años debiendo cumplir con una serie de condiciones.

5. Régimen de concesiones

Un aspecto vinculado a la concesión acuícola es la **reserva de áreas habilitadas para concesión**

acuícola. Sobre aquella reserva, el GORE o el PRODUCE, en los casos en los que no se haya transferido la función "otorgan las reservas de áreas habilitadas para concesión acuícola" (LGA, 2015, art. 31.1). Asimismo,

> La reserva de áreas habilitadas para concesión acuícola para el desarrollo de la acuicultura en ambientes marinos, estuarinos y continentales con la finalidad de tramitar un derecho administrativo de acuicultura, es un procedimiento administrativo que debe ser gestionado por el administrado ante la autoridad (LGA, 2015, art. 31.2).

En consecuencia, luego de obtener la reserva, el administrado puede solicitar la concesión acuícola.

Asimismo, la reserva de áreas habilitadas para concesión acuícola

> […] es de carácter temporal, exclusivo e intransferible, y se hace sobre áreas habilitadas por la autoridad sanitaria y por la Autoridad Marítima Nacional.
>
> 31.3 Para efectos de la reserva en áreas habilitadas para concesión acuícola para el desarrollo de la acuicultura en ambientes marinos, el interesado debe expresar su interés en obtener la concesión mediante la presentación de una Carta Fianza emitida por una entidad del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
>
> 31.4 Para efectos de la reserva de áreas habilitadas para concesión acuícola en ambientes continentales, así como la AREL, donde esta se realice, no es de aplicación la presentación de la Carta Fianza (LGA, 2015, art. 31).

En el caso de la AREL, "la reserva de área acuática tiene una vigencia máxima de treinta días calendario, pudiéndose renovar por única vez por treinta días calendarios adicionales" (Reglamento de la LGA, 2016, art. 38.1).

> Para la AMYPE o AMYGE la reserva de área acuática tiene una vigencia máxima de sesenta (60) días calendario, pudiéndose renovar por única vez por sesenta días calendarios adicionales, siempre que se acredite haber iniciado la elaboración del instrumento de gestión ambiental o haber contratado una consultora para dicho fin (Reglamento de la LGA, 2016, art. 38.2).
>
> Para la renovación de la reserva de área acuática en ambiente marino, la solicitud debe presentarse dentro del periodo de vigencia de esta, adjuntando cuando corresponda, la renovación de la carta fianza por un periodo de sesenta días calendarios adicionales (Reglamento de la LGA, 2016, art. 38.3).

Los casos referentes al otorgamiento de la reserva de área acuática son los siguientes:

- Empresa pesquera y servicios integrales Bahía Blanca S.R.L. solicita la reserva de área acuática para desarrollar la actividad de AMYPE mediante el cultivo del recurso 'Concha de abanico' en un área acuática de 50.001 hectáreas ubicada en la zona de Punta Pancha, distrito de Ventanilla, provincia constitucional del Callao. El Gobierno Regional del Callao, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante resolución otorga dicha reserva a la administrada.

- Saturnino Alberto Pastrana Rojas solicita la reserva de área acuática para desarrollar la actividad de AMYPE del recurso trucha en quince jaulas flotantes en un espejo de agua de 1.0 hectárea en la laguna de Torocha de la comunidad campesina de Culhuay, distrito de Huaros, provincia de Canta, departamento y región de Lima. El Gobierno Regional de Lima, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante resolución otorga dicha reserva al administrado.

La concesión tiene como característica que el Estado, como titular de los servicios públicos, delega al privado la prestación y gestión de los mismos; en tal sentido, la concesión se materializa por medio de un contrato, el cual establece los derechos y obligaciones entre el Estado y el particular (Rojas Vásquez, 2021, p. 224).

El administrado para desarrollar la actividad acuícola en terrenos públicos o en áreas acuáticas de dominio público requiere del otorgamiento de una **concesión** (LGA, 2015, art. 30.2). La concesión es un derecho temporal que se otorga en terrenos públicos o en áreas acuáticas de dominio público y que comprende el uso de la superficie, el fondo y la columna de agua proyectada verticalmente desde la superficie del área concedida (LGA, 2015, art. 33.1).

Las concesiones tienen un período de duración en años y se otorgan al interesado en desarrollar la actividad. En tal sentido:

> Las concesiones tienen una duración de hasta treinta (30) años, renovables por igual período, siempre que no recaigan sobre su titular, multas u otro tipo de sanciones declaradas mediante acto administrativo firme o que agote la vía administrativa, pendientes de cumplimiento (Reglamento de la LGA, 2016, art. 33.3).

En esta misma línea, acceder a la actividad de acuicultura para la AREL tiene una serie de requerimientos, tales como:

> la presentación del formato 03, el formulario de reserva vigente y el Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola[5]; cumpliendo con lo señalado en la normativa sectorial ambiental vigente. Los titulares de derechos de esta categoría deben informar con carácter de declaración jurada en forma semestral las actividades y producción obtenida (Reglamento de la LGA, 2016, art. 40.3).

Por su parte, las concesiones que se adjudican a través de concursos públicos, requieren un contrato de concesión y el derecho para desarrollar la actividad de acuicultura, que se otorga a través de una Resolución Directoral (Reglamento de la LGA, 2016, arts. 40.2 y 40.3).

Asimismo, cabe recalcar lo siguiente:

> 40.4 En el caso de nuevas concesiones a ser otorgadas en ambientes marinos, la separación entre concesiones no puede ser menor de cien (100) metros, respetándose los principios y normas de libre tránsito y navegación.
>
> 40.5 En el caso de las nuevas concesiones a ser otorgadas en ambientes continentales, la separación entre concesiones no puede ser menor de cien (100) metros y cuya batimetría no sea menor de quince (15) metros, respetándose los principios y normas de libre tránsito y navegación, corrientes y grado de eutrofización del ambiente hídrico, a fin de evitar el deterioro del medio.
>
> 40.6 En los corredores o separaciones antes señaladas está prohibido otorgar concesiones, autorizaciones o cualquier otro derecho para el desarrollo de actividades acuícolas, son de libre tránsito, no pudiendo realizar actividades pesqueras salvo acuerdo entre los concesionarios y pescadores de la zona (Reglamento de la LGA, 2016, art. 40).

El PRODUCE otorga las concesiones para la acuicultura a través de las siguientes modalidades: (i) concurso público; o (ii) concesión directa.

A continuación, se ejemplificará el otorgamiento de la concesión para realizar la actividad de AMYGE, AMYPE y AREL.

– La Asociación de Pescadores Artesanales Acuicultores Dios es mi Guía solicitó la adecuación de la categorización de la concesión de AMYPE a AMYGE, al haber tenido niveles de producción superiores a las 150 toneladas brutas por año, para desarrollar la actividad acuícola mediante el cultivo del recurso 'Concha de abanico' en el lote 133-A con un área de 30.00 hectáreas en la zona de Vichayo de la Bahía Sechura, distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura. El PRODUCE, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral 00084-2020-PRODUCE/DGA de fecha 06 de julio del 2020 resolvió adecuar y otorgar la concesión para desarrollar la actividad de AMYGE al administrado por un plazo de treinta años, contados desde que se le confirió la concesión a través de la Resolución Directoral Regional 698-2010-GOBIERNO REGIONAL PIURA-DR de fecha 28 de diciembre de 2010.

– La empresa Acuícola Servicios Generales SUV solicitó el otorgamiento de la concesión para desarrollar la actividad de AMYPE con el recurso 'Concha de abanico', mediante

[5] Al respecto:

> Las personas naturales o jurídicas que soliciten concesión para realizar actividades de acuicultura en áreas de dominio público deben suscribir con el PRODUCE o Gobierno Regional, según corresponda, el Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola.
>
> El Convenio contiene objetivos, compromisos y obligaciones de las partes y causales de caducidad del derecho de acuicultura, aspectos normativos contemplados en la normatividad relacionada con las actividades acuícolas, términos relacionados con aspectos técnicos y financieros, cronograma de instalación y operación, metas de producción y de ejecución de las inversiones correspondientes.
>
> El Convenio describe la ocupación progresiva del área definida por el proyecto para la producción e inversión dentro del área concedida. Debe considerar un avance mínimo del 20% de la ocupación del área de producción al primer año, 50% al tercer año y 100% hasta el octavo año, a partir de la resolución que otorga el derecho administrativo para desarrollar la actividad de acuicultura.
>
> El PRODUCE aprueba mediante Resolución Ministerial el modelo de Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola (Reglamento de la LGA, 2016, art. 41).

cultivo de fondo en el lote 99-A, según lotización aprobada con la Resolución Directoral 008-2010-GOBIERNO REGIONAL PIURA-DIREPRO-DR del 12 de enero del 2010, con una extensión de 17.20 hectáreas, delimitado por las coordenadas geográficas. El Gobierno Regional de Piura, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral Regional 423-2018/GOBIERNO REGIONAL PIURA-DRP-DR de fecha 23 de marzo de 2018 resolvió otorgar la concesión a favor del administrado por un plazo de diez años renovables.

– Eliseo Sacsi Yallerco solicitó el otorgamiento de la concesión para desarrollar la actividad de AREL (hasta 3.5 TM de producción al año), mediante la crianza de la especie trucha arco iris, utilizando jaulas flotantes en un área de 0.5 hectáreas. del recurso hídrico continental denominado Laguna Tintarcocha ubicada en el distrito de Salamanca, provincia de Condesuyos, departamento de Arequipa, delimitada con las coordenadas geográficas. El Gobierno Regional de Piura, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Gerencial Regional de Producción 253-2019-GRA/GRP de fecha 18 de junio del 2019 resolvió otorgar la concesión a favor del administrado por un plazo de diez años renovables.

Un pago importante relacionado a las concesiones es el **derecho de acuicultura.** Respecto a este último**,** los titulares de concesiones para el desarrollo de la actividad acuícola en terrenos públicos o en áreas acuáticas de dominio público pagan anualmente al Ministerio de la Producción el derecho de acuicultura, el cual es fijado en el periodo anual anterior a la entrada en vigencia del pago mediante Resolución Ministerial, por hectárea o fracción, en función de la Unidad Impositiva Tributaria. El pago es abonado en efectivo hasta el último día hábil del mes de marzo de cada año. La aplicación de los aportes por el concepto de derecho de acuicultura se hará efectivos a partir del quinto año del otorgamiento del derecho. La AREL se encuentra exonerada del pago por derecho de acuicultura (LGA, art. 32.1-32.3). Los ingresos que genere el pago por los derechos de acuicultura son administrados por el PRODUCE y el GORE, según corresponda. Su finalidad es financiar proyectos de investigación, desarrollo tecnológico e innovación en acuicultura, evaluación de recursos hídricos, actividades de la RNIA y el Catastro Acuícola Nacional y, en general, a actividades propias de la acuicultura (Reglamento de la LGA, 2016, art. 39.3).

6. Concesión especial o autorización en Áreas Naturales Protegidas

La actividad acuícola en las Áreas Naturales Protegidas (en adelante, ANP) se desarrolla por medio de una concesión especial o autorización. En ese sentido:

> Las actividades acuícolas que se desarrollan en una ANP, sus zonas de amortiguamiento, y Áreas de Conservación Regional requieren previamente de la opinión favorable del SERNANP respecto del instrumento de gestión ambiental, conforme a la normatividad sobre la materia. La actividad acuícola en áreas naturales protegidas deberá contar con un Plan de Manejo (LGA, 2015, art. 29).

Unos casos referentes al otorgamiento de concesión especial y autorización acuícola en ANP son los siguientes:

– La Asociación de Pescadores Extractores de Mariscos El Amanecer, luego de haber obtenido la certificación de DIA por parte del Gobierno Regional de Ica y la opinión favorable del SERNAP sobre el desarrollo de la actividad acuícola en la Reserva Nacional de Paracas, solicitó el otorgamiento de concesión especial para desarrollar la actividad de acuicultura mediante el cultivo de la especie 'Concha de abanico' en el lote 6, en un área de mar de 14.56 hectáreas ubicado en el litoral de la zona denominada El Queso - Bahía Independencia, provincia de Pisco, departamento de Ica. El PRODUCE, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral 321-2014-PRODUCE/DGCHD resolvió otorgar la concesión especial a favor de la asociación por un plazo de diez años renovables.

– Alfredo Carlos Samaniego Dionisio, tras haber obtenido la certificación de DIA por parte del Gobierno Regional de Junín y la opinión favorable del SERNAP sobre el desarrollo de la actividad acuícola en la Reserva Paisajística Nor Yauyos Cochas, solicitó el otorgamiento de la autorización para desarrollar la actividad de acuicultura de menor escala con la especie 'Trucha arco iris', empleando cuarenta estanques de concreto, con una superficie de espejo de agua de 1 670 m2, haciendo uso del río Cochas (Pachacayo), ubicado en el barrio Tingo María, distrito de Canchayllo, provincia de Jauja, región Junín. El Gobierno Regional de Junín, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y re-

cogidos en el TUPA, mediante la resolución directoral resolvió otorgar la autorización a favor del administrado por un plazo de quince años renovables.

7. Término de la autorización y concesión para el desarrollo de la actividad acuícola

Los títulos habilitantes necesarios para desarrollar la actividad acuícola tienen un período de vigencia y puede culminar por las siguientes causas. Los derechos derivados de una concesión o autorización terminan por:

> a) En el caso de concesiones por vencimiento del período de vigencia del Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola, cancelación anticipada o haber incurrido en alguna causal de caducidad del derecho otorgado.
> b) En el caso de autorizaciones por renuncia del titular, vencimiento del período de vigencia de la resolución autoritativa, cancelación del derecho o declaración de caducidad de la autorización.
> La caducidad se declara luego que la Dirección General competente del DVPA o Gobierno Regional según corresponda, requiera al concesionario sus descargos sobre la causal detectada, para lo cual se otorgará como mínimo un plazo de cinco (05) días hábiles, transcurridos los cuales la instancia correspondiente resuelve (Reglamento de la LGA, 2016, art. 45).

La casuística ilustrativa sobre la caducidad de la autorización y concesión acuícola se puede apreciar con lo siguiente:

– La Asociación de Pesca Artesanal Comunal de Multiusos Las Bermudas obtuvo la autorización para desarrollar actividad de repoblamiento con el recurso 'Concha de abanico', a través de la Resolución Directoral 406-2010/GOBIERNO REGIONAL PIURA-DIREPRO-DR de fecha 12 de agosto del 2010 emitido por la Dirección Regional de Producción Piura. En dicha resolución también se dispuso que el incumplimiento de las condiciones establecidas en los términos del Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola para el desarrollo de actividades de repoblamiento con fines de aprovechamiento responsable de los recursos será causal de caducidad de la autorización otorgada. La Dirección Regional de Producción de Piura inició el procedimiento de caducidad del derecho otorgado, ya que la administrada no cumplió con las condiciones establecidas en el mencionado convenio, tales como: f) Presentar oportunamente los informes semestrales sobre las actividad realizadas, dentro del término del mes siguiente luego de vencido cada semestre (julio y enero), pues la asociación no presentó oportunamente los informes correspondientes a los semestres II-2010, I y II -2011, I y II-2012, I y II-2013, I y II-2014 y I-2015. Ante el incumplimiento, la Dirección Regional de Producción de Piura dispuso la caducidad de la autorización mediante la Resolución Directoral Regional 065-2016/GOBIERNO REGIONAL PIURA-DRP-DR.

– La empresa Seacorp Perú S.A.C. obtuvo la concesión para desarrollar actividad de AMYGE para el cultivo de 'Concha de abanico' en un área de mar de 84.8789 hectáreas ubicada en la zona de Bahía Nonura - Punta Aguja en el distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura por un plazo de treinta años, debiendo el titular de la concesión cumplir con lo previsto en el Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola, a través de la Resolución Directoral 047-2006-PRODUCE/DGA del 1 de diciembre de 2006 emitido por el PRODUCE. En dicha resolución también se dispuso que el incumplimiento de las condiciones establecidas en los términos del Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola para el desarrollo de actividades de acuicultura será causal de caducidad de la concesión otorgada. La Dirección General de Acuicultura del PRODUCE inició el procedimiento de caducidad del derecho otorgado, ya que la administrada no cumplió con las condiciones establecidas en el mencionado convenio, al corroborarse, en el año 2017 y 2018, de manera presencial en las visitas al área acuática que se encontraba sin actividad, no contaba con la señalización mediante demarcación con boyas, así como al verificarse el incumplimiento de la remisión de los informes semestrales correspondientes al año 2019 y 2020. Ante el incumplimiento, la Dirección General de Acuicultura dispuso la caducidad de la concesión por medio de la Resolución Directoral 00018-2021-PRODUCE/DGA.

C. Promoción de la acuicultura e incentivos tributarios para el sector acuícola

Una de las novedades que incorporó la LGA fue la creación de herramientas para la promoción del

desarrollo de la acuicultura en el Perú, nos referimos a la garantía mobiliaria e hipoteca acuícola, además, dentro del régimen legal acuícola existen incentivos tributarios.

1. La garantía mobiliaria en la acuicultura

El Perú presenta geográficamente una abundancia hídrica especialmente en la selva y en las propias aguas marinas. Tanto es así que, por la enorme biodiversidad, se permite que se pueda desarrollar y potenciar la acuicultura; desde esa perspectiva, su desarrollo permite generar muchos beneficios: puestos de trabajo, aumento de ingresos de las familias, seguridad alimentaria, mejor recaudación y aumento de la exportación de recursos hidrobiológicos no solo los extraídos de las aguas marinas, sino también los criados. A su vez, se fortalece la sostenibilidad al disminuir la extracción y fomentando el cultivo acuícola.

En ese sentido, cuando se quiere empezar un proyecto acuícola o durante su ejecución, los emprendedores enfrentan una crisis financiera por falta de liquidez. Tal es así que pueden tener activos (bienes tangibles), pero no efectivo en caja. Ante ello, la LGA ha previsto las garantías mobiliarias en sector acuícola, que consisten en la afectación de un bien mueble mediante un contrato para garantizar la ejecución de una obligación. En este caso, la persona natural o jurídica propietaria del cultivo de los recursos hidrobiológicos, independientemente del estado en el que se encuentre, puede calificar para celebrar una garantía mobiliaria que le permite garantizar el cumplimiento de una obligación de acuerdo con el artículo 41 de la LGA. Dicho lo anterior, la LGA le otorga el valor legal con el objeto de asegurar la realización de una prestación, lo cual es sumamente importante para que el emprendedor obtenga liquidez y pueda continuar desarrollando su proyecto acuícola.

2. La hipoteca acuícola

La LGA también reguló la hipoteca acuícola en sus artículos 42 y 43. Antes de desarrollar su regulación, vale precisar qué es la hipoteca, al respecto, Benavides Reverditto señala que la hipoteca viene a ser "un derecho real de garantía con características especiales que le confieren al titular de la hipoteca seguridad a todos los agentes involucrados: el acreedor hipotecario, el deudor hipotecario y terceros [posibles o adquirentes del derecho hipotecado]" (2011, p. 621). Asimismo, la hipoteca es constituida de forma convencional, es decir, por el acuerdo voluntario de las partes materializado en un contrato cumpliendo con las formalidades establecidas por ley.

La hipoteca acuícola, entonces, se define como un derecho de garantía al. que pueden acceder los titulares de concesiones y autorizaciones acuícolas sobre los derechos de uso y goce inscritos, la misma se constituye por escritura pública y se inscribe en registros públicos.

> En el documento de constitución se debe consignar, además de los requisitos de ley, lo siguiente: a. Indicar la ubicación geográfica de la explotación económica. b. Consignar la superficie, los límites y la identificación de la explotación económica. Contener el extracto del acto administrativo que otorgó la concesión o autorización. Todos estos requisitos permiten la ubicación exacta, las características e identificar la titularidad y vigencia de la concesión o autorización (LGA, 2015, art. 42.2).

Una de las particularidades de la hipoteca acuícola, es que la misma ha sido pensada para los titulares de autorizaciones que desarrollan sus actividades privadas, ya que se extienden sobre el conjunto de todos los bienes que utilizan para el desarrollo de la actividad acuícola. Sin embargo, debemos tomar en cuenta lo siguiente:

> En el caso de la concesión, la identificación y detalle de la hipoteca tendrán sólo carácter referencial debido no recae sobre la superficie, ni el fondo ni la columna de agua proyectada verticalmente desde la superficie del área concedida, ni sobre los bienes muebles e inmuebles otorgados por el estado para su explotación (LGA, 2015, art. 42.3).

Luego de la constitución de la hipoteca acuícola, se prohíbe constituir garantía real sobre los recursos hidrobiológicos y sobre los demás bienes muebles e inmuebles vinculados a la explotación, salvo acuerdo de las partes. Asimismo, el acreedor hipotecario tiene el deber de informar al PRODUCE o al GORE respectivo, la constitución de la hipoteca y como consecuencia de ello, el acreedor hipotecario tendrá derecho a ser notificado respecto a la solicitud de renuncia a la concesión, autorización o el inicio del procedimiento de caducidad del título habilitante (LGA, 2015, arts. 42.5 y 42.6).

Asimismo,

> En caso que el titular de la concesión o autorización transfiera su derecho, deberá comunicar en un plazo de cinco (5) días hábiles al acreedor hipotecario adjuntando copia certificada de la resolución de cambio de titularidad emitida por Ministerio de la Producción o el Gobierno Regional (LGA, 2015, art. 42.7).

En el caso de su incumplimiento, el acreedor hipotecario tiene el derecho de dar por vencido los créditos otorgados y demandar la ejecución de la hipoteca acuícola iniciando el proceso de ejecución de garantías, donde el mandato emitido por el juez deberá notificarse al PRODUCE o al GORE que otorgó la concesión o autorización respectiva (LGA, 2015, arts. 42.7 y 42.8).

Después de la notificación del mandato ordenado por el juez, ya no se podrá aplicar las causales de caducidad del derecho otorgado, establecidas en la LGA, su reglamento o en el convenio de conservación, inversión y producción acuícola que firma la persona natural o la empresa (LGA, 2015, art. 42.9).

No obstante, se señala que se podrán aplicar multas en sustitución de dicha sanción, dicho beneficio se prolongará por tres años o hasta la fecha de notificación del acto administrativo de concesión o autorización al nuevo titular que se le adjudicó los derechos hipotecados en el remate público o los adquiera mediante transferencia por parte del liquidador (LGA, 2015, art. 42.9).

La ejecución del remate en el caso de la concesión recae sobre los derechos de uso y goce otorgados por la concesión, no obstante, para las autorizaciones, recae sobre los bienes establecidos en la hipoteca (LGA, 2015, art. 42.). Una vez culminada la ejecución del remate o realizada la transferencia al nuevo titular, este deberá realizar lo siguiente:

> La emisión de la resolución de cambio de titularidad deberá ser solicitada al Ministerio de la Producción o al Gobierno Regional, según corresponda por el adjudicatario o adquirente de los derechos hipotecados en remate público o por transferencia por parte del liquidador, de acuerdo con las condiciones que establezca el Reglamento (LGA, 2015, art. 42.12).

Finalmente, a través del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (en adelante, FONDEPES), quien viene a ser el órgano ejecutor del Ministerio de Producción, se promueve el desarrollo de la pesca y acuicultura, sobre todo en los ámbitos de infraestructura acuícola a través del otorgamiento de créditos de apoyo a productores (LGA, 2015, art. 43). De igual manera, otorga créditos para adquisición de equipos, financiamientos de planes de negocios, con la finalidad de impulsar el cultivo de la acuicultura. Tal es así que Panorama Acuícola apunta:

> El Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES) de Perú otorgó el año pasado (2021) 594 créditos por un total de 12,7 millones de soles (algo más de USD 3,3 millones). De ese total, 207 fueron para proyectos acuícolas, que recibieron 3,98 millones de soles (poco más de un millón de dólares). En tanto, informó el Ministerio de la Producción (Produce), la pesca artesanal contó con 387 créditos por un monto de 8,73 millones de soles (USD 2,26 millones) (2022, párr. 1).

Ante ello, consideramos un buen aporte la promoción del cultivo de la acuicultura, más aún si se tiene en cuenta que en la actualidad la economía se está reactivando después de dos años de pandemia. Tanto la garantía mobiliaria y la hipoteca acuícola son herramientas de mucha importancia para obtener financiamiento para el desarrollo de los proyectos acuícolas. Adicionalmente, FONDEPES, en marzo del presente año, lanzó el aplicativo Credipes, donde facilita a los pescadores artesanales y acuicultores el acceso a los diferentes créditos, de modo que tienen la opción de dos tipos de créditos: de nivel I (hasta 10 UIT o 46 mil soles), a sola firma (pagaré), con una tasa de interés del 3% anual, a rebatir, plazo de 36 meses y un periodo de gracia de 4 meses. Y de nivel II (más de 10 UIT hasta 22 UIT o S/ 101 200.00 soles), interés anual del 7%, a rebatir y con garantía hipotecaria (Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero [FONDEPES], 2022). En otras palabras, el acceso al crédito acuícola depende de dos *clics* en la aplicación antes indicada, con ello se corrobora el compromiso del gobierno de fomentar la acuicultura.

3. Incentivos tributarios

Los incentivos tributarios se encuentran en constante dicotomía, ya que, por un lado, beneficia al emprender y así podrá tener financiamiento y seguir creciendo en el mercado, por otro lado, puede conllevar a la disminución de recopilación de dinero por parte del Estado, cuyo fin es usarlo para la prestación de servicios públicos en favor del país. En esa línea, el Decreto Legislativo 1515, que incorpora la séptima disposición complementaria a la Ley General de Acuicultura, opta por otorgar beneficios tributarios para los emprendedores que desarrollen actividades de acuicultura.

Es así que, para el ejercicio gravable del año 2022, las personas naturales o jurídicas perceptoras de la renta de tercera categoría, que son los tributos anuales que pagan las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades empresariales, se les aplicará la reducción sobre las tasas del im-

puesto a la renta de conformidad con el inciso a) del artículo 10 de la Ley 31110, y el inciso b) respecto a las depreciación anual tributaria a la luz de la Ley del Régimen Laboral Agrario y de Incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agroindustrial.

Las personas naturales o jurídicas que no sobrepasen los ingresos netos de 1 700 UIT en el ejercicio gravable pagarán el 15% hasta el año 2030 de allí en adelante la tasa general. Por otro lado, a los que sobrepasen los 1 700 UIT en el ejercicio gravable, pagarán el 15% para el año 2021-2022, el 20% para el año 2023-2024 y 25% para el año 2025-2027 y a partir del año 2028 la tasa general. Adicionalmente, también se podrá aplicar la depredación anual a razón del 20% anual respecto al monto de las inversiones en obras de infraestructura hidráulica y obras de riego hasta diciembre del 2025.

Por tanto, los incentivos tributarios al sector acuicultura son razonables en la medida que se tiene por objeto promocionar e incentivar el cultivo de la acuicultura, mucho más teniendo en cuenta los dos años de la pandemia por el COVID-19. Por ello podemos señalar que existe un pronóstico de crecimiento de la acuicultura, porque no solo tendrán acceso a créditos, sino también que los tributos serán menores a diferencias de las demás actividades económicas.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO LINEAL PARA EL OTORGAMIENTO DE TÍTULOS HABILITANTES VINCULADOS A LA ACTIVIDAD ACUÍCOLA

El procedimiento administrativo es una herramienta a través del cual la administración pública genera efectos jurídicos individuales o individualizables sobre la esfera jurídica del administrado, dicho procedimiento contiene una serie de actos y diligencias, cuya finalidad es la emisión de un acto administrativo (Ley 27444, 2019, art. 29). La estructura del procedimiento comprende: inicio (de oficio o de parte), ordenación e instrucción, conclusión y ejecución de resoluciones.

Por otro lado, los tipos de procedimiento que existen son: de aprobación automática y de evaluación previa (que en caso de falta de pronunciamiento está sometido a silencio positivo o negativo).

Respecto al procedimiento administrativo lineal seguido para el otorgamiento de los títulos habilitantes para el acceso a la actividad acuícola que serán nombrados a continuación, vale decir las siguientes consideraciones generales.

Las autorizaciones se brindan sobre terrenos privados no estatales, mientras que las concesiones se dan para terrenos públicos, es decir, áreas acuáticas de dominio público. Las solicitudes para las autorizaciones y concesiones son presentadas por el interesado en desarrollar la actividad acuícola ante PRODUCE. Están sujetas a evaluación previa con silencio negativo, donde el plazo para resolver la solicitud son 30 días hábiles. La Oficina Gestión Documentaria y Archivo o la Ventanilla Única del Sector Producción (VUSP) reciben la solicitud, mientras que la autoridad competente para resolver es el Director General de la Dirección General de Acuicultura. En caso del rechazo a la solicitud, el administrado puede plantear recursos administrativos ante las autoridades administrativas, en ese orden de ideas, las instancias de resolución de los recursos son: el Director General de la Dirección General de Acuicultura, en el caso de reconsideración, siendo 15 días hábiles el plazo para la presentación del recurso y treinta días hábiles para resolverlos; y el Viceministro de Pesca y Acuicultura, en el caso de apelación, teniendo los mismos plazos de presentación y resolución del recurso de reconsideración. Son otorgadas hasta por treinta años y renovados por período igual.

A continuación, se mencionarán los requisitos necesarios para el otorgamiento de los títulos habilitantes más resaltantes para la actividad acuícola de competencia del PRODUCE, esto es, la concesión y la autorización.

El otorgamiento de la concesión para desarrollar la AMYGE es un título habilitante regulado en el código 36 del TUPA de PRODUCE. Los requisitos son: (i) solicitud dirigida al Director General de Acuicultura con carácter de declaración jurada y obligatoria, según Formulario DGA-001 (indicando el número de Formulario de Reserva vigente y número de Resolución de Certificación Ambiental aprobatoria); y (ii) proyecto de Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola suscrito por el solicitante, según modelo de convenio vigente.

La renovación o modificación de concesión para desarrollar la AMYGE es un título habilitante regulado en el código 37 del TUPA de PRODUCE. Los requisitos son: (i) solicitud dirigida al Director General de Acuicultura con carácter de declaración jurada y obligatoria, según Formulario DGA-002 (indicando el número de resolución de Certificación Ambiental vigente, asimismo la solicitud deberá presentarse dentro del plazo de vigencia del derecho otorgado); y (ii) proyecto de Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola sus-

crito por el solicitante, según modelo de convenio vigente. **Para el caso de renovación:** (iii) inspección técnica.

El otorgamiento de autorización para desarrollar la AMYGE es un título habilitante regulado en el código 43 del TUPA de PRODUCE. El requisito es la solicitud dirigida al Director General de Acuicultura con carácter de declaración jurada y obligatoria según Formulario DGA-003 (indicando el número de resolución de la Certificación Ambiental aprobatoria).

La renovación o modificación de autorización para desarrollar la AMYGE es un título habilitante regulado en el código 44 del TUPA de PRODUCE. El requisito es la solicitud dirigida al Director General de Acuicultura con carácter de declaración jurada y obligatoria, según Formulario DGA-004 (indicando el número de resolución de la Certificación Ambiental vigente; la solicitud deberá presentarse dentro del plazo de vigencia del derecho otorgado).

Las autorizaciones y concesiones en AMYPE y AREL se regulan mediante los procedimientos establecidos por cada GORE, esto significa que cada GORE establece sus requisitos, plazos y autoridades competentes en sus TUPA.

V. CERTIFICACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN LA ACUICULTURA

La Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante Ley del SEIA), publicada en el año 2001, establece un sistema único y coordinado de identificación y prevención, supervisión, control y corrección de forma anticipada para controlar los impactos ambientales negativos derivados de proyectos de inversión, así como un proceso uniforme que contemple los requerimientos, etapas y los mecanismos de participación ciudadana. En ese sentido, la Ley del SEIA representó un avance en el aspecto regulatorio, aunque en la práctica seguían los conflictos sociales, mayormente en la industria de minería e hidrocarburos, lo cierto es que creó un hito en la certificación ambiental, ya que por medio de ella se tomó medidas preventivas para el desarrollo de la actividad económica, efectivizando el principio preventivo.

Después de ocho años de publicar la Ley del SEIA, en el año 2009 se publicó el Decreto Supremo 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, Reglamento de la Ley SEIA) por parte del, recién creado, Ministerio del Ambiente planteándose como objetivo lograr la efectiva identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio de los proyectos de inversión, así como políticas y planes y programas públicas a través del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA) (art. 1).

Posteriormente, en el año 2012, se crea el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (en adelante, SENACE) mediante la Ley 29968, siendo considerado como un Organismo Público Técnico Especializado, con autonomía técnica y personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente; con competencia para revisar y aprobar Estudios de Impactos Ambientales Detallados (EIA-D) y cuando corresponda los Estudios de Impacto Ambiental Semidetallados (EIA-SD) y sus modificaciones, como también los planes de participación ciudadana regulados en la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Ley SINEFA) bajo la competencia del gobierno nacional.

Dentro de los motivos de la creación del SENACE, en primer lugar, se encuentra la falta de la confianza de la población respecto a las entidades sectoriales que se encontraban revisando y aprobando los EIA, donde la tarea de los sectores era compleja, puesto que tenían que promover el crecimiento económico y la viabilidad de la protección ambiental; y, en segundo lugar, la ineficiencia de los procedimientos burocráticos. Ante ello, el SENACE se creó con la finalidad de crear soluciones eficientes a los dos problemas mencionados, pues si bien los sectores promueven el crecimiento económico, paralelamente se deben prevenir los impactos ambientales mediante los IGA, dentro los cuales tenemos el EIA, el plan de manejo residuos sólidos, los compromisos ambientales en los contratos de concesión, etcétera.

A. Certificación ambiental en el sector de acuicultura

Como se ha señalado en los párrafos anteriores, la gestión ambiental en el Perú se ha regulado de forma lenta, aunque el sector de acuicultura haya sido desde sus inicios muy importante para el desarrollo económico, al mismo tiempo no se ha destacado su importancia para coadyuvar a la sostenibilidad de los recursos hidrobiológicos, y

recién el Estado lo empezó a promocionar a consecuencia de la disminución de los recursos hidrobiológicos en las aguas marinas y continentales.

La regulación ambiental en el sector de acuicultura fue escasa y, a la vez, nula, ya que para la aprobación de un EIA se tenía como fuente normativa el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, del año 1991, que en su artículo 51 establecía que la autoridad sectorial competente comunicará al Consejo Nacional del Ambiental (ahora Ministerio del Ambiente) sobre las actividades a desarrollarse en su sector que, por su riesgo ambiental, pudieran exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del medio ambiente. Para ello, debían obligatoriamente presentar Estudios de Impacto Ambiental previos a su ejecución y, sobre los límites máximos permisibles utilizados, para prevenir los daños a la salud, ambiente y seguridad de las personas.

Años después, se publicó la Ley 27460, Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, que en su artículo 30 señaló que "para la realización de las actividades de acuicultura se requiere de la presentación de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o el Programa de Adecuación de Impacto Ambiental (PAMA)" (2001).

Dicha norma fue desarrollada mediante el Reglamento de la Ley de Promoción de Desarrollo de la Acuicultura, aprobado mediante Decreto Supremo 030-2001-PE y actualmente derogada (mediante el Reglamento de la LGA), donde establecía en su artículo 76 que "en materia ambiental, las personas naturales y jurídicas que se dediquen al desarrollo de actividades de acuicultura se rigen por las normas que señala el Título VII del Reglamento de la Ley General de Pesca", del año 2001.

Asimismo, en el artículo 77 se señalaba que la Dirección Nacional de Medio Ambiente (en adelante, DINAMA) era la encargada de otorgar los correspondientes Certificados Ambientales del EIA o DIA, siendo para actividades acuícolas de mayor escala o vinculadas a la introducción o traslado de especies; o actividades de menor escala, vinculadas al cultivo de peces ornamentales, respectivamente.

Actualmente, la DINAMA es la Dirección General de Asuntos Ambientales Pesqueros y Acuícolas, conformada por la Dirección de Gestión Ambiental y la Dirección de Cambio Climático y Biodiversidad Pesquera y Acuícola. Esta competencia ha sido establecida según el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Producción (aprobado por Decreto Supremo 002-2017-PRODUCE), que establece que una de sus funciones es "j) Conducir el proceso de evaluación de impacto ambiental de los proyectos pesqueros y acuícolas, en el marco normativo vigente".

A su vez, el artículo 93 del mismo cuerpo normativo indica que la Dirección de Gestión Ambiental es la encargada de "evaluar las solicitudes para la clasificación y/o evaluación de los estudios ambientales o instrumentos de gestión ambiental de los proyectos y/o actividades pesqueras y acuícolas, en el marco de la normativa vigente" (2017).

Vale decir que actualmente la actividad de AMYGE tiene que necesariamente contar con un Estudio de Impacto Ambiental semidetallado (EIA-sd), el cual es aprobado por el PRODUCE; mientras que la actividad de AMYPE tiene que contar con DIA, el mismo que es aprobado por el GORE o el PRODUCE dependiendo del caso. Un dato importante al respecto es que la actividad de AREL no requiere de certificación ambiental, sea EIA-sd o DIA.

Recién en el año 2019 se publicó el Reglamento de Gestión Ambiental de los Subsectores Pesca y Acuicultura, mediante el Decreto Supremo 012-2019-PRODUCE, donde en su artículo 8.1 manifiesta que son obligaciones del titular de las actividades pesqueras o acuícolas, de acuerdo con la naturaleza de la actividad, entre otras, "someter a la evaluación de la autoridad competente los estudios ambientales o instrumentos de gestión ambiental complementarios y las modificaciones, u otros actos o procedimientos administrativos vinculados para su aprobación".

De esta manera, actualmente en el sector acuícola tenemos un reglamento que:

> tiene por objeto regular la conservación y aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos en el desarrollo de los proyectos de inversión y actividades de los subsectores pesca y acuicultura, así como regular los instrumentos de gestión ambiental y los procedimientos administrativos vinculados (2019, art. 1).

Respecto al tipo de certificación ambiental para la AMYGE, AMYPE y AREL, a la fecha aún no está regulada la clasificación anticipada, tan solo tenemos el Proyecto de la Resolución Ministerial 00114-2021-PRODUCE que se publicó el 2021 y aún no está vigente, pero será desarrollada a modo referencial:

Tabla 1

Clasificación de Proyectos en el sector Acuícola[6]	Categoría Asignada
Cultivo de recursos hidrobiológicos, con una capacidad productiva mayor de 3.5 toneladas/año, que cumpla con todas las siguientes condiciones: 1. Que realice una valoración de los residuos hidrobiológicos en el área del Centro de Producción Acuícola y que, 2. Para la actividad de cultivo de recursos hidrobiológicos en estanques, el efluente de agua de cultivo tratado físicamente se verterá al cuerpo hídrico receptor, 3. Se encuentre o no en Zona de Amortiguamiento de un ANP.	DIA
Cultivo de recursos hidrobiológicos con una capacidad productiva mayor de 3.5 toneladas/año, que cumpla con al menos una de las siguientes condiciones: 1. Que realice una valoración de los residuos hidrobiológicos en el área del Centro de Producción Acuícola o por terceros - Introducción de especies foráneas de recursos hidrobiológicos al país. 2. Para las actividades de cultivo de recursos hidrobiológicos en estanques, el efluente de agua de cultivo tratado físico y biológicamente se verterá al cuerpo hídrico receptor. 3. Que se ubique dentro de un ANP.	EIA-SD
Instalación y funcionamiento de centros de mantenimiento y limpieza de sistemas de cultivo – CMLSC que cumpla con todas las siguientes condiciones: 1. Use agua de mar, superficial o subterráneo para actividades domésticas, mantenimiento y limpieza. 2. Realice la valorización de los residuos hidrobiológicos dentro del área del proyecto. Que el efluente tratado del centro de mantenimiento y limpieza se reúse o sea tratado por terceros. - Contratará a una EO-RS para el Recojo, transporte y Disposición final. Que cuente con una zona para el almacenamiento de sistemas de cultivo, con piso de concreto y techo adecuado. - Se encuentre o no en Zona de Amortiguamiento de un ANP.	DIA

Fuente: Elaboración propia a partir del Proyecto de la Resolución Ministerial 00114-2021-PRODUCE (2021)

Es así como a la fecha existe un proyecto normativo que, si bien aún no se encuentra vigente, plantea una clasificación anticipada para los proyectos del sector acuicultura, lo que equivale a un avance muy importante luego de la publicación del Reglamento de Gestión Ambiental de Actividades Pesqueras y Acuícolas en el año 2019. Sin embargo, no regula una clasificación anticipada de diversos supuestos que pueden ocurrir en el mercado acuícola, de modo que los administrados pueden solicitar una clasificación al Ministerio de Producción.

Asimismo, a la fecha existe publicado desde enero del 2022 un Proyecto de Resolución Ministerial con la que se aprueba la Ficha Técnica Ambiental (FTA) para la Acuicultura (Categoría AREL), y los Términos de Referencia correspondientes a las Actividades Acuícolas, denominados: Términos de Referencia (TdR) de Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para las Actividades Acuícolas; Términos de Referencia (TdR) de Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para Instalación y funcionamiento de Centros de Mantenimiento y Limpieza de Sistemas de Cultivo – CMLSC y Términos de Referencia (TdR) de Estudio de Impacto Ambiental semi detallado (EIA-sd) para Actividades Acuícolas[7].

Cabe mencionar también los alcances de la Ficha técnica ambiental (FTA). Este es un IGA complementario al SEIA que aplica a un grupo de actividades no comprendidas en el listado de inclusión de proyectos de inversión sujetos al SEIA. Asimismo, es de aprobación automática y sujeta a la presunción de veracidad, así como a una fiscalización ambiental posterior. Su contenido debe abarcar: la descripción de la actividad y del entorno del proyecto, los impactos ambientales y las medidas de manejo ambiental relacionadas a los impactos ambientales que pudieran generar. Todo ello, en cumplimiento con los artículos 67, 69 y 70 del

[6] La clasificación de la categoría del DIA y EIA-sd es independientemente si nos encontramos, en primer lugar, ante **acuicultura marítima,** que tiene por cultivo los moluscos bivalvos, crustáceos, peces y algas, siendo que dicha actividad puede realizarse en área marina y tierra destinada al cultivo extensivo, semi intensivo e intensivo, pero siendo el insumo principal el recurso hídrico marino y uso de alimento para la acuicultura, de ser el caso. En segundo lugar, **la acuicultura continental**; la cual se basa en el cultivo de especies en cuerpos de agua que no tienen contacto con el mar (agua dulce), realizadas mayormente en jaulas flotantes. Por consiguiente, en tercer lugar, tenemos **la acuicultura de aguas salobres**, que se desarrolla en ambientes donde fluctúa el mar y las desembocaduras de aguas continentales, es decir, aguas con niveles de salinidad mayores al del agua dulce y menores al de agua salada, cultivándose en estanques.

Por otro lado, la Instalación y Funcionamiento de Centros de Mantenimiento y Limpieza de Sistemas De Cultivo (CMLSC), son aquellos emplazamientos físicos en donde se realiza la labor de limpieza a presión con agua de mar y mantenimiento de los sistemas de cultivo, esta actividad genera cantidades considerables de efluentes (aguas residuales) y residuos sólidos hidrobiológicos (*biofouling*) según la capacidad de operación de la empresa.

[7] Proyecto de Resolución Ministerial 00007-2022-PRODUCE.

Reglamento de Gestión Ambiental de Actividades Pesqueras y Acuícolas (2019).

Por otro lado, un dato que llama la atención del Reglamento de Gestión Ambiental de los Subsectores Pesca y Acuicultura es que en la Quinta disposición complementaria final se señalaba que

> El Ministerio de la Producción mediante Decreto Supremo se aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para los subsectores pesca y acuicultura, previa opinión favorable del Ministerio del Ambiente, en un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días hábiles, contado a partir del día siguiente de publicado el presente Reglamento en el diario oficial El Peruano (2019).

Lo cierto es que han pasado cerca de tres años y a la fecha no se tiene el reglamento de participación ciudadana, tan elemental en el proceso de certificación, si bien existen disposiciones generales, no existen disposiciones específicas en el sector, porque no es lo mismo la participación ciudadana en el sector acuícola que en minería e hidrocarburos. Tan solo se tiene a la fecha el proyecto del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en Proyectos y Actividades de los Subsectores de Pesca y Acuicultura en el marco del SEIA y su exposición de motivos[8].

Como conclusión de este apartado, podemos decir que existe en la actualidad un avance en la regulación ambiental en el sector acuícola que permitirá gestionar de manera eficiente, adecuada y oportuna los riesgos ambientales, aunque vale decir que aún no se aprueba la clasificación anticipada y las fichas técnicas ambientales, así como la reglamentación de la participación ciudadana ambiental en los procedimientos de certificación ambiental, este último tan necesario para prevenir y disminuir los conflictos socioambientales. Por ende, esperamos su pronta aprobación y publicación, ello contribuirá a la simplificación de procedimientos administrativos burocráticos que se tiene a la fecha, incentivando el mercado acuícola tan importante para la economía peruana, ya que coadyuva a conservar los recursos hidrobiológicos pues dicha actividad, en lugar de extraer los recursos, los cría y los reproduce en el área acuática y terrestre para comercializarlos y, de igual manera, garantiza la seguridad alimentaria.

Al mencionar la parte teórica de la certificación ambiental en la actividad acuícola, corresponde ilustrar la misma a través de los siguientes ejemplos:

- La Asociación de Pescadores Artesanales Acuicultores Bella Sion solicitó el otorgamiento de la certificación de la DIA para desarrollar la actividad de AMYPE mediante el cultivo de fondo y captación de larvas del recurso 'Concha de abanico' en la zona Vichayo, distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura. La Dirección Regional de Producción de Piura, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral Regional 792-2022-DRP resolvió otorgar la certificación de la DIA.

- La empresa Acuícola Santa Isabel solicitó el otorgamiento de la certificación del Estudio de Impacto Ambiental semidetallado (EIA-sd) para desarrollar la actividad de acuicultura mediante del recurso langostino en un predio arrendado de 49.34 hectáreas y un espejo de agua de 38.68 hectáreas, ubicado en el sector Pampa La Soledad, distrito y provincia de Zarumilla, departamento de Tumbes. La Dirección General de Extracción y Producción Pesquera para Consumo Humano Directo del PRODUCE, al verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recogidos en el TUPA, mediante la Resolución Directoral 281-2016-PRODUCE/DGCHD resolvió otorgar la certificación de la EIA-sd.

1. La vinculación entre la certificación y la fiscalización ambiental en la acuicultura

Para poder hablar de la vinculación que existe entre la certificación ambiental y la fiscalización debemos indicar que el punto de encuentro son los instrumentos de certificación ambiental independientemente de su naturaleza, ya sean preventivos, como los EIA o sus modificaciones e Informes técnicos sustentatorios; los correctivos (Memorias Técnicas Detalladas y Planes de Adecuación Ambiental) e incluso los aprobados para la terminación de actividades como los Planes de Cierre o Abandono. Así pues, los incumplimientos configuran una infracción administrativa conforme lo ha establecido el literal b del artículo 17 de la Ley del SINEFA, de igual modo, vale señalar que sobre dicha normativa también se asientan los compromisos sociales y ambientales asumidos por los titulares de los proyectos de inversión de acuicultura.

Tal como lo señala el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA):

[8] Proyecto de Resolución Ministerial 00082-2021-PRODUCE.

> Se necesita una buena certificación ambiental para que exista una buena fiscalización ambiental. Una mala certificación ambiental dificulta la fiscalización ambiental. En ese sentido, la certificación y fiscalización son dos aspectos de la gestión ambiental que caminan de la mano (2016, p. 24).

En otras palabras, podemos señalar que la certificación ambiental es *ex ante* y la fiscalización ambiental es *ex post*, es decir, luego de haber iniciado sus actividades. La fiscalización ambiental consiste en una acción de control que realiza la entidad pública con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscalizables a cargo de los administrados, bajo la competencia del OEFA en casos de AMYGE, mientras que la AMYPE y AREL será competencia de los Gobiernos Regionales, ya sean dichas actividades de derecho privado o público, con ello se busca garantizar la conservación del ambiente y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Por otro lado, la fiscalización ambiental puede ser entendida desde dos perspectivas, tal como señala el OEFA:

> Sentido amplio: Comprende las acciones de evaluación de la calidad ambiental, supervisión, fiscalización y sanción, así como la aplicación de incentivos, realizadas por las EFA con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables.
>
> Sentido estricto: Comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, y la de imponer sanciones y medidas cautelares y correctivas frente al incumplimiento de obligaciones ambientales por parte de los administrados (2016, p. 86).

Siendo ello así, la certificación y fiscalización ambiental se complementan para una correcta y oportuna gestión ambiental en las actividades económicas, por tanto, una buena fiscalización ambiental dependerá de un EIA donde se detallen las obligaciones ambientales y que el titular del proyecto de inversión se ha comprometido, ya sea para prevenir, corregir, mitigar y adaptar los ecosistemas, todo ello con el objeto de que los ecosistemas no desaparezcan.

VI. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN ACTIVIDADES ACUÍCOLAS

Respecto a la supervisión y fiscalización en actividades acuícolas, el PRODUCE y los Gobiernos Regionales, en el marco de sus respectivos ámbitos de competencia, son los encargados de dichas actividades, tanto con base en autorizaciones como concesiones acuícolas, a fin de lograr el desarrollo sostenible de la actividad (LGA, 2015, art. 16.1). Asimismo, estas entidades tienen la potestad sancionadora en materia acuícola, tal como sostiene el artículo 17 de la referida ley: PRODUCE y los Gobiernos Regionales tienen potestad para tipificar las infracciones administrativas e imponer sanciones en materia de acuicultura, en el ámbito de su competencia. No obstante, no son las únicas entidades dicha potestad en este sector. También se debe tomar en cuenta que las actividades acuícolas involucran obligaciones ambientales y sanitarias.

Las infracciones administrativas pasibles de sanción son aquellas:

> conductas que infrinjan las normas establecidas en la presente Ley, en sus normas reglamentarias y en el Reglamento de inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas (RiSPAC) vigente o norma que lo sustituya, en el cual se tipifican las conductas mencionadas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. Lo anterior sin detrimento de las sanciones aplicadas por otras entidades de acuerdo con los marcos legales aplicables (LGA, 2015, art 17.2).

Las sanciones administrativas comprenden: "multa, decomiso, reducción de áreas acuícolas y cancelación de la autorización o concesión directa, conforme a lo señalado en el RFSAPA" (LGA, 2015, art. 17.3). En ese sentido, se debe diferenciar la responsabilidad administrativa ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa acuícola, ambiental y sanitaria.

A. Procedimiento administrativo sancionador de PRODUCE en acuicultura

El procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) en el sector acuicultura del PRODUCE se rige por el procedimiento administrativo general establecido en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al ser entendido como un conjunto de actos destinados a poder determinar la responsabilidad administrativa del administrado. En un primer momento, se debe identificar el incumplimiento de la obligación legal que configura la comisión de una infracción y luego, como consecuencia de probarse bajo un debido procedimiento, aplicarse la sanción. Además de ello, el PAS constituye una garantía esencial, donde los administrados frente a una imputación en su contra podrán ejercer sus derechos fundamentales a todo proceso, frente a la administración pública. Así como también, la administración debe

cumplir con la finalidad de tutelar los intereses establecidos en la ley material, en el presente caso, la LGA, el Reglamento de la LGA y el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas.

La autoridad administrativa fiscalizadora es el órgano competente del PRODUCE encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones legales que regula la normativa del sector acuicultura. La competencia de los Gobiernos Regionales está referida a las actividades de acuicultura de recursos limitados, acuicultura de micro y pequeña empresa; mientras que el PRODUCE se encarga de las actividades de acuicultura de mediana y gran empresa. En la práctica los procedimientos administrativos sancionadores acontecen como consecuencia de la fiscalización que realice la autoridad fiscalizadora.

Una vez aclarado lo anterior, debemos indicar que la autoridad de fiscalización consigna los hechos verificados durante la supervisión en el acta de fiscalización, ya sea el cumplimiento de la normativa o la presunta existencia de una infracción, asimismo, dicha acta goza de presunción de veracidad respecto a los hechos identificados y los medios probatorios que los sustentan. Bajo esa perspectiva, la fiscalización puede ser de campo, gabinete, entre otros. Luego de realizar dicha actividad, la autoridad fiscalizadora realiza un informe de fiscalización donde describe y detalla las acciones de fiscalización y la presunta comisión de una infracción o el cumplimiento de las obligaciones, acompañando los medios probatorios típicos y atípicos que permitan corroborar, ya sea el cumplimiento de las obligaciones o la presunta infracción.

Posteriormente, si el informe de fiscalización recomienda el inicio de un PAS como consecuencia de una presunta infracción, la autoridad instructora lo inicia de oficio con la notificación de imputación de cargos, adjuntando el acta de fiscalización y los medios probatorios, concediéndole un plazo de 5 días hábiles contando a partir del día siguiente de la notificación para que el administrado, haciendo ejercicio de su derecho de defensa y prueba, presente sus descargos correspondientes. Por consiguiente, vencido el plazo con la presentación de descargos, ya sean los 5 días o en el caso de haber solicitado prórroga de plazo y la misma haya sido otorgada, el órgano instructor emite el Informe Final de Instrucción (en adelante, IFI) donde concluirá la existencia de una infracción o no, para ello deben estar debidamente motivadas las conductas que se consideren acreditadas con los medios probatorios pertinentes y conducentes, que constituyan infracción, la norma que prevé la imposición de la sanción, así como la sanción aplicable o la declaración de la no existencia de infracción en el caso corresponda.

Como consecuencia de haber concluido la infracción administrativa en el IFI, se notifica al administrado teniendo cinco días para presentar sus descargos que considere pertinente, asimismo, la autoridad sancionadora, tras haber recibido el IFI, puede disponer actuaciones complementarias a fines de determinar la comisión de la infracción de ser necesario, para lo cual dicho informe debe ser notificado al administrado y este tiene un plazo de cinco días hábiles; vencido el plazo para presentar los descargos por el administrado y acreditarse la responsabilidad administrativa de éste en la comisión de la infracción, se emite la resolución sancionadora correspondiente, por otro lado, de no acreditarse la responsabilidad administrativa, se dispone el archivo definitivo del PAS.

Respecto a los medios impugnatorios, el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobado por el Decreto Supremo 017-2017-PRODUCE, señala que el recurso de apelación es la única vía para cuestionar la resolución de sanción, al respecto se debe tener en cuenta el artículo II numeral 2 del Título Preliminar de la Ley 27444[9] que señala que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley. En ese sentido, debe entenderse que cabe la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración, de ser necesario, dentro del plazo de quince días hábiles, adjuntando una nueva prueba, ya que es un requisito indispensable para la admisibilidad de este.

Por otro lado, si el administrado interpone el recurso de apelación, el mismo será conocido por el órgano superior, en el caso de PAS iniciados contra titulares de las actividades de AMYGE será el Consejo de Apelación de Sanciones del Ministerio de la

[9] El referido artículo establece lo siguiente:

Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley (2019).

Producción y, en el caso de Gobiernos Regionales, la autoridad que haga las veces de órgano superior. Para ello, el administrado tiene quince días hábiles, con dicha decisión se agota la vía administrativa y queda supeditado que el administrado cumpla la resolución de sanción o también queda habilitado el derecho de ir a un proceso contencioso administrativo en el Poder Judicial a cuestionar dicha resolución de sanción.

La responsabilidad administrativa en el sector acuícola es subjetiva. Asimismo, se ha previsto la responsabilidad administrativa solidaria cuando la infracción sea imputable a varios responsables de forma conjunta. Igualmente, la norma especial otorga beneficios, atenuantes y agravantes. Aquí encontramos el pago con descuento de la sanción multa cuando existe el reconocimiento de responsabilidad y el fraccionamiento del pago de las multas. Respecto a los atenuantes, la autoridad sancionadora debe verificar cuando el administrado informa la comisión de la infracción cometida a la autoridad competente y acepta la imposición, en dicho caso corresponde la reducción de 50%. También se considera atenuante de sanción cuando el administrado aplica medidas correctivas para reducir el daño producido, aplicándose el factor de reducción de 50% y, finalmente, cuando el administrado carece de antecedentes de haber sido sancionado en últimos doce meses contados desde la fecha en que se detectó la comisión de la infracción, se aplica un factor de 30% de reducción en el cálculo de la multa.

También se pueden establecer agravantes. En primer lugar, cuando las infracciones sean continuadas. Para ello se tiene en cuenta que el administrado incurra en forma continua, que hayan transcurrido por lo menos treinta días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo[10], en dicho caso se aplica un incremento del 60%. En segundo lugar, cuando exista una reincidencia de las infracciones sancionadoras. Aquí se aplica un incremento del 100%. En tercer lugar, cuando se encuentre acreditado el empleo de violencia o amenaza contra los fiscalizadores se aplica un incremento del 100%. Y en cuarto lugar, cuando se cause perjuicio o impida la realización de actividades acuícolas a terceros, se aplica un incremento del 60%. Sin dejar de mencionar que antes o después de iniciado el PAS se puede conceder medidas correctivas con el objeto de evitar un riesgo o daño y cautelares, con la finalidad asegurar la eficacia de la resolución.

Un caso que ilustra mejor el PAS del PRODUCE es el que viene a continuación:

- El 05 de febrero de 2018, el inspector del PRODUCE realizó una fiscalización al área de acuicultura dentro de las instalaciones de la Planta Pesquera Capricornio, donde constató la presencia de 32 estanques circulares para cultivo de especies hidrobiológicas de las siguientes capacidades: 11 estanques de 66m3 c/u, 11 estanques de 32 m3 c/u y 10 estanques de 10m3 c/u, de los cuales 4 estanques de 10 m3 c/u se encontraban con recursos hidrobiológicos 'Chita' en la siguiente distribución: 266 unidades de 80 gr. c/u, 89 unidades de 30 gr. c/u, 158 unidades de 300 gr. c/u y 341 unidades de 250 gr. c/u, sumando un total de 156.60 kg. Durante la diligencia se solicitó a la encargada del área de acuicultura la documentación de licencia y otros documentos de cultivo, a lo cual respondió no tener la licencia o autorización correspondiente, hecho que fue constatado en un acta de fiscalización. Posteriormente, la Dirección de Supervisión y Fiscalización, luego de la notificación de cargos, emitió el IFI. Seguido de ello, la Dirección de Sanciones, mediante la Resolución Directoral 180-2022-PRODUCE/DS-PA, sancionó a la empresa con una multa de 0.240 UIT y el decomiso de 0.1566 t. del recurso hidrobiológico 'Chita' por haber realizado actividades acuícolas sin contar con la autorización (infracción tipificada en el literal a del art. 7.2 del Reglamento de la LGA), así como con una multa de 0.240 UIT por haber instalado e implementado infraestructura o materiales, equipos y otros elementos no autorizados (infracción tipificada en el literal s del art. 7.2 del RLGA).

  Al haber tomado conocimiento de la resolución de sanción, la administrada interpuso recurso de apelación alegando que suscribió con el IMARPE el Convenio y adenda de Cooperación Técnica para el Desarrollo del proyecto de Engorde de juveniles de chita a ni-

[10] El artículo 248, sobre los principios de la potestad sancionadora, establece lo siguiente:

> 7. Continuación de infracciones. - Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo (2019).

vela Piloto Experimental, con la finalidad de coadyuvar a la diversificación productiva y la competitividad de este recurso hidrobiológico, por lo que las sanciones desincentivan el aporte de la empresa privada en la cooperación con el estado para la investigación científica; a su vez, la resolución directoral de sanción no se pronuncia respecto a su escrito de descargo presentado el 12 de febrero de 2018, por lo cual se vulneró la garantía del debido procedimiento. Ante ello, el Consejo de Apelación de Sanciones, mediante la Resolución 085-2022-PRODIUCE/CONAS-UT, declaró infundado el recurso de apelación y confirmó la resolución de primera instancia, debido a que: (i) si bien el Estado busca fomentar y desarrollar la acuicultura en sus diversas fases productivas, el desarrollo de la actividad acuícola se encuentra supeditado a que las personas naturales o jurídicas que tengan interés en desarrollar esta actividad cuenten con la autorización respectiva; por lo cual, conforme al informe de fiscalización, acta de fiscalización y las vistas fotográficas, se ha acreditado que la empresa desarrollaba actividades acuícolas sin contar con una concesión o autorización, y pese a ello había instalado e implementado infraestructura, materiales, equipos y otros elementos no autorizados; y (ii) la empresa no formuló descargos a la notificación de cargos ni al IFI, así también su escrito de descargos contra el acta de fiscalización fue evaluado en el considerando 22 al 31 de la resolución directoral de sanción.

B. Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA en el sector de acuicultura

El OEFA fiscaliza el cumplimiento de las obligaciones ambientales en el desarrollo de las actividades de AMYGE, en tal sentido, verifica que los acuicultores cumplan con las normas, instrumentos de gestión ambiental y mandatos emitidos por la citada autoridad (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA], 2013, p. 5).

El OEFA, en el marco de su PAS, impone las sanciones y medidas administrativas que corresponda, dicha entidad es competente para realizar la fiscalización ambiental en la acuicultura de mayor escala, es decir, aquellas que conllevan a procesos de producción mayores a 150 toneladas brutas por año. El OEFA fiscaliza la selección y acondicionamiento del medio, obtención de semilla, cultivo y cosecha (OEFA, 2013, pp. 6-7).

En cuanto a la fiscalización ambiental de las actividades de AMYPE, esta es competencia de los GORE; mientras que la ANA realiza la supervisión y fiscalización de los vertimientos del procesamiento primario (LGA, 2015, art. 16.2).

El inicio del PAS del OEFA se da con la notificación de imputación de cargos al administrado por parte de la Sub-Dirección de Instrucción e Investigación (Resolución de Consejo Directivo 027-2017-CD-OEFA/CD; Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, 2017, art. 5). El administrado puede presentar sus descargos dentro del plazo improrrogable de veinte días hábiles desde el día siguiente de notificada la imputación de cargos, o también puede reconocer su responsabilidad, lo cual sería una condición atenuante. Posteriormente, la autoridad instructora emitirá un IFI, en donde incluirá la conclusión de si existe una conducta constitutiva de sanción, la norma que prevé la imposición de sanción, la propuesta de sanción o el archivo del procedimiento, así como las medidas correctivas a ser dictada, según corresponda.

El administrado tiene el plazo de diez días para presentar sus descargos ante el IFI y puede solicitar una prórroga de cinco días hábiles. Luego, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, puede citar a audiencia de informe oral, con no menos de tres días de anticipación. La resolución final de la autoridad decisora puede determinar o no la existencia de responsabilidad administrativa por la infracción imputada, de igual manera, puede imponer las sanciones y/o dictar las medidas correctas, según sea el caso. El administrado puede interponer recurso de apelación contra la resolución de la autoridad decisora, para lo cual tomará conocimiento el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, TFA), quien conocerá el recurso en mención. Finalmente, en caso lo considere el administrado, ante una desfavorable decisión del TFA, puede plantear la demanda contencioso-administrativa contra la resolución de dicha entidad.

Un caso relacionado al PAS del OEFA es el siguiente:

- El 21 de febrero de 2014, la Dirección de Supervisión del OEFA realizó una supervisión regular a la concesión acuícola de Alas Peruanas del Mar S.A.C., la misma que cuenta con el título para desarrollar la actividad de mayor escala y la certificación del EIA, aprobado por el PRODUCE. Durante la diligencia se detectaron incumplimientos de las obligaciones ambientales, los mismos que fueron constatados en un acta de supervisión. Posteriormente, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, luego del informe de supervisión y el informe técnico

acusatorio, emitió la Resolución Subdirectoral 1816-2016-OEFA/DFASI/SDI, por lo cual se había iniciado el PAS contra el administrado por el incumplimiento de obligaciones ambientales. El administrado planteó sus descargos, ante ello, luego se emitió el IFI y la Resolución Directoral 0394-2017-OEFA/DFSAI, donde se determinó la responsabilidad administrativa y la inscripción en el Registro de Actos Administrativos del OEFA, ya que se encontraba probada la comisión de la infracción referida al incumplimiento de las obligaciones ambientales establecidas en la Guía de Monitoreo Acuícola, pues el administrado no realizó: (i) el monitoreo de los parámetros sulfuros coliformes totales y coliformes fecales en sedimento en una estación de referencia en el monitoreo anual del 2012 y 2013; (ii) el monitoreo del parámetro granulometría en sedimento en el monitoreo bianual del período 2012-2013; y (iii) el monitoreo de los parámetros As, Cd, Pb, Cr, Hg en sedimento, en una estación de referencia en el monitoreo bianual del período 2012-2013.

Al haber tomado conocimiento de la resolución de sanción, la administrada interpuso recurso de recurso de apelación alegando que no existe normativa ambiental que señale las directrices para determinar los puntos de referencia, pues PRODUCE no definió las estaciones de monitoreo; así como la vulneración al principio de predictibilidad. Ante ello, el TFA, mediante la Resolución 023-2017-OEFA/TFA-SMEPIM, declaró infundado el recurso de apelación y confirmó la resolución de primera instancia, debido a que: (i) se acreditó a través de la revisión de los informes de ensayos presentados por el administrado que el mismo incumplió su compromiso ambiental de realizar los monitoreo conforme a las guías de monitoreo aprobadas por el sector pesquería; y (ii) las obligaciones incumplidas se derivan de compromisos ambientales asumidos voluntariamente por el administrado incluidos en su EIA, por lo que era previsible para el administrado saber cuáles deberían ser las acciones a realizar para no incurrir en incumplimiento alguno y, en consecuencia, no se vulneró el principio señalado por el administrado.

C. Procedimiento Administrativo Sancionador de SANIPES en acuicultura

El SANIPES puede otorgar certificados de sanidad y de calidad de los recursos acuícolas, a su vez, tiene la potestad sancionadora en materia de sanidad e inocuidad acuícola, de modo que establece la tipificación de infracciones administrativas e impone sanciones, todo ello con el objeto lograr una eficaz administración que establezca la calidad de los recursos acuícolas a fin de proteger la salud de los consumidores. Es así, que mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva 075-2020-SANIPES/PE, Reglamento de Infracciones y Sanciones Sanitarias y Acuícolas del SANIPES, que nos direcciona al Reglamento de Fiscalización Sanitaria de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobado mediante Resolución De Presidencia Ejecutiva 036-2020-SANIPES-PE, que establece algunas actividades acuícolas de manera enunciativa mas no limitativa, son materia de fiscalización de competencia de SANIPES, de las cuales tenemos:

a. La evaluación sanitaria de las instalaciones que conforman las infraestructuras pesqueras y/o acuícolas.
b. La evaluación de los autocontroles implementados por los operadores de la cadena productiva pesquera y acuícola y los resultados obtenidos.
c. La evaluación de los equipos, instrumentos de medición, medios de transporte, instalaciones y otros lugares o áreas bajo el control de los operadores.
d. La evaluación de los recursos y productos hidrobiológicos, alimentos y productos veterinarios de uso en acuicultura, productos semielaborados, materias primas
e. ingredientes de piensos y productos veterinarios de uso en acuicultura y, de otros productos o insumos empleados para la preparación y/o fabricación de los mismos. e. La evaluación de los productos y procesos empleados para la limpieza y desinfección.
f. La evaluación del etiquetado, presentación y materiales de envase, incluidos los destinados a entrar en contacto con los alimentos.
g. La evaluación de los procedimientos de higiene, buenas prácticas y, los basados en los principios de análisis de riesgos y puntos de control críticos (APPCC).
h. La verificación del llenado y actualización de los registros de rastreabilidad y otros que permitan verificar el cumplimiento de los procedimientos internos de la infraestructura pesquera y acuícola y de la norma sanitaria vigente. i. Entrevistas con el personal y/u operarios de los operadores.
j. La comprobación de las mediciones llevadas a cabo por los operadores y otros resultados de ensayo.
k. El muestreo, análisis, diagnóstico y ensayos.
l. Cualquier otra acción que coadyuve a la ejecución de la actividad de fiscalización sanitaria de las actividades pesqueras y acuícolas.

En ese sentido, las mencionadas son las obligaciones, prohibiciones o limitaciones exigibles a los operadores de las actividades pesqueras y acuícolas en el ámbito nacional establecidas en la normativa sanitaria, las cuales son materia de fiscalización por parte de SANIPES. Asimismo, se debe indicar que no son las únicas, ya que existen otras obligaciones reguladas en la materia de SANIPES, entidad que busca controlar la calidad del recurso hidrobiológico y, de esa manera, proteger a los consumidores en la cadena alimenticia. En correlación a lo anterior, ante el incumplimiento de las obligaciones de sanidad por parte de los administrados, cabe el inicio del PAS de SANIPES. Según el artículo 5 de la Resolución de Presidencia Ejecutiva 075-2020-SANIPES/PE, Reglamento de Infracciones y Sanciones Sanitarias y Acuícolas del SANIPES, el PAS tiene las siguientes fases:

a) Fase instructora: La Dirección de Fiscalización Sanitaria imputa cargos, dirige y desarrolla las labores de instrucción, formular el IFI, entre otras funciones.

b) Fase sancionadora: La Dirección de Sanciones dispone las actuaciones complementarias que considere necesarias para determinar en primera instancia la existencia de responsabilidad administrativa e imponer sanciones, dictar medidas cautelares, así como correctivas, resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra sus resoluciones y otras funciones asignadas en el ámbito de sus competencias.

c) Fase revisora: La Presidencia Ejecutiva se encarga de revisar en segunda instancia administrativa los actos impugnables emitidos por la autoridad sancionadora, actuar los medios probatorios esclarecedores, así como otras funciones asignadas en el ámbito de sus competencias.

Un caso que ilustra el PAS del SANIPES es el siguiente:

- El 27 de enero de 2021, la Subdirección de Fiscalización Sanitaria Acuícola (SFSA) realizó una fiscalización sanitaria a la unidad fiscalizable Centro de Cultivo Acuícola de propiedad del señor Romel Yupanqui Canales, la misma que cuenta con la autorización para desarrollar la actividad de acuicultura de menor escala. Durante la diligencia se detectaron incumplimientos a la normativa sanitaria vigente, los mismos que fueron constatados en un acta de fiscalización. Por tal motivo, la Dirección de Fiscalización Sanitaria, luego del informe de fiscalización sanitaria, emitió la resolución de imputación de cargos, cuya notificación se dio el 07 de diciembre de 2021, por lo cual se había iniciado el PAS contra el administrado por las presuntas infracciones tipificadas en el Código 1 (no cumplir con las obligaciones exigibles que aseguren higiene y saneamiento) del Anexo del Reglamento de Infracciones y Sanciones Sanitarias Pesqueras y Acuícolas (en adelante, RISSPA).

Considerando lo anterior, el administrado presentó sus descargos a la resolución de imputación de cargos. Posterior a ello, se emitió el IFI, por el cual la Dirección de Fiscalización Sanitaria recomendó la imposición de la sanción de multa al administrado al contar con suficientes elementos de prueba que acredita la comisión de la infracción. El administrado no presentó dentro del plazo algún descargo al IFI. Ahora bien, la Dirección de Sanciones analizó los hechos imputados de la siguiente manera:

a) Respecto al hecho imputado 1: Se evidenció durante la fiscalización que el administrado no contaba con un maniluvio y pediluvio al ingreso del centro acuícola. El administrado subsanó las observaciones referidas a los maniluvios, pediluvios y disposición de residuos el 23 de diciembre de 2021, es decir, posterior a la notificación de resolución de imputación de cargos del 07 de diciembre de 2021, por lo que no cabe la eximente de responsabilidad. Asimismo, el administrado no presentó medios probatorios que indiquen que habría actuado con la diligencia necesaria para implementar las medidas necesarias que garanticen la aplicación de un programa de higiene y saneamiento que incluya las actividades de limpieza y desinfección, así como el manejo de residuos en el centro acuícola. Por tal motivo, se configura la infracción referida en el Código 1 (no cumplir con las obligaciones exigibles que aseguren higiene y saneamiento) del Cuadro de Infracciones del RISSPA.

b) Respecto al hecho imputado 2: se evidenció que el administrado no cuenta con un adecuado manejo de sus residuos. El administrado subsanó las observaciones referidas a la disposición de residuos y otras el 23 de diciembre de 2021, es decir, posterior a la notificación de resolución de imputación de cargos

del 07 de diciembre de 2021, por lo que no cabe la eximente de responsabilidad. De igual manera, el administrado no presentó medios probatorios que indiquen que habría actuado con la diligencia necesaria para implementar las medidas necesarias que garanticen la aplicación de un programa de disposición de residuos en el centro acuícola. Por tal motivo, se configura la infracción referida en el Código 1 (no cumplir con las obligaciones exigibles que aseguren higiene y saneamiento) del Cuadro de Infracciones del RISSPA.

Por tales hechos imputados, y considerando los criterios para la graduación de la multa, mediante la Resolución Directoral 003-2022-SANIPES/DS-PAS, se declaró la existencia de responsabilidad administrativa del administrado y se le sancionó con una multa de 0.14 UIT.

Como hemos podido analizar en este apartado, el sector acuícola contiene un conjunto de normativas de índole administrativo, ambiental y sanitario, sin dejar de mencionar la responsabilidad penal o civil que pueda existir. En cuanto a la fiscalización por parte de la administración pública, encontramos que el Ministerio de Producción, OEFA, SANIPES y los Gobiernos Regionales son determinantes para el cumplimiento de las obligaciones del sector acuicultura, todo ello con el objeto de que se aproveche los recursos hidrobiológicos de forma sostenible, con un control de calidad apto para el consumo y que dicha actividad no genere un impacto negativo en el ambiente.

VII. CONCLUSIONES

Las actividades acuícolas se caracterizan por el cultivo de los organismos acuáticos, mediante esta actividad se producen beneficios económicos para los acuicultores y se conserva la biodiversidad. La AMYGE requiere, además de los requisitos establecidos por la LGA y su reglamento, contar un Estudio de Impacto Ambiental Semi detallado (EIA-sd) aprobado por PRODUCE; la AMYPE necesita, aparte de los requisitos regulados por la LGA y su reglamento, contar con un DIA aprobado por el GORE/PRODUCE; y la AREL solamente requiere cumplir con lo establecido en la LGA y su reglamento, sin necesitar de certificación ambiental. Tanto la AMYGE y AMYPE requieren de habilitación sanitaria otorgada por SANIPES.

Para poder realizar la acuicultura en terrenos privados no estatales, se requieren autorizaciones; mientras que para poder realizarla en terrenos públicos (áreas acuáticas de dominio público) se requieren concesiones. Cabe resaltar que PRODUCE es el ente rector en materia de acuicultura, de igual forma ejercen funciones en esta materia el GORE correspondiente; por tal motivo, al tener competencias en este sector, ejercen la fiscalización y sanción ante el incumplimiento de la normativa de acuicultura. De igual manera, los acuicultores también están sujetos a la fiscalización ambiental por parte del OEFA y los gobiernos regionales y a la fiscalización administrativa por parte del SANIPES, en materia de sanidad e inocuidad acuícola. Finalmente, debemos resaltar que, sin duda, el marco regulatorio garantiza el repoblamiento de los organismos acuáticos, el procesamiento primario, la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica.

REFERENCIAS

Andina (19 de octubre de 2017). SNP: Hay oportunidad para la inversión privada en sector acuicultura. *Andina*. https://andina.pe/agencia/noticia-snp-hay-oportunidad-para-inversion-privada-sector-acuicultura-686819.aspx

Benavides Reverditto, X. (2011). Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito. En W. Gutierrez, M. Muro, & F. Vidal (coords.), *Código civil comentado* (3a ed., Vol. V). Gaceta Jurídica.

Durand, F. (2021). Puno: Habilitan sanitariamente a 40 centros de cultivo de truchas. *Inforegión*. https://www.inforegion.pe/289162/puno-habilitan-sanitariamente-a-40-centros-de-cultivo-de-truchas/

Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero [Fondepes] (8 de marzo de 2022). Fondepes otorga créditos con solo pedirlos desde tu celular. *Gob.pe.* https://www.gob.pe/institucion/fondepes/noticias/588921-fondepes-otorga-creditos-con-solo-pedirlos-desde-tu-celular

Huapaya Tapia, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 327-339.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA] (2013). *La fiscalización ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA en el sector pesquería*. http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2014/02/fiscalizacionpesuqeria200.pdf

(2016). *La vinculación y retroalimentación entre la certificación y la fiscalización ambiental*. IAKOB Comunicaciones & Editores.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2022). *Versión resumida de El estado mundial de la pesca y la acuicultura 2022. Hacia la transformación azul*. https://doi.org/10.4060/cc0463es

Panorama Acuícola (2022). El Fondepes financia el sector acuícola con más de un millón de dólares en 2021. *Panorama Acuícola*. https://panoramaacuicola.com/2022/01/21/el-fondepes-financia-al-sector-acuicola-con-mas-de-un-millon-de-dolares-en-2021/#:~:text=El%20Fondepes%20financia%20al%20sector,en%202021%20%E2%80%93%20Panorama%20Acu%C3%ADcola%20Magazine

Quispe, Y. (2021). El 86% de empresas de la actividad acuícola es informal, según Produce. *Diario Perú 21*. https://peru21.pe/economia/sector-acuicola-el-86-de-empresas-de-la-actividad-acuicola-es-informal-segun-produce-nndc-noticia/

Reef Resilience Network (s.f.). Introducción a la acuicultura. https://reefresilience.org/es/management-strategies/aquaculture/aquaculture-introduction/

Red Nacional de Información Acuícola [RNIA] (8 de agosto de 2017). SANIPES emitió el primer Protocolo Técnico de Habilitación Sanitaria de un Centro Acuícola en Amazonas. *Ministerio de la Producción*. https://rnia.produce.gob.pe/sanipes-emitio-el-primer-protocolo-tecnico-de-habilitacion-sanitaria-de-un-centro-acuicola-en-amazonas/

Rojas Vásquez, P. (2021). De la concesión a la autorización: una reforma necesaria al régimen de acceso a la prestación del servicio público postal en el Perú. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, *8*(2), 185-218. https://doi.org/10.14409/redoeda.v8i2.10302

Sociedad Nacional de Pesquería (s.f.). Acuicultura. https://www.snp.org.pe/acuicultura/

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (2007). *Guía para el Desarrollo Sostenible de la Acuicultura Mediterránea. Interacciones entre la Acuicultura y el Medio Ambiente*. https://apromar.es/wp-content/uploads/2021/12/Guia-desarrollo-acuicultura-y-medio-ambiente-UICN-SGPM-FEAP-Guia-1.pdf

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Consejo de Apelación de Sanciones del Ministerio de la Producción, Área Especializada Colegiada de Pesquería, 6 de mayo de 2022, Resolución 00085-2022-PRODUCE/CONAS-UT, Expediente 0002-2019-PRODUCE/DSF-PA (Perú).

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 1195, Ley General de Acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de agosto de 2015 (Perú).

Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de diciembre de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 002-2017-PRODUCE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de diciembre de 2017 (Perú).

Decreto Supremo 003-2016-PRODUCE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley General de Acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de marzo de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 012-2001-PE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley General de Pesca, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de marzo de 2001 (Perú).

Decreto Supremo 012-2019-PRODUCE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Gestión Ambiental de los Subsectores Pesca y Acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de agosto de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 017-2017-PRODUCE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de noviembre de 2017 (Perú).

Decreto Supremo 019-2009-MINAM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de setiembre de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 023-2021-PRODUCE, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Producción, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de noviembre de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 030-2001-PE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de julio de 2001 (Perú).

Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de junio de 1997 (Perú).

Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de abril de 2001 (Perú).

Ley 27460, Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de mayo de 2001 (Perú).

Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de marzo de 2019 (Perú).

Ley 29968, Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), Diario Oficial *El Peruano*, 12 de diciembre de 2012 (Perú).

Resolución 023-2017-OEFA/TFA-SMEPIM, que declara la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Alas Peruanas del Mar S.A.C., Diario Oficial *El Peruano*, 11 de julio de 2017 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 027-2017-OEFA/CD, Aprueban el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de octubre de 2017 (Perú).

Resolución de Presidencia Ejecutiva 036-2020-SANIPES-PE, Aprueban el Reglamento de Fiscalización Sanitaria de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de mayo de 2020 (Perú).

Resolución de Presidencia Ejecutiva 075-2020-SANIPES/PE, Aprueban el Reglamento de Infracciones y Sanciones Sanitarias Pesqueras y Acuícolas del Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (SANIPES), Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2020 (Perú).

Resolución Directoral 00018-2021-PRODUCE/DGA, que aprueba caducar la concesión otorgada a favor de la empresa Seacorp Perú S.A.C., Diario Oficial *El Peruano*, 30 de junio de 2021 (Perú).

Resolución Directoral 00018-2021-PRODUCE/DGAAMPA, que aprueba la certificación ambiental en favor de la empresa Pesquera Centinela S.A.C., Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2021 (Perú).

Resolución Directoral 00084-2020-PRODUCE/DGA, que adecua la autorización de repoblamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de julio de 2022 (Perú).

Resolución Directoral 003-2022-SANIPES-DS-PAS, que declara y sanciona por la existencia de responsabilidad administrativa, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de junio de 2022 (Perú).

Resolución Directoral 024-2016-DIREPRO-LIMA/ACUICULTURA, que aprueba la concesión para el desarrollo de la actividad de acuicultura de la micro y pequeña empresa-AMYPE, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de julio de 2016 (Perú).

Resolución Directoral 0461-2019-ANA-AAA.MDD, que aprueba el uso del agua con fines acuícolas, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de septiembre de 2019 (Perú).

Resolución Directoral 0497-2019-ANA-AAA.MDD, que aprueba el uso del agua con fines acuícolas, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de septiembre de 2019 (Perú).

Resolución Directoral 124-2021-GRL-GRDE-DIREPRO-LIMA/ACUICULTURA, que aprueba el desarrollo de la actividad de acuicultura de Micro y Pequeña Empresa a favor de Puquiofish of Peru S.A.C., Diario Oficial *El Peruano*, 16 de agosto de 2021 (Perú).

Resolución Directoral 151-2020-GRSM/DIREPRO, que aprueba el desarrollo de la actividad de Acuicultura de Recursos Limitados-AREL, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de abril de 2020 (Perú).

Resolución Directoral 185-2021-MGP/DICAPI, que aprueba los lineamientos para la formulación, aprobación, seguimiento y evaluación del cumplimiento del plan anual de evaluación y fiscalización ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de marzo de 2021 (Perú).

Resolución Directoral 281-2016-PRODUCE/DGCHD, que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental semidetallado del proyecto para desarrollar la actividad de acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de julio de 2016 (Perú).

Resolución Directoral 321-2014-PRODUCE/DG-CHD, que aprueba la concesión especial para desarrollar la actividad de acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de mayo de 2014 (Perú).

Resolución Directoral 512-2015-PRODUCE/DG-CHD, que autoriza el desarrollo de la actividad de acuicultura a mayor escala, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de diciembre de 2015 (Perú).

Resolución Directoral 716-2022-MGP/DICAPI, que aprueba el otorgamiento del derecho de uso de área acuática para la actividad de acuicultura, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de septiembre de 2022 (Perú).

Resolución Directoral Regional 792-2022-GOBIERNO REGIONAL PIURA-DRP-DR, que aprueba la certificación de la declaración del impacto ambiental (DIA), Diario Oficial *El Peruano*, 12 de octubre de 2022 (Perú).

Resolución Directoral Regional 202-2014-GOBIERNO REGIONAL PIURA-DRP-DR, que aprueba el uso de sistemas de "long line" para facilitar a las organizaciones sociales de pescadores artesanales, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de julio 2014 (Perú).

Resolución Directoral Regional 423-2018/GOBIERNO REGIONAL PIURA-DRP-DR, que aprueba la concesión para el desarrollo de la actividad de acuicultura de Micro y Pequeña Empresa, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de marzo de 2018 (Perú).

Resolución Gerencial Regional 002-2022/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRDE, que declara infundado el recurso administrativo de apelación contra la resolución Directoral Regional 148-2021/GOB.REG.PIURA-DRP-DR, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de febrero de 2022 (Perú).

Resolución Gerencial Regional 006-2019-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO-GRDE, que aprueba la concesión para el desarrollo de la actividad de acuicultura de micro y pequeña empresa-AMYPE, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de agosto de 2019 (Perú).

Resolución Gerencial Regional 129-2016/GOBIERNO REGIONAL PIURA-GRDE, que declara infundado el recurso de apelación en contra de la Resolución Directoral Regional 065-2016/GOBIERNO REGIONAL PIURA-DEP-DR, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de junio de 2016 (Perú).

Resolución Gerencial Regional de Producción 253-2019-GRA/GRP, que aprueba la concesión para el desarrollo de la actividad de acuicultura de recursos limitados (AREL), Diario Oficial *El Peruano*, 18 de junio de 2019 (Perú).

Resolución Ministerial 00082-2021-PRODUCE, Proyecto del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en Proyectos y Actividades de los Subsectores de Pesca y Acuicultura en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), Diario Oficial *El Peruano*, 11 de marzo de 2021 (Perú).

Resolución Ministerial 00114-2021-PRODUCE, Proyecto del Decreto Supremo que aprueba la Clasificación Anticipada de los Proyectos de Inversión de los Subsectores Pesca y Acuicultura, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental - SEIA, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de abril de 2021 (Perú).

Hugo Sologuren Calmet

Arbitro - Abogado

Adjudicador-JRD

10.18800/themis.202202.003

UN ACERCAMIENTO A LOS BANCOS DE BIODIVERSIDAD: UNA ALTERNATIVA PARA LA INVERSIÓN EN CONSERVACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

AN APPROACH TO BIODIVERSITY BANKS: AN ALTERNATIVE FOR INVESTMENT IN CONSERVATION AND PROTECTION OF NATURAL RESOURCES

Gabriela Alejandra Villanueva Cáceres*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Kahatt Abogados

Natural resources can be protected through the implementation of different mechanisms. One of these are the biodiversity banks. The latter constitute a private investment measure whose purpose is to help in the conservation of species, habitats, and natural ecosystems. It is worth mentioning that biodiversity banks have been implemented with success in different countries abroad.

The present text analyzes what biodiversity banks are and how they work. Then, it explores the way in which these banks have been regulated and incorporated in certain foreign countries. Finally, and most important, the article highlights the main benefits that the implementation of these banks could generate in the Peruvian case.

Keywords: Biodiversity banks; environmental credits; investment; protection of natural resources.

Los recursos naturales pueden protegerse por medio de la implementación de diferentes mecanismos. Uno de estos y sobre el cual versa el presente artículo, son los bancos de biodiversidad. Estos últimos constituyen una medida privada de inversión que tiene como finalidad ayudar en la conservación de especies, hábitats y ecosistemas naturales. Cabe mencionar que los bancos de biodiversidad se han comenzado a implementar con bastante éxito en diferentes países extranjeros.

En el presente texto, se analizará qué son los bancos de biodiversidad y cómo estos funcionan. Luego, se abordará la forma en cómo estos bancos han sido regulados e incorporados en ciertos países del extranjero. Finalmente, el artículo destaca los principales beneficios que podría generar la implementación de estos bancos en el caso peruano.

Palabras clave: Bancos de biodiversidad; créditos ambientales; inversión; protección de los recursos naturales.

* Abogada. Exmiembro del Círculo de Derecho Administrativo. Adjunta de docencia del curso Clínica Jurídica y Responsabilidad Social de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Asistente legal del estudio Kahatt Abogados (Lima, Perú). Contacto: gabriela.villanueva@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 30 de mayo de 2022, y aceptado por el mismo el 26 de septiembre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Existen diversos mecanismos para la protección de los recursos naturales. Los bancos de biodiversidad son una alternativa para la inversión en la conservación de especies, hábitats y ecosistemas naturales. Estos bancos son áreas o territorios destinados a la conservación, protección, restauración o compensación de especies de fauna y flora, suelos, recursos hídricos, ecosistemas, entre otros. En estos, un sujeto se obliga a mejorar las condiciones ambientales de un área determinada a cambio de una contraprestación.

Son una alternativa para la inversión privada en protección de los recursos naturales, puesto que permiten canalizar recursos económicos a la implementación de medidas de conservación natural. Es una opción para que los titulares de proyectos de inversión puedan satisfacer sus obligaciones de compensación ambiental con un sistema más simple, sencillo y flexible. Además, toda persona, natural o jurídica, interesada en apoyar y financiar actividades de conservación y protección ambiental, puede encontrar en estos bancos una herramienta para cumplir con sus políticas de responsabilidad ambiental corporativa, así como para contribuir voluntariamente a la preservación de los ecosistemas.

Los bancos de biodiversidad se vienen implementando en diversos países. Por ejemplo, se pueden encontrar en países como Australia, Colombia, España, Francia, los Estados Unidos de América, Reino Unido, entre otros. Todos estos con sus propias particularidades y características, para adecuarse a sus exigencias nacionales. En el Perú no se ha regulado este sistema. Sin embargo, existen iniciativas para evaluar la posibilidad de incorporar esta herramienta de inversión al país[1].

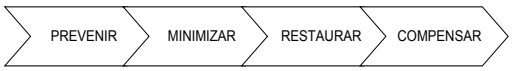
En vista de ello, se presentará qué son los bancos de biodiversidad, su funcionamiento, beneficios, así como su posible implementación e impacto en el ordenamiento jurídico nacional. Finalmente, se observará brevemente la experiencia internacional a fin de evaluar su impacto en la conservación y protección ambiental.

II. MECANISMO DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL

La compensación ambiental se puede definir como la elaboración y aplicación de un conjunto de medidas orientadas a contrabalancear los impactos ambientales negativos generados por proyectos de inversión. Busca amortizar los daños o impactos ocasionados en el ambiente por actividades económicas a través de la implementación de medidas de conservación, recuperación o restauración ambiental, las cuales se realizan en áreas distintas a las impactadas. Su principal finalidad es evitar la pérdida de la diversidad terrestre o marina.

Es importante mencionar que este mecanismo se enmarca dentro de la jerarquía de mitigación. Esta jerarquía representa la secuencia para la aplicación de las medidas de prevención, minimización, mitigación y compensación de los impactos ambientales generados por una actividad humana. La compensación es la última alternativa posible para gestionar los impactos. Así, se compensan aquellos daños que no se han podido prevenir, mitigar o restaurar en su totalidad, es decir, los impactos residuales.

Figura 1: Jerarquía de mitigación



Fuente: Elaboración propia

Los impactos residuales que generan las actividades de inversión deben ser compensados a fin de asegurar la viabilidad y procedencia del proyecto. Estas medidas van a permitir reducir la fragmentación y degradación de hábitats naturales, prevenir la disminución de especies, así como preservar los ecosistemas (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza [UICN], 2021). Para ello, la autoridad ambiental debe evaluar en cada caso en concreto la necesidad de requerir la implementación de medidas de compensación ambiental adecuadas.

Ahora bien, la aplicación de la compensación ambiental puede variar según cada país y sistema de protección ambiental adoptado[2]. Algunos países

[1] El Banco de Inversión de Desarrollo se encuentra analizando la posibilidad de establecer bancos de biodiversidad en el Perú.

[2] En el Perú, se aprobaron los Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), a través de la Resolución Ministerial 398-2014-MINAM. Estos lineamientos establecen que la compensación ambiental se rige por los principios de pérdida neta cero de biodiversidad y equivalencia económica. Así, la compensación ambiental se efectúa en un área con atribuciones ecológica similares al área impactada a fin de asegurar la sostenibilidad y viabilidad ecológica. En ese sentido, los lineamientos adoptan las características *in-kind* y *off-site*.

buscan priorizar, la protección del ecosistema o área impactada por el proyecto; mientras otros priorizan la conservación ambiental de los ecosistemas en general. Dependiendo del enfoque, las medidas de compensación podrán ser más estrictas o flexibles.

Según Villarroya, Persson y Puig, las medidas de compensación pueden clasificarse conforme a la equivalencia ecológica o ubicación del área (2014). Respecto a la equivalencia ecológica, los modelos de compensación pueden ser *in-kind* u *out-of-kind*. Por el primero, las medidas de compensación se aplican en un área con un ecosistema similar o equivalente al área impactada a fin de disminuir el desbalance ambiental. El segundo, flexibiliza la selección de áreas para priorizar la conservación de la naturaleza.

Respecto a la ubicación del área a seleccionar, las medidas de compensación pueden realizarse *in-site* u *off-site.* Por el primero, las medidas de compensación solo pueden aplicarse dentro del área impactada. Por el segundo, el área donde se efectuarán las medidas de compensación debe ser distinta al área afectada por la actividad.

Entre los principales métodos para la ejecución de la compensación ambiental se encuentran los métodos directos e indirectos de compensación (Bennett & Gallant, 2017). Por la medida directa, el titular del proyecto tiene la responsabilidad financiera y legal de elaborar e implementar las medidas de compensación ambiental. En cambio, entre las medidas indirectas, el titular de un proyecto puede optar por dos opciones para ejecutar las medidas de compensación: la compensación financiera y la adquisición de créditos mediante los bancos de biodiversidad.

- Compensación financiera: el titular de un proyecto se encuentra obligado a pagar un monto determinado a una entidad designada por el Estado a fin de compensar el valor de sus impactos residuales.

- Bancos de biodiversidad: son aquellos bancos que desarrollan créditos ambientales transables en el mercado a fin de que sean adquiridos por los titulares de proyectos con obligaciones de compensación ambiental.

III. BANCOS DE BIODIVERSIDAD

Los bancos de biodiversidad[3] son un mecanismo para fomentar la inversión en materia ambiental, así como otorgan alternativas para el cumplimiento de obligaciones ambientales, como las medidas de compensación (Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2021). Además, permiten la creación de un mercado ambiental, en el cual se puede negociar la ejecución de mejoras de calidad ambiental a cambio de una contraprestación.

Estos bancos se pueden definir como los "[m]ercados donde los créditos emitidos como resultado de acciones con beneficio en la biodiversidad pueden ser transados para compensar el débito generado por proyectos o actividades con impactos sobre la biodiversidad" (Price Waterhouse Coopers Chile, 2012, citado en Olivares, 2016). Estos bancos son áreas o territorios determinados, en los que se ejecutan actividades de conservación, recuperación y restauración ambiental con la finalidad de salvaguardar sus atributos naturales. Cada mejora de las condiciones ambientales genera un 'crédito' ambiental, que puede transferirse a un tercero interesado.

El objetivo de la implementación de este mercado de créditos ambientales es buscar un balance positivo entre las mejoras de la calidad ambiental, representadas por los créditos, y los impactos ambientales generados por los adquirientes. Así, la demanda de créditos está constituida por los titulares que requieren compensar sus impactos ambientales negativos provenientes de sus proyectos. Los ofertantes, en cambio, serían los propietarios de terrenos con ecosistemas ambientalmente relevantes; es decir, aquellos que cuentan con un banco de biodiversidad.

Este sistema contribuye a la conservación de especies de flora y fauna, hábitats naturales, así como los ecosistemas y servicios ecosistémicos de una determinada área geográfica, ya que designa una porción de tierra exclusivamente a la conservación y recuperación del ambiente, que ha podido verse impactada por diversas circunstancias. A la par, los propietarios de tierras se benefician por los créditos vendidos, puesto que se vuelve una fuente de ingreso adicional. Igualmente, los titulares de proyectos obtienen una alternativa más sencilla para cumplir con sus obligaciones legales de compensación ambiental.

Finalmente, los bancos de biodiversidad son una oportunidad en el sector financiero. Normalmente, este sistema funciona bajo el esquema de pagos por resultados (Programa de las Naciones

[3] Se utiliza el término de los bancos de biodiversidad de manera amplia y agrupa los bancos de mitigación, compensación, hábitat o conservación. A pesar de la diferente terminología, su funcionamiento y finalidad son similares.

Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2020). Las partes acuerdan que el pago se realizará ante la materialización de los resultados o hitos pactados en el contrato o acuerdo. Las inversiones anticipadas permiten generar resultados en conservación medibles y cuantificables (BID, 2021). En este aspecto, es necesario compatibilizar la necesidad del inversor de contar con un flujo de ingreso pronto que le permita implementar las medidas con los intereses del comprador de fraccionar los pagos al momento de diseñar este sistema.

En adición, los precios de los créditos pueden llegar a negociarse en grandes cantidades en el mercado nacional como internacional. Es importante mencionar que pueden desarrollarse de manera conjunta con otras actividades como ganadería, agricultura, entre otros (Zhang & Allen, 2020). De esta manera, los titulares de tierras u otros con derechos de explotación sobre los recursos naturales, pueden contar con una fuente adicional para la generación de ingresos monetarios.

A. Mercado de créditos ambientales

Los créditos ambientales son "el resultado mensurable definido por el valor ecológico de las acciones intencionales de preservación, restauración y uso sostenible que se implementan en un hábitat natural" (PNUD, 2020, p. 46). Estos se pueden traducir en resultados como la recuperación de una especie, la mejora de un hábitat natural, la preservación de humedales, entre otros (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2013). Son unidades que pueden adquirirse dentro de un mercado para compensar los impactos ambientales negativos generados por titulares de proyectos o por personas interesadas en la conservación ambiental.

Para implementar los mercados de créditos se requiere, como mínimo, de los siguientes actores:

a) Inversores: son aquellos quienes asumen la inversión financiera para establecer los bancos de biodiversidad y esperan recuperarla mediante la venta de créditos ambientales.

b) Demanda (compradores): son aquellos quienes tienen interés en adquirir los créditos ambientales. Por ejemplo, se encuentran los titulares de proyectos de inversión en general, organizaciones no gubernamentales, filántropos, entidades del Estado, entre otros.

c) Ofertantes (generadores de créditos): son aquellos quienes acuerdan con los implementadores (inversores) para poder realizar las actividades ambientales en su propiedad por un tiempo determinado a cambio de una contraprestación. Estos pueden ser los distintos niveles de gobierno, comunidades nativas o pueblos indígenas, los inversores y privados con derechos sobre tierras o territorios.

d) Entidad reguladora: es aquella quien aprueba las solicitudes de constitución de los bancos de biodiversidad, evalúa la equivalencia entre los impactos ambientales y la cantidad de créditos a requerir, así como realiza el seguimiento del cumplimiento de los objetivos de la implementación del banco de biodiversidad.

De igual manera, según Olivares (2016) se requiere celebrar, como mínimo, tres actos jurídicos entre los actores anteriormente mencionados a fin de ejecutar este sistema:

i) La inscripción o celebración del contrato con la autoridad competente, por el cual se destina un predio como banco de biodiversidad, en el cual se ejecutarán las medidas de mejora de las condiciones ambientales.

ii) El acuerdo por el cual se caracterizan los créditos ambientales generados en el predio a fin de determinar su valor o equivalencia económica.

iii) El contrato por el cual se celebra la compraventa de los créditos ambientales entre las partes interesadas.

Así, las personas, ya sean naturales o jurídicas, pueden constituir sus tierras o territorios en un banco de biodiversidad, obligándose a implementar mejoras ambientales en estos, para generar créditos ambientales. Estas mejoras ambientales se caracterizan en términos económicos. En estos mismos términos económicos se valoran los impactos ambientales que puede generar una actividad o proyecto de inversión. De esta manera, se puede determinar la cantidad de créditos que requiere cada interesado. Finalmente, los créditos ambientales son vendidos a los interesados por medio de un contrato, que normalmente es registrado por la entidad reguladora a fin de realizar el seguimiento correspondiente.

Ahora bien, la posibilidad de optar por los créditos ambientales, normalmente, se enmarca dentro del proceso de evaluación de los instrumentos de gestión ambiental, ya sean preventivos o correctivos. Así, la autoridad ambiental competente eva-

lúa la pertinencia de optar por esta alternativa[4]. En caso sea favorable, la misma entidad se encarga de aprobar la propuesta de valorización de los impactos residuales en términos de créditos ambientales que debe obtener el titular del proyecto. El administrado debe presentar a la autoridad ambiental el comprobante de la adquisición de los créditos ambientales y su método de financiación a fin de proceder con la evaluación de su instrumento de gestión ambiental.

Por último, el valor comercial del crédito puede seguir las reglas del libre mercado o puede ser regulado por el Estado (Dickie *et al.*, 2010). Optar por las reglas del libre mercado otorga mayor flexibilidad a los compradores y vendedores, puesto que pueden establecer el precio de los créditos según sus intereses[5]. En cambio, por medio de precios regulados, el Estado busca asegurar una negociación justa entre los adquirientes y vendedores en aras de asegurar la conservación del ambiente. La adopción de alguna de estas opciones responderá al diseño y objetivos de la implementación del banco de biodiversidad.

B. Principios para el funcionamiento de los bancos de biodiversidad

Según el Business and Biodiversity Offsets Programme (BBOP, 2012), entre los principales principios que caracterizan a los bancos de biodiversidad, se pueden rescatar los siguientes:

a) **Adicionalidad**[6]: se busca alcanzar beneficios cuantificables adicionales en el área a intervenir que superen los objetivos de las medidas de mejora ambiental o la pérdida neta cero de biodiversidad.

b) **Conocimiento científico y tradicional**: su implementación y diseño debe tener como base una justificación técnica clara, incorporando todo el conocimiento científico disponible. Asimismo, debe considerar los conocimientos tradicionales de las comunidades o pueblos locales para ejecutar las medidas ambientales adecuadas, así como identificar mejor las áreas donde implementar estos bancos y, así, poder obtener mejores beneficios ambientales.

c) **Contexto del paisaje**: deben diseñarse e implementarse considerando el contexto del paisaje a fin de identificar las áreas a ser trabajadas. Estas áreas deben estar orientadas a contribuir a las políticas y objetivos de conservación de la biodiversidad a nivel regional o nacional.

d) **Equidad**: debe diseñarse e implementarse de manera justa y equilibrada, considerando los actores, los derechos y las responsabilidades en juego. Asimismo, debe haber un especial reconocimiento y respeto a los derechos de las comunidades nativas y pueblos indígenas.

e) **Jerarquía de mitigación**: se compensan los impactos residuales (pérdidas de biodiversidad), que no puedan ser evitados, minimizados o restaurados, siendo la compensación la última opción disponible para asegurar la viabilidad ambiental del proyecto.

f) **No es absoluto**: no todos los impactos residuales pueden compensarse por la imposibilidad de reemplazar especies, hábitats o ecosistemas determinados. Estos impactos remanentes deben evaluarse a fin de optar por las medidas adecuadas que permitan reducir los riesgos ambientales.

g) **Participación**: se debe asegurar la participación de los actores relevantes en la toma de decisiones sobre la implementación de los mecanismos de compensación ambiental. Estos pueden ser las comunidades afectadas por la implementación de esta herramienta, la población civil, entre otros.

h) **Pérdida neta cero**: balance cuantificable entre el impacto ambiental generado por un proyecto de biodiversidad y las medidas de compensación. Se espera la no pérdida neta de biodiversidad y, en lo posible, una mejora adicional en las condiciones ambientales.

i) **Resultados a largo plazo**: el diseño e implementación de la herramienta debe incorporar el monitoreo y evaluación de la medida de compensación a fin de asegurar que los

[4] Ello se debe a que algunos impactos no pueden ser compensados por este sistema de créditos ambientales, ya que algunos ecosistemas son irreparables. De no ser posible la compensación ambiental por la magnitud de los impactos, la autoridad requerirá la modificación del proyecto.

[5] Cabe mencionar que este valor pactado debe cubrir, como mínimo, la valorización realizada por la entidad ambiental.

[6] Un ejemplo de adicionalidad puede ser implementar medidas de restauración en el área a compensar a fin de devolverlo a su estado previo más allá de cumplir con las medidas de compensación de los impactos ambientales.

resultados duren, como mínimo, tanto como los impactos del proyecto de inversión. Preferentemente, se espera que los resultados sean perpetuos.

j) **Transparencia:** la información sobre el diseño y la implementación del banco de biodiversidad deben realizarse de manera oportuna y transparente. Debe asegurar una información clara, actualizada y de fácil acceso para el público en general.

C. Beneficios de los bancos de biodiversidad

La implementación de estos bancos presenta una serie de beneficios y ventajas para los inversores, adquirientes, el Estado y la sociedad misma. Entre estos se pueden mencionar los siguientes (ver Figura 2).

D. Críticas y riesgo a la implementación de los bancos de biodiversidad

La principal crítica está relacionada con los impactos negativos que pueden ocasionar estos bancos, puesto que se considera que este mecanismo puede llegar a constituirse como una 'licencia para dañar el ambiente'[7]. Se cuestiona que este sistema incentive a los titulares de proyectos de inversión a adquirir una gran cantidad de créditos ambientales de antemano, a fin de no tener restricciones ni límites para impactar negativamente el ambiente con sus operaciones (Marín, 2021). Así, se critica que la adquisición de créditos se transformaría en la habilitación legal para generar más y mayores impactos ambientales provenientes de su actividad.

Otra crítica que se efectúa a estos bancos está relacionada con la equivalencia ecológica. Se cues-

Figura 2: Beneficios de los bancos de biodiversidad a diferentes agentes

Estado	Inversores/titulares de derechos sobre la tierra	Titulares de proyectos de inversión
Puede direccionar la aplicación de las medidas de compensación hacia las prioridades nacionales establecidas en sus políticas públicas, así como asegurar la representatividad de los ecosistemas clave.	Los propietarios de tierras privadas pueden aumentar el valor de su terreno al constituirlas como bancos de biodiversidad.	Pueden satisfacer sus obligaciones de compensación ambiental de manera rápida y eficaz al adquirir los créditos ambientales.
Cuenta con una nueva fuente de financiamiento privada dirigida a la implementación de medidas de conservación, restauración y recuperación ambiental.	Las comunidades nativas y pueblos indígenas pueden participar en este mecanismo inscribiendo sus territorios como bancos de biodiversidad a fin de proteger y conservar sus tierras a cambio de una retribución económica.	Reducen los costos para la aplicación y seguimiento de las medidas de compensación ambiental.
Disminuye la pérdida de biodiversidad generada por el crecimiento económico.	Los privados que cuenten con tierras con riqueza biológica pueden encontrar un ingreso económico extra ejecutando medidas de conservación y protección ambiental de sus tierras.	Cuentan con mayores opciones para compensar sus impactos, otorgando flexibilidad en la elaboración de su instrumento de gestión ambiental.
La sociedad en general se beneficia de las actividades de conservación y protección ambiental, ya que se contribuye a la mejora de la regulación del clima y servicios de polinización, así como a la preservación de especies endémicas y en peligro de extinción.	Pueden desarrollarse conjuntamente con actividades compatibles como la agricultura, ganadería, actividades forestales, entre otros.	Transfieren al inversor los riesgos por la implementación de las medidas de compensación, puesto que ahora su obligación solo consiste en adquirir los créditos acordados.
Consolida la gestión sostenible de la protección de los ecosistemas mediante mecanismos financieros sostenibles.	Cuentan con un mercado amplio en los sectores de minería, hidrocarburos, electricidad, agricultura, construcción, entre otros, que potencialmente pueden requerir medidas de compensación en la evaluación de sus instrumentos de gestión ambiental.	Se reduce la posibilidad de que su instrumento de gestión ambiental sea observado por no contar con un plan de compensación o por falta de áreas a compensar cerca al área impactada.

Fuente: Elaboración propia

[7] De acuerdo a Kosmos, puede observarse el caso de la destrucción de los hábitats de chimpancés y gorilas en República de Guinea y Sierra Leona (citado en Martin, 2017). La reducción de estas especies y sus hábitats en su ecosistema natural, se habrían ocasionado por la creación de hábitats alternativos en otras regiones.

tiona que la adquisición de los créditos ambientales no es un verdadero mecanismo de compensación ambiental porque no habría una conexión entre el área impactada y el área a compensar. Debido a la flexibilidad para adquirir créditos en otras áreas con características distintas a las áreas impactadas por proyectos de inversión, no podría asegurarse la funcionalidad o subsistencia de las áreas impactadas, perdiéndose sus atributos naturales.

Para evitar estos problemas, el diseño de mecanismo de los bancos de biodiversidad debe considerar estos riesgos a fin de establecer las condiciones adecuadas para la adquisición de los créditos. La autoridad ambiental puede evaluar y restringir esta alternativa si evidencia una alteración grave en los ecosistemas. Según el BID "la equivalencia entre los ecosistemas –aquellos dañados y aquellos restaurados– es una variable crítica para la selección del sitio" (2020, p. 40). Por ello, pueden establecerse condiciones específicas, como de equivalencia ecológica o no pérdida neta, para asegurar la funcionalidad de los ecosistemas, y evitar la pérdida de la biodiversidad.

Por otro lado, entre los riesgos de la implementación de este mecanismo se encuentra la necesidad de efectuar una inversión fuerte para operar un banco de biodiversidad (Marín, 2021). Se destaca la necesidad de elaborar estudios para corroborar la viabilidad ambiental del área, así como la elaboración del plan con las medidas a implementar, entre otros aspectos. No solo ello, si el interesado no cuenta con un derecho de propiedad o área donde ejecutar las medidas ambientales, este deberá buscar la habilitación legal para realizar actividades en áreas del estado o de terceros. Por ello, deben existir herramientas adecuadas, como concesiones, compraventa de tierras, entre otros, que permitan contar con tierras disponibles para la implementación de estos bancos.

Siguiendo, existe riesgo que los propietarios de tierras con gran diversidad biológica no participen de este mecanismo. Pueden considerar como un problema futuro la idea de restringir su propiedad solamente a las actividades de conservación ambiental (Dickie *et al.*, 2010). Al constituir su propiedad como un banco de biodiversidad, no pueden efectuar mayores actividades que no estén orientadas a la conservación, restauración o compensación del ecosistema[8]. En ese sentido, encontrar un terreno adecuado puede llegar a ser un reto.

Por último, la falta de información y transparencia sobre la utilización y funcionamiento del sistema puede restringir a los interesados a participar en la creación de los bancos (Plant & Ruoso, 2021). El éxito de estos bancos se basa en su transparencia y trazabilidad. Por ello, es necesario que se informe a los titulares de derechos sobre las tierras los aspectos operativos y financieros de este sistema, así como los beneficios ambientales y económicos que podrían obtener si deciden apostar por este mecanismo.

IV. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO NACIONAL

A nivel nacional, la compensación ambiental se encuentra regulada en la Ley 28611, Ley General del Ambiente del año 2005. Así, conforme el artículo VI del Título Preliminar, se menciona lo siguiente:

> 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 énfasis es nuestro].

Este artículo enmarca la compensación ambiental dentro del principio de prevención y de la jerarquía de mitigación. Así, en caso existan impactos residuales luego de haber aplicado medidas de prevención, mitigación, recuperación y restauración, será necesario implementar medidas de compensación para gestionar los impactos ambientales.

Por otro lado, la regulación del Sistema de Evaluación e Impacto Ambiental precisa un poco más sus alcances. Según el artículo 4 del anexo I del Reglamento de la Ley 27446, Ley del Sistema de Evaluación e Impacto Ambiental, la compensación ambiental se define como "[las] medidas y acciones generadoras de beneficios ambientales proporcionales a los daños o perjuicios ambientales causados por el desarrollo de los proyectos; siempre que no se puedan adoptar medidas de prevención, corrección, mitigación, recuperación y restauración, eficaces" (2009). En ese sentido, por compensación ambiental se entienden las medidas de mejora ambiental orientadas a subsanar los impactos ambientales negativos generados por proyectos de inversiones.

Complementando esta definición, el Ministerio del Ambiente ha publicado lineamientos y guías para instruir la formulación de los planes de compensación para los titulares de proyectos de inversión

[8] Por ejemplo, la regulación de Colombia establece que los bancos tengan un periodo de treinta años.

que requieran implementar estas medidas[9]. No obstante, estos instrumentos normativos solo contemplan la posibilidad de una compensación directa realizada por el titular del proyecto. Debido a que la legislación actual únicamente establece la posibilidad de elaborar planes de compensación, se requiere modificar o ampliar el alcance de la compensación ambiental, para que los bancos de biodiversidad sean una opción viable para cumplir con las obligaciones ambientales de los titulares de proyectos de inversión.

No hay restricciones legales para ampliar su ámbito de aplicación, siempre que se cumpla con la definición legal establecida en el Reglamento de la Ley 27446. Esta regulación permite que puedan implementarse estos bancos sin necesidad de hacer grandes modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico. Así, el marco legal permite implementar nuevos instrumentos para canalizar recursos económicos y cerrar las brechas de financiamiento relacionadas con el cuidado de la biodiversidad (BID, 2021).

Es importante notar que no hay una regulación específica a nivel sectorial para los instrumentos de gestión ambiental correctivos. Conforme al artículo 26 de la Ley General del Ambiente, se menciona lo siguiente:

> Artículo 26.- De los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental
> 26.1 La autoridad ambiental competente puede establecer y aprobar Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, para facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas, a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y **eventual compensación** que corresponda. Los informes sustentatorios de la definición de plazos y medidas de adecuación, los informes de seguimiento y avances en el cumplimiento del PAMA, tienen carácter público y deben estar a disposición de cualquier persona interesada (Ley 28611, 2005) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, los instrumentos correctivos también pueden requerir medidas de compensación ambiental. Considerando que los lineamientos del Ministerio del Ambiente están dirigidos, principalmente, a los instrumentos preventivos, los bancos de biodiversidad pueden ser una alternativa para compensar los impactos ambientales generados por titulares con instrumentos correctivos o de adecuación.

Por último, se rescata la Ley 30215 (2014), Ley de Mecanismo de Retribución por Servicios Ecosistémicos (en adelante, MERESE), el cual permite la celebración de acuerdos voluntarios para desarrollar acciones de conservación, recuperación y uso sostenible de los ecosistemas para asegurar su permanencia. Los MERESE pueden ser un apoyo para canalizar recursos para la conservación del ecosistema, siendo un instrumento complementario y compatible con los bancos de biodiversidad (BID, 2021).

A. Retos para su implementación

Como se mencionó anteriormente, la regulación sobre compensación ambiental es escasa. Se requiere profundizar en la regulación de la jerarquía de la mitigación (Bovarnick *et al*., 2010), así como precisar la regulación de la compensación ambiental, a fin de contar con un marco regulatorio favorable y uniforme para la implementación de estos bancos.

Conforme al artículo 23 de la Ley General del Ambiente, los instrumentos de gestión ambiental correctivos pueden requerir adoptar medidas de compensación ambiental (Ley 28611, 2005). Se requiere precisar el papel de la compensación ambiental ante proyectos que se encuentran en curso y no cuentan con una línea base biológica. De esta manera, se pueden definir exigencias diferenciadas por las características de cada instrumento de gestión ambiental, así como sus impactos generados.

Para la implementación de este nuevo sistema de bancos de biodiversidad, se requiere la emisión de una norma con rango de ley para su creación. Además, se requiere complementar dicha norma con lineamientos y guías correspondientes que orienten su implementación para los inversores interesados, sean personas naturales, jurídicas, así como comunidades y pueblos nativos. Entre estas orientaciones, se requiere precisar el método para valorizar los impactos ambientales en términos económicos, así como su equivalencia en términos de créditos ambientales.

[9] Estos son la Resolución Ministerial 398-2014-MINAM, que aprobó los Lineamientos para la Compensación Ambiental en el Marco del Sistema Nacional de Evaluación e Impacto Ambiental (SEIA), y la Resolución Ministerial 066-2016-MINAM, que aprobó la Guía General para el Plan de Compensación Ambiental.

Además de lo mencionado, se considera pertinente la realización de estudios para determinar las zonas geográficas en las que exista un mayor potencial para implementar estos bancos, así como evaluar su relevancia ecológica. De igual manera, se requiere que el Ministerio del Ambiente continúe elaborando las guías para identificar los sitios y características de los ecosistemas, para evaluar su estado de conservación (BID, 2021).

Siguiendo, es necesario determinar y reconocer los derechos de propiedad sobre las tierras; en especial, en la Amazonía, para evitar conflictos con los territorios ancestrales de los pueblos o comunidades nativas. De esta manera, se puede conocer quienes tienen derecho para constituir estos bancos en determinadas áreas. En caso sean terrenos de administración estatal, se requiere promover mecanismos para que el Estado implemente estos bancos u otorgue concesiones para que terceros puedan administrarlos.

A nivel institucional, debe determinarse la entidad encargada de administrar la constitución de estos bancos, pudiendo ser el Ministerio de Ambiente, así como considerar al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como ente fiscalizador del cumplimiento de los compromisos asumidos a través de este sistema. Considerando que contamos con el Fondo Nacional para Áreas Naturales Protegidas por el Estado (FONANPE), esta entidad puede encargarse de administrar y fomentar las inversiones en sistema de bancos de biodiversidad a nivel nacional. Asimismo, puede considerarse que los gobiernos regionales como administradores a nivel regional para descentralizar la supervisión de este mecanismo.

Los bancos de biodiversidad funcionarían de una manera similar al modelo colombiano. El inversor solicitaría a la autoridad ambiental la constitución de un banco de biodiversidad presentando un estudio que asegure las condiciones técnicas y ambientales adecuadas del área seleccionada, el plan con las medidas a desarrollar, así como el título de propiedad u otra habilitación legal que permita acceder al predio. Además de ello, el inversor debe contar con los recursos financieros adecuados para ejecutar las medidas, puesto que los pagos por los créditos se generarían al cumplir con los objetivos o hitos de conservación. La autoridad ambiental evaluaría la solicitada y registraría dicho hábitat en un registro público. Ante ello, los compradores pueden adquirir créditos ambientales, los cuales equivaldrían a una hectárea de un ecosistema restaurado o conservado, según las necesidades de su proyecto.

Es importante que la autoridad ambiental especifique el número máximo de créditos que puede generar cada banco, según las hectáreas y ecosistemas presentes en el banco propuesto. De esta manera, se tiene el registro de los créditos disponibles que pueden negociarse, a fin de evitar compras dobles por una misma mejora ambiental. Igualmente, la entidad de fiscalización ambiental debe asegurar que el crédito adquirido cumpla con los objetivos de conservación ambientales pactados al momento de constituir el banco de biodiversidad.

Por último, la creación de este tipo de mercados requiere de incentivos económicos, financieros y legales (Alonso *et al*., 2020). Respecto a los legales, se debe asegurar el uso de los predios para la conservación, así como establecer su procedimiento y regular los métodos adecuados para la emisión de créditos ambientales de una determinada calidad y equivalencia. A nivel económico debe haber disponibilidad de capital inicial para aminorar el coste de oportunidad de la destinación de un predio a este sistema. Finalmente, se requiere de instrumentos financieros orientados a garantizar y mantener capitales a largo plazo: garantías, seguros, fondos fiduciarios, entre otros.

V. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Los bancos de biodiversidad son utilizados por diversos países a nivel internacional. Se regulan con la finalidad de otorgar alternativas para que los titulares puedan cumplir con sus obligaciones de compensación ambiental. En paralelo, son una fuente de ingresos para los titulares de tierras, ya que constituye un incentivo para la ejecución de medidas de mejora ambiental en su propiedad a cambio de la transacción de créditos ambientales.

A. Australia

En Australia, la compensación ambiental se enmarca dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental. En caso se observe la existencia de impactos ambientales residuales en la evaluación del estudio ambiental, la autoridad ambiental puede solicitar la implementación de medidas de compensación. Según la Ley 1999 para la Protección del Medio Ambiente y la Conservación de la Biodiversidad (1999), el titular de la actividad tiene tres alternativas para compensar estos impactos[10].

[10] Debido a que es un Estado federal, la regulación de la compensación ambiental puede variar entre cada Estado. Sin embargo, las tres grandes alternativas son los bancos de biodiversidad, la ejecución directa de las medidas de compensación y los pagos dinerarios por el valor de las medidas de compensación ambiental dirigidas a la entidad competente.

Una de estas alternativas son los mercados de créditos ambientales. Según el artículo 9 de la mencionada ley, el mercado de la compensación ambiental es un sistema por el cual se puede intercambiar créditos ambientales específicos a cambio de una contraprestación dineraria (1999). Los créditos adquiridos son utilizados para compensar sus impactos ambientales y cumplir con sus obligaciones ambientales.

Por medio de los bancos de biodiversidad, los inversores se encargan de desarrollar medidas de conservación o restauración ambiental. Cada mejora conlleva a la creación de un crédito ambiental, el cual es ingresado al banco de biodiversidad. En estos, los titulares de proyectos pueden adquirir los créditos que requieren o necesitan para cumplir con sus obligaciones.

Se caracterizan por seguir los principios de jerarquía de mitigación, pérdida neta cero y la compensación medida y transparente. Las principales medidas de los bancos son la restauración, manejo de paisajes y creación de hábitats con la finalidad de proteger los recursos naturales.

Por ejemplo, en el Estado de New South Wells existen los sistemas de biobancos o bancos de biodiversidad. Por medio de este sistema, los pobladores locales o inversores que cuentan con derechos sobre la tierra se encargan de generar créditos ambientales, como incrementar una especie o mejorar un hábitat natural. Estas personas acuerdan con la autoridad o banco encargado para incorporar sus mejoras ambientales a fin de que estén disponibles en el mercado. Una vez hecho el acuerdo, el inversor puede vender sus créditos al banco o directamente al titular de un proyecto (New South Gales Department of Planning and Environment, 2022).

B. Estados Unidos de América

Los Estados Unidos de América fueron el primer país que introdujo el sistema de bancos de biodiversidad con los "Bancos de Mitigación de Humedales" (OCDE, 2013). Este sistema surge con el objetivo de cubrir las deficiencias de la compensación ambiental regulada por la Ley del Agua (Clean Water Act) y la Ley de Especies Amenazadas (Endangered Species Act). Este sistema se caracteriza por los principios de equivalencia ecológica, jerarquía de mitigación y pérdida neta cero.

Este mecanismo se ideó para que los propietarios de tierras, así como inversores, puedan ejecutar medidas de conservación o recuperación ambiental a cambio de una contraprestación (Estévez *et al*., 2013). Estas medidas constituyen créditos que pueden ser comercializados con terceros a fin de cumplir con sus obligaciones de compensación ambiental o contribuir a la protección de los valores ambientales.

Para acceder a este sistema, el interesado debe contar con derechos de propiedad sobre un terreno con relevancia ecológica. Este celebra un contrato con la entidad encargada, para que el predio tenga fines de conservación. Luego de ello, el interesado debe elaborar un plan de manejo sobre su propiedad, así como contar con los medios económicos para mantener el banco de biodiversidad. Finalmente, la entidad precisa la cantidad de créditos que puede desarrollar el interesado considerando las características del terreno.

Debido a que el sistema de créditos ambiental se guía por las leyes del mercado, los Estados han desarrollado guías y lineamientos a fin de orientar a las partes en el método de valorización de los créditos ambientales. Además, este sistema se caracteriza porque tiene carácter de perpetuidad. Se busca que los contratos de constitución y transición de créditos aseguren y protejan la conservación del ecosistema.

Actualmente, en los Estados Unidos de América existen más de 1 500 bancos de mitigación de humedales, más de cien bancos de biodiversidad y se han realizado más de cuarenta mil transacciones contables de créditos ambientales (Regulatory In-lieu Fee and Bank Information Tracking System, 2022). Asimismo, los créditos ambientales son mayormente adquiridos por titulares de proyectos de inversión de actividades, como construcción, transporte, industria, entre otros (Poudel *et al*., 2019).

C. Colombia

Colombia es el primer país a nivel latinoamericano en contar con bancos de biodiversidad gracias a la iniciativa financiada por el Banco de Inversión y Desarrollo (BID) y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN). Los bancos de biodiversidad en Colombia son voluntarios y son reconocidos como un mecanismo para dar cumplimiento a las obligaciones de compensación ambiental. Los principales sujetos sobre quienes recae las medidas de compensación son los titulares de licencias ambientales, titulares de actividades de aprovechamiento único de bosque natural y personas que sustraen reservas forestales.

Su regulación se dio por medio del Decreto 2099 de 2016 y se reglamentó mediante la Resolución 1051 de 2017, que los definió como "un área en la que se podrán realizar actividades de preser-

vación, restauración, rehabilitación, recuperación y/o uso sostenible para la conservación de la biodiversidad". Se rige principalmente por los principios de jerarquía de mitigación, pérdida neta cero y equivalencia ecosistémica con la finalidad de conservar, restaurar o asegurar el uso sostenible de los componentes de los ecosistemas naturales. Para la constitución de estos bancos, Colombia ha establecido una serie de garantías técnicas, financieras y jurídicas a fin de asegurar la sostenibilidad y seguridad del inversor.

Actualmente, Colombia cuenta con cuatro bancos de biodiversidad (Terrasos, 2022a). El primero se constituyó en Meta con la finalidad de proteger los bosques naturales y sábanas de la Orinoquía en un área de 600 hectáreas. Este ecosistema es importante porque es el hábitat de especies en peligro de extinción como el tapir de montaña y el jaguar. El segundo se implementó en Antioquía con la finalidad de proteger el Bosque Seco Tropical –Cañón del Río Cauca–. Este bosque es de gran relevancia ya que cuenta con una importante disponibilidad e influencia sobre los recursos hídricos, además de que es el hábitat de más de 100 especies, como el guayacán polvillo y cucarachero paisa que se encuentran en peligro de extinción.

Luego, se creó el banco de biodiversidad del Bosque Seco Tropical del Cesar. Este bosque es un área prioritaria por su alta diversidad en aves y grandes felinos. Finalmente, se decidió constituir un banco con la finalidad de proteger el corredor ecológico del Bosque de Niebla. Este corredor protege más de trescientas distintas especies de flora y fauna en más de trescientas hectáreas; en especial, el loro orejiamarillo, el oso de anteojos y la palma de cera, que se encuentran en peligro de extinción.

VI. CONCLUSIONES

Los bancos de biodiversidad son un instrumento para financiar acciones de conservación, mitigación, protección, y compensación de los ecosistemas y servicios ecosistémicos a partir de la generación de créditos ambientales. Los créditos ambientales son el resultado de las acciones de preservación, restauración y uso sostenible que se implementan en un ecosistema que pueden ser comercializados para satisfacer obligaciones de conservación y compensación ambiental.

Asimismo, los bancos de biodiversidad constituyen una alternativa para ejecutar y cumplir con las obligaciones de compensación ambiental.

Los créditos ambientales pueden ser adquiridos por titulares de proyectos con obligaciones ambientales, organizaciones no gubernamentales, entidades del Estado, filántropos, así como cualquier persona interesada en la protección de los ecosistemas y sus servicios ecosistémicos.

Sin embargo, se critica que los bancos de biodiversidad pueden incentivar a los titulares de actividades de inversión a dañar el ambiente legalmente, además de cuestionar la falta de equivalencia entre los impactos ambientales y las medidas de restauración o compensación a implementar. En adición, existe el riesgo de no contar con tierras suficientes para el desarrollo de estos bancos, así como no contar con el financiamiento necesario.

Por su parte, el marco legal ambiental no establece restricciones para la implementación de los bancos de biodiversidad como un mecanismo para la conservación, protección, restauración y compensación de los impactos ambientales ocasionados por los proyectos de inversión.

Entre sus principales retos se encuentra la identificación de zonas donde puedan implementarse los bancos, la designación de las entidades competentes para su gestión y supervisión, así como promover su financiamiento. Los bancos de biodiversidad se han implementado exitosamente en diversos países, como en los Estados Unidos de América, Australia y Colombia.

VII. RECOMENDACIONES

- La implementación de los bancos de biodiversidad debe respetar necesariamente la jerarquía de mitigación a fin de asegurar que la adquisición de créditos ambientales sea la última alternativa posible para asegurar la viabilidad ambiental de los proyectos de inversión. En caso el proyecto de inversión genere impactos ambientales negativos que no puedan ser compensados en términos ambientales, se debe reformular el proyecto.

- La implementación de los bancos debe responder a las prioridades regionales de conservación ambiental, a fin de priorizar la restauración, reparación y rehabilitación de ecosistemas vulnerables que se encuentren en proceso de pérdida de sus atributos y condiciones naturales, o cuenten con condiciones naturales irremplazables.

- La regulación de los bancos de biodiversidad debe contar con una reglamentación clara y determinada que establezca las condiciones para acceder a los créditos ambientales en el marco de los proyectos de inversión. Asimismo, debe precisarse los supuestos en los que no procede este mecanismo de compensa-

ción ambiental a fin de asegurar que esta herramienta no sea utilizada para permitir proyectos inviables ambientalmente.

– Es importante promover campañas de información sobre el mecanismo de los bancos de biodiversidad a nivel nacional, sus beneficios y posibles riesgos, considerando el enfoque de interculturalidad a fin de orientar adecuadamente a todos los interesados en el procedimiento de constitución de los bancos de biodiversidad en sus predios o territorios.

REFERENCIAS

Alonso, V., Ayala, M., & Chamas V. (2020). *Compensaciones por pérdida de biodiversidad y su aplicación en la minería: los casos de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia y el Perú* (167). https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45067/4/S1901151_es.pdf

Alvarez García, D. & Gonzáles Alcalde, I. (2012). *Bancos de hábitat: una solución al futuro*. http://www.mercadosdemedioambiente.com/docs/100_doc_96892140.pdf

Banco Interamericano de Desarrollo [BID] (2020). *Inversión de impacto para la conservación de la biodiversidad: casos de América Latina y el Caribe.* https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Inversion-de-impacto-para-la-conservacion-de-la-biodiversidad-Casos-de-America-Latina-y-el-Caribe.pdf

(2021). *Documento de Cooperación Técnica. Análisis para el establecimiento de Bancos de Hábitat en el Perú.* https://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-586486626-21

Bennet, G., & Gallant, M. (2017). *State of Biodiversity Mitigation 2017. Markets and Compensation for Global Infrastructure Development*. https://www.forest-trends.org/wp-content/uploads/2018/01/doc_5707.pdf

Bovarnick A, Knight, C., & Stephenson J. (2010). *Habitat Banking in Latin America and Caribbean: A Feasibility Assessment*. http://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/Habitat%20Banking%20in%20Latin%20America%20and%20the%20Caribbean-Report.pdf

Business and Biodiversity Offsets Programme [BBOP] (2012). *Estándar sobre compensaciones por pérdida de biodiversidad*. https://www.forest-trends.org/wp-content/uploads/imported/bbop_standard_spanish_1-february-2013-pdf.pdf

Carrera, M. J. (14 de junio de 2017). El auge de las compensaciones para la biodiversidad: mecanismos innovadores para mantener ecosistemas saludables. https://blogs.iadb.org/sostenibilidad/es/compensaciones-biodiversidad/

Conway, M., Rayment, M., White, A., & Berman, M. (2013). *Exploring Potential Demand for and Supply of Habitat Banking in the EU and Appropriate Design Elements for a Habitat Banking Scheme*. https://ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/Habitat_banking_Report.pdf

Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities (2012). *Environment Protection and Biodiversity Act 1999. Environmental Offsets Policy*. https://www.awe.gov.au/sites/default/files/documents/offsets-policy_2.pdf

Dickie, I., Ozdemiroglu, E., Cranford, M., Tucker, G., Ohlenburg, H., Wende, W., Chapman, D., Bishop, J., Brans, E., Reinders, R., Ekstrom, J., Ten Kate, K., & Treweek, J. (2010). *The use of market-based instruments for biodiversity protection - The case of habitat banking - Summary Report.* https://ec.europa.eu/environment/enveco/pdf/eftec_habitat_exec_sum.pdf

Estévez Fernández, D., González Ladrón de Guevara, P., & Lorenta Coloma, A. (2013). *Bancos de Hábitat*. https://static.eoi.es/savia/documents/EOI_BancosDeHabitat_2013.pdf

Marín, O. (2021). Los bancos de conservación en España y su estado actual. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (111).

Martin, A. (2017). *Just Conservation. Biodiversity, Wellbeing and Sustainability*. Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315765341

New South Wales Department of Planning and Environment (24 de enero de 2022). *BioBanking*. https://www.environment.nsw.gov.au/topics/animals-and-plants/biodiversity-offsets-scheme/about-the-biodiversity-offsets-scheme/biobanking

Olivares Cortés, C. M. (2016). *Los Bancos de compensación de biodiversidad como medida de compensación de biodiversidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* (tesis para optar por el grado de Magíster). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2013). *Scaling-up Finance Mechanism for Biodiversity*. https://www.oecd-ilibrary.org/environment/scaling-up-finance-mechanisms-for-biodiversity_9789264193833-en

Plant, R., & Ruoso, L. (4 de agosto de 2021). We asked landholders how they feel about biodiversity offsets - and the NSW government has a lot to learn. *The Conversation*. https://theconversation.com/we-asked-landholders-how-they-feel-about-biodiversity-offsets-and-the-nsw-government-has-a-lot-to-learn-164934

Poudel, J., Zhang, D., & Simon, B. (2019). Habitat conservation banking trends in the United States. *Biodiversity and Conservation*, (28), 1629-1646. https://doi.org/10.1007/s10531-019-01747-2

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] (2020). *Sistemas de créditos de biodiversidad*. https://www.biofin.org/sites/default/files/content/knowledge_products/Sistemas%20de%20cre%CC%81ditos%20de%20biodiversidad%2025092020.pdf

Regulatory In-lieu Fee and Bank Information Tracking System [RIBITS] (2022). *RIBITS*. Banks & sites. https://ribits.ops.usace.army.mil/ords/f?p=107:158:13194397854773::NO

Terrasos (2022a). *Banco de Hábitat*. https://www.terrasos.co/sobre-bancos-de-h%C3%A1bitat

(2022b). *Banco de Hábitat Bosque de Niebla - El Globo*. https://www.terrasos.co/banco-de-habitat-el-globo

(2022c). *Banco de Hábitat Bosque Seco Tropical - Cañón del Río Cauca*. https://www.terrasos.co/copia-de-banco-liborina

(2022d). *Banco de Hábitat del Meta*. https://www.terrasos.co/banco-de-habitat-meta

(2022e). *Banco de Hábitat Bosque Seco Tropical del Cesar*. https://www.terrasos.co/banco-de-h%C3%A1bitat-cesar

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza [UICN] (2021). *Biodiversity offsets*. https://www.iucn.org/resources/issues-briefs/biodiversity-offsets

Villarroya, A., Persson, J., & Puig, J. (2014). Ecological compensation: From general guidance and expertise to specific proposals for road developments. *Environmental Impact Assessment Review,* (45), 54-62. https://doi.org/10.1016/j.eiar.2013.12.003

Zhang, A., & Allen, K. (30 de septiembre de 2020). Species and Habitat Conservation Banking. *Conservation Finance Networking.* https://www.conservationfinancenetwork.org/2020/09/30/species-and-habitat-conservation-banking

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Supremo 019-2009-MINAM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de septiembre de 2009 (Perú).

Decreto 2099/2016, diciembre 22, 2016, Diario Oficial [D.O] (Colom.).

*Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (*Austl.).

Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 2001 (Perú).

Ley 28611, Ley General del Ambiente, Diario Oficial *El Peruano,* 15 de octubre de 2005 (Perú).

Ley 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Econosistémicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de junio de 2014 (Perú).

Resolución Ministerial 398-2014-MINAM, Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, Diario Oficial *El Peruano,* 5 de diciembre de 2014 (Perú).

Resolución Ministerial 066-2016-MINAM, Guía General para el Plan de Compensación Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de marzo de 2016 (Perú).

Resolución 1051/2017, junio 2, 2017, Diario Oficial [D.O] (Colom.).

10.18800/themis.202202.004

REFLEXIONES SOBRE LA NO TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE USO DE AGUA EN EL PERÚ

REFLECTIONS ON THE NON-TRANSFERABILITY OF WATER USE RIGHTS IN PERU

Favio Ruesta Otoya*
Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría

In Peru, access to natural water sources and the rights related to them, are regulated through licenses, permits and authorizations, which are often non-transferable. In contrast with other licenses in the legal system, in order to transfer them a specific process is required.

This paper analyses the characteristics of water rights and raises a revision on the specific process needed for their transfer.

Keywords: Access to water; water rights; administrative licenses; transferability.

En el Perú, el acceso a las fuentes naturales de agua y los derechos relacionados a ello están regulados mediante licencias, permisos y autorizaciones, los cuales comúnmente son intransferibles. Para poder transferirlos se requiere un procedimiento específico, a diferencia de otras licencias del ordenamiento.

En este trabajo se analizan las características de los derechos de agua y se plantea una revisión al procedimiento específico para su transferencia.

Palabras clave: Acceso al agua; derechos hídricos; licencias administrativas; transferibilidad.

* Abogado. Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. (Lima, Perú). Contacto: favio.ruesta@ppulegal.com

El autor agradece especialmente a Ciomar Levano Vía por su apoyo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 22 de junio de 2022, y aceptado por el mismo el 21 de diciembre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta antes del 2004, el Perú atravesó por una regulación no sistemática en materia de recursos hídricos, la cual permitía la libre extracción de agua de fuentes naturales siempre que se tuviese acceso al terreno superficial; es decir, no era necesario tener en aquella época un derecho o permiso otorgado por el Estado peruano que permitiese el uso sostenible del agua para evitar el agotamiento de la fuente. Este uso libre fue eliminado cambios legislativos posteriores, pero fue solo hasta el 2004 con la publicación de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, y posteriormente con la publicación de la Ley de Recursos Hídricos que creó el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos, que el régimen de permisos y otras disposiciones se ubicaron dentro de un proceso hacia una protección sistematizada del agua.

Hoy, bajo este régimen, el acceso al agua de fuentes naturales está claramente regulado con un estricto régimen de licencias, permisos y autorizaciones, y una gestión integrada que busca la cooperación entre el Estado peruano y los diversos actores de la sociedad, con miras a superar los retos que la escasez del agua y su presencia y demanda no uniformes a lo largo del territorio peruano reportan.

El tema central materia del presente artículo es que los derechos de uso de agua son intransferibles, pudiendo únicamente tener un nuevo titular luego de un procedimiento denominado 'extinción y otorgamiento por cambio de titular del predio o actividad', un procedimiento relativamente corto y sin visita de campo. En otras palabras, si una persona o empresa (en adelante, adquirente) adquiere un predio o actividad que ya cuenta con un derecho para extraer agua, es grande su desconcierto al conocer que estos no son transferibles de forma automática, y que únicamente tras seguir el referido procedimiento, el adquirente puede convertirse en el nuevo titular de la licencia. Esta problemática es especialmente relevante porque la gestión sostenible de los recursos hídricos continúa siendo un reto para el Perú y en general para América Latina, presentando diversas falencias y retos, entre los cuales destaca la falta de compromiso de la ciudadanía con el cumplimiento de normas referidas al agua y la falta de claridad sobre dicho cumplimiento, en este caso sobre la transferencia de los derechos referidos al agua.

En el presente artículo reflexionaremos sobre la falta de coherencia de la intransferibilidad de los derechos de usos de agua respecto de la propia legislación; sobre cómo el propio Estado peruano revisó el referido procedimiento de extinción y otorgamiento y decidió eliminarlo del ordenamiento, y sobre las implicancias de que la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA) no solo incumpla con ello, sino que venga aplicando el procedimiento de forma consolidada a lo largo de los años.

II. GESTIÓN DEL AGUA EN EL PERÚ

A. La importancia de la gestión del agua

En general, los países América Latina poseían abundante agua, por lo que en la gran mayoría de ellos el agua fue considerada históricamente como un recurso ilimitado para el desarrollo económico, de forma que se priorizó su uso en el aprovechamiento intensivo de recursos naturales (por ejemplo, en agricultura y minería), el cual implica necesariamente una gran demanda de agua (Comisión Económica para América Latina [CEPAL], 2021, p. 14). Sin embargo, el agua no es ilimitada, sino que, muy por el contrario, es un bien escaso, ya que pronósticos indican que en los próximos años alrededor de tres mil millones de personas requerirán alimentos urgentemente, lo cual generaría una restricción del agua para producción de alimentos que podría llegar a ser mayor incluso que la escasez de tierras (Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura [IICA], 2006, p. 3).

En América Latina, la gestión del agua enfrenta serios problemas, tales como limitarse a cada sector sin interacción o con poca interacción con otros sectores; la existencia de políticas temporales propias de cada gobierno de turno en lugar de políticas estatales consistentes y de largo plazo; la carencia de agua potable para un 20% de la población y de servicios sanitarios para más del 30%; la poca preparación y lineamientos insuficientes para enfrentar desastres naturales o eventos extremos como inundaciones y sequías; entre otros (IICA, 2006, pp. 4-5).

Sin embargo, estos problemas no pueden ni deben ser solucionados únicamente por el sector responsable de los recursos hídricos, sino que requiere la cooperación de cada gobierno con las empresas y los usuarios del agua (IICA, 2006, p. 6), de forma que como Estado peruano tengamos la capacidad de generar las políticas adecuadas y podamos llevarlas a la práctica (CEPAL, 2021, p. 21). En efecto, este proceso incluye la construcción de instituciones, normas, conocimientos, competencias y aceptación social; sin embargo, construir estas nuevas reglas de juego conlleva una etapa de notorio cambio y de destrucción del régimen anterior, coexistencia que podría explicar el origen de los problemas actuales (CEPAL, 2021, p. 21).

En el caso del Perú, en los últimos años hemos sufrido volatilidad política y social que pone en peligro la institucionalidad necesaria para que las políticas públicas referidas al agua produzcan resultados, pese a lo cual el país ha asignado a los problemas del agua un lugar relevante, dándole prioridad al objetivo de garantizar el acceso universal al agua a la población peruana (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2021). Confirmando que lograr este proceso continúa siendo un reto para el Perú, en la Expo Agua 2022 realizada en Lima, el jefe de la ANA resaltó que los desafíos de la gestión sostenible en materia de aguas son, entre otros, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos en los tres niveles de gobierno, así como apoyar y fortalecer la participación de las comunidades; ya que más allá de lo referido al presupuesto para lograr dichas finalidades, es esencial que exista una gestión integrada, participativa y responsable que promueva la cultura del agua, las cual debe involucrar al Estado, las empresas y las comunidades (Luján, 2022). En la siguiente sección explicaremos los avances que son relevantes para el presente artículo.

B. Gestión del agua en el Perú: el camino hacia un sistema ordenado

1. Antecedentes: el uso libre

A partir de 1902, el Código de Aguas peruano establecía que las aguas eran un bien público, siempre y cuando no pasara por predios privados, puesto que se reconocía el derecho de propiedad de las aguas a los dueños del predio donde se encontraba, discurría o nacía el recurso hídrico (Guevara, 2015, p. 321). De esta manera, aunque no expresamente, se confirmaba el derecho que los hacendados tenían desde épocas coloniales sobre el agua que pasaba por sus tierras. Este sistema de 'toma o uso libre' no fijaba límites de agua por cada usuario, sino que era un uso ilimitado que favorecía a los hacendados ubicados en la parte alta de los valles, quienes podían extraer más agua a comparación de quienes tenían acceso a predios de ubicación menos privilegiada (Guevara, 2016, pp. 1-2).

En 1969, en el marco del proceso de Reforma Agraria, se promulgó la hoy derogada Ley General de Aguas (Decreto Ley 17752)[1], con lo cual se dejó sin efecto el sistema de toma libre. En la norma fueron instituidas las modalidades administrativas de acceso al recurso hídrico, también denominadas derechos de uso de agua (Ruiz, 2013, p. 126). Asimismo, se estableció que las aguas son propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. Es decir, no hay propiedad privada del agua ni derechos adquiridos sobre ella, desapareciendo así los derechos de los hacendados sobre el agua que atravesaba sus tierras, permitidos bajo la norma anterior[2].

2. Gestión ambiental sistematizada del agua

El uso libre explicado en la sección precedente no se enmarcaba en un sistema ordenado a través del cual el Estado peruano busque proteger el ambiente, y en particular, la gestión sostenible de los recursos hídricos. Es decir, no nos encontrábamos todavía ante el conjunto de políticas, planes y acciones que componen la denominada 'gestión ambiental'. Esto recién se empezó a gestar en el país a partir del año 2004, con la publicación de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245, y luego con su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 008-2005-PCM al año siguiente. Este sistema busca la mejora la coordinación en la gestión ambiental y de los recursos naturales, encargándose de promover y optimizar la implementación de mecanismos para esos efectos (Ministerio del Ambiente [MINAM], 2016, p. 9).

El SNGA está integrado por cinco ejes: (i) el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA); (ii) el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; (iii) el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado; (iv) el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (en adelante, SNGRH); y (v) el Sistema Nacional de Información Ambiental. A efectos del presente artículo, el SNGRH cobra especial relevancia porque abarca la articulación de diversas autoridades, figuras legales y lineamientos para proteger de forma ordenada y sostenible a los recursos hídricos.

En ese contexto, en 2009, la Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338 (en adelante, LRH), creó el SNGRH para articular la acción estatal, conducir los procesos de gestión integrada y de conservación de los recursos hídricos en los ámbitos de cuencas y los ecosistemas que lo conforman, con la finalidad de lograr el aprovechamiento sostenible, conserva-

[1] Derogada por la Ley 29338.

[2] *Ídem*.

ción e incremento de los recursos hídricos[3]. Efectivamente, la LRH adoptó claramente un enfoque de gestión integrada del agua, es decir, una perspectiva multisectorial y multidimensional, para efectos de reunir adecuadamente a todos los actores sociales, políticos y económicos de forma que se puedan generar procesos eficientes y sostenibles en el manejo del agua (CEPAL, 2021, p. 256). Para cumplir dicha finalidad, este sistema es dirigido por la ANA[4], quien tiene, entre otras, las funciones de elaborar la política, estrategia y plan nacional de gestión de los recursos hídricos, y establecer las normas y procedimientos correspondientes[5].

Como herramientas para implementar este nuevo sistema, nuestra LRH contiene disposiciones orientadas a ayudar a la gobernabilidad en materia de aguas, tales como el respeto del derecho de las comunidades campesinas y nativas a utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales; derecho imprescriptible y que se ejerce según los usos y costumbres de cada comunidad[6]. Asimismo, la ANA cuenta con la función de promover que asignaturas referidas a la cultura y valoración del agua sean incluidas en el plan de estudios regular del sector educación[7]. Al 2018, el país logró avances significativos respecto al acceso de agua potable: en el ámbito urbano, el 95.3% de la población accede a agua para consumo humano procedente de la red pública y en el ámbito rural el 74.4% (Autoridad Nacional del Agua [ANA], 2020, p. 15).

Si bien hay quienes sostienen que la permanencia de la ANA dentro del Ministerio de Agricultura perjudica la gestión integrada del agua (CEPAL, 2021, p. 256), consideramos que la LRH marcó claramente una ruta del Perú hacia la gestión integrada de los recursos hídricos. Sin embargo, a continuación, explicaremos por qué consideramos que la no transferibilidad propia de la licencia de uso de agua no es concordante con la gestión integrada que el SNGRH aspira a lograr.

3. Derechos de uso de agua

Respecto al aprovechamiento del agua, la LRH derogó la Ley General de Aguas, pero manteniendo la propiedad estatal del agua, quedando nuevamente descartada la privatización permitida en el Código de Aguas. En esa línea, la LRH y su Reglamento, Decreto Supremo 001-2010-AG (en adelante, Reglamento) establecen que el agua no es susceptible de propiedad privada, es patrimonio de la Nación, y el dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible[8]. En la misma línea, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, reitera que los recursos naturales mantenidos en su fuente son Patrimonio de la Nación y el Estado posee dominio sobre ellas aún cuando su aprovechamiento haya sido otorgado a particulares (Leturia, 2010, p. 113).

Ya desde la derogada Ley General de Aguas, era necesario obtener derechos otorgados por el estado para poder utilizar legalmente el agua. Con la LRH se mantiene un régimen de derechos, pero esta vez en el marco del SNGRH, es decir, buscando la cooperación del estado con los diversos actores sociales. Bajo esta regulación, para extraer agua de fuentes naturales[9] se requiere contar con un derecho otorgado por la ANA[10]; el cual consiste en un título habilitante para facultar el uso del recurso hídrico a un particular (Pinto, 2018, p. 7). Estos derechos pueden ser de tres clases (licencia, autorización y permiso), los cuales detallamos a continuación:

---

3 Artículos 9 y 10 de la LRH (2009).

4 Cabe indicar que la ANA también tiene funciones dentro del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, al encargarse de ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, a través de la fiscalización, control y vigilancia sobre fuentes de agua, los bienes asociados a ella e infraestructura hidráulica, y de ejercer en ese contexto la facultad sancionadora y coactiva. Fuente: Artículo 15.10 de la LRH (2009).

5 Artículo 15 de la LRH (2009).

6 Artículo 64 de la LRH (2009).

7 Artículo 88 de la LRH (2009).

8 Artículos 2 de la LRH (2009) y 2.2 de su Reglamento (2010).

9 No aplica para uso primario. El artículo 36 de la LRH lo como la utilización directa y efectiva del agua en sus fuentes naturales y cauces públicos, para satisfacer necesidades humanas primarias (por ejemplo, preparación de alimentos, consumo directo, aseo personal y ceremonias culturales, religiosas y rituales). Según el artículo 37, no requiere autorización, no tiene fin lucrativo y se ejerce gratuitamente, y debe ejercerse solo con medios manuales, sin alterar la cantidad o calidad del agua y sin afectar los bienes asociados a ella. El régimen de licencias sí aplica para los usos poblacional y productivo. El uso poblacional es la captación del agua de una fuente o red pública, debidamente tratada, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas, tales como preparación de alimentos y aseo personal (art. 39). El uso productivo del agua es su utilización en procesos de producción o previos a los mismos: agrario, acuícola y pesquero, energético, industrial, minero, entre otros (LHR, 2009, arts. 42-43).

10 Los derechos también se suspenden o modifican a través de una resolución de la ANA.

a) Licencia de uso de agua: Otorga, por plazo indeterminado, la facultad de usar el agua para un fin y en un lugar determinado, según la legislación vigente y el contenido de la resolución que la otorga[11]. Asimismo, puede ser otorgada para uso consuntivo (el agua se consume durante la actividad, como por ejemplo en agricultura) o no consuntivo (el agua no se consume durante la actividad, como en la generación hidroeléctrica)[12].

b) Autorización de uso de agua: No tiene plazo indeterminado como la licencia, sino un plazo de dos años, prorrogables por única vez por dos años más, y otorga el uso del agua para cubrir exclusivamente los requerimientos de la ejecución de estudios, ejecución de obras y lavado de suelos[13].

c) Permisos de uso de agua. Son dos tipos de permisos:

Permiso de uso de agua para épocas de superávit hídrico: Luego de declarado el superávit hídrico[14], faculta a usar, con plazo indeterminado, el agua superficial con un volumen que depende de los excedentes que se presenten cada año[15].

Permiso de uso sobre aguas residuales: Permite usar, con plazo indeterminado, aguas residuales que provengan de retorno, drenaje, filtraciones resultantes del ejercicio del derecho de los titulares de licencias de uso de agua[16].

Hasta este punto tenemos claro que actualmente en el Perú solo es posible el aprovechamiento del agua de fuentes naturales, superficiales o subterráneas, bajo un régimen de derechos que otorga la ANA, según la finalidad perseguida por el solicitante. A continuación, ahondaremos en un elemento muy importante de esos derechos: su objeto.

III. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL OBJETO EN LOS DERECHOS DE USO DE AGUA EN LA GESTIÓN DEL AGUA Y EN LA LEGISLACIÓN

El objeto para el cual se otorgan los derechos de uso de agua comprende la actividad (o uso) y el lugar en que se hace uso del agua, no pudiendo ser ejercidos en actividades y lugares distintos a aquellos para los que fue otorgada[17]. Asimismo, el derecho es inherente a ese objeto, de forma que subsiste mientras subsista éste, salvo se declare su extinción mediante resolución firme[18]. A continuación, explicaremos las circunstancias que determinan por qué el objeto de los derechos de uso de agua es especialmente relevante para la gestión de los recursos hídricos en el Perú.

En primer lugar, el agua no se encuentra disponible de forma uniforme a lo largo del territorio peruano, sino que se genera de forma desigual: el 98.2% del total (la mayoría del volumen), se genera en la región hidrográfica Amazonas, que abarca las Autoridades Administrativas del Agua (en adelante, AAA) Amazonas, Ucayali, Madre de Dios, Huallaga, Marañón, Urubamba-Vilcanota, Pampa-Apurímac y Mantaro, mientras que el 1.6% y 0.3% (la minoría del volumen total) se genera en las regiones hidrográficas Pacífico (AAA Jequetepeque-Zarumilla, Caplina-Ocoña, Huarmey-Chicama, Cañete-Fortaleza y Chaparra-Chincha); y Titicaca (AAA Titicaca), respectivamente (ANA, 2020, p. 24). Adicionalmente, dentro de las propias AAA el volumen de agua tampoco se encuentra distribuido uniformemente; por ejemplo, el mayor volumen se genera en la AAA Amazonas que es el 39% a nivel nacional y el menor volumen se genera en la AAA Chaparra-Chincha que es 0.1% del volumen a nivel nacional (ANA, 2020, p. 24).

En segundo lugar, al 2018, la demanda de agua total proyectada para ese año fue 98.287.7 hm³/año, del cual el 37.9% equivale al uso consuntivo y el 62.1% al uso no consuntivo; de esos porcentajes, los sectores que mayor volumen de agua deman-

[11] Por ejemplo, el artículo 70 del Reglamento (2010) establece que la resolución que la otorga debe consignar el volumen anual máximo asignado (desagregado en periodos mensuales o mayores), condiciones que deberán ser cumplidas por el titular al ejercer la licencia otorgada.

[12] Artículos 47 y 50 de la LRH (2009), y 73 y 74 de su Reglamento (2010).

[13] Artículo 62 de la LRH (2009).

[14] Condición en la cual la disponibilidad de agua superficial, en un periodo de 30 días, es superior al 25% de la demanda aprobada en el Plan de Aprovechamiento de la Disponibilidad Hídrica de la Cuenca. Fuente: Glosario de Términos de la ANA (Resolución Jefatural 151-2020-ANA).

[15] Artículo 87 del Reglamento (2010).

[16] Artículo 88 del Reglamento (2010).

[17] Artículo 65 del Reglamento (2010).

[18] Según el artículo 102.5 del Reglamento (2010), esto significa que se continuará otorgando las correspondientes asignaciones de agua.

dan son el sector agrícola, que utiliza el 85.9% del total de uso consuntivo, y el sector energético, que utiliza 98.2% del total de uso no consuntivo (ANA, 2020, p. 6).

Por lo expuesto, consideramos que no solamente el agua no se encuentra distribuida uniformemente a lo largo de nuestro territorio, sino que también la demanda de agua es variable según cada sector productivo, lo cual ocasiona razonablemente que no siempre existan las condiciones necesarias para otorgar agua satisfactoriamente a los administrados en los términos en que lo solicitan. Por ello, consideramos que el otorgamiento de los derechos de uso de agua debe pasar por un complejo análisis técnico que permita garantizar que el objeto del derecho solicitado (es decir, en qué actividad y dónde será utilizada el agua) garantice la sostenibilidad del recurso evitando su agotamiento. Caso contrario, podría extenderse la lista de conflictos sociales en el Perú, los cuales ya incluyen a los relacionados al objeto de los derechos de uso de agua, como es el caso del conflicto recientemente reportado en Arequipa, donde diversas las juntas de usuarios y autoridades de la provincia de Islay rechazan el otorgamiento de una licencia de uso de agua superficial a favor de una empresa minera (Defensoría del Pueblo, 2022).

Adicionalmente a esa importancia del objeto en el marco de la gestión de los recursos hídricos, hemos podido encontrar cuatro manifestaciones legales sobre la importancia de este objeto:

A. Antes de otorgar el derecho: requisitos de la solicitud

La legislación establece que el otorgamiento, la modificación y la extinción de la autorización y el permiso de uso de agua se rigen por las disposiciones sobre licencia, indicando expresamente que la solicitud y la resolución de otorgamiento contienen los mismos requisitos establecidos para la licencia[19]. En esa línea, en la solicitud para obtener estos derechos es requisito indispensable indicar el objeto, es decir, consignar: (i) la actividad a la que se destinará el agua; y (ii) acreditar el lugar, es decir, la propiedad o posesión legítima del predio donde se utilizará el agua.

B. Luego de otorgado el derecho: obligaciones y su fiscalización

Una vez otorgado el derecho, el titular tiene la obligación de utilizar el agua en la cantidad, lugar y para el uso (actividad) otorgado[20]. De forma coherente con esa obligación, las conductas tipificadas como infracciones incluyen destinar las aguas a una actividad o a un lugar distinto a los cuales fueron otorgadas, sin autorización de la ANA[21].

C. Causal de extinción: caducidad

Una de las causales de extinción[22] de derechos de uso de agua establecida en la legislación es la caducidad[23]. Según Flores Rivas, la caducidad es una circunstancia de hecho a la que el ordenamiento atribuye el efecto de generar la extinción del acto administrativo, sin que exista ilegalidad o vicio en dicho acto (2017, pp. 226-227).

Dentro de las causales de caducidad de los derechos tenemos: (i) conclusión del objeto (actividad y lugar) para el que se otorgó el derecho; y (ii) la falta de ejercicio del derecho durante 2 años consecutivos o acumulados en un período de cinco años sin justificación de forma no imputable al titular.

D. Causal de extinción: revocación

Otra de las causales de extinción de derechos de uso de agua es la revocación[24]. Según Morón Urbina, la revocación es la potestad que la ley confiere a la Administración para que directamente, de oficio y mediante un nuevo acto administrativo pueda, entre otros, extinguir los efectos jurídicos futuros de un acto administrativo generado conforme a derecho (válido y eficaz) (2019, p. 177).

En materia de recursos hídricos, es causal de revocación, entre otras, destinar el agua a un fin (es decir, a una actividad) distinto al cual fue otorgado[25]. No se ha configurado como causal de revocación el uso del agua en un lugar distinto al autorizado.

---

19 Según los artículos 63 y 61 de la LRH (2009).

20 Artículo 57 de la LRH (2009).

21 Artículo 277, literal g) del Reglamento (2010).

22 El artículo 70 de la LRH (2009) también establece a la renuncia del titular como una de las causales de extinción de los derechos de uso de agua. No obstante, a efectos del presente trabajo, hacemos énfasis en la caducidad y en la revocación, y dentro de ellas a las causales relacionadas al objeto de la licencia de uso de agua.

23 El artículo 71 del Reglamento (2010) también establece como causal de caducidad al vencimiento del plazo del derecho, lo cual no aplica a la licencia porque tiene plazo indeterminado.

24 Artículo 70.4 de la LRH (2009).

25 Artículo 72.2 de la LRH (2009).

Consideramos que, adicionalmente a la gran importancia del objeto para la gestión de los recursos hídricos en el país evitando el agotando de fuentes de agua, la propia existencia de los derechos de uso de agua depende de su objeto (la actividad o uso y el lugar para los cuales fueron otorgados), ya que sólo subsisten mientras subsista dicho objeto, lo cual tiene cuatro importantes manifestaciones en la propia legislación. En tanto esas consideraciones y manifestaciones son comunes a la licencia, autorización y permiso de uso de agua, podemos concluir preliminarmente que **lo único que distingue a la licencia de los otros derechos es su plazo indeterminado.**

IV. LA NO TRANSFERIBILIDAD DE TODOS LOS DERECHOS DE USO DE AGUA

A. Procedimiento para transferencia de derechos de uso de agua por cambio de titular del predio o la actividad

Cuando exista cambio de titularidad en el predio o en la actividad para los cuales ya existe un derecho de uso de agua otorgado, ese cambio de titularidad no ocurre automáticamente ni se refleja automáticamente en el derecho, sino que debe seguirse un procedimiento especialmente diseñado para este supuesto (en adelante, el Procedimiento). Cabe indicar que este Procedimiento no aplica cuando se solicite adicionalmente al cambio de titular, alguna otra modificación al derecho de uso de agua, como por ejemplo el volumen a extraer, el uso que tendrá el agua o el predio donde se utilizará. A continuación, explicaremos los aspectos más importantes de este Procedimiento.

La norma sustantiva en que se sustenta el Procedimiento es el artículo 65.3 del Reglamento de la LRH, el cual establece de forma general para los derechos de uso de agua que, cuando se produzca la transferencia de la titularidad de un predio, establecimiento o actividad al cual se destina el uso del agua, el nuevo titular o adquirente tiene derecho preferente para obtener el derecho bajo las mismas condiciones que su transferente, mediante un procedimiento simplificado de diez días hábiles, sujeto a silencio administrativo positivo, prescindiendo de inspecciones y publicaciones (2010).

La norma procesal que regula el Procedimiento es el Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y de Autorización de Ejecución de Obras en Fuentes Naturales de Agua, aprobado mediante la Resolución Jefatural 007-2015-ANA (en adelante, Resolución Jefatural), la cual establece como requisitos que el adquirente presente el documento que acredite su titularidad y sustente estar al día en el pago de la retribución económica por el uso del agua. La Autoridad Local del Agua (en adelante, ALA) declarará la extinción del derecho del transferente y otorgará uno nuevo en las mismas condiciones a favor del adquirente[26].

Por otro lado, en concordancia con este Procedimiento, existe una infracción administrativa que sanciona la conducta de transferir o ceder a terceros el uso total o parcial de las aguas sin autorización de la ANA[27]. En la siguiente sección explicaremos cómo, en nuestra opinión, tanto la existencia del Procedimiento y la tipificación de la referida infracción convierten en intransferibles a todos los derechos de uso de agua, pero que ello no es sustento razonable para justificar esa intransferibilidad.

B. Todos los derechos de uso de agua son intransferibles, pero no es necesario que la licencia de uso de agua lo sea

En el Perú, existen dos únicos derechos en materia de aguas que son intransferibles por tenor expreso de la legislación: (i) la licencia de uso de agua, que permite usar del agua[28]; y (ii) la reserva de recursos hídricos, que no permite usar el agua[29]. En tal sentido, pese a que estos son los únicos derechos en los que la no transferibilidad forma parte de su propio contenido, es decir que explícitamente intransferibles, es nuestra opinión que todos los demás derechos terminan también siendo intransferibles, ya (i) es necesario seguir para su transferencia el Procedimiento regulado en la Resolución Jefatural; y (ii) si no se sigue dicho procedimiento, se incurre en una infracción administrativa.

Sobre la licencia de uso de agua, explicaremos por qué consideramos que no es necesario que sea intransferible. Consideramos que el plazo indeterminado de la licencia permite que, mientras su titular cumpla con el objeto y la ANA no declare extinta

[26] Artículo 23 de la Resolución Jefatural (2015).

[27] Artículo 277 literal h) del Reglamento (2010).

[28] Artículo 50 de la LRH (2009).

[29] Según los artículos 103 de la LRH y 206 del Reglamento, existe otro derecho expresamente declarado intransferible por la legislación, pero que no faculta al uso del agua: la reserva de recursos hídricos. Es un derecho especial intransferible que se otorga para el desarrollo de proyectos, y consiste en reservar, por un plazo **determinado**, un volumen de agua de fuente superficial o subterránea para uso consuntivo o no consuntivo.

la licencia, podría ejercer su derecho sin impedimento durante el plazo por el que fue otorgado la licencia. Asimismo, consideramos que la transferencia no afectaría ese objeto, porque la **actividad** (o uso) y el **lugar** de destino del agua podrían seguir siendo los mismos bajo la gestión de otro titular. En consecuencia, consideramos que **el plazo indeterminado es insuficiente para justificar que la licencia sea intransferible**. Sin perjuicio de ello, consideramos que, en tanto la licencia y la reserva hídrica son los únicos derechos expresamente intransferibles, solo para ellos es coherente que cambien de titular luego del Procedimiento correspondiente, pero no así para el resto de los derechos, que no son expresamente intransferibles.

Sobre los demás derechos, consideramos que los requisitos del Procedimiento establecidos en la Resolución Jefatural **no se relacionan a su plazo** (determinado o indeterminado) **ni a su objeto**, sino que son sencillamente logísticos, para verificar que (i) se trate efectivamente de un nuevo propietario; y (ii) el nuevo titular no se haga cargo de las deudas adquiridas por el antiguo titular por no pagar la retribución económica. En tal sentido, es nuestra opinión que esos requisitos establecidos en la Resolución Jefatural tampoco justifican que los derechos de uso de agua sean intransferibles, mucho menos la licencia.

En consecuencia, aparentemente, la no transferibilidad de todos los derechos de uso de agua no ha sido diseñada de forma sistemática en la legislación, sino que: (i) para el caso de la licencia y la reserva de recursos hídricos, fue establecida a través de una prohibición expresa; y (ii) para los demás derechos no fue establecida expresamente sino a través del Procedimiento y de la tipificación de una infracción administrativa. En ese escenario, consideramos que lo más coherente con la propia legislación no hubiera sido establecer un Procedimiento obligatorio para la transferencia de derechos, sino simplemente dejar a la fiscalización la verificación de los requisitos establecidos en la Resolución Jefatural, en lugar de desplegar el aparato organizacional de la ANA para verificarlos y otorgar la extinción y otorgamiento.

V. UN ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA QUE NO FUE CUMPLIDO EN LA PRÁCTICA

En la presente sección detallaremos el control y análisis que el propio estado peruano realizó sobre el Procedimiento regulado en la Resolución Jefatural, en el cual concluyó que dicho Procedimiento ya no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Este aspecto reviste la mayor importancia porque es el propio estado peruano el que ya ha decidido que el Procedimiento no debe existir, ante lo cual, como explicaremos, la ANA no ha cumplido con adaptarse.

Según el Decreto Legislativo 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, se establecieron disposiciones para el Análisis de Calidad Regulatoria (en adelante, ACR). Se trata de un proceso a cargo de todas las entidades del Poder Ejecutivo (en adelante, Entidades), para eliminar y/o simplificar procedimientos administrativos establecidos en disposiciones normativas de alcance general que no cumplan los principios de legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad, buscando reducir las cargas que dichos procedimientos para el administrado. Luego de la propuesta de cada una de las Entidades, el ACR es validado por una Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria (en adelante, la Comisión), y posteriormente mediante Decretos Supremos se aprueba el listado de procedimientos que se mantendrán vigentes hasta su nueva ratificación.

Lo más importante del ACR es que **quedan automáticamente derogadas, en la parte pertinente, las disposiciones normativas que establecen los procedimientos administrativos no ratificados expresamente**, quedando las Entidades obligadas a: (i) adecuar y depurar las disposiciones normativas que establecían dichos procedimientos; (ii) emitir las disposiciones normativas correspondientes para eliminar o simplificar requisitos; y (iii) publicar el listado de los procedimientos eliminados y de los ratificados, entre otros.

En ese escenario, en virtud del Informe 002-2018-CCR-ST emitido por la Comisión, mediante Resolución Ministerial 0023-2019-MINAGRI del 28 de enero del 2019, se eliminó el procedimiento 17 del Texto Único de Procedimientos Administrativos de la ANA (en adelante, TUPA), referido al Procedimiento regulado en la Resolución Jefatural, es decir, la extinción y otorgamiento de licencia de uso de agua por cambio de titular. Asimismo, se ordenó a los distintos órganos de la ANA su inmediata aplicación, incluso previamente a que se actualice el TUPA.

No obstante, si bien el Procedimiento fue eliminado desde el TUPA 2019 de la ANA y no volvió aparecer en el TUPA vigente, hasta el momento la ANA no ha tomado medidas para adecuar o retirar del ordenamiento jurídico las normas que sustentan el Procedimiento[30]. Es decir, no haber acatado

[30] Tampoco se ha retirado el carácter de intransferible de la reserva de recursos hídricos en el artículo 103 de la LRH y 206 del Reglamento.

el ACR implica que la LRH continúa actualmente estableciendo que la licencia es intransferible; que el Reglamento de la LRH y la Resolución Jefatural continúan regulando el Procedimiento sin el cual no es posible la transferencia de derechos; y que Reglamento de la LRH continúa tipificando la infracción de transferir o ceder a terceros el uso del agua sin haber llevado a cabo el Procedimiento.

Este caso omiso al ACR, muy probablemente de forma involuntaria por parte de la ANA, se viene manifestando en la práctica a través de diversas resoluciones emitidas por las ALA. A continuación, hemos compilado algunos ejemplos y posteriormente realizamos algunas reflexiones sobre ellos:

a) Resolución Administrativa 005-2018-ANA-AAA.CHCH-ALA.P del 29 de enero del 2018[31].

- Antecedente: Mediante la Resolución Administrativa 0067-2005-GORE-ICA/DRAG-ATDRCH.P del 9 de febrero del 2005, se otorgó licencia de uso de agua superficial en favor de Benito Tomás Acevedo Cossio, respecto a la unidad productiva con código 06316 Estancia La Joya.

- Pronunciamiento relevante: De conformidad con el Informe Técnico 006-2018-ANA-AAA.CH.CH-ALA.P-AT/WGAR, que describe las características técnicas de la licencia primigenia descrita en el párrafo anterior, la ALA Pisco resolvió extinguir dicha licencia, y otorgarla en las mismas condiciones a favor de Juan Carlos López Carrión.

b) Resolución Administrativa 038-2018-ANA-AAA.CHCH-ALA.P del 8 de mayo del 2018[32].

- Antecedente: Mediante la Resolución Administrativa 248-2005-GORE-ICA/DRAG-ATDRCH.P del 9 de diciembre del 2005, se otorgó licencia de uso de agua superficial en favor de Américo Jesús Reyes Saravia, respecto a la unidad operativa con código 06467 Caucato Alto.

- Pronunciamiento relevante: De conformidad con el Informe Técnico 035-2018-ANA-AAA.CH.CH-ALA.PISCO-AT/LEMP, que describe las características técnicas de la licencia primigenia descrita en el párrafo anterior, la ALA Pisco resolvió extinguir la referida licencia, y otorgarla en las mismas condiciones a favor de Carlos Andrés Alva Chirinos.

c) Resolución Administrativa 039-2018-ANA-AAA.CHCH-ALA.P del 8 de mayo del 2018[33].

- Antecedente: Mediante la Resolución Administrativa 248-2005-GORE-ICA/DRAG-ATDRCH.P del 9 de diciembre del 2005, se otorgó licencia de uso de agua superficial en favor de Ángela Antonia Ravelo Huamán, respecto a la unidad operativa con código 06479 Caucato Alto.

- Pronunciamiento relevante: De conformidad con el Informe Técnico 036-2018-ANA-AAA.CH.CH-ALA.PISCO-AT/LEMP, que describe las características técnicas de la licencia primigenia descrita en el párrafo anterior, la ALA Pisco resolvió extinguir la referida licencia, y otorgarla en las mismas condiciones a favor de Carlos Andrés Alva Chirinos.

d) Resolución Directoral 601-2019-ANA-AAA-JZ-V del 21 de marzo de 2019[34].

- Antecedente: La señora Rosaura Llontop Santamaría de Suclupe solicitó extinción y otorgamiento de licencia para el predio con código catastral 118299 (en adelante, Predio A), solicitud desestimada mediante Resolución Directoral 2051-2018-ANA-AAA-JZ-V emitida por la AAA Jequetepeque Zarumilla, bajo el sustento de que el referido predio no contaba con licencia.

- Recurso: La señora Llontop interpuso recurso de reconsideración, alegando que, si bien el Predio A no forma parte del predio dividido 60648 (en adelante, Predio B), sí pertenece al predio matriz de unidad catastral antigua 13705 (en adelante, Predio Matriz). En otras palabras, la recurrente alega que, si el Predio Matriz contaba con licencia, el Predio A, que

[31] Disponible en: https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/R.A.%20N%C2%B0%20005-2018-ANA-AAA-CH.CH_.ALA%20PISCO._1.PDF

[32] Disponible en: https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/R.A.%20N%C2%B0%20038-2018-ANA-AAA.CHCH-ALA.P.PDF_1.PDF

[33] Disponible en: https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/R.A.%20N%C2%B0%20039-2018-ANA-AAA.CHCH-ALA.P.PDF_1.PDF

[34] Disponible en: https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/RD-0601-2019.PDF

forma parte integrante, también contaba con licencia, la cual debía ser extinguida para su titular original y otorgada en favor de la recurrente.

– Pronunciamiento relevante: El recurso fue declarado infundado. Como fundamento principal, la AAA establece que el Predio A, para el cual la recurrente solicita extinción y otorgamiento de licencia de uso de agua, es parte de un predio distinto al Predio Matriz, el predio de código catastral 60647, cuya licencia ya fue transferida a otro predio. Por ello, la AAA concluye que ya no hay área de licencia de uso de agua para otorgar al predio de la recurrente.

A partir de ello, la Resolución recoge que **las licencias de uso de agua no son transferibles**, puesto que se otorgan para un fin y para un lugar determinado, habiendo la ANA otorgado licencia de uso de agua a cada predio con su respectivo código catastral.

Adicionalmente, se enfatizó que la normativa que regula la **extinción y otorgamiento** de licencia de uso de Agua, entre otros, el artículo 65.3 del Reglamento de la LRH, establece que, de producirse la transferencia de un predio, establecimiento o actividad al cual se destina el uso del agua, el titular tiene derecho preferente para obtener el derecho de uso de agua bajo las mismas condiciones que el transferente. En esa línea, la AAA recoge también el artículo 23 de la Resolución Jefatural, que reguló el Procedimiento (extinción y otorgamiento del derecho de uso de agua por cambio de titular del predio o actividad).

Por otro lado, se estableció que el artículo 50.7 de la LRH señala como una de las características de la licencia de uso de agua que no es transferible, por ello, **si el titular no desea continuar usándola debe revertirla al Estado**. Igualmente, se señala que el artículo 65.4 del Reglamento de la LRH, indica que los derechos de uso de agua no pueden ser ejercidos en actividades y lugares distintos a las que fueron otorgados. Por último, se resaltó que el artículo 70.1 del Reglamento anteriormente mencionado, establece que las licencias de uso de agua facultan al titular el uso de agua para una actividad con carácter permanente, con un fin y lugar determinado.

e) Resolución Administrativa 003-2020-ANA-AAA.CF-ALA.CHH del 24 de enero del 2020[35].

– Antecedente: Mediante la Resolución Administrativa 0044-2005-GRL-DRAL/ATDR.CH.H del 24 de febrero del 2005, se otorgó licencia de uso de agua superficial con fines agrarios en favor de Reynaldo Castillo Meza, respecto a la unidad operativa con código 06932 P-230.

– Pronunciamiento relevante: De conformidad con el Informe Técnico 001-2020-ANA-AAA.CF-ALA.CHH-AT/BQJC, que describe las características técnicas de la licencia primigenia descrita en el párrafo anterior, la ALA Chancay-Huaral resolvió extinguir dicha licencia, y otorgarla en las mismas condiciones a favor de Sucesión Reynaldo Castillo Meza, integrada por sus descendientes.

f) Resolución 129-2020-ANA/TNRCH del 31 de enero de 2020[36].

– Antecedente: mediante Resolución Administrativa 020-2005-DR-AG-ANCASH/ATDRNCH del 17 de febrero de 2005, se otorga la licencia de uso de agua superficial con fines agrarios a los usuarios del Bloque de riego de Santa Rosa - Tambar - Caura Alta y Baja. Entre ellos, se otorgó licencia al señor Mariano Roque Vega (en adelante, transferente) para el predio con código catastral 0861.

El 28 de abril del 2018, el transferente celebró un contrato de compraventa, en el cual transfiere 0.3775 hectáreas de su predio (en adelante, **área transferida**) a los señores Marcelo Roque Tolentino y Justina Francisca Polo Pasca (en adelante, primer adquirente). Luego de la solicitud correspondiente, mediante la Resolución Directoral 834-2018-ANA-AAA.H.CH del 25 de octubre del 2018, la AAA Chaparra-Chicha, resolvió: (i) extinguir la licencia del transferente por el área transferida;

[35] Disponible en: http://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/18-RA-003-2020-02.pdf

[36] Disponible en: https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/82-RTNRCH-0129-2020-004.pdf

(ii) otorgar licencia a favor del primer adquirente para el área transferida; y (iii) otorgar licencia a favor del transferente con un área bajo riego de 0.3725 hectáreas (en adelante, **área remanente**).

El 29 de octubre del 2018, el mismo transferente celebra un contrato de compraventa de fecha en el cual transfiere nuevamente en área transferida, esta vez a la señora Aniceta Romualdo Ramos (en adelante, segundo adquirente).

– Pronunciamientos relevantes: Luego de la solicitud correspondiente, mediante la Resolución Directoral 479-2019-ANA-AAA.HCH del 18 de marzo del 2019, la AAA Chaparra-Chincha, resolvió: (i) modificar la licencia otorgada a favor del transferente, respecto al área transferida; y (ii) otorgar licencia a favor del segundo adquirente para el área transferida.

  Mediante Resolución 129-2020-ANA/TNRCH del 31 de enero del 2020, el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (en adelante, TNRH) declaró de oficio la nulidad a la Resolución Directoral 479-2019-ANA-AAA.HCH, la cual se sustentaba en la segunda transferencia del terreno realizada por el transferente. El TNRH consideró que dicha resolución no debía haber otorgado licencia para el área remanente a favor del transferente, porque su derecho ya se había extinguido con la Resolución Directoral 834-2018-ANA-AAA.H.CH. Por ello, el TNRH estableció que no correspondía derecho al transferente, y que el área remanente correspondía al segundo adquirente.

Consideramos que todos estos casos nos permiten comprender el entendimiento estricto e incuestionable que los órganos desconcentrados de la ANA tienen sobre la normativa en materia de recursos hídricos. Es decir, quizá de forma involuntaria, dichas autoridades tienen muy claro que las licencias son intransferibles y que el Procedimiento regulado en la Resolución Jefatural y cada uno de sus requisitos son obligatorios, todo lo cual queda reflejado en una práctica consolidada a través de diversos pronunciamientos hasta la actualidad. A mayor abundamiento, consideramos que este entendimiento se encuentra tan arraigado dentro de la práctica de estas autoridades, que en muchos casos han reforzado en sus pronunciamientos expresamente la vigencia del Procedimiento regulado en la Resolución Jefatural.

En ese escenario, consideramos pertinente realizar algunas reflexiones. En primer lugar, cabe preguntarnos si la ANA se ha percatado del papel que cumple realmente el ACR realizado por el gobierno peruano, es decir, que la no ratificación del Procedimiento significó su derogación automática porque el propio estado ha considerado que tanto el Procedimiento como sus requisitos deben dejar de existir en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, si la propia ANA viene aplicando el Procedimiento por considerarlo incuestionablemente vigente, sería coherente que esta vigencia se encuentre reflejada en su TUPA, por lo que llama especialmente la atención que no sea así; dicho de otro modo, surge la interrogante de por qué, habiendo retirado el Procedimiento del TUPA, no lo ha retirado también del ordenamiento. En tercer lugar, cabe preguntarnos si la ANA se ha percatado de que los resultados del ACR podrían ocasionar que la licencia de uso de agua y los demás derechos se conviertan en transferibles. Como consecuencia de estas interrogantes, podemos concluir que, al aplicar en la práctica el Procedimiento en lugar de retirarlo como indicó el ACR, la ANA no estaría cumpliendo con el principio de legalidad, el cual establece que las autoridades administrativas, incluida la ANA, deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, en este caso, el ACR[37].

VI. REFLEXIONES SOBRE UNA FIGURA SIMILAR A LA EXTINCIÓN Y OTORGAMIENTO: EL CASO ESPECIAL DE LA AUTORIZACIÓN PARA TRANSFERIR AGUA SUBTERRÁNEA

Hasta el momento hemos analizado la gestión del agua en el Perú, la importancia del objeto de los derechos de uso de agua en esa gestión, así como las razones que sustentan que la intransferibilidad de los derechos de uso de agua no se encuentra adecuadamente justificada. A continuación, explicaremos un supuesto establecido en la legislación en materia de aguas que también se contextualiza en la necesidad de otorgar agua a un tercero, pero esta vez sin que ocurra el cambio de titularidad del predio o la actividad. Analizaremos esta figura en el marco de la gestión de los recursos hídricos y las implicancias que su regulación tiene para efectivamente contribuir a que sea accesible a los administrados.

[37] Artículo IV, numeral 1.1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 004-2019-JUS).

El artículo 25 de la Resolución Jefatural permite la posibilidad de que el titular de una licencia de uso de agua no utilice el agua en el predio específico especificado en su licencia (en adelante, Predio 1), sino que la otorgue a un tercero, para que dicho tercero la utilice en su propio predio (en adelante, Predio 2). Para efectos didácticos, graficamos este escenario de la siguiente manera:

Gráfico 1:

Predio 1	Predio 2
Cuenta con licencia	No cuenta con licencia
Busca otorgar el agua	Busca recibir el agua

Fuente: Elaboración propia

El titular de la licencia del Predio 1 puede lograr este objetivo de otorgar agua al tercero titular del Predio 2, a través de una 'autorización de suministro de agua en favor de terceros', la cual le permite hacerlo durante un plazo de dos años, prorrogables por única vez por dos años más. Si una vez obtenida la autorización y otorgada su prórroga, el titular de la autorización quisiera brindar suministro de agua al tercero de forma permanente, debe seguir el Procedimiento para extinguir su licencia y que sea otorgada en favor del tercero.

Al respecto, consideramos pertinente hacer algunas reflexiones sobre los requisitos establecidos para esta autorización, particularmente sobre el requisito de obtener **la certificación ambiental del proyecto del tercero**. Esta reflexión es relevante porque el titular de la actividad a desarrollarse en el Predio 2 no podrá recibir de ninguna manera agua del Predio 1 si no logra contar con certificación ambiental, lo cual no es posible en todos los casos.

Consideramos que este requisito se vuelve especialmente problemático porque no todos los proyectos requieren certificación ambiental, al no figurar en el listado de inclusión al SEIA establecido en la Resolución Ministerial 157-2011-MINAM y sus modificatorias. Por ello, incluso cuando el titular del Predio 2 no requiera certificación ambiental para su proyecto por no encontrarse en el listado, no podrá nunca legalmente obtener agua del Predio 1 por no contar con certificación ambiental. Consideramos que la Resolución Jefatural debiera ser modificada para contemplar este supuesto, especialmente porque los proyectos que no requieren certificación ambiental son proyectos que ocasionan potenciales impactos ambientales no significativos, situación que debe ser recogida e incentivada por la legislación en lugar de obstaculizada. Adicionalmente, sin perjuicio de que actualmente se trata de un requisito imposible de cumplir para esos proyectos no sometidos al SEIA, cabe indicar que obtener esa certificación ambiental tiene en la práctica una demora aproximada de año y medio en el sector agricultura, lo cual refuerza nuestra opinión de que no se está incentivando el acceso al agua.

Consideramos que es necesario tomar en cuenta que el titular de la licencia del Predio 1 ya pasó oportunamente por el análisis técnico de los profesionales de la ANA, quienes verificaron que la disponibilidad del recurso y otras condiciones no se vean afectadas con el otorgamiento de la licencia, por lo que no la figura debería: (i) contemplar una duración mayor a cuatro años; y (ii) exonerar a los proyectos no sometidos al SEIA de cumplir con el requisito de certificación ambiental, porque no pueden obtenerla. Como hemos señalado en la sección referida a la gestión del agua, este análisis técnico de la ANA es muy importante porque el agua es un bien escaso que se encuentra distribuido de forma no uniforme a lo largo del país y las demandas de agua también se caracterizan por no estar distribuidas de forma uniforme en los sectores productivos. Por lo expuesto, considerando que la certificación ambiental del proyecto del Predio 2 es un requisito difícil de cumplir cuando el proyecto del Predio 2 se encuentre cometido al SEIA, e imposible de cumplir cuando dicho proyecto no se encuentre sometido al SEIA, consideramos que la autorización de suministro en favor de un tercero es una figura que no beneficia la celeridad de los proyectos de inversión en el Perú ni mucho menos contribuye a poner el acceso al agua a todos los peruanos.

VII. REFLEXIONES FINALES

En el Perú el agua es un recurso escaso, el cual no se encuentra distribuido de forma uniforme a lo largo de nuestro territorio, situación que se ve complejizada por el hecho de que la demanda hídrica de los proyectos de inversión tampoco se encuentra distribuida uniformemente en el territorio ni en los sectores productivos. Adicionalmente, el Perú atraviesa por dificultades políticas y sociales, las cuales, si bien no han impedido la decisión política de iniciar un camino hacia un sistema integrado para la gestión de los recursos hídricos, sí implica un panorama complejo con diversos retos que todavía estamos en el proceso de lograr cumplir.

Incluso desde antes de que el Estado tomara un giro hacia una gestión sistematizada del agua, ya había dejado de lado el sistema de uso libre y lo había reemplazado por un régimen de derechos otorgados por el propio estado. Posteriormente, esta vez como parte de los esfuerzos para encaminarnos hacia una gestión integrada del agua,

nuestro vigente régimen de licencias permisos y autorizaciones se enmarca en el SNGRH dentro del SNGA. En ese contexto, tenemos que hoy no es posible transferir derechos de uso de agua cuando nos encontramos ante el cambio de titularidad del predio o actividad, sino que el titular del derecho debe seguir el Procedimiento regulado en la Resolución Jefatural, con el cual se logra extinguir el derecho para ese titular original y otorgarlo en favor del nuevo titular de la actividad o predio en las mismas condiciones.

Como consecuencia de la presente investigación, consideramos que, si bien únicamente la licencia de uso de agua y la reserva hídrica son derechos expresamente declarados como intransferibles por la legislación, todos los demás derechos, sin ser expresamente intransferibles, se volvieron intransferibles en el momento en que se regularon de forma general, para todos los derechos, el Procedimiento y la infracción de ceder las aguas total o parcialmente sin autorización de la ANA.

Asimismo, más allá del tenor expreso de la legislación que prohíbe la transferencia de la licencia y obliga al adquirente a pasar por el Procedimiento, no hemos encontrado ninguna característica en las licencias que justifique esa no transferibilidad. Por el contrario, consideramos que el plazo indeterminado de la licencia no justifica su no transferibilidad, ya que el adquirente podría continuar ejercitando la licencia en las mismas condiciones por ese plazo indeterminado. Asimismo, la licencia no se configura como especialmente distinta a los demás derechos, ya que comparte con ellos diversos aspectos como los requisitos de la solicitud, las obligaciones asociadas a los derechos y su fiscalización, la caducidad y la revocación. Por todo lo anterior, no es posible concluir que la licencia, y tampoco los otros derechos, razonablemente deban ser intransferibles.

Si bien el Procedimiento fue derogado automáticamente en virtud del ACR realizado por el propio estado peruano, la ANA no ha cumplido con retirarlo expresamente del ordenamiento, por lo que sigue siendo exigido, evaluado y aprobado por los órganos desconcentrados de dicha autoridad, probablemente de forma involuntaria. Por ello, en estricta aplicación de los resultados del ACR, consideramos que la ANA debe revisar la legislación en materia de recursos hídricos que regulan de forma general para todos los derechos el Procedimiento y la infracción de transferir o ceder a terceros el uso de las aguas, para luego tomar las medidas para promover los cambios legislativos correspondientes.

Por lo expuesto, lamentablemente para los inversionistas que hoy adquieran tierras cuyos titulares cuenten previamente con derechos de uso de agua, de momento deben pasar por el Procedimiento regulado en la Resolución Jefatural para poder convertirse en los nuevos titulares de esos derechos. Caso contrario, si llegan a utilizar el agua sin haber seguido el Procedimiento, incurrirían en la infracción de utilizar agua sin derecho, mientras que el todavía titular original de la licencia incurriría en la infracción de ceder total o parcialmente las aguas sin autorización. Por ello, actualmente el camino conservador que libra de contingencias es seguir el Procedimiento, ya que es el criterio que las autoridades han consolidado por varios años y aparentemente todavía no tienen proyectado cambiar.

REFERENCIAS

Autoridad Nacional del Agua [ANA] (2020). *Documento Técnico 2018: Cuentas Ambientales y Económicas del Agua en el Perú*. https://repositorio.ana.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12543/4705/ANA0003201.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2021). *Reflexiones sobre la gestión del agua en América Latina y el Caribe, Textos seleccionados 2002-2020*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46792/1/S2000908_es.pdf

Defensoría del Pueblo (2022). *Reporte de Conflictos Sociales 223.* https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/10/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-223-Setiembre-2022.pdf

Flores Rivas, J. C. (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho, 30*(2), 226-227.

Guevara Pérez, E. (2016). Evolución histórica de la gestión de los recursos hídricos en el Perú. *RIBAGUA - Revista Iberoamericana del Agua,* (2), 1-4.

Guevara Pérez, E. (2015). Evolución histórica de la Legislación Hídrica en el Perú. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, (15), 319-334.

Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura [IICA] (2006). *Gestión social del agua: la experiencia peruana*. https://repositorio.iica.int/bitstream/handle/11324/7620/BVE19039910e.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Leturia Rengifo, J. (2010). La Ley de Recursos Hídricos, Industria Extractiva y Protección del Agua. *Derecho & Sociedad*, (35), 113-122.

Luján Cárdenas, L. (24 de octubre de 2022). Perú: El jefe de la ANA sostuvo que la gestión del agua es responsabilidad de todos. *Iagua.* https://www.iagua.es/blogs/luis-lujan-cardenas/peru-jefe-ana-sostuvo-que-gestion-agua-es-responsabilidad-todos

Ministerio del Ambiente [MINAM] (2016). *Guía del Sistema Nacional de Gestión Ambiental*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/11814/Gu%C3%ADa_Nacional_del_Sistema_Nacional_de_Gesti%C3%B3n_Ambiental__SNGA_.pdf?v=1530479985

Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley 27444*. Gaceta Jurídica.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2021). *Gobernanza del Agua en Perú, 'Recursos Hídricos en el Perú – el estado actual'*. OECD Publishing.

Pinto Ortiz, Y. (12 de septiembre de 2018). La Naturaleza Jurídica del Agua en el Perú. *Prometheo*. https://prometheo.pe/la-naturaleza-juridica-del-agua-en-el-peru/

Ruiz Ostoic, L. (2013). Reflexiones en torno al acceso al agua en el Perú, en el marco de la nueva Ley de Recursos Hídricos. *Revista de Derecho PUCP,* (70)*,* 121-141.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Autoridad Administrativa del Agua, 21 de marzo de 2019, Resolución Directoral 601-2019-ANA-AAA-JZ-V (Perú).

Decreto Legislativo 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 001-2010-AG, Reglamento de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de marzo de 2010 (Perú).

Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Diario Oficial *El Peruano,* 26 de junio de 1997 (Perú).

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de abril de 2001 (Perú).

Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de marzo de 2009 (Perú).

Resolución Administrativa 005-2018-ANA-AAA-CHCH-ALA.P, Licencia de uso de agua por cambio de titularidad, 29 de enero de 2018 (Perú).

Resolución Administrativa 038-2018-ANA-AAA-CH.CH-ALA.P, Licencia de uso de agua por cambio de titularidad, 8 de mayo de 2018 (Perú).

Resolución Administrativa 039-2018-ANA-AAA.CH.CH-ALA.P, Licencia de uso de agua por cambio de titularidad, 8 de mayo de 2018 (Perú).

Resolución Administrativa 003-2020-ANA-AAA-CF-ALA.CHH, Licencia de uso de agua por cambio de titularidad, 24 de enero de 2020 (Perú).

Resolución Jefatural 007-2015-ANA, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y de Autorización de Ejecución de Obras en Fuentes Naturales de Agua, Diario Oficial *El Peruano,* 10 de enero de 2015 (Perú).

Resolución Jefatural 151-2002-ANA, Aprueban el Glosario de la Ley 29338 Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 001-2010-AG, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de octubre de 2020 (Perú).

Resolución Ministerial 157-2011-MINAM, Aprueban Primera Actualización del Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 2011 (Perú).

Resolución Ministerial 023-2019-MINAGRI, Dispóngase la eliminación de requisitos previstos de los siguientes procedimientos administrativos indicados en la presente Resolución, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de enero de 2019 (Perú).

Tribunal Nacional de Solución de Controversias Hídricas, 31 de enero de 2020, Resolución 129-2020-ANA/TNRCH (Perú).

10.18800/themis.202202.005

HERRAMIENTAS JURÍDICAS FRENTE A EMERGENCIAS AMBIENTALES: ACCIONES Y RESPONSABILIDADES EN EL CASO REPSOL SOBRE DERRAMES DE PETRÓLEO EN EL MAR PERUANO

LEGAL TOOLS TO DEAL WITH ENVIRONMENTAL EMERGENCIES: ACTIONS AND RESPONSIBILITIES IN THE CASE OF REPSOL ON THE OIL SPILL IN THE PERUVIAN SEA

Carlos Rodrigo Zúñiga*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Jesús Daniel Villanueva Saire**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Aurora Rivera Torres***
Pontificia Universidad Católica del Perú

This article addresses the different legal tools that exist in the Peruvian territory to be able to deal with various environmental emergencies, especially those derived from the use of natural resources by private agents. This includes the following legal mechanisms: constitutional law, administrative law, criminal law and civil law tools.

Likewise, in order to be able to clearly portray the above, reference will be made to a case study that occurred a short time ago. This is the case of the Repsol oil spill in the Peruvian sea.

Keywords: Natural resources; Repsol; Contingency Plan; constitutional, administrative, criminal and civil legal responsibility.

En el presente artículo se abordan las diferentes herramientas legales que existen en el Perú a fin de poder hacer frente a las diversas emergencias ambientales, especialmente, aquellas derivadas del aprovechamiento de recursos naturales por parte de los inversionistas. Esto incluye herramientas de tipo constitucional, administrativo, penal y civil.

Igualmente, a fin de poder retratar de forma clara lo antes expuesto, se hará referencia a un caso de estudio ocurrido hace poco tiempo. Este es el caso del derrame de petróleo de Repsol en el mar peruano.

Palabras clave: Recursos naturales; Repsol; Plan de Contingencias; responsabilidad legal constitucional, administrativa, penal y civil.

* Abogado. Título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente adjunto de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la PUCP (Lima, Perú). Contacto: rodrigo.zuniga@pucp.edu.pe

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro de la Clínica Jurídica Ambiental de la PUCP. Contacto: villanuevas.d@pucp.edu.pe

*** Estudiante de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro de la Clínica Jurídica Ambiental de la PUCP. Contacto: aurorarivera162@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 3 de septiembre de 2022, y aceptado por el mismo el 23 de noviembre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se estudian las herramientas legales existentes a nivel nacional para que el Estado peruano haga frente a emergencias ambientales, ocasionadas en el desarrollo de actividades de aprovechamiento de recursos naturales por el sector privado, entendiendo estas actividades como inversión privada, sea nacional o extranjera[1]. En ese sentido, a modo de ilustración, también se abordan las acciones estatales llevadas a cabo en un caso concreto: los derrames de petróleo en el mar peruano por parte de la empresa Repsol acaecidos los días 15 y 25 de enero del año en curso.

La importancia de este artículo radica en la necesidad de contar con una exposición académica que clarifique la forma en que trabajan y pueden trabajar las instituciones públicas frente a un desastre ambiental ocasionado en el desarrollo de actividades de aprovechamiento de recursos naturales. De esta manera, se busca contribuir con la predictibilidad y seguridad jurídica que debe caracterizar a cualquier ordenamiento que pretenda generar confianza en el inversionista, nacional o extranjero. En otras palabras, exponer las herramientas legales a nivel nacional para hacer frente a desastres ambientales provocados por agentes privados y abordar un caso concreto como el de los derrames de Repsol, permite comprender a qué se atiene un inversionista que piensa invertir en actividades de aprovechamiento de recursos naturales, en las que siempre está latente el riesgo de emergencias ambientales. De igual manera, la información aquí contenida no deja de ser relevante para cualquier interesado en la materia, ya sea inversionista, funcionario público o miembro de la sociedad civil.

En efecto, los asuntos aquí tratados son de interés actual y relevante para la comunidad en general puesto que se distinguen los distintos tipos de daños que se pueden generar en una emergencia ambiental como la producida por los derrames de hidrocarburos de Repsol, capaces de afectar la salud, el trabajo y la biodiversidad al mismo tiempo. Así como se detalla la efectividad de la respuesta estatal para mitigar estos daños y se plantean propuestas normativas para mejorar la misma. Vale recordar aquí que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, CMNUCC) ya versa sobre la necesidad de una acción conjunta internacional respecto a la mitigación del cambio climático, y que la conservación de la diversidad biológica ha sido reconocida como interés común de toda la humanidad en el preámbulo del Convenio sobre diversidad biológica aprobado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

Finalmente, no está de más señalar que la relevancia de esta exposición se intensifica considerando que en el Perú, entre 1992 y 2021, se han producido más de 1000 derrames de hidrocarburos, que en total sumarían más de 80 000 barriles de productos asociados a la extracción de hidrocarburos (León Cépeda & Zúñiga Lossio, 2022, pp. 12-15). Con lo que el estudio del marco normativo y las acciones desplegadas en el caso de los derrames de Repsol del 15 y 25 de enero constituye un esfuerzo fundamental para identificar falencias y fortalezas en el desarrollo de actividades de explotación, transporte o almacenamiento de sustancias peligrosas, vinculadas a la explotación de recursos naturales.

En cualquier caso, esperamos que, tras la revisión de este artículo, el lector pueda adquirir una visión sobre los riesgos latentes en el aprovechamiento de recursos naturales, prevenir que se concreticen y saber qué hacer en caso suceda, de acuerdo con el marco normativo peruano.

II. LA RELACIÓN DE LA INVERSIÓN CON LOS TÍTULOS ADMINISTRATIVOS PARA EL APROVECHAMIENTO ECONÓMICO DE LOS RECURSOS NATURALES

Para propósitos de este artículo, el concepto de inversión será entendido en una relación intrínseca con los derechos de propiedad. De hecho, en el marco de los tratados de libre comercio o bilaterales de inversión, esta suele definirse como acciones de capitales de las empresas, préstamos, bienes u otro tipo de propiedad con el propósito de obtener beneficios de sus actividades económicas[2].

En ese marco, el inversionista, teniendo títulos habilitantes para el aprovechamiento de los recursos naturales nacionales, como podrían ser contratos, autorizaciones o concesiones, se encuentra protegido en el ámbito internacional de los tratados bilaterales de inversión y del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias a Inversiones (en adelante, CIADI) al ser considerado como una inversión.

Respecto a ello, existe importante casuística del CIADI que considera que las inversiones abarcan, por ejemplo, los títulos de contratos de opción y concesiones mineras otorgadas en el Perú, siendo

[1] La información recopilada en este artículo ha sido materia de investigación en el marco de las actividades de la Clínica Jurídica Ambiental de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[2] Véase, por ejemplo, el artículo 847 del Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y Canadá en lo relativo a la definición de inversiones, ratificado por Decreto Supremo 044-2009-RE (2009).

posible que un inversionista acuda a mecanismos internacionales de resolución de disputas ante posibles expropiaciones (*Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, 2017, p. 93).

En ese sentido, las inversiones y los títulos administrativos sobre recursos naturales tienen una estrecha relación al estar protegidos en el marco de tratados internacionales de inversión siempre y cuando así evalúe el mismo tribunal del CIADI su competencia para resolverlo (*Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, 2017, p. 94)[3].

Ahora bien, es importante precisar que, en el presente artículo, nos limitaremos al estudio de las herramientas legales con que se cuenta a nivel nacional para hacer frente a emergencias ambientales surgidas en el marco del aprovechamiento de recursos naturales por titulares (inversionistas). Esta precisión es importante puesto que, si quisiéramos abordar todas las herramientas con que se cuenta, sería necesario estudiar también cada tratado en materia de inversión del que el Estado peruano es parte, a efectos de considerar también las consecuencias en sede internacional y las diferentes definiciones de inversiones.

Por otra parte, la exposición de las herramientas jurídicas en sede nacional para hacer frente a emergencias ambientales ayudará al entendimiento de la normativa aplicable. Igualmente, es vital que esta información sea de conocimiento para los agentes de la sociedad civil y funcionarios públicos, sobre todo aquellos involucrados en problemas medioambientales. Por ello, es importante diferenciar en primer lugar, los títulos otorgados para el aprovechamiento económico de los recursos naturales frente a los títulos administrativos ambientales o certificaciones ambientales preventivos generados del estudio de los impactos ambientales por dichas actividades.

Al respecto, el artículo 66 de la Constitución Política del Perú señala, en relación con los títulos otorgados para el aprovechamiento económico de los recursos naturales, que el Estado es soberano en el aprovechamiento de estos, los cuales a su vez son patrimonio de la nación. Así como también, que estos serán desarrollados para su utilización y otorgamiento a través de los títulos habilitantes correspondientes. El mencionado artículo establece lo siguiente:

> Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El 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 (1993).

Dicho artículo se desarrolla por la Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la cual ratifica en su artículo 4 que los recursos naturales, renovables o no, son patrimonio de la nación; no obstante, los frutos extraídos de los derechos concedidos son de los titulares. De hecho, la terminología no es de inversionista como describimos anteriormente en sede internacional, sino que la norma nacional de aprovechamiento de los recursos naturales denomina titulares a aquellos que poseen títulos habilitantes para el aprovechamiento económico de los recursos naturales.

Si bien en la doctrina aún existen posiciones minoritarias, como la teoría patrimonialista o de propiedad de todos los recursos por el Estado (mas no vinculado con su soberanía); la teoría de dominio público, en tanto que son bienes públicos sujetos a regulación estatal para el acceso de particulares; la teoría de la *publicatio*, que solo los excluye del comercio y pueden ser concesionados para su aprovechamiento; la realidad es que la teoría eminente de la soberanía de los recursos naturales es la que predomina, en tanto el Estado ejerce un dominio soberano –eminente– como la administración, organización, legislación y potestad de conceder títulos para un beneficio de la nación en su conjunto, pese a que en su fuente aún mantiene la titularidad estatal de acuerdo a lo interpretado del artículo 4 de la mencionada Ley 26821 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 4 de la sentencia recaída en el Expediente 0003-2006-PI/TC y fundamento jurídico 29 de la sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC[4].

[3] En el caso del Decreto Legislativo 1071 de 2008, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se advierte en el artículo 2 que pueden ser sometidos a este mecanismo de resolución de controversias solo aquellas materias de libre disposición sin perjuicio de lo regulado por los tratados internacionales de inversión.

[4] Adicionalmente, se recomienda revisar a Castro Pozo, que concluye que "los recursos naturales son de dominio público, lo cual implica que los poderes públicos se reservan la potestad de otorgar Títulos Habilitantes necesarios para desarrollar las actividades de investigación y explotación de dichos recursos […]" (2009, p. 55). Asimismo, a Aguado Martínez, que reconoce la propiedad y soberanía de los recursos naturales en el Estado peruano, "quien podrá disponer de los mismos dentro de los límites establecidos por la Ley" (2009, p. 26). Finalmente, el destacado artículo del Huapaya Tapia, que concluye que el régimen de los recursos naturales se entiende en mayor medida por la:

> teoría dominialista, en la medida que se considera que los recursos naturales son bienes de dominio público, bajo la guarda y administración del Estado, el cual ejerce su soberanía mediante la facultad de regulación de las actividades y beneficios o derechos concedidos […] (2014, p. 339).

Incluso, el artículo 6 de la mencionada Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, señala expresamente que la "(…) soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos" (Ley 26821, 1997), es decir, no solo hay competencias en materia de administración, sino también en justicia, teniendo así un enfoque extremo amplio de entender la soberanía sobre los recursos naturales.

Cabe advertir que la regulación de los títulos para el aprovechamiento de los recursos naturales es diferente dependiendo del tipo de recurso y del sector al que corresponda. Por ejemplo, la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, anterior a la Ley 26821, usa predominantemente para la exploración y explotación, los contratos de licencia o de servicios. A diferencia del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM, el cual señala que los títulos son las concesiones otorgadas para exploración y explotación.

Si bien la Ley 26821, al ser una ley orgánica y de desarrollo constitucional del artículo 66 de la Constitución, buscó uniformizar el régimen de títulos para el aprovechamiento de los recursos naturales, también dispuso los artículos 21 y 22 para que se dispongan los títulos correspondientes de acuerdo con las leyes especiales. Evidencia de ello también es la Tercera Disposición Final de la Ley 2682, la cual expresamente señala que las leyes dictadas anteriormente tales como la de hidrocarburos mantienen su vigencia. De esta manera, se tendría entonces una ley orgánica y de desarrollo constitucional; y una ley ordinaria de hidrocarburos, Ley 26221. Es importante tenerlo en cuenta puesto que más adelante se analizarán emergencias ambientales por derrames de petróleo.

De lo analizado se tiene un régimen no uniforme de los títulos otorgados para el aprovechamiento económico de los recursos naturales bajo la teoría eminente y soberana del Estado con titularidad pública de estos recursos incluso desde su fuente de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución y Ley 26821.

En las siguientes líneas, se desarrollará el marco jurídico ambiental en el que se desenvuelven los inversionistas y titulares en el aprovechamiento económico de los recursos naturales en el contexto nacional. Asimismo, un capítulo será dedicado exclusivamente al tratamiento jurídico que se les ha dado a los derrames de petróleo en el mar de Ventanilla por parte de la empresa Repsol los pasados 15 y 25 de enero del año en curso a efectos de reflexionar y sugerir aspectos que deberían ser desarrollados diligentemente por los titulares e inversionistas.

III. LA RELACIÓN DE LA INVERSIÓN Y LOS PLANES DE CONTINGENCIA EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA DE MANEJO Y CERTIFICACIÓN AMBIENTAL

Los titulares en el aprovechamiento económico de los recursos naturales en el contexto nacional se desenvuelven en una normativa ambiental en evolución incluso antes del reconocimiento constitucional al derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado en el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución (1993). Evidencia de ello es el derogado Código del Medio Ambiente, aprobado por Decreto Legislativo 613 del año 1990, el cual dispuso en su artículo 8 la obligación de los titulares de tener un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA) cuando se trate de daños negativos significativos al ambiente.

La dispersión y regulación por los reglamentos sectoriales recién llegaron a consolidarse con la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (en adelante, Ley SEIA); y recién se hizo efectivo con su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 019-2009-MINAM (en adelante, Reglamento SEIA). Si bien anteriormente la Ley 28611, Ley General del Ambiente, del año 2005, advirtió la importancia de los instrumentos de gestión ambiental, faltaba concretar que ningún proyecto o actividad económica pueda ejecutarse sin la certificación ambiental correspondiente, como bien lo dispuso el artículo 3 de la Ley SEIA.

En ese marco, se han ido adecuando los diferentes sectores a lo dispuesto por esta importante normativa, sin perjuicio de la constante evolución institucional y ambiental con la creación del Senace por Ley 29968, así como de la certificación ambiental global desarrollado por Ley 30327, y el reciente Reglamento del Procedimiento Único del Proceso de Certificación Ambiental (en adelante, PUPCA), aprobado por Decreto Supremo 004-2022-MINAM, el cual se venía postergando para el beneficio de los titulares de un único proceso para la evaluación del impacto ambiental de sus actividades de acuerdo con la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1394.

Particularmente, es importante resaltar en esa breve descripción de la evolución normativa ambiental, lo desarrollado por la ley y Reglamento SEIA al disponer que los instrumentos de gestión ambiental son la DIA (Categoría I - leves), EIA-sd (Categoría II - moderados) y EIA-d (Categoría III - altos) para los diferentes proyectos públicos y privados presentados sin distinción. De esta manera,

Gráfico 1: Procedimiento para la certificación ambiental en la Ley 27446, Ley del SEIA (2001)

Fuente: Elaboración propia a partir del artículo 6 de la Ley 27446, Ley del SEIA (2001)

se tenía un proceso de evaluación de impacto ambiental que buscaba prevenir, minimizar, corregir y mitigar los impactos ambientales negativos de los diferentes proyectos públicos y privados expresados procedimentalmente en una solicitud, clasificación y evaluación para su respectiva resolución que aprueba el título y certificado ambiental (ver gráfico 1).

Concretamente, es importante resaltar que dentro de los aspectos a evaluar por la autoridad ambiental competente es que el titular adopte secuencialmente las siguientes medidas establecidas en la jerarquía de mitigación (prevenir, minimizar y rehabilitar) antes de aplicar medidas de compensación (ver gráfico 2).

Es decir, como bien lo establece el artículo 10 de la Ley del SEIA, en concordancia con los artículos 27 y 28 del Reglamento SEIA, la relación entre estas medidas de prevenir, minimizar y rehabilitar se expresa en la Estrategia de Manejo Ambiental como parte de la evaluación del instrumento de gestión ambiental presentados por el titular, dentro de los cuales se destaca el Plan de Contingencia en aras de minimizar los impactos ambientales ante una emergencia ambiental.

En el caso de las actividades de hidrocarburos, es importante considerar específicamente el Reglamento ambiental vigente de hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo 039-2014-EM, el cual reitera en su artículo 5 la obligatoriedad de la certificación ambiental, el cual incluye el Plan de Contingencia en caso de emergencias ambientales. Asimismo, en caso de emergencias, también advierte en los artículos 66 y 66-A las respuestas inmediatas frente a derrames considerables de petróleo dentro de los 10 días posteriores de lo ocurrido, salvo que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) dicte medidas administrativas con plazo diferente.

Por lo mencionado, los planes de contingencia se encuentran enmarcados en la estrategia de manejo ambiental aprobada por la certificación ambiental para minimizar los impactos ambientales negativos significativos ante algún desastre o emergencia en el marco del SEIA.

Cabe advertir que, en las actividades de hidrocarburos, no solo es importante el Plan de Contingencia, sino también los planes de contingencias operacionales para el transporte como parte de la cadena económica y productiva. En este último tipo

Gráfico 2: Relación de la Jerarquía de Mitigación con la Estrategia de Manejo Ambiental en el Reglamento SEIA, aprobado por el Decreto Supremo 019-2009-MINAM

Fuente: Lineamientos para la Compensación Ambiental en el mercado del SEIA, aprobado por Resolución Ministerial 398-2014-MINAM

de plan de contingencia operacional, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (en adelante, Dicapi) de la Marina de Guerra tiene un protagonismo relevante al ser la autoridad que vela por un modelo apropiado para que los titulares elaboren sus planes respectivos a ser aprobados. En el caso de Repsol, las instalaciones de los Terminales Portuarios Multiboyas 1, 2 y 3 y el Sistema de Detección Temprana de Fugas de Hidrocarburos (en adelante, Sistema HEADS) fue el plan aprobado por Dicapi por Resolución de Capitanía 263-2015, de fecha 9 de diciembre de 2015, el cual a su vez fue evaluado por ITS y otorgado por Resolución Directoral 058-2016-SENACE/DCA, siendo un hecho importante a considerar al estudiar más adelante el presente caso.

A. Emergencias ambientales como eventos reportables en el marco del SINEFA

El modelo peruano de emergencias ambientales como eventos reportables optó por señalar en el artículo 28 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente (2005), que la emergencia ambiental consiste en daños ambientales súbitos y significativos. Ello fue complementado con la nueva definición dispuesta por la Resolución del Consejo Directivo 006-2021-OEFA/CD, que modifica los artículos 3, 5 y 6 de la Resolución del Consejo Directivo 018-2013-OEFA/CD, Reglamento del reporte de emergencias ambientales del OEFA, en los términos siguientes:

> Ante una emergencia ambiental, esto es un evento súbito imprevisible generado por causas naturales, humanas o tecnológicas que incide en la actividad del administrado y que genere no puedan generar deterioro al ambiente, el administrado debe reportar o comunicar su ocurrencia en función a la metodología de estimación de riesgos en emergencias ambientales elaborada para tales efectos.

Dicha definición solo se diferencia de la anterior en tanto que se introdujo un enfoque de riesgos de reportar o comunicar las emergencias ambientales a través del Estimador de Riesgos Ambientales de Emergencias (en adelante, ERA EMERGENCIAS). De esta manera, en base a la información proporcionada se puede determinar el nivel de riesgo para la verificación inmediata y correcta respuesta en una emergencia calificada como tal.

En ese sentido, aún es importante destacar que se debe concurrir en tres elementos convergentes para ser considerado una emergencia ambiental, salvo que se acredite de manera fehaciente la ruptura del nexo causal tales como caso fortuito y fuerza mayor[5]. Estos tres elementos convergentes se pueden entender en lo siguiente de acuerdo con la Exposición de Motivos del Reglamento (ver tabla 1).

Al respecto, según la exposición de motivos de la última modificación a través de Resolución del Consejo Directivo 006-2021-OEFA/CD, se introdujo un enfoque de riesgos, el cual contiene una metodología propia en lo siguiente: (i) cantidad y peligrosidad de la sustancia involucrada; (ii) dimensión; (iii) afectación a los componentes ambientales; y (iv) recurrencia del evento.

Asimismo, se reitera la obligación de presentar el reporte preliminar hasta dentro de las doce horas; y un plazo máximo de diez días hábiles de ocurrida la emergencia. De lo contrario, las multas pueden

Tabla 1: Concepto de emergencia ambiental según el Reglamento de reporte de emergencias ambientales

1. Evento súbito e imprevisible generado por causas naturales, humanas o tecnológicas	2. Incidencia en la actividad del titular	3. Genere o pueda generar un deterioro al ambiente
El evento ocurra de manera repentina e inesperada, respecto del cual el titular no se encontraba en la posibilidad de conocer con exactitud el lugar ni el momento en que se produciría, ni tampoco la magnitud que alcanzaría.	El evento ocurre dentro del área de influencia directa, donde se desarrollan las actividades. Comprende la suma de todos los espacios ocupados por los componentes principales, accesorios y áreas impactadas directamente durante el ciclo de vida de la actividad.	Todo menoscabo material que sufre el ambiente o alguno de sus componentes, contraviniendo o no alguna norma y que genere (o pueda generar) efectos negativos.

Fuente: Resolución del Consejo Directivo 018-2013-OEFA/CD (2013), y modificaciones

[5] Para mayor detalle, se podría revisar doctrina o jurisprudencia civil que diferencia caso fortuito y fuerza mayor. De acuerdo con la Casación 1693-2014-Lima:

> […] y como lo entiende Mosset, que la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor va más allá de lo puramente teórico, caracterizan al primero por su 'imprevisibilidad' y a la fuerza mayor por implicar la 'irresistibilidad'. En tal sentido, se debe entender como 'caso fortuito' cuando es posible evitar el daño producido mediante actos de previsibilidad, esto es se puede evitar mediante una diligencia normal, en cambio será 'fuerza mayor' cuando aun habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño, como se daría el caso en los casos de desastres naturales (2014, fundamento 8).

ascender desde 5 a 1 000 UIT, dependiendo de la calificación de gravedad de la obligación. La más leve es la de no remitir al OEFA los reportes de emergencia dentro del plazo establecido con una sanción hasta 100 UIT; mientras que la no remisión de información o documentación falsa pueden tener sanciones de 5 a 500 UIT y 10 a 1 000 UIT, respectivamente. Cabe advertir, no activar dichos planes de contingencia en caso de emergencia puede ser materia de sanción, incluso siendo no subsanable de exceder el plazo[6].

Es importante mencionar que la regulación con enfoque de riesgos viene siendo de suma preocupación en el contexto internacional. Por ejemplo, el Acuerdo de Cooperación regional para el combate contra la contaminación por hidrocarburos del Pacífico, aprobado por Resolución Legislativa 24929 del año 1988 por Perú, en sus artículos IX y X, se dispone la importancia que los capitanes de barco deben informar inmediatamente los derrames por hidrocarburos a través de los medios correspondientes.

Asimismo, según la legislación española, es importante que se tenga la 'probabilidad suficiente' de acuerdo la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medio Ambiental en España o aquella 'probabilidad razonable' que pueda generar una afectación o efecto nocivo de acuerdo con el Canadian Environmental Protection Act, 1999 (en adelante, CEPA).

Por lo mencionado, la emergencia ambiental a ser reportada aún mantiene la concurrencia de ser un evento súbito e imprevisible con incidencia en la actividad del titular que pueda afectar al ambiente, aunque debido al contexto internacional y el enfoque de riesgo adoptado por el OEFA recientemente con ERA EMERGENCIA se ha dispuesto la incorporación de una metodología de riesgos más precisa a ser reportada por el titular.

IV. CASO REPSOL SOBRE DERRAME DE PETRÓLEO EN EL LITORAL MARINO COSTERO

En esta línea de análisis, resulta enriquecedor, para los objetivos de este artículo, abordar el caso del derrame de petróleo de Ventanilla, acaecido en enero de 2022, producto de las actividades de la empresa Repsol. En efecto, este relato nos ayudará a comprender el empleo de las herramientas jurídicas en sede nacional con que cuenta el Estado peruano para hacer frente a desastres ambientales y que el inversionista tendría que considerar para evitar futuros casos parecidos. Asimismo, servirá de insumo para futuras investigaciones en aras de contribuir con el fortalecimiento y difusión del marco jurídico ambiental.

Al respecto, la Unidad Fiscalizable 'Refinería La Pampilla S.A.A.' es una filial del Grupo Repsol del Perú S.A.C.[7], dedicada a la actividad de hidrocarburos (producción de derivados de hidrocarburos a partir de la refinación del petróleo), ubicada en el distrito de Ventanilla, provincia Constitucional del Callao; y, según la Clasificación Anticipada en el marco del SEIA para las actividades de Hidrocarburos contenida en el Anexo I del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo 039-2014-EM (2014), le corresponde un Estudio de Impacto ambiental detallado, en tanto los impactos ambientales negativos que podría generar dicha actividad son altos.

Con fecha 15 de enero de 2022, a las 22:26:36 horas, el representante de Refinería La Pampilla registró la emergencia ambiental para el reporte al OEFA debido al derrame ocasionado durante las operaciones de descarga del Buque Tanque Mare Doricum en las instalaciones del Terminal Multiboyas 2 de la Refinería La Pampilla.

Seguidamente, mediante el Informe 00009-2022-MINAM/VMGA/DGCA, el MINAM advierte que el sábado 15 de enero de 2022 la empresa Refinería La Pampilla S.A.A., empresa operadora de la Refinería La Pampilla, reportó al OEFA una emergencia ambiental por la presencia de un producto oleoso en un área de 2.5 m^2 en lado del mar por un posible derrame de 0.16 barriles de hidrocarburos.

En el precitado informe se señala que el OEFA ha verificado la presencia de hidrocarburos en el mar y en la franja de playa (arena), y que el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el

[6] Cabe añadir que, según un precedente de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Ambiental de la OEFA, Resolución 130-2019 OEFA/TFA-SMEPIM, el hecho de no presentar el Reporte Preliminar de Emergencia Ambiental dentro del plazo legal establecido resulta de carácter insubsanable en aplicación de la Resolución de Consejo Directivo 018-2013-OEFA/CD, y modificatoria.

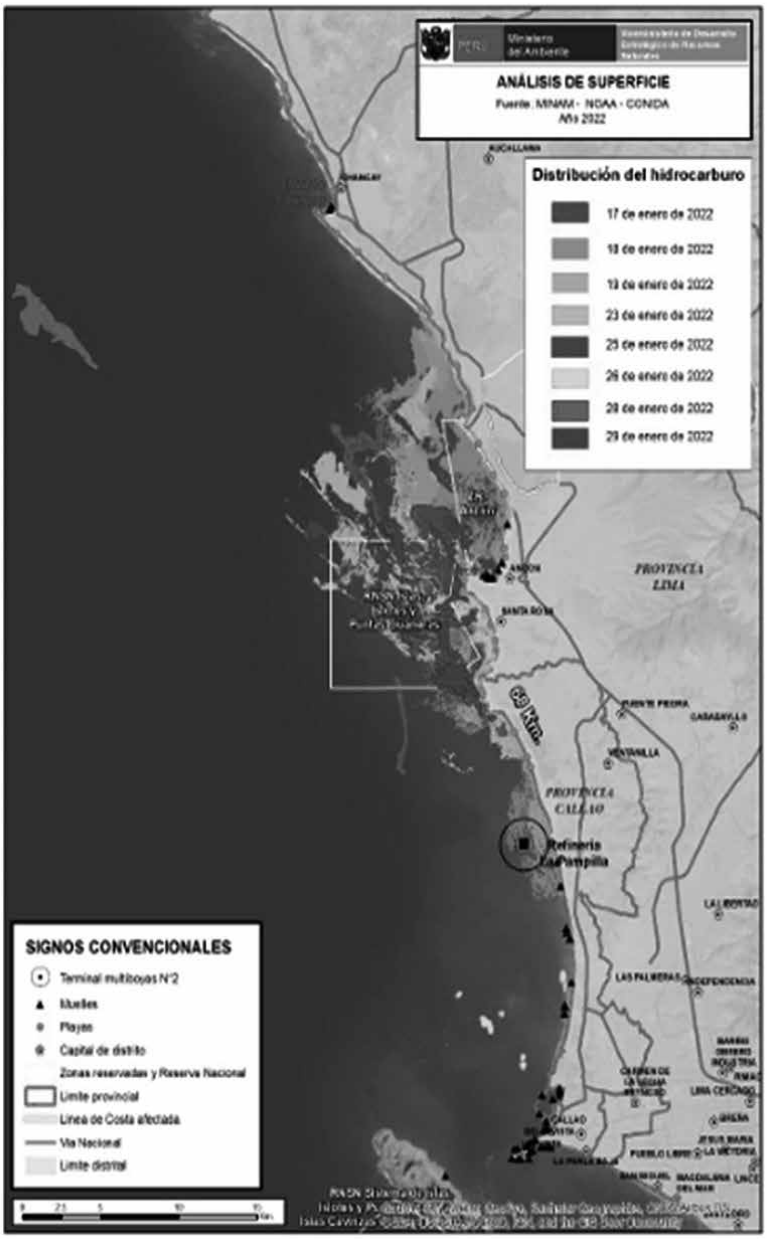
[7] Con relación al certificado ambiental preventivo, mediante Resolución Directoral 751-2006-MEM/AAE, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) aprobó el EIA de la Construcción y Operación de un Nuevo Terminal Multiboyas 3 de la Refinería la Pampilla, el mismo que cuenta con el Plan de Contingencia del Terminal Multiboyas 1 y 2.
Asimismo, mediante Resolución Directoral 058-2016-SENACE/DCA, se otorgó conformidad al Informe Técnico Sustentatorio (ITS) del Sistema HEADS en las líneas submarinas de Refinería La Pampilla S.A.A, presentado por RELAPASAA, siendo este un instrumento complementario del EIA, el cual contiene en su anexo 15 el Plan de Contingencia de dicha empresa, aprobado por Resolución de Capitanía 263-2015 de fecha 09 de diciembre de 2015.

Estado (en adelante, Sernanp) ha verificado que el petróleo derramado se desplazaba a favor de la corriente en dirección norte, afectando las áreas de los Islotes Grupo de Pescadores de la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras en 512 hectáreas (en adelante, ha) y la Zona Reservada Ancón en 1 758.1 ha, afectando la biodiversidad de la zona. En consecuencia, se determinó como un evento súbito y de impacto significativo para una Declaratoria de Emergencia Ambiental (en adelante, DEA), mediante Resolución Ministerial 021-2022-MINAM (2022).

Posteriormente, con fecha 24 de enero de 2022, la Refinería La Pampilla registró a las 20:48 horas en el SGEA del OEFA una segunda emergencia ambiental referida al derrame de petróleo crudo sobre la superficie de agua de mar de Ventanilla, proveniente de la línea de descarga del Terminal Multiboyas 2, la misma que limita al norte con el 'Islote Grupo de Pescadores' perteneciente a la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras. En consecuencia, hubo una modificación a la primera DEA debido a la expansión del derrame conforme se detalla en el gráfico 3.

Al respecto, y en el contexto de continuos hechos sobrevinientes, el OEFA, en el marco de sus funciones, ha dictado diversas medidas administrativas a Refinería La Pampilla consistentes en la identifi-

Gráfico 3: DEA por Resolución Ministerial 042-2022-MINAM



Fuente: Anexo I de la Resolución Ministerial 042-2022-MINAM

cación de zonas afectadas, la limpieza, contención y recuperación del hidrocarburo, disposición adecuada de los residuos, rescate y custodia de las especies afectadas, el cese de las acciones de mezcla de arena impregnada con petróleo crudo con arena limpia en la zona supramareal de la playa San Gaspar, entre otras.

Asimismo, el OEFA ha iniciado 4 procedimientos administrativos sancionadores (en adelante, PAS) contra la Refinería La Pampilla S.A.A. en el marco de las siguientes medidas administrativas: (i) limpieza del área de suelo y aseguramiento, contención y recuperación de hidrocarburo; (ii) contención, recuperación y limpieza de la bahía de las áreas naturales protegidas y en otras áreas marinas; (iii) aseguramiento del área, contención, recuperación y limpieza de hidrocarburo sobrenadante en el agua del mar afectada, correspondiente a la zona del mar de Ventanilla; y (iv) información falsa en el Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales.

De igual manera, el OEFA ha ordenado dieciséis medidas administrativas, respecto de los cuales se ha evidenciado el incumplimiento de siete de ellas de acuerdo con la Nota de Prensa de esta entidad[8]. Como consecuencia de dicho incumplimiento y en función del procedimiento de ejecución de actos administrativos se han impuesto a la empresa siete multas coercitivas por un monto total de 2 852[9] millones de soles, las cuales a la fecha se encuentran pagadas.

Por lo mencionado, a pesar de las acciones dispuestas por el OEFA, es necesario que el Estado adopte acciones concretas con la finalidad de atender las consecuencias de la emergencia ambiental, siendo que estas deban ser respondidas principalmente por el titular, al ser quien generó los daños; así como también se requiere la adopción de medidas que disuaden o incentiven al titular a ser diligente y responsable en su actividad riesgosa, a efectos de no generar acciones que pudiesen derivar en una emergencia ambiental y que tenga una conducta de cumplimiento de las medidas administrativas preventivas que ordene el fiscalizador ambiental en ese escenario de emergencia.

A. Hoja de Ruta: ¿Plan de Contingencia frente a una emergencia ambiental reportada?

Como se detalla de lo expuesto en lo sucedido en el Caso Repsol, no estamos frente a un escenario de una empresa que no tiene una certificación ambiental. Se está frente a una situación en que la respuesta fue tardía e insuficiente para minimizar o atender los impactos ambientales negativos considerables, así como no permitió una primera respuesta rápida frente a lo erróneamente reportado derivando a una de las emergencias ambientales que más ha afectado en los últimos tiempos el litoral marino costero nacional, sin perjuicio de los demás procesos de responsabilidad civil, penal y administrativa en curso[10].

Evidencia de ello es que incluso el último 29 de octubre del presente año 2022, el OEFA informa que se ha impuesto dos multas en primera instancia debido a la información falsa reportada y a no realizar las acciones de contención y limpieza por montos de 3 000.00 UIT (equivalente a S/ 12 800 000.00) y 6 340.082 UIT (equivalente a S/ 29 164 377.2), respectivamente[11].

En ese sentido, estamos ante un titular que no ejecutó efectivamente su plan de contingencia pese a ser una empresa que tiene reconocida experiencia en actividades de hidrocarburos y una política de salud, seguridad y medio ambiente actualizada a los estándares internacionales ambientales (Grupo Repsol, 2021).

Probablemente, la exigencia sea mayor en adelante para los titulares puesto que si se tiene aprobado el Plan de Contingencia, este no siempre incluye todas las medidas de contingencia necesarias ante la ocurrencia de una emergencia ambiental, motivo que no debe suponer la inacción del titular, sino que este debe implementar medidas inmediatas que incluyan acciones de control y respuesta con el propósito de contener o minimizar los efectos de la emergencia ambiental.

Como advertimos al inicio del presente artículo, el Plan de Contingencia es exigido desde la emi-

[8] Véase el portal web del Estado peruano: https://www.gob.pe/institucion/oefa/noticias/631558-el-oefa-impone-multa-a-repsol-por-mas-de-5-millones-de-soles-por-incumplir-con-la-identificacion-de-las-zonas-afectadas-ante-el-derrame

[9] Véase a RPP Noticias: https://rpp.pe/politica/gobierno/caso-repsol-ministerio-del-ambiente-denuncia-que-25-playas-siguen-afectadas-por-derrame-de-petroleo-noticia-1424819#:~:text=El%20Ministerio%20del%20Ambiente%20

[10] Para mayor detalle, véase la cronología de las acciones supervisión ambiental de OEFA frente al derrame de petróleo en Ventanilla en el siguiente enlace: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2826984/CRONOLOGIAresumida%20%281%29.pdf.pdf

[11] Para mayor detalle, véase el comunicado oficial del OEFA: https://www.gob.pe/institucion/oefa/noticias/665415-oefa-impone-dos-multas-a-repsol-por-mas-de-42-millones-de-soles

Tabla 2: Contenido mínimo del Plan de Contingencia como parte de la Estrategia de Manejo Ambiental

Objetivos	La definición de objetivos de los planes o programas, son determinados considerando que las medidas que se proponen serán de aplicación tanto para los impactos ambientales como para las causas que lo generan. El objetivo específico debe enunciar la idea central del plan o programa de forma sucinta y objetiva apuntando a los logros.
Alcance	El alcance debe precisar el espacio y la oportunidad en la que se implementará el plan o programa, es decir, las actividades y/o componentes del proyecto, impactos a manejar por cada plan o programa, el tipo de medida, así como la etapa o fase en que se implementará: planificación, diseño o formulación; construcción; operación y/o mantenimiento; y abandono o cierre.
Descripciones de las medidas	En este apartado, el titular debe describir de manera detallada las actividades que se realizarán para implementar las medidas de manejo ambiental planteadas.
Indicadores	Los indicadores son variables que permiten evaluar la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo ambiental y brindar sustento para la toma de decisiones por parte del titular.

Fuente: Elaboración propia

sión de la certificación ambiental correspondiente, como parte de la estrategia de manejo ambiental de acuerdo con el artículo 10 de la Ley del SEIA, en concordancia, con los artículos 27 y 28 del Reglamento SEIA, y con mayor detalle en los reglamentos sectoriales de protección ambiental, como el de hidrocarburos, Decreto Supremo (Decreto Supremo 039-2014-EM, art. 66; Decreto Supremo 039-2014-EM, art. 66).

En ese sentido, la estrategia de manejo en la certificación ambiental debe incluir la definición de objetivos, alcances, descripción detallada de las medidas, indicadores de seguimiento, cronograma, presupuesto y recursos necesarios, según el siguiente contenido mínimo (ver Tabla 2).

Dichas variables permiten medir el efecto de las medidas de manejo ambiental en los aspectos del proyecto de inversión. Asimismo, pueden describir el estado de los componentes ambientales del entorno del proyecto. Para la elección de los indicadores se debe considerar como mínimo las siguientes características:

a) **Pertinencia**, el indicador permite describir la situación o fenómeno determinado, objeto de la acción.

b) **Sensibilidad**, el indicador debe ser capaz de poder identificar los distintos cambios de las variables a través del tiempo.

c) **Disponibilidad**, el indicador es construido a partir de variables sobre las cuales exista información de tal manera que puedan ser consultados cuando sea necesario.

d) **Confiabilidad**, el indicador debe desempeñar su función de manera consistente a lo largo del tiempo, pudiendo obtenerse los mismos resultados por cualquier observador.

e) **Utilidad**, los resultados y análisis permiten ser usados en la toma de decisiones.

f) **Oportuno**, el indicador debe aportar una medida en lapsos relevantes y apropiados.

Asimismo, es importante considerar un cronograma de actividades que refleje el cumplimiento de los objetivos del plan o programa considerando las etapas o fases del proyecto. Este cronograma debe establecer el número de días, meses o años, así como el presupuesto y los responsables a cargo.

Ahora bien, para elaborar el Plan de Contingencia, el titular debe diseñarlo en función del análisis de riesgo ambiental realizado en la identificación y caracterización de impactos ambientales, en el que se examinen los sucesos no esperados en la ejecución del proyecto, como son ocurrencias de fallas en el diseño del proyecto, así como las provocadas por eventos de geodinámica externa, riesgo climático y vulnerabilidad del entorno, entre otros eventos, que conlleve a la afectación del entorno. Las medidas de este plan deben contener aspectos esenciales como los mencionados a continuación:

a) **Identificación de eventos probables**, debe precisar los posibles escenarios de emergencias examinados en el análisis de riesgo ambiental.

b) **Niveles de emergencia**, debe describir los niveles de emergencia con base en el análisis de riesgo, a fin de establecer criterios para la activación del Plan de Contingencias y los niveles de respuesta a emergencias a ser aplicados.

c) **Notificación de la emergencia**, debe detallar el procedimiento de comunicación de la emergencia. Precisando las entidades públicas con las que se deben realizar las coordinaciones para la atención de la emergencia.

d) **Acciones y protocolos** que realizar por el titular para la atención de los impactos ambientales y/o sociales producidos por las contingencias, como la contención inmediata, traslado y operación de equipos de emergencia, provisión de agua, alimentos y la atención de la salud de las personas, entre otros.

e) **Organización del equipo de respuesta**, debe indicar la conformación del equipo de respuesta, así como sus funciones antes, durante y después de ocurrido el evento.

f) **Procedimientos de respuesta ante emergencias**, describir el procedimiento para los eventos probables, desde la notificación de la emergencia, y accionar del equipo de respuesta, hasta la finalización del evento, y reporte de emergencias.

g) **Reporte de emergencias**, el reporte se elabora conforme al contenido establecido por la entidad competente, o en su defecto, se recomienda que este incluya como mínimo: identificación del evento, la fecha de la ocurrencia, lugar de la ocurrencia, actividad/es o componente/s asociado/s al evento, respuesta a la ocurrencia.

h) **Identificación de organismos de apoyo**, indicar los organismos del estado que tienen competencias en relación con los eventos probables identificados. Cabe precisar que estos organismos de apoyo refieren a todas las entidades que, en el marco de sus competencias, realicen acciones conducentes a la atención del evento, no siendo limitante que no posea funciones específicas en la temática ambiental.

Entrenamiento y simulacros, debe describir el entrenamiento que recibirá el equipo de respuesta. Los simulacros se desarrollan en coordinación con la población potencialmente afectada en el Programa de Capacitación y Sensibilización.

Acciones de apoyo a la población directamente afectada, se deben identificar los posibles riesgos de afectación de aspectos sociales y ante ello indicar las respuestas inmediatas que recibirá la población directamente afectada.

Por lo mencionado, el Plan de Contingencia debe elaborarse considerando los objetivos, el alcance, la descripción de los riesgos identificados y de las respectivas medidas, los indicadores, el cronograma, los recursos e insumos, el responsable, los presupuestos, entre otros elementos que determine la autoridad ambiental competente. De la misma manera, debe contener la identificación de eventos probables, niveles de emergencia, notificación de la emergencia, acciones y protocolos ante los diferentes tipos de emergencia ambiental, organización del equipo de respuesta, procedimientos de respuesta ante emergencias, reporte de emergencias, identificación de organismos de apoyo, entrenamiento y simulacros, y acciones de apoyo a la población directamente afectada.

Cabe advertir que, de haberse también activado efectivamente el Sistema HEADS, probablemente no se hubiera expandido el petróleo a más de 11 900 barriles reportados por OEFA como parte de su plan de contingencia operacional aprobado por Dicapi por Resolución de Capitanía 263-2015, y modificado por ITS y otorgado mediante Resolución 058-2016-SENACE/DCA con fecha 1 de agosto de 2016.

Respecto a ello, no solo hay negligencia por parte del Grupo Repsol en la ejecución de sus planes de contingencia, sino también es necesario que las autoridades ofrezcan la mayor predictibilidad y exigencia a los inversionistas para reducir los riesgos necesarios, puesto que la Dicapi de la Marina de Guerra debe actualizar el Plan Nacional de Contingencia que datan de casi más de treinta años para el caso de los planes de contingencias operacionales, mientras que los planes de contingencias sujetos a la certificación ambiental en el marco SEIA requieren de una adecuación a nuevos estándares internacionales frente a emergencias ambientales (Defensoría del Pueblo, 2022, pp. 29-34).

B. Responsabilidades legales en el Caso Repsol: Análisis para una defensa jurídica apropiada

A continuación, se realizará un análisis sobre las acciones estatales para determinar responsabilidades en el caso de los derrames de Repsol frente a emergencias ambientales. Ello también es importante considerarlo para los titulares que se encuentren en algún proceso constitucional, administrativo, civil o penal, similar a lo ocurrido en el presente derrame de petróleo ante la falta de respuesta apropiada en sus planes de contingencia.

1. Responsabilidad en sede constitucional: Amparo colectivo

Debido a que el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida es un derecho fundamental reconocido expresamente en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución, es necesario estudiar el recurso constitucional que existe para protegerlo frente a los derrames de Repsol: el proceso de amparo.

En primer lugar, existe un recurso de rango constitucional para proteger el derecho en cuestión, ya que en la sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha reconocido que:

> El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante […], para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto (fundamento 3).

Esto implica que las disposiciones constitucionales, como el derecho a un medio ambiente adecuado, deben contar con un recurso que garantice su cumplimiento por poderes públicos y privados, pues de lo contrario no serían normas jurídicas vinculantes, sino meras declaraciones políticas. Por ello, en la misma sentencia, el Tribunal concluye que:

> A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200 de la Constitución). La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental (sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC, fundamento 8).

En ese sentido, en el artículo 200 de la Constitución, encontramos seis procesos constitucionales que buscan garantizar los derechos, valores y principios constitucionales: hábeas corpus, amparo, hábeas data, inconstitucionalidad, acción popular, y cumplimiento (1993).

El proceso de amparo es el que tutela el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, de acuerdo con el inciso 25 del artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 31307 (2021). Corresponde pues analizar los presupuestos que deben concurrir en relación con los derrames de Repsol para que dicho proceso proceda conforme a la legislación nacional.

En primer lugar, debido a las características especiales del derecho en cuestión, es necesario advertir su carácter difuso, que tiene un efecto insoslayable en cuanto a la legitimación activa del accionante y a las características del proceso de amparo.

Al respecto, de acuerdo con el jurista Samuel Abad, la doctrina procesal contemporánea distingue los derechos **difusos,** los **colectivos** y los **individuales homogéneos**, los cuales son diferenciados en el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica en base a tres criterios: subjetivo (titularidad del derecho material), objetivo (divisibilidad del derecho material) y de origen (origen del derecho material) (2017, p. 155) [el énfasis es nuestro]. Sobre ello, un derecho difuso es aquel que pertenece a una comunidad de personas indeterminadas e indeterminables; mientras que un derecho colectivo pertenece a una colectividad de personas indeterminadas pero determinables; y los individuales homogéneos a una comunidad de personas individualizadas, e indeterminadas, pero determinables. Asimismo, los derechos difusos y colectivos son indivisibles al ser transindividuales; mientras que los individuales homogéneos son divisibles. A modo de ejemplo:

> La contaminación ambiental o la publicidad engañosa (derechos del consumidor) vulneran **derechos difusos**; la no realización de consulta previa a los pueblos indígenas afecta **derechos colectivos**; y puede hablarse de **derechos individuales homogéneos** cuando se reclama una reparación por daños individuales generados por una publicidad engañosa (Abad Yupanqui, 2017, p. 156) [el énfasis es nuestro].

Básicamente, debido a la titularidad colectiva del derecho al medio ambiente, el proceso constitucional de amparo que lo garantiza ha sido llamado 'amparo colectivo', como en el caso de Argentina, donde se interpone en lo relativo a derechos que protegen el ambiente. Por su parte, en Brasil se ha hablado de 'mandato de seguridad colectivo' y en México de 'juicio de amparo colectivo', buscando superar el principio de agravio personal que regía la procedencia del amparo (Abad Yupanqui, 2017, pp. 156-157). De hecho, en la sentencia recaída en el Expediente 221-1997-AA/TC, nuestro Tribunal Constitucional señaló:

> Que, en el presente caso estamos frente a derechos de incidencia colectiva, a los que la doctrina conoce con el nombre de **intereses difusos o colectivos**, principalmente vinculados con la preservación del medio ambiente; cuyos valores puestos en juego afectan prácticamente a todos; interés jurídicamente relevante que

> ha hecho nacer un nuevo tipo de amparo, denominado **amparo colectivo** por el estudioso argentino Augusto M. Morello […] (fundamento 2) [el énfasis es nuestro].

En este sentido, por el carácter difuso del derecho a un medio ambiente adecuado, en relación con los derrames de petróleo en el mar de Ventanilla los días 15 y 25 de enero, cualquier miembro de la comunidad peruana cuenta con legitimación activa para iniciar un proceso de amparo frente a la contaminación ambiental producida. Así, cuando el artículo 39 del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC) señala que "el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo", cuando se trata de la tutela del medio ambiente, la expresión "el afectado" se refiere a cualquier miembro de la comunidad peruana (2021). Esta situación se corresponde con la naturaleza transindividual e indivisible del derecho en cuestión y con lo establecido en los artículos IV y 143 de la Ley General del Ambiente.

Al respecto, el artículo IV de la Ley General del Ambiente indica justamente que toda persona tiene derecho de acceso a la justicia ambiental interponiendo acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante; y que el interés moral legitima la acción, aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia. Asimismo, el artículo 143 del mismo cuerpo legal indica específicamente que cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción contra quienes ocasionen o contribuyan a ocasionar un daño ambiental.

En cuanto a la legitimidad pasiva, el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución señala expresamente que la acción de amparo procede contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace un derecho fundamental, por lo que no hay mayor dificultad en el tema. Así, el accionante podría demandar tanto a Repsol como a cualquiera de las autoridades estatales involucradas en la contención de la contaminación si es que sus actos u omisiones están vulnerando o amenazando el derecho fundamental a un ambiente adecuado y equilibrado.

Todo indicaría, entonces, que el proceso de amparo sería una vía válida para buscar proteger efectivamente el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado. No obstante, a efectos de completar este análisis, por último, debemos revisar las causales de improcedencia de los procesos constitucionales recogidas en el artículo 7 del CPC[12].

a. *El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental*

En primer lugar, de acuerdo con el primer inciso del artículo 7 del CPC, los hechos y el petitorio de la demanda tienen que estar referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, pues, de lo contrario, la demanda de amparo sería improcedente. Sobre el contenido constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado y sobre su afectación, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 02775-2015-PA/TC, ha señalado que:

> El ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana. Nuestra Constitución apunta a que la persona pueda disfrutar de un entorno en simétrica producción, proporción y armonía acondicionada al correcto desarrollo de la existencia y convivencia. Desde una perspectiva práctica, y sin ánimo taxativo, un ambiente puede ser afectado por alguna de estas cuatro actividades:
>
> a) Actividades molestas: Son las que generan incomodidad por los ruidos o vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras sustancias.

[12] **Artículo 7. Causales de improcedencia**
No proceden los procesos constitucionales cuando:
1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.
2. Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus.
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional.
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este código y en el proceso de habeas corpus.
5. Cuando haya litispendencia por la interposición de otro proceso constitucional.
6. Si se trata de conflictos constitucionales surgidos entre los poderes del Estado o de entidades de la administración pública entre sí. Tampoco procede entre los gobiernos regionales, locales o de ellos entre sí ni contra el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial interpuesto por un gobierno local, regional o entidad pública alguna. En estos casos, la controversia se tramita por la vía de los procesos de inconstitucionalidad o de competencia, según corresponda.
7. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de habeas corpus (2021)

b) Actividades insalubres: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana.

c) Actividades nocivas: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.

d) Actividades peligrosas*:* Son las que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones (fundamento 3).

En ese sentido, la acción de amparo frente a los derrames de petróleo estaría referida, efectivamente, al contenido constitucional protegido del derecho en cuestión, puesto que los derrames de petróleo constituyen actividades nocivas y peligrosas, ya que las playas afectadas por los derrames han quedado inhabilitadas para bañistas y pescadores; así como la riqueza hidrobiológica ha sido severamente dañada.

En efecto, tras más de 200 días de los derrames en la Refinería La Pampilla, se identificaron al menos 16 mil hectáreas afectadas, que comprenden 46 playas (25 de uso recreacional), dos Áreas Naturales Protegidas –Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras, y la Zona Reservada de Ancón–, así como el fallecimiento de más de 900 especímenes, entre las que se podía encontrar al pingüino de Humboldt, nutrias y lobos marinos, aves marinas, entre otros (Defensoría del Pueblo, 2022, pp. 34-40).

En esta línea, es necesario agrupar jurídicamente estos hechos lesivos que están afectando el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado y que se pretenden revertir mediante el proceso de amparo:

– Por un lado, están las acciones y omisiones del agente contaminador Repsol: el amparo procedería frente al vertimiento de petróleo en el mar peruano por parte de Repsol, así como por su inacción para contener su desplazamiento y efectos perjudiciales. Vale indicar que el OEFA inició un PAS contra Repsol por incumplir la contención y recuperación de hidrocarburos en Áreas Naturales Protegidas.

– Por otro lado, está la omisión de autoridades estatales: el amparo por la vulneración del derecho a un medio ambiente equilibrado procedería frente a la omisión de las autoridades ambientales competentes en su tarea de promover la contención y limpieza de los derrames (OEFA, Sernanp, Dicapi, Osinergmin); y de preservación de la biodiversidad y recursos hidrobiológicos afectados (Sernanp, Dicapi, etc.).

– Al respecto, si bien las autoridades estatales competentes vienen desplegando acciones en el marco de un Plan de Acción Inmediato y de Corto Plazo para la atención de la emergencia ambiental en el área geográfica afectada por los derrames, aprobado mediante Resolución Ministerial 021-2022-MINAM, se ha percibido que antes que remediar y mitigar los daños ambientales, la solución a corto y mediano plazo se ha limitado en gran medida a la imposición de multas coercitivas a Repsol por su inacción[13].

En ese sentido, la demanda de amparo procedería tanto contra Repsol como contra las autoridades estatales competentes, puesto que sus acciones e inacciones conjuntamente están vulnerando el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental reconocido en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución. Esto se condice con la vinculación de todo poder, sea público o privado, a la Constitución.

b. *Que el agraviado no haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela*

Prosiguiendo, el inciso 3 del artículo 7 del vigente Nuevo Código Procesal Constitucional exige que el agraviado no haya recurrido a otro proceso judicial para pedir tutela, pues de lo contrario la demanda de amparo sería improcedente. Sobre este punto, es importante advertir que se ha presentado una demanda del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) contra Repsol por responsabilidad civil extracontractual por un monto de USD 4 500 millones por los daños causados por los derrames de petróleo, el cual viene siendo evaluado por los jueces especializados en lo civil[14].

Al respecto, es importante recordar la diferencia entre los derechos difusos y los derechos individuales homogéneos. Básicamente, Indecopi está buscando tutela para derechos individuales ho-

[13] Este punto será abordado con mayor detalle en la sección sobre responsabilidad administrativa.

[14] Para mayor detalle, véase el portal de RPP Noticias: https://rpp.pe/peru/actualidad/ventanilla-oefa-impone-dos-multas-a-repsol-por-mas-de-s-42-millones-por-derrame-de-petroleo-noticia-1443074

mogéneos por daños individuales, tales como el daño emergente y el lucro cesante de pescadores y comerciantes cuya actividad económica ha sido afectada por los derrames; o los gastos incurridos para atender la salud de la población aledaña a la zona costera. En ese sentido, la protección del medio ambiente como interés difuso para retornar a una situación anterior a la vulneración no estaría comprendida dentro de la demanda de Indecopi, por lo que se cumple con el requisito de no haber recurrido a otro proceso judicial.

En otras palabras, en el caso, además de la vulneración del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado, también se ha identificado la vulneración de otros derechos fundamentales como al trabajo y a la salud. Básicamente, la reparación económica que busca Indecopi se refiere principalmente a la tutela civilista de los derechos al trabajo y a la salud, que será tratada en líneas posteriores, específicamente en la sección sobre responsabilidad civil.

Así, mediante el amparo no se buscaría la reparación civil por los daños ocasionados por los derrames, sino el restablecimiento al estado anterior en que la persona pueda disfrutar de un entorno en simétrica producción, proporción y armonía condicionada al correcto desarrollo de la existencia y convivencia. Esto es, que se limpien las playas y zonas marítimas afectadas por los derrames, que se tomen medidas para preservar los recursos hidrobiológicos (peces, algas, cangrejos, moluscos, etc.) y garantizar su continuidad en los ecosistemas afectados, y que se evite que la afectación se intensifique afectando incluso nuevos ecosistemas.

c. *Ausencia o agotamiento del procedimiento administrativo previo y la vía igualmente satisfactoria*

Continuando con el análisis de los presupuestos específicos para la procedencia del amparo, corresponde ahora estudiar los incisos 4 y 2 del artículo 7 del vigente Nuevo CPC, que exigen el agotamiento de las vías previas e igualmente satisfactorias.

En primer lugar, tanto el artículo 7.4 como el artículo 43 del CPC exigen el **agotamiento de las vías previas**. No obstante, este requisito de procedencia no es exigible si la vía previa no se encuentra expresamente regulada de acuerdo con el inciso 3 del artículo 43. Sucede que frente a las acciones lesivas de Repsol no hay vía previa regulada, más aún porque en sí mismas constituyen un supuesto *sui géneris* al tratarse de uno de los peores desastres ecológicos en la historia de nuestro país.

Por otro lado, frente a la omisión de las entidades estatales para la contención de la contaminación, la vía previa la constituyen los procedimientos establecidos en sus Textos Únicos de Procedimientos Administrativos que regulan la actividad de cada institución. Al respecto, se verá en la sección sobre responsabilidad administrativa que estas vías han sido empleadas, pero que no son suficientes para contener la contaminación producida por los derrames.

De hecho, en cuanto a la **exigencia de que no existan vías procedimentales igualmente satisfactorias** para proteger el derecho en cuestión, establecida en el inciso 2 del artículo 7 del CPC, se plantea que dichas vías no existen en el marco normativo vigente.

Básicamente, la vía igualmente satisfactoria podría haber sido las denuncias ambientales en sede administrativa, con la finalidad de que las distintas entidades públicas de fiscalización ambiental, competentes en la materia, desplegaran las acciones necesarias para revertir la vulneración del derecho en cuestión, ocasionada por los derrames de petróleo en la Refinería La Pampilla. Sin embargo, dichas denuncias han sido efectuadas sin obtener resultados esperanzadores en relación con la preservación del medio ambiente.

Por mencionar, como producto de estas denuncias en sede administrativa, en el mes de octubre, el OEFA impuso dos multas en primera instancia por más de 42 millones de soles a Repsol, por dar información falsa y por no realizar las acciones de contención y limpieza por el derrame de petróleo[15]. Al respecto, si bien se castiga al responsable, luego de nueve meses, el medio ambiente sigue afectado ante la falta de ejecución efectiva de las medidas de contención y limpieza de determinadas zonas afectadas.

Sucede algo parecido sobre las medidas administrativas de mitigación ordenadas por el OEFA, frente a las cuales, en gran medida, Repsol prefiere pagar las multas coercitivas por su incumplimiento. Esto podría deberse a que la empresa petrolera ha negado su responsabilidad por el desastre ecológico, tal y como declaró su Gerente de Comunicación y Relaciones Institucionales el pasado 19 de enero del año 2022[16].

[15] Para mayor detalle, véase el comunicado oficial del OEFA: https://www.gob.pe/institucion/oefa/noticias/665415-oefa-impone-dos-multas-a-repsol-por-mas-de-42-millones-de-soles

[16] Para mayor detalle, véase el portal web de Actualidad Ambiental: https://www.actualidadambiental.pe/repsol-niega-ser-responsable-de-derrame-de-petroleo-y-oefa-insiste-en-que-empresa-no-informo-sobre-la-magnitud-de-lo-sucedido/

En ese sentido, la única forma en que procede el amparo contra Repsol y las autoridades estatales es cuando las referidas autoridades administrativas no cuentan con la capacidad estructural para solucionar el asunto adecuada y oportunamente, que es justamente lo que se ha apreciado en el caso bajo análisis. Es decir, cuando las instituciones de la sede administrativa no se encuentren en la capacidad de constituir una vía satisfactoria para proteger el derecho fundamental al medio ambiente equilibrado, entonces se tendrá por cumplida la exigencia del inciso 2 del artículo 7 del CPC. En esta situación, el Tribunal Constitucional debería declarar un estado de cosas inconstitucional con recomendaciones y exigencias para reformar y mejorar el marco jurídico ambiental. Al respecto, un estado de cosas inconstitucional es una creación jurisprudencial colombiana con dos elementos principales:

> (i) La vulneración de derechos fundamentales con carácter general (en tanto afectan a una multitud de personas), y (ii) el que las causas de los problemas son de naturaleza estructural (porque la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada, sino que la solución exige la acción mancomunada de distintas entidades estatales) (Ramírez Huaroto, 2013, p. 129).

En otras palabras, una denuncia ambiental contra Repsol por los derrames en sede administrativa no constituye una vía igualmente satisfactoria para revertir la contaminación ambiental producida por los derrames cuando la propia estructura del sistema nacional de gestión ambiental es deficiente para remediarla oportunamente. En este último escenario, es posible proteger el derecho fundamental en cuestión a través del proceso de amparo, en el que el juez constitucional dicte una serie de medidas que involucren una reforma estructural del sistema jurídico ambiental.

En esta línea, se concluye que se cumplen con todas las condiciones legales y constitucionales para que se interponga una demanda de amparo contra Repsol y las autoridades estatales involucradas. Por lo tanto, no concurre ninguna causal de improcedencia regulada en el artículo 7 del CPC y se concluye que la eventual sentencia debería declarar un estado de cosas inconstitucional a efectos de exhortar al Congreso el inicio de una reforma del marco normativo ambiental, de manera que las acciones de mitigación y remediación de la contaminación ambiental en sede administrativa puedan ser efectuadas oportuna y adecuadamente.

En el proceso constitucional de amparo que podría iniciarse deberían participar expertos con propuestas de mejora de las herramientas jurídicas con que cuentan las autoridades administrativas[17].

2. Análisis sobre responsabilidad administrativa

En relación con la tutela administrativa del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se ha destacado que **"[...] es, finalmente, la Administración, dotada de conocimiento especializado, quien puede válidamente determinar la existencia de un daño [ambiental] y las conductas o acciones que se tendrían que implementar a fin de reponer su estado a momentos anteriores"** (Sánchez Yaringaño, 2010, p. 278) [el énfasis es nuestro].

Al respecto, este protagonismo de la administración se ha destacado tanto que, en torno a los derrames de Repsol en el mar peruano, se ha concluido que es posible iniciar un proceso de amparo con el fin de mejorar las herramientas jurídicas con que se cuenta en sede administrativa para hacer frente a emergencias ambientales, ya que, de lo contrario, se preservaría un estado de cosas inconstitucional que no permite la contención y remediación oportuna de la contaminación ambiental.

En ese sentido, en las siguientes páginas se estudiará la responsabilidad de Repsol en sede administrativa a fin de conocer de manera general las herramientas jurídicas con que se cuenta actualmente. Al respecto, es importante recordar que este análisis se centrará en la tutela del derecho al medio ambiente como interés difuso, dejando los temas de la responsabilidad civil por afectaciones del derecho a la salud y al trabajo, de la reparación económica o indemnización por los daños ambientales y de la eventual responsabilidad penal para apartados posteriores.

Entonces, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 251 del Texto Único Ordenado (en adelante, TUO) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) entre las herramientas con las que cuenta la administración para tutelar el medio ambiente y determinar responsabilidades, se diferencian las **sanciones administrativas** y las **medidas correctivas**, que a su vez son distintas a la **indemnización** por los daños y perjuicios determinada en el proceso judicial correspondiente. Básicamente, en esta parte del texto, se expondrán las medidas correctivas y las sanciones administrativas impuestas por las entidades competentes de

[17] Sobre el asunto, se pueden revisar las recomendaciones normativas propuestas por la Defensoría del Pueblo en su Informe de Adjuntía 10-2022-DP/AMASPPI, referenciado en la parte final de este artículo.

la administración en materia ambiental. Mientras que la indemnización por los daños ambientales será abordada en una sección independiente. Asimismo, la indemnización por afectaciones de otros derechos involucrados también serán materia de una sección independiente.

Sobre el asunto, se toma como referencia el TUO de la LPAG debido a que, si bien pueden existir procedimientos especiales dentro de cada entidad, esta norma establece las pautas generales que rigen las actuaciones de la administración en general, cual columna vertebral. Así, continuando con el análisis, es necesario identificar las diferencias entre sanciones administrativas y medidas correctivas según el artículo 251 del citado cuerpo normativo. Una vez identificadas estas diferencias, se detallará cómo han sido empleadas estas herramientas por las distintas entidades ambientales competentes frente a los derrames de Repsol. Esta diferenciación es importante puesto que "la Administración podrá interponer medidas reparadoras del medio ambiente dentro o fuera de un procedimiento administrativo sancionador", debido a que corresponden a regímenes diferentes, así como queda "abierta la posibilidad de que se impongan medidas correctivas y reparadoras a propósito de una sanción administrativa, pero de manera diferenciada" (Sánchez Yaringaño, 2010, pp. 281-282).

Por un lado, "la sanción [administrativa] es una herramienta con que cuenta la Administración para castigar el incumplimiento de una norma que ha sido calificada como infracción administrativa por ley (o por norma con rango legal)" (Sánchez Yaringaño, 2010, p. 281). Esta sanción es impuesta dentro del marco de un PAS el cual, según el artículo 255 del TUO de la LPAG "se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia" (2019).

Mientras que, por otro lado, las medidas correctivas y reparadoras buscan:

> restituir el orden jurídico interrumpido por la actuación vedada de un administrado o un grupo de ellos. La diferencia sustancial radica en que la sanción persigue castigar al administrado infractor, mientras que las medidas complementarias buscan restituir el orden legal (Sánchez Yaringaño, 2010, p. 281).

Es decir, mientras las sanciones castigan una infracción administrativa, las medidas reparadoras y correctivas buscan remediar los daños ambientales restituyendo las cosas a su estado anterior y adecuando la conducta del administrado a ello.

En ese sentido, en el caso de los derrames de petróleo en la Refinería La Pampilla, el OEFA junto con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin), han impuesto un total de diecisiete medidas correctivas; mientras que el OEFA, junto con Dicapi, Serfor, Sernanp y Osinergmin han iniciado un total de once PAS (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2022). A continuación, estas medidas serán detalladas.

a. *Medidas correctivas y reparadoras*

– OEFA: Impuso dieciséis medidas administrativas contra Repsol. Entre estas, encontramos: (i) Identificar las zonas afectadas por el desplazamiento del hidrocarburo derramado; (ii) Realizar las acciones de limpieza del área de suelo afectada por el derrame de petróleo crudo en la zona de playa Cavero y otras áreas que pudieran verse afectadas; (iii) Asegurar el área, realizar la contención y recuperación del hidrocarburo sobrenadante en el agua de mar de Ventanilla y en otras áreas en las cuales exista la presencia de hidrocarburo; (iv) Realizar la segregación, almacenamiento, transporte y disposición final de los residuos sólidos y líquidos peligrosos y no peligrosos generados como consecuencia de las actividades de la limpieza de las áreas afectadas; (v) Realizar el patrullaje, rescate, limpieza y custodia temporal, liderado por personal capacitado en la materia, de la fauna de las áreas afectadas por el hidrocarburo derramado, en coordinación con PRODUCE, Sernanp y Serfor, entre otros.

– Osinergmin: Impuso una medida correctiva contra Repsol, a saber, sustentar las medidas complementarias para asegurar una alerta temprana ante posibles fugas bajo cualquier condición y en cualquier momento.

Al respecto, vale señalar que, ante el incumplimiento de siete medidas correctivas de las dieciséis identificadas, el OEFA impuso a Repsol 620[18]

[18] El Comercio. Derrame de petróleo en Ventanilla: solo 10 están limpias y 25 playas siguen contaminadas por hidrocarburos.
RPP Noticias. Caso Repsol: Ministerio del Ambiente denuncia que 25 playas siguen afectadas por derrame de petróleo. https://rpp.pe/politica/gobierno/caso-repsol-ministerio-del-ambiente-denuncia-que-25-playas-siguen-afectadas-por-derrame-de-petroleo-noticia-1424819#:~:text=El%20Ministerio%20del%20Ambiente%20

UIT en multas coercitivas. Sobre la naturaleza de las multas coercitivas, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 210 del TUO de la LPAG, la entidad administrativa "puede, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por períodos suficientes para cumplir lo ordenado" (2019).

En ese sentido, las multas, como complemento coercitivo de las medidas correctivas impuestas al administrado en el caso materia de análisis, se diferencian de las sanciones que pudieran imponerse como resultado de un PAS, el cual se fundamenta en ser castigo de infracciones administrativas tipificadas por ley.

Por otro lado, las multas coercitivas no son el único medio de ejecución forzosa con el que cuenta la administración frente al incumplimiento de sus decisiones, pudiendo también llevar a cabo ejecuciones coactivas, subsidiarias o compulsión sobre las personas según el artículo 207 del TUO de la LPAG. Así, es cuestionable que autoridades ambientales como el OEFA hayan optado por emplear multas coercitivas frente al incumplimiento de determinadas medidas correctivas impuestas contra Repsol, cuando una ejecución subsidiaria pudo haber sido más efectiva y eficiente para revertir y contener los daños ambientales ocasionados por los derrames de Repsol.

En efecto, el artículo 209 del TUO de la LPAG señala que "habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado", así como que la entidad puede realizar el acto por sí o a través de terceros a costa del obligado, pudiendo exigir a este último el importe de los gastos (2019). Por ejemplo, frente al incumplimiento de Repsol de asegurar el área, contener y recuperar el hidrocarburo sobrenadante en el mar, se pudo haber planteado la intervención directa del OEFA en ejecución subsidiaria, de manera que el hidrocarburo no se expandiera más.

Al respecto, parece ser que la preferencia por las multas coercitivas se debe a la consideración de los principios de responsabilidad ambiental recogido en el artículo IX de la Ley General del Ambiente y de debido procedimiento recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG. Básicamente, se podría argüir que no se puede ejecutar subsidiariamente una obligación de Repsol y exigirle los gastos por ello cuando aún no ha sido determinada definitivamente su responsabilidad administrativa en los PAS. Por ello, el monto de las multas coercitivas que Repsol ya ha pagado aún podría ser devuelto de no confirmarse su responsabilidad.

En otras palabras, se puede plantear que no procede una ejecución subsidiaria con las características mencionadas debido a que antes deberían concederse a Repsol las garantías del debido procedimiento, tales como el derecho a refutar los cargos imputados, exponer argumentos, u ofrecer y producir pruebas, entre otras. Sin embargo, el respeto de estas garantías tampoco puede terminar suprimiendo el contenido del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, por lo que es necesaria una adecuada ponderación en que se determine la relación entre los principios y derechos involucrados, sin que la satisfacción de unos implique la supresión de los otros. Esta ponderación debe ser aterrizada mediante leyes, acorde con el principio de legalidad bajo el que se rige la actuación de la administración.

En esta línea, por mencionar, en relación con las competencias del OEFA, de acuerdo con su Reglamento de Medidas Administrativas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 007-2015-OEFA/CD (2015), esta institución puede dictar medidas correctivas para revertir, corregir o disminuir el efecto nocivo que la conducta infractora haya producido en el ambiente y salud de las personas. No obstante, no se detalla que la misma institución debe ejecutar dichas medidas ante el incumplimiento del administrado. Por lo que, se pasa por alto la posibilidad de la ejecución subsidiaria, que podría permitir una actuación oportuna y adecuada frente a la intensificación de la contaminación ambiental por el incumplimiento del administrado.

De otro lado, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 284 del Decreto Supremo 015-2014-DE[19], la Dicapi puede realizar la limpieza del medio acuático contaminado, con sus propios medios o contratando compañías especializadas, y por cuenta del causante, cuando este último no lo hace. Sin embargo, esto no ha sucedido en los derrames de Repsol, pues ni el administrado ni la Dicapi han llevado a cabo oportunamente medidas de contención de los derrames en el mar peruano. De hecho, las autoridades estatales se mantienen a la espera de las acciones de limpieza por parte de Repsol.

[19] Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1147 (2012), que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas.

En cualquier caso, se advierte que existe la posibilidad de ejecución subsidiaria por parte de las autoridades estatales, pero que, a pesar de ello, esta no se ha realizado eficientemente y, al final de cuentas, mientras nadie implemente oportuna y adecuadamente las medidas de mitigación y restauración de los daños ambientales, estos continúan intensificándose, como sucede con el desplazamiento de los hidrocarburos en el mar peruano dadas las corrientes que subyacen a este, los vientos y el estado líquido del agua.

Por lo expuesto, se percibe un escenario en el que, ante el incumplimiento de las medidas correctivas por parte del administrado, la única solución ha radicado en la imposición de multas coercitivas, mientras que la degradación del medio ambiente ha continuado intensificándose. Es justamente este escenario el que permite la procedencia del proceso de amparo estudiado en el capítulo anterior, a través del cual se debe buscar la implementación de una respuesta estructural por parte de la administración que sea oportuna, adecuada y efectiva para hacer frente a emergencias ambientales como la descrita. Esto podría lograrse, en parte, imponiendo la obligación, antes que facultad, a las autoridades estatales de llevar a cabo una ejecución subsidiaria ante el incumplimiento del administrado de medidas correctivas, aun cuando los procedimientos sancionadores no hayan finalizado. El análisis de esta propuesta requerirá de un adecuado ejercicio de ponderación en el que no se sacrifique un derecho por otro.

b. *Procedimientos Administrativos Sancionadores iniciados contra Repsol*

En cuanto a las sanciones administrativas, como se ha señalado, estas son el eventual resultado de un PAS, regulado de manera general en el Capítulo III del Título IV del TUO de la LPAG. Al respecto, en el caso de los derrames, se han iniciado once PAS hasta la fecha, sin perjuicio de que se pueda identificar otras infracciones antes del plazo en que prescriba la acción para perseguirlas.

– OEFA ha iniciado cinco PAS contra Repsol, a saber: (i) por el incumplimiento de la medida administrativa de identificación de zonas afectadas por el derrame; (ii) por el incumplimiento de las medidas administrativas de limpieza de todas las zonas afectadas y de contención y recuperación del hidrocarburo; (iii) por la presunta presentación de información falsa; (iv) por no contener, recuperar y limpiar las bahías de las áreas naturales protegidas; y (v) por no contener el hidrocarburo del segundo derrame.

– Dicapi ha iniciado un PAS contra Repsol, a saber: por efectuar la descarga o vertimiento de hidrocarburos no autorizado.

– Serfor ha iniciado un PAS contra Repsol, a saber: por abandonar, actuar con crueldad o causar la muerte a especímenes de fauna silvestre.

– Sernanp ha iniciado dos PAS contra Repsol, a saber: (i) por contaminar la diversidad biológica presente en áreas naturales protegidas (en adelante, ANP), a través de la introducción de elementos físicos, biológicos y sustancias tóxicas en la Reserva Nacional Sistemas de Islas, Islotes y Puntas Guaneras; y (ii) por contaminar la diversidad biológica presente en ANP, a través de la introducción de elementos físicos, biológicos y sustancias tóxicas en la Zona Reservada de Ancón.

– Osinergmin ha iniciado dos PAS, a saber: (i) por presentar información inexacta en el informe preliminar de emergencia del 15 de enero de 2022 sobre el volumen de hidrocarburos derramado y la extensión del área afectada; y (ii) por incumplir con las obligaciones contenidas en el plan de contingencia.

Al respecto, a la fecha, el OEFA ha impuesto dos multas a la Refinería La Pampilla (Repsol) en primera instancia como resultado de dos PAS, cuya suma asciende a S/ 42 964 377. Sobre ello, en primer lugar, se impusieron 3 000 UIT por la presentación de información falsa en el reporte de emergencia sobre el volumen de petróleo derramado; y, en segundo lugar, se impusieron 6 340.082 UIT por no realizar la contención y recuperación del hidrocarburo ni las acciones de limpieza del área afectada (OEFA, 2022, párr. 2-3).

Vale decir que la declaración de responsabilidad de Repsol en estos PAS, en línea con lo expuesto líneas arriba, es fundamental para confirmar la validez de las multas coercitivas impuestas por el incumplimiento de las medidas correctivas indicadas en el apartado anterior, de acuerdo con el principio según el cual el causante de la degradación del ambiente está obligado a adoptar las medidas para su restauración o reparación, reconocido en el artículo IX de la Ley General del Ambiente.

En ese sentido, si no se declarase responsable a Repsol en el PAS iniciado por incumplir las medidas administrativas de contención y recuperación del hidrocarburo, entonces las multas coercitivas impuestas ante el mismo incumplimiento también devendrían en inválidas. En cualquier caso, Repsol aún puede apelar la decisión administrativa de pri-

mera instancia, por lo que será necesario mantenernos atentos al desarrollo de los procedimientos.

c. *Sobre la independencia de la responsabilidad administrativa de Repsol frente a las responsabilidades civiles y/o penales*

Como se desprende de la exposición, la responsabilidad administrativa de Repsol se circunscribe a la imposición de medidas correctivas junto con multas coercitivas, y al inicio de procedimientos administrativos sancionadores que resultarán en eventuales sanciones administrativas.

Sobre el asunto, es importante recordar que, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley General del Ambiente, la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos en relación con los daños ambientales. De ahí que, aun con el cumplimiento de las medidas correctivas por parte de Repsol en relación con los derrames, esto no lo eximirá de las reparaciones económicas que puedan exigirse en la vía civil ni de las eventuales responsabilidades penales. No obstante, el cálculo de las indemnizaciones en vía civil sí tendrá en cuenta la reducción del valor económico de los daños ambientales que Repsol haya podido revertir, los cuales –por la gravedad del asunto– serán mínimos, ya que la mayoría de los mismos, como la muerte de especies y destrucción de recursos hidrobiológicos, son irreparables mediante una tutela restitutoria, quedando como única posibilidad de tutela una reparación económica simbólica (resarcitoria).

3. Análisis sobre responsabilidad penal

En relación con los delitos ambientales configurados por los derrames de los días 15 y 25 de enero del presente año, podemos referirnos esencialmente al Título XIII del Código Penal. Debido a la grave afectación que se ha generado al medio ambiente, habrá que estudiar principalmente el siguiente artículo:

> Artículo 304.- Contaminación del ambiente
> El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas (1991).

Claramente, el derrame de crudo en la Refinería La Pampilla ha afectado el ambiente, y esto debemos de tenerlo en cuenta independientemente de si el derrame fue ocasionado por negligencia o por culpa.

> Artículo 305.- Formas agravadas
> La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:
> 1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental.
> 2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.
> 3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.
>
> Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:
> 1. Privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días multa, en caso de lesiones graves.
> 2. Privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días-multa, en caso de muerte (Código Penal, 1991).

De acuerdo con la información brindada en el Informe de Adjuntía 10-2022-DP/AMASPPI de la Defensoría del Pueblo (2022), se pudo identificar información falsa brindada por la empresa Repsol. La primera está relacionada a las acciones efectuadas por el OEFA. Se menciona así que este organismo inició el 23 de marzo del 2022 cuatro procedimientos administrativos sancionadores, de los cuales uno estaba referido a reportar información o documentación falsa en el Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales, lo cual estaba relacionado con el cálculo del área reportada a consecuencia de la emergencia ambiental del 15 de enero (Defensoría del Pueblo, 2022, pp. 34-41).

Asimismo, también existió reporte de información falsa en relación con las acciones realizadas por Osinergmin, ya que el 5 de abril este organismo inició un procedimiento administrativo sancionador referido a la presentación de información

inexacta en el Informe Preliminar de Emergencia del 15 de enero. Estos hechos son importantes, ya que eran esenciales para poder actuar y contener de manera efectiva la expansión del hidrocarburo en las playas afectadas, sin perjuicio de las medidas de contingencia que el titular estaba obligado a desarrollar. Además, debemos de tener en cuenta que la información falsa brindada a las autoridades agravó la situación ambiental, lo cual también imposibilitó una respuesta temprana por parte del Estado. En cualquier caso, los acontecimientos en torno al derrame no descartan una posible intervención penal por parte del Estado, en específico, una investigación sobre el delito de contaminación ambiental contenido en el artículo 304 del Código Penal.

4. Análisis sobre responsabilidad civil

En primer lugar, cuando hablamos de responsabilidad civil debemos tener en cuenta que esta principalmente, a efectos del presente Caso Repsol, es una responsabilidad de tipo resarcitoria por los daños causados por el derrame de petróleo. En tal sentido, se cuenta con diferentes disposiciones legales que regulan este tipo de responsabilidad. Para empezar, la fundamentación principal se encuentra en el artículo 142 de la Ley General del Ambiente, en el que se menciona lo siguiente:

> [...] que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas (2005).

Esto debemos sumarlo al hecho de que cualquier persona, ya sea natural o jurídica, tiene legitimidad para obrar; es decir, se puede ejercer acción frente a los que ocasionen un daño ambiental, en base al artículo 143 de la misma ley. Entonces, no solo estamos principalmente frente al daño ambiental, sino que también podemos encontrar lo mencionado por De La Puente:

> Este daño, que en sí mismo se hace al ambiente, afecta a la sociedad en su conjunto, a la calidad de vida de sus miembros; y, más aún, a su desarrollo, porque el ambiente -la biosfera- es el sustento que hace posible la vida en la Tierra hoy y la hará posible mañana (2011, p. 296).

Además, también encontramos dentro de la redacción del artículo 142 el daño hacia la sociedad como en temas de salud o incluso podríamos hablar de la afectación a sus bienes. Centrándonos en el derrame en La Pampilla, efectivamente se ha causado un daño ambiental, ya que el hidrocarburo derramado ha afectado la calidad del agua, lo que ha ocasionado que muchos de los especímenes de las zonas afectadas murieran por intoxicación. Es así como podemos hacer referencia a lo mencionado en el Informe Técnico del Ministerio de Producción del presente año, respecto a la descripción del hábitat de las especies y el perjuicio a este:

> La zona arenosa de cada playa también estuvo impactada, pudiendo observarse que el mar depositaba petróleo en la zona intermareal, formándose desde largas líneas oscuras, a veces con espuma hasta capas amplias de petróleo finas o densas. Incluso se observaron individuos de 'muy muy' (Emerita analoga) muertos en la orilla de algunas playas. La contaminación de la zona intermareal afectaría el hábitat de alimentación de las aves, entre ellas las limícolas migratorias, que se alimentan de la comunidad de invertebrados que habitan ahí; lo que podría tener como consecuencia el compromiso de la disponibilidad y calidad del alimento existente en esta zona. Adicionalmente, se considera el deterioro de la calidad (salud) de la zona arenosa como hábitat de aposentamiento de aves a causa de la contaminación por petróleo (2022, p. 27).

Asimismo, en relación con la afectación a la salud humana o a su patrimonio, la Defensoría del Pueblo ha señalado la existencia de reportes de personas atendidas en centros de salud por los efectos tóxicos de los derivados halogenados de los hidrocarburos[20]. Además, debemos agregar que las personas que fueron contratadas por la empresa Repsol para recuperar el hidrocarburo derramado no contaban con equipos adecuados y seguros; por lo que estaban arriesgando su salud, a pesar de que el Plan de Contingencia de la Refinería La Pampilla establecía cuáles eran los equipos de protección adecuados ante derrames de petróleo. Finalmente, la presencia de hidrocarburos en las playas afectadas también ponía en riesgo la salud de los pobladores de estas zonas, y de sus usuarios, como los pescadores artesanales.

Por lo tanto, es posible que las personas afectadas en su derecho a la salud y los usuarios, como son los pescadores artesanales, empresarios y pobla-

[20] Véase a Indeci: https://portal.indeci.gob.pe/wp-content/uploads/2022/04/INFORME-DE-EMERGENCIA-N%C2%BA-555-18ABR-2022-DERRAME-DE-HIDROCARBUROS-EN-EL-DISTRITO-DE-VENTANILLA-CALLAO-46.pdf

dores en general, puedan presentar una demanda por responsabilidad civil extracontractual, esto debido a que, de acuerdo con Manuel Useda:

> para que exista responsabilidad civil extracontractual es necesaria la presencia de cuatro elementos: que la conducta del autor sea antijurídica, que exista un daño causado a la víctima, la relación de causalidad y el factor de atribución que puede ser objetivo o subjetivo (2013, p. 125).

En cualquier caso, es necesario determinar con exactitud la concurrencia de estos elementos.

Si bien este tipo de responsabilidad se basa en el resarcimiento, cuando hablamos de daño ambiental en muchas ocasiones no es posible efectivizarlo, a comparación del resarcimiento que se puede brindar por daños a la salud y al trabajo. En relación con esto, podemos mencionar el artículo 147 de la Ley General del Ambiente (2005), en tanto se menciona aquí que la reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al daño efectuado, así como también en la indemnización económica del mismo; no obstante, ante la imposibilidad material y técnica del restablecimiento, el juez tiene que tomar otras medidas para mejorar el ambiente que ha sido dañado. Y como sabemos, ante derrames ambientales como el del presente año, existen consecuencias negativas como las que hemos ya mencionado en el presente trabajo, pero también existen las que se presentarán a largo plazo. Entonces, incluso la posible reposición a un estado anterior al daño efectuado no es realista, ni la reparación a nivel económico es suficiente, ya que es indeterminable el costo que se debe pagar por haber contaminado el medio ambiente.

En segundo lugar, existen algunas cuestiones a resolver cuando hablamos de la responsabilidad civil de Repsol. Para esto es necesario referirnos primero a los artículos 1969 y 1970 del Código Civil:

> Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo
> Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.
>
> Artículo 1970.- Responsabilidad por riesgo
> Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo (1984).

Al respecto, es posible hablar de una indemnización por culpa y una indemnización por la realización de un bien riesgoso o peligroso, o claro, por el ejercicio de una actividad que sea peligrosa, como la que se realizaba en las instalaciones de la Refinería La Pampilla por tratarse de hidrocarburos y un poco efectivo sistema de detección temprana. Básicamente, si la empresa Repsol ha ocasionado daños, ya sea por culpa o dolo, el resultado es el mismo; es decir, tiene que indemnizar por ser principal responsable del derrame de petróleo. También se puede hablar de una responsabilidad por riesgo, ya que creemos que las actividades relacionadas al sector hidrocarburos de por sí ya pueden generar impactos negativos importantes en el medio ambiente; por lo tanto, son actividades riesgosas y que deben ser realizadas con cautela (como en el caso del transporte, carga y descarga del petróleo). Sin embargo, los pronunciamientos de la empresa Repsol nos hacen pensar en eximentes de responsabilidad, especialmente porque se ha mencionado que el tsunami producto de la erupción volcánica en Tonga fue la razón del derrame de petróleo (Zermeno Jiménez, 2022).

Claramente, sería un eximente de responsabilidad ambiental; sin embargo, en el Informe Final de la Comisión de Pueblos Andinos ya se han establecido algunos puntos específicos sobre lo mencionado anteriormente. Entre las conclusiones del informe se advierte malas prácticas de operaciones logísticas de descarga de hidrocarburos de acuerdo con la Guía Internacional de Seguridad en Buques Tanques y Terminales Petroleros; la existencia de plan de contingencias desactualizado y el incumplimiento de los convenios internacionales. Otra de las conclusiones se refiere a que el derrame de petróleo no fue por culpa de un oleaje anómalo, sino por la utilización de tuberías averiadas durante el proceso de descarga del crudo desde el buque-tanque a la Refinería La Pampilla (Congreso Noticias, 2022).

Por lo mencionado, para la aplicación de responsabilidades civiles, es necesario primero determinar adecuadamente las causas exactas de los derrames, con la finalidad de prevenir a futuro desastres ambientales de gran magnitud. Estas, a su vez, deben ser tratadas de manera individual enfatizando en la búsqueda de una adecuada reparación de los daños ocasionados, ya sea lucro cesante, daño emergente, daños morales o ambientales.

C. Reparación de daños ambientales

Se ha considerado necesario dedicar una sección aparte al tema de la reparación de los daños ambientales debido a que, en el contexto de los derrames de petróleo en el mar de Ventanilla, existen bienes sin valor de mercado que han sido afecta-

dos, cuyos daños resultan complejos de cuantificar monetariamente a efectos de una eventual indemnización. Por ejemplo, la muerte de especies en peligro de extinción o la afectación de servicios ecosistémicos. No obstante, es necesario que se cumpla con el principio de quien contamina paga, regulado por los artículos VIII y IX de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Sobre el asunto, en el Perú solo contamos con una guía de valoración económica para los daños ocasionados por delitos ambientales de minería ilegal, tala y tráfico ilegales de fauna silvestre, aprobada mediante la Resolución Ministerial 074-2022-MINAM, y la Guía de Valorización de Impactos Ambientales en el marco del SEIA, aprobado por Resolución Ministerial 047-2022-MINAM. Por ello, en el caso materia de estudio es oportuno recurrir al estudio de metodologías internacionales para cuantificar económicamente los daños ocasionados por los derrames de petróleo.

Es común que, en casos que no están vinculados con temas ambientales, se ordene al responsable que restituya el bien jurídico a su estado anterior antes de producido el daño o perjuicio. Sin embargo, hay situaciones por las cuales esto no puede ser posible o es muy difícil de lograr, ya sea por motivos económicos, técnicos, materiales, etc. En estos casos, se debe reemplazar la restitución al estado anterior de las cosas por una indemnización, que implica hablar en términos pecuniarios, ya que se va a tener que valorar el daño producido y traducirlo en esta indemnización de la cual se habla. Al respecto, como se ha señalado, en el derrame de petróleo ocurrido en Ventanilla, ya que el bien jurídico afectado es el medio ambiente, existe una dificultad enorme en torno a su valorización debido a que se trata de un bien al que no se le puede encontrar un valor en el mercado.

En ese sentido, Álvarez y Cornet Oliva, señalan que justamente para este problema de la valorización desde la economía se han encargado de brindar una serie de técnicas que sirven como herramientas, aunque ninguna de ellas ha sido lo suficientemente precisa. Así, se tienen en cuenta metodologías como la del costo de viaje, los precios hedónicos, la de los costes evitados o inducidos y la valoración contingente (2009, pp. 10-11). Para ilustrar mejor lo que se señala, podemos tomar como ejemplo a la metodología de los costos evitados o inducidos, la cual tiene como objetivo dar valor a un determinado ambiente de acuerdo con el gasto que sería requerido para poder imitar o reemplazar las funciones que este ambiente cumple. Así, refiriéndonos al caso en concreto del derrame de petróleo, implicaría una gran dificultad tratar de descifrar absolutamente todas las funciones que cumple el ecosistema afectado, y aún si se llegara a identificar todas estas, de igual modo significa otro gran obstáculo saber cómo reemplazarlas.

Tal vez una herramienta que pueda servir de ayuda a los tribunales de justicia para poder, de alguna manera, cuantificar el daño ambiental serían los parámetros que explica el juez Enrique Peretti, a saber:

> La magnitud del daño: su irreparabilidad, afectación de recursos naturales, salud, biodiversidad y ecosistema. Período de tiempo en que se desarrolló la actividad contaminante. Características del responsable. Rentabilidad de la actividad contaminante. Costos de producción que se externalizan. Comunidad afectada. Vinculación económica y cultural de la sociedad con el recurso afectado. Paisaje afectado. Previsibilidad de los efectos de la acción contaminante. Culpa o dolo del agente. Posibilidad tecnológica de evitar o atenuar los efectos contaminantes (citado en Álvarez & Cornet Oliva, 2009, p. 12).

Se observa que hay elementos que se pueden tener en cuenta para la cuantificación del daño ambiental como lo son la vinculación económica y cultural que tiene la sociedad con el recurso afectado o las características del responsable. Aplicando estos parámetros al caso del derrame, el proceso de cuantificación del daño ambiental producido puede contener a estas variables en el sentido de que el mar de Ventanilla era un medio de subsistencia para quienes se encontraban alrededor de esta zona y al verse afectada la misma, muchos lugareños dejaron de trabajar y, por lo tanto, dejaron de estar activos, económicamente hablando.

Por otro lado, tomando como referencia a las características del responsable, se debe tener en cuenta de que se trata de una empresa del sector de hidrocarburos, lo cual hace notar que su responsabilidad se ve agravada por su naturaleza, entendiendo que este tipo de empresas requieren de varias medidas de seguridad para poder operar, ya que la actividad que realizan representa un potencial riesgo que puede generar un impacto considerable en el medio ambiente, como finalmente terminó ocurriendo.

Asimismo, es importante resaltar que la cuantificación de determinados daños como la muerte de especies en peligro de extinción (la nutria marina, por ejemplo), en última instancia, responderá a criterios de valoración subjetivos, pues se atenta

contra el valor en sí mismo de la existencia de determinadas especies y su preservación para futuras generaciones, lo cual no cuenta con un valor de mercado[21].

V. CONCLUSIONES

– La ilustración en el presente artículo de las herramientas jurídicas en sede nacional para hacer frente a desastres ambientales contribuye con la predictibilidad y seguridad jurídica en materia de inversiones en actividades de aprovechamiento de recursos naturales, pues es vital que el inversionista sepa a qué marco legal podría exponerse en caso de provocar un desastre ambiental. Al respecto, su inversión estará sometida a aquellas herramientas jurídicas en la mayoría de los casos siempre y cuando un tratado internacional de inversión no disponga algo distinto y sea a su vez materia de libre disposición. Igualmente, es vital que esta información sea difundida entre los agentes de la sociedad civil y funcionarios públicos, sobre todo aquellos involucrados en problemas medioambientales.

– Si bien en doctrina aún existen posiciones minoritarias, como la teoría patrimonialista o de propiedad de todos los recursos por el Estado (mas no vinculado con su soberanía); la teoría de dominio público en tanto que son bienes públicos sujetos a regulación estatal para el acceso de particulares; o la teoría de la *publicatio* que solo los excluye del comercio y pueden ser concesionados para su aprovechamiento; la teoría eminente de la soberanía de los recursos naturales es la que predomina en tanto el Estado ejerce un dominio soberano –eminente– como la organización, jurisdicción y potestad de conceder títulos para un beneficio de la nación en su conjunto de acuerdo a lo interpretado del artículo 4 de la Ley 26821, Ley Orgánica de aprovechamiento de recursos naturales, y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídico 4 del Expediente 0003-2006-PI/TC y fundamento jurídico 29 del Expediente 0048-2004-PI/TC.

– Si bien la Ley 26821, al ser realmente una ley orgánica y de desarrollo constitucional del artículo 66 de la Constitución, buscó uniformizar el régimen de títulos para el aprovechamiento de los recursos naturales, también dispuso los artículos 21 y 22 para que se dispongan los títulos correspondientes de acuerdo con las leyes especiales. Evidencia de ello también es que la Tercera Disposición Final de la Ley 26821, expresamente señala que las leyes dictadas anteriormente tales como la de hidrocarburos y minería mantienen su vigencia. De esta manera, se tendría entonces una ley orgánica y de desarrollo constitucional; y una ley ordinaria de hidrocarburos, Ley 26221.

– Los planes de contingencia se encuentran enmarcados en la estrategia de manejo ambiental aprobados por los instrumentos de gestión ambiental preventivos para minimizar los impactos ambientales negativos en caso de ocurrencia de algún desastre o emergencias en el marco del SEIA. Dichos planes de contingencia se activan en tanto sucede alguna emergencia ambiental a ser reportada en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización (SINEFA) del OEFA, siendo incluso insubsanable el hecho de no presentar el reporte preliminar de emergencia ambiental dentro del plazo establecido de acuerdo con el precedente de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Ambiental de la OEFA, aprobado por Resolución 130-2019-OEFA/TFA-SMEPIM.

– En el caso de las actividades de hidrocarburos a lo largo de la cadena productiva y de comercio en actividades de hidrocarburos es necesario presentar dos planes de contingencia. Por un lado, el Plan de Contingencia del Estudio Ambiental o instrumento de gestión ambiental complementario en el marco del artículo 66 y 66-A del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo 039-2014-EM, en concordancia con la Ley y Reglamento SEIA.

– Por otro lado, los planes de contingencia operacionales, de acuerdo con el numeral 285.4 del artículo 285 del Decreto Supremo 015-2014-DE, Reglamento del Decreto Legislativo 1147, los cuales responden por las emergencias en instalaciones acuáticas con riesgos a posibles derrames de hidrocarburos, se encuentran en el marco de

[21] Para mayor referencia, podría revisarse la Resolución de Dirección Ejecutiva D000258-2022-MIDAGRI-SERFOR-DE, el cual orienta las autoridades en la identificación y muestreo de animales afectados por derrames de petróleo en zonas marino-costeras.

las competencias de la Dicapi de la Marina de Guerra.

– De acuerdo con la información recopilada, en los derrames de petróleo en el mar peruano resulta evidente la existencia de una vulneración a derechos fundamentales, como a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la salud y el trabajo. Por este motivo, es necesario que el Estado tutele estos derechos, no solo a través de la sede constitucional, sino también administrativa, civil y penal. Si bien algunos organismos estatales ya han actuado frente a esta problemática, aplicando multas coercitivas e iniciando procedimientos administrativos sancionadores, es necesario abarcar a todos los sectores perjudicados con los derrames de petróleo ocurridos el presente año, como es el caso de los comerciantes y pescadores artesanales de las zonas afectadas, entre otros.

– La responsabilidad jurídica que podría ser determinada en sede constitucional, administrativa, civil y penal, junto con los efectos que estas conllevan, constituyen herramientas jurídicas que deben ser consideradas en todo desastre ambiental, como ha sido explicado en el caso de los derrames de Repsol. Para la aplicación de responsabilidades en las diferentes ramas ya mencionadas, es necesario primero determinar adecuadamente las causas exactas de los derrames, con la finalidad de prevenir a futuro desastres ambientales de gran magnitud. Estas, a su vez, deben ser tratadas de manera individual, enfatizando en la búsqueda de una adecuada reparación de los daños ocasionados, ya sea lucro cesante, daño emergente, daños morales o ambientales puros.

REFERENCIAS

Abad Yupanqui, S. (2017). *El proceso constitucional de amparo.* Gaceta Jurídica.

Actualidad Ambiental (19 de enero de 2022). Repsol niega ser responsable de derrame de petróleo y OEFA insiste en que empresa no informó sobre la magnitud de lo sucedido. *Actualidad Ambiental.* https://www.actualidadambiental.pe/repsol-niega-ser-responsable-de-derrame-de-petroleo-y-oefa-insiste-en-que-empresa-no-informo-sobre-la-magnitud-de-lo-sucedido/

Aguado Martínez, M. Á. (2009). La Concesión Minera. Jurisdicción y Procedimiento. *Revista de Derecho Administrativo*, (8), 25-45.

Álvarez, A., & Cornet Oliva, V. (2009). R*esponsabilidad civil por daño ambiental*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Castro Pozo, X. F. (2009). El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante. *Revista de Derecho Administrativo*, (8), 47-62.

Congreso Noticias (10 de junio de 2022). Se aprobó informe final de investigación parlamentaria sobre el derrame de crudo en el mar de Ventanilla. *Congreso Noticias.* https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/se-aprobo-informe-final-de-investigacion-parlamentaria-sobre-el-derrame-de-crudo-en-el-mar-de-ventanilla/

Comisión Investigadora Multipartidaria para determinar las responsabilidades de los funcionarios y personas naturales e instituciones públicas y privadas que resulten responsables por los derrames de petróleo ocurridos en el Oleoducto Norperuano (2022). *Informe Final.* https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Informes/Comisiones_Investigadoras/INFORME_FINAL.PDF

Defensoría del Pueblo (2022). *Derrame de petróleo en la refinería la Pampilla: Recomendaciones frente a un desastre ambiental que puedo evitarse, Informe de Adjuntía 10-2022-DP/AMASPPI.* https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3126171/Informe-Derrame-Ventanilla.pdf.pdf?v=1653347237

De la Puente, L. (2011). Responsabilidad por el daño ambiental puro y el código civil peruano. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), 295-307.

Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural (2020). *Informe 00009-2022-MINAM/VMGA/DGCA*.

El Comercio (15 de agosto de 2022). Derrame de petróleo en Ventanilla: solo 10 están limpias y 25 playas siguen contaminadas por hidrocarburos. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/lima/sucesos/derrame-de-petroleo-en-ventanilla-solo-10-estan-limpias-y-25-playas-siguen-contaminadas-por-hidrocarburos-video-repsol-la-pampilla-oefa-minam-rmmn-noticia/#:~:text=A%20siete%20meses%20del%20derrame,y%202%20puntas)%20a%C3%BAn%20est%C3%A1n

Grupo Repsol (2021). *Informe de Gestión Integrado*. https://www.repsol.com/content/dam/repsol-corporate/es/accionistas-e-inversores/

informes-anuales/2021/informe-gestion-integrado-2021.pdf

Huapaya Tapia, R. (2014). El régimen legal y constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Administrativo,* (14), 327-339.

Instituto Nacional de Defensa Civil [INDECI] (2022). *Derrame de Hidrocarburos en el Distrito de Ventanilla-Callao, Informe de Emergencia 555-18/4/2022/COEN-INDECI/14:30 horas (Informe 46).* https://portal.indeci.gob.pe/wp-content/uploads/2022/04/INFORME-DE-EMERGENCIA-N%C2%BA-555-18ABR2022-DERRAME-DE-HIDROCARBUROS-EN-EL-DISTRITO-DE-VENTANILLA-CALLAO-46.pdf

León Cépeda, A. & Zúñiga Lossio, M. (2022). *La sombra de los hidrocarburos en el Perú. Actualización de la información sobre sitios con daño hidrocarburífero en Perú: 1997-2021.* Oxfam & Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

Mercado Común del Sur [Mercosur] (2004), *Protocolo adicional al acuerdo marco sobre medio ambiente del Mercosur en materia de cooperación y asistencia ante emergencias ambientales*. http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1404s.asp

Ministerio de la Producción [PRODUCE] (2022). *Informe Técnico: Monitoreo de los impactos ocasionados sobre los recursos hidrobiológicos por el derrame de petróleo en el sector litoral de Ventanilla*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2912447/Evaluaci%C3%B3n%20impacto%20derrame%20petr%C3%B3leo%20Ventanilla%20%28inf.%20t%C3%A9cn.%20monit.%20inicial%20IMARPE%29%20-%20feb.%202022.pdf

Ministerio del Ambiente [MINAM] (2012). *Glosario de Términos de Gestión Ambiental.* http://siar.minam.gob.pe/puno/sites/default/files/archivos/public/docs/504.pdf

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA] (14 de julio de 2022). El OEFA impone multa a Repsol por más de 5 millones de soles por incumplir con la identificación de las zonas afectadas ante el derrame. *Gob.pe.* https://www.gob.pe/institucion/oefa/noticias/631558-el-oefa-impone-multa-a-repsol-por-mas-de-5-millones-de-soles-por-incumplir-con-la-identificacion-de-las-zonas-afectadas-ante-el-derrame

(29 de octubre de 2022). OEFA impone dos multas a Repsol por más de 42 millones de soles. *Gob.pe.* https://www.gob.pe/institucion/oefa/noticias/665415-oefa-impone-dos-multas-a-repsol-por-mas-de-42-millones-de-soles

(s.f.). *Acciones de supervisión ambiental del OEFA ante el derrame de petróleo en Ventanilla.* https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2826984/CRONOLOGIAresumida%20%281%29.pdf.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2019). *Fortalecimiento de la resiliencia a los impactos ambientales de las emergencias en América Latina y el Caribe mediante el desarrollo de una Red de Preparación en Emergencias y Ambiente* (UNEP/LAC-IC.2019/9). https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/30969/RIMFM_Final_SP.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Ramírez Huaroto, B. (2016). El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. *Anuario de Investigación del CICAJ 2015,* 49-104.

RPP Noticias (15 de agosto de 2022). Caso Repsol: Ministerio del Ambiente denuncia que 25 playas siguen afectadas por derrame de petróleo. *RPP Noticias.* https://rpp.pe/politica/gobierno/caso-repsol-ministerio-del-ambiente-denuncia-que-25-playas-siguen-afectadas-por-derrame-de-petroleo-noticia-1424819

(29 de octubre de 2022). Ventanilla: OEFA impone dos multas a Repsol por más de S/42 millones por derrame de petróleo. *RPP Noticias.* https://rpp.pe/peru/actualidad/ventanilla-oefa-impone-dos-multas-a-repsol-por-mas-de-s-42-millones-por-derrame-de-petroleo-noticia-1443074

Sánchez Yaringaño, G. (2010). El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: una perspectiva crítica. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (58), 277-284.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental [SPDA] (20 de agosto de 2022). Historia de un derrame: Un detallado análisis a las medidas adoptadas por el Estado peruano. https://actualidadambiental.pe/historiaderrame/home/

Useda, M. (2013). La responsabilidad civil extracontractual en los bienes producto de las innovaciones tecnológicas. *Ius et Ratio, 1*(1), 125-130.

Zermeno, A. (17 de enero de 2022). Derrame de petróleo en el mar de Perú provocado por tsunami en Tonga. *Euronews.* https://es.euronews.com/2022/01/17/derrame-de-petroleo-en-el-mar-de-peru-provocado-por-tsunami-en-tonga

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI ARB/14/21, Laudo (30 Nov. 2017).

Canadian Environmental Protection Act, 1999, S.C. 1999, c. 33 (Can.).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Penal [CP], Decreto Legislativo 635, Diario Oficial *El Peruano,* 8 de abril de 1991 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 4 I.L.M. 524.

Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de septiembre de 1990 (Perú).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1394, Decreto Legislativo que fortalece el funcionamiento de las autoridades competentes en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano,* 6 de septiembre de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano,* 23 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 004-2022-MINAM, Aprueban Disposiciones para el Procedimiento Único del Proceso de Certificación Ambiental del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de enero de 2022 (Perú).

Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 015-2014-DE, Reglamento del Decreto Legislativo 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional, Dirección General de Capitanías y Guardacostas, Diario Oficial *El Peruano,* 26 de noviembre de 2014 (Perú).

Decreto Supremo 019-2009-MINAM, Aprueban el Reglamento de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano,* 25 de septiembre de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 039-2014-EM, Aprueban Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de noviembre de 2014 (Perú).

Decreto Supremo 044-2009-RE, Ratifican el "Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú", Diario Oficial *El Peruano*, 31 de julio de 2009 (Perú).

Ley 26/2007, de Resposabilidad Medioambiental (B.O.E. 2007, 255) (Esp.).

Ley 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de agosto de 1993 (Perú).

Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de junio de 1997 (Perú).

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano,* 11 de abril de 2001 (Perú).

Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 2001 (Perú).

Ley 28611, Ley General del Ambiente, Diario Oficial *El Peruano,* 15 de octubre de 2005 (Perú).

Ley 29968, Ley de creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), Diario Oficial *El Peruano,* 20 de diciembre de 2012 (Perú).

Ley 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Diario Oficial *El Peruano,* 21 de mayo de 2015 (Perú).

Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2021 (Perú).

Resolución de Capitanía 263-2015, Diario Oficial *El Peruano,* 9 de diciembre de 2015 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 006-2021-OEFA/CD, Disponen la publicación del proyecto de Resolución del Consejo Directivo que aprobaría la "Modificación del Reglamento del reporte de emergencias ambientales de las actividades bajo el ámbito de competencia del OEFA", Diario Oficial *El Peruano,* 22 de marzo de 2021 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 007-2015-OEFA/CD, Aprueban el Reglamento de Medidas Administrativas del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de febrero de 2015 (Perú).

Resolución del Consejo Directivo 018-2013-OEFA/CD, Reglamento del Reporte de emergencias ambientales de las actividades bajo el ámbito de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, Diario Oficial *El Peruano,* 19 de abril de 2013 (Perú).

Resolución Directoral 058-2016-SENACE/DCA, que otorga conformidad al Informe Técnico Sutentatorio, Diario Oficial *El Peruano,* 1 de agosto de 2016 (Perú).

Resolución Directoral 751-2006-MEM/AAE, Diario Oficial *El Peruano,* 28 de noviembre de 2006 (Perú).

Resolución de Dirección Ejecutiva D000258-2022-MIDAGRI-SERFOR-DE, Aprueba la "Guía para el manejo de fauna silvestre ante eventos de derrame de hidrocarburos en el ámbito marino costero", Diario Oficial *El Peruano,* 7 de noviembre del 2022 (Perú).

Resolución Jefatural 058-2016-SENACE/DCA, Aprueban el documento técnico normativo denominado Medidas complementarias para la elaboración de estudios ambientales a cargo del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo de 2016 (Perú).

Resolución Legislativa 24929, Congreso de la República aprueba acuerdos sobre Cooperación Internacional, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de noviembre de 1988 (Perú).

Resolución Ministerial 021-2022-MINAM, Declaran en emergencia ambiental área geográfica que comprende la zona marina costera y aprueban Plan de Acción Inmediato y de Corto Plazo para la atención de la emergencia ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de enero de 2022 (Perú).

Resolución Ministerial 042-2022-MINAM, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de febrero de 2022 (Perú).

Resolución Ministerial 047-2022-MINAM, Aprobar la "Guía de Valoración Económica de Impactos Ambientales en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental", que como Anexo forma parte integrante de la presente Resolución Ministerial, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de febrero de 2022 (Perú).

Resolución Ministerial 074-2022-MINAM, Aprueban la "Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales de minería ilegal, tala y tráfico ilegales de fauna silvestre", Diario Oficial *El Peruano,* 23 de marzo de 2022 (Perú).

Resolución Ministerial 398-2014-MINAM, Aprueban Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 2014 (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 8 de marzo de 2016, Casación 1693 – 2014-Lima (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], sentencia recaída en el Expediente 0003-2006-PI/TC, de 19 de septiembre de 2006 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC, de 1 de abril de 2005 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PC/TC, de 8 de noviembre de 2005 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], sentencia recaída en el Expediente 221-1997-AA/TC, de 4 de diciembre de 1997 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], sentencia recaída en el Expediente 02775-2015-PA/TC, de 11 de noviembre de 2017 (Perú).

Tribunal de Fiscalización Ambiental de la OEFA, Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera, 7 de marzo de 2019, Resolución 130-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, Expediente 0553-2018-OEFA/DF AI/PAS (Perú).

ELIAS PUELLES

Confidencialidad. Integridad. Disponibilidad

Boutique legal especializada en
Derecho Penal y Cibercrimen

Av. Javier Prado Este 596, oficina 602, San Isidro - Lima

eliaspuelles.com

+51 966 789 787

10.18800/themis.202202.006

EL ROL DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO

THE ROLE OF INVESTMENT ARBITRATION IN THE IMPLEMENTATION OF CLIMATE CHANGE POLICIES

Juan Pablo Gómez-Moreno*
Universidad de los Andes
Universidad El Bosque
Adell & Merizalde

Nowadays, there is no doubt that one of the main issues of the global agenda is climate change. Conscious of such a reality, several actors of the society have been more closely involved in the debate on the protection of the environment and the reduction of those activities that contribute to diminishing it. Investment arbitration is a field that, even though it has not appeared active and directly in these discussions, keeps a close relationship with these issues and might play a fundamental role in the effectiveness of the implementation of climate change policies.

Against this backdrop, this article focuses on studying the relationship between investment arbitration and climate change, explaining their points of contact and differences, to propose some thoughts on specific ways in which investor-State arbitration might contribute to the agenda on climate change.

Keywords: International arbitration; investment arbitration; climate change; environment.

En la actualidad, no cabe duda de que uno de los principales temas de la agenda global es el cambio climático. Conscientes de esta realidad, distintos actores de la sociedad se han involucrado cada vez más en el debate sobre el cuidado del medioambiente y la reducción de las actividades que contribuyen a mermarlo. El arbitraje de inversión es un ámbito que, si bien no ha aparecido activa y directamente en estas discusiones, guarda una estrecha relación con estos asuntos y podría tener un papel fundamental en la efectividad de la implementación de las políticas de cambio climático.

En este contexto, el presente artículo se enfoca en estudiar la relación entre arbitraje de inversión y cambio climático, explicando sus puntos de contacto y diferencias, para proponer algunas reflexiones sobre las formas puntuales en las que el arbitraje inversionista-Estado puede contribuir a la agenda sobre cambio climático.

Palabras clave: Arbitraje internacional; arbitraje de inversión; cambio climático; medioambiente.

* Abogado y filósofo. Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales y Magíster en Derecho Privado por la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque. Asociado en Adell & Merizalde (Bogotá, Colombia). Contacto: jp.gomez1102@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de septiembre de 2022, y aceptado por el mismo el 8 de noviembre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas noticias sobre cambio climático han impactado al mundo de una forma sin precedentes. Según han informado los expertos, la inacción regulatoria respecto de los vectores de la actividad humana que afectan negativamente al medioambiente han generado que gran parte del daño sea irreversible (McGrath, 2022). En respuesta a este diagnóstico, recientemente, la agenda medioambiental ha sido particularmente activa, con reiterados encuentros y esfuerzos plurilaterales de una inmensa mayoría de Estados soberanos dirigidos a enfrentar esta situación.

Al referirnos a cambio climático, dos puntos fundamentales de la discusión son la biodiversidad y el ecosistema. A su vez, estos conceptos nos refieren a los recursos naturales, pues son estos los que, en la mayoría de los casos, sufren la afectación directa de la actividad humana a pesar de ser la mayor fuente de riqueza medioambiental y, en ocasiones, un factor de protección del ecosistema. Esta actividad humana se refiere a un amplio espectro de iniciativas, en su mayoría económicas, que tienen un impacto en los recursos naturales.

Principalmente, la explotación de los recursos naturales y el daño ambiental suele asociarse a las industrias extractivas, por ejemplo, petróleo y gas, y minería (Bebbington *et al.*, 2018). Sin embargo, hay muchas otras actividades que tienen un efecto en el medioambiente y que se discutirán en más detalle en este artículo. En todo caso, es relevante tener en cuenta que, como consecuencia de los cambios recientes en esta materia, distintos actores han puesto en marcha medidas para hacer frente al cambio climático.

Aunque este es un punto que se abordará más adelante, vale la pena mencionar que, por ejemplo, los Estados han adquirido nuevos compromisos en materia de protección del medioambiente. Al mismo tiempo, el sector privado también ha reaccionado, con actores de varias industrias estratégicas acompañando este movimiento. El interés de este ensayo es sumarse a este debate desde la perspectiva de un campo que, si bien ha sido parte de estas discusiones, no ha tenido un rol protagónico en la materia, esto es, el arbitraje de inversión.

Las discusiones que pretenden integrar el arbitraje inversionista-Estado (en adelante, ISDS) y el medioambiente no son, en lo absoluto, novedosas. Desde hace varios años, se han considerado las interacciones entre estos dos sistemas, ya que un significativo número de casos de inversión tratan sobre asuntos de medioambiente (Marisi, 2020). No obstante, la mayor parte de la literatura suele enfocarse en la relación, por lo general contenciosa, entre medioambiente y ISDS. A manera de ejemplo, varios autores han estudiado temas como la litigiosidad de las industrias extractivas (Burnett & Brett, 2017) o los casos puntuales sobre inversión y recursos naturales (Asteriti, 2012).

Por el contrario, es poco el material que existe, al menos en el plano estrictamente académico, sobre cómo el arbitraje de inversión, entendido como sistema en sí mismo, podría contribuir a implementar las políticas para mitigar el cambio climático. En ese orden de ideas, este artículo se enfocará en dicho asunto, buscando explorar tanto la relación presente y futura entre el ISDS y el cambio climático, así como las formas específicas en que el arbitraje de inversión tiene un papel por jugar en la discusión global sobre cambio climático.

Es relevante aclarar que el alcance de este artículo no incluye una revisión detallada de posibles arbitrajes de inversión que pudieran surgir a causa de la transición energética, cuáles serían sus problemáticas principales o cómo podrían ser decididos. Aunque estos puntos serán considerados *en passant* en este escrito y son, sin duda, aspectos relevantes de una discusión que debe crecer con el tiempo, la presente investigación busca, ante todo, sentar las bases para discutir a grandes rasgos el rol complementario del ISDS en la transición energética y no los conflictos inmediatos que pueden resultar de esta interacción.

Más bien, este artículo se suma a la literatura existente que explora la relación entre medioambiente y arbitraje de inversión, comentando sus tensiones y puntos de contacto. En particular, el argumento central de este trabajo es que el ISDS puede aportar o restar a la implementación de la lucha contra el cambio climático según sean enfocados los esfuerzos de quienes integran su comunidad de práctica.

Para estos efectos, el presente artículo se divide en cinco secciones. La sección II presentará un contexto inmediato de las políticas sobre cambio climático y los aspectos básicos del ISDS. La sección III estudiará la relación entre arbitraje de inversión y medioambiente, centrándose en definir los aspectos más relevantes para el futuro. La sección IV discutirá la cuestión específica sobre el ISDS y su rol en la implementación de políticas de cambio climático. Finalmente, la sección V presentará algunas reflexiones finales.

II. CONTEXTO INMEDIATO DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL ISDS

A. Marco regulatorio de la lucha contra el cambio climático

Actualmente, podría decirse que el marco regulatorio sobre cambio climático está en el centro de la agenda global. En particular, en 2021, con la celebración de la Conferencia de las Partes (en adelante, COP) número 26 en la ciudad de Glasgow, estos temas adquirieron una nueva dimensión. Para muchos, este evento fue particularmente importante por factores como la post-pandemia y el cubrimiento que recibió la COP 26 por parte de los medios de comunicación y de distintos grupos de interés (Quintana *et al.*, 2021). Sin embargo, el fenómeno visto en este encuentro se remonta a muchos años atrás.

Este artículo recopila algunos de los hitos más relevantes para la discusión sobre cambio climático, sin interés en hacer un recuento exhaustivo de los mismos. Esto es así con el objeto de enfocar la investigación en los instrumentos que resultan más relevantes para el ISDS y que se citarán más adelante en el escrito. Así, es fundamental notar, en primer lugar, que, durante los noventa, en Rio de Janeiro, se firmó la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (en adelante, CMNUCC).

La CMNUCC fue suscrita por 127 Estados que reconocieron la necesidad de tomar medidas globales para combatir el cambio climático. Como su nombre lo indica, esta Convención es un tratado 'marco', por lo que meramente estableció algunos parámetros generales a los que debían añadirse, con posterioridad, medidas vinculantes y específicas a través de, por ejemplo, protocolos entre las partes (Bodansky, 1993, pp. 493-494; Sands, 1992, p. 276).

Retomando el contexto inicial de esta sección, es relevante anotar que el artículo 7 de la CMNUCC creó las COP, mediante las cuales se buscaba que los Estados signatarios se reunieran anualmente para revisar el cumplimiento de los objetivos de la Convención. De ahí, precisamente, que las COP sean tan relevantes para estudiar los avances en la lucha contra el cambio climático, y que la COP 26, única en su tipo, haya recibido tanta atención.

Posteriormente, en 1997, 37 Estados desarrollados firman el Protocolo de Kioto. El objetivo de este instrumento es cuantificar y establecer objetivos vinculantes para reducir la emisión de gases de efecto invernadero. Estos gases son de particular importancia para la lucha contra el cambio climático porque, como lo ha indicado la doctrina, emiten y absorben radiación dentro de un rango que hace que la temperatura de la tierra incremente de manera dramática (Manabe, 2019).

En abril de 2016, luego de las negociaciones que tuvieron lugar en la COP 21, se firmó el Acuerdo de París. En este caso, el acuerdo es firmado por 175 países. La relevancia fundamental de este instrumento es que constituyó un verdadero compromiso 'global' en la lucha contra el cambio climático, pues, a diferencia del Protocolo de Kioto, fue suscrito tanto por Estados desarrollados como no desarrollados.

Por lo demás, esto demuestra, una vez más, la importancia que han tenido las COP para avanzar gradualmente la agenda climática mundial. Además, en el Acuerdo de París se estableció una hoja de ruta en la que cada Estado planteó sus compromisos respecto del cambio climático y se comprometió a actualizarlos cada cinco años (Paris Climate Agreement, 2015). De conformidad con esto, la COP 26 de 2021 fue la primera ocasión en la que estos compromisos que venían del Acuerdo de Paris fueron renovados por primera vez.

¿Cuáles son, entonces, los compromisos críticos adquiridos en estos acuerdos y que fueron renovados en la COP 26? Este artículo se enfocará en algunos de ellos. Siguiendo lo que se establece en el artículo 2.1.(a) del Acuerdo de París, en el párrafo 15 del documento resultante de la COP 26 se reafirmó el compromiso de los Estados signatarios de mantener la temperatura mundial por debajo de los 2 grados Celsius y hacer esfuerzos para mantener su incremento a 1.5 grados.

Por otra parte, en línea con lo que disponen referencias como el artículo 4.1. del Acuerdo de París, que en esencia busca decrecer las emisiones de gases de efecto invernadero, en la COP 26 las partes se comprometieron a reducir las emisiones globales de dióxido de carbono en un 45% para el 2023, con respecto al nivel de 2010 y a cero hacia 2050 (Glasgow Climate Pact, 2021, párr. 17).

B. Aspectos básicos sobre el funcionamiento del ISDS

En la medida que este artículo no está dirigido necesariamente a expertos en arbitraje de inversión, resulta pertinente dar una explicación sucinta sobre el funcionamiento del arbitraje de inversión o ISDS. En breve, el ISDS aparece como una fórmula para proteger recíprocamente los intereses de la inversión extranjera y evitar preocupaciones como la politización de las decisiones, el trato discriminatorio y la expropiación sin compensación justa (Kaufmann-Kohler & Potestà, 2020).

El mecanismo por excelencia del ISDS para dar estas garantías son los acuerdos internacionales de inversión (en adelante, AIIs). Así, estos tratados, que son suscritos entre Estados, les ofrecen una serie de garantías a los inversionistas extranjeros que pertenezcan a alguno de los Estados signatarios respecto de las medidas del otro Estado signatario, cuando este último sea el receptor de la inversión.

Si estos acuerdos se rompen, los inversionistas pueden invocar las protecciones de los AIIs contra los Estados receptores de su inversión para dar lugar a la responsabilidad internacional de los mismos y obtener, como consecuencia de su reclamo, una compensación resultante de algún daño sufrido (Douglas, 2009).

¿Cómo suelen aparecer los temas ambientales en el ISDS? La figura típica de estos casos es que un inversionista, actuando en calidad de demandante, afirma ante un tribunal arbitral que ciertas medidas regulatorias de un Estado han afectado alguna de las garantías que le ofrece un AII. A su vez, el Estado planteará sus defensas, entre las cuales se encuentra, en ocasiones, el que estas medidas fueron adoptadas por razones legítimas, como puede ser la protección del medioambiente.

III. DESENCUENTROS ENTRE CAMBIO CLIMÁTICO E ISDS

Esta sección se ocupará de discutir, en particular, cuáles son los puntos de contacto y de diferencia, tanto presentes como futuros, entre el ISDS y las políticas de cambio climático. Aquí se tratarán las reformas en distintos sectores económicos a raíz del cambio climático y cómo esto puede dar lugar a más disputas ambientales.

También se discutirán a continuación los principales retos del cambio climático para integrarse totalmente en el ISDS, la renegociación de nuevos instrumentos de inversión, y el balance que debe tenerse en cuenta entre interés público y el interés financiero de un inversionista en los proyectos que pueden verse afectados.

En breve, esta sección tratará cuatro asuntos. De una parte, se referirá a las tensiones entre ISDS y cambio climático a partir de la reforma económica que supondría la agenda climática global y los principales problemas para su implementación en el marco del sistema internacional de protección de inversiones.

De otra parte, tratará algunas consideraciones clave para entender hoy la interacción entre ISDS y cambio climático. Esto incluye la tendencia de renegociación y firma de nuevos AIIs con una sensibilidad medioambiental, así como la importancia de entender el balance que debería existir entre el riesgo regulatorio y el riesgo financiero.

A. Reforma económica en cambio climático y disputas ambientales

Antes de avanzar más en esta discusión, hay que mencionar que, según lo discutido en la COP 26, para lograr los objetivos del Acuerdo de París, algunas de las industrias estratégicas que deben cambiar son energía, infraestructura, sectores industriales y el uso de tierras, todas las cuales deben movilizarse de una actividad con altos niveles de emisiones de carbón a cero emisiones en 2050 o antes.

Entre más inversiones haya en industrias o proyectos con un impacto ambiental, sea este positivo o negativo, mayores controversias asociadas con el medioambiente surgirán. Esto puede referirse tanto a industrias extractivas, como a energías renovables y otros sectores de la economía. A su vez, dicha realidad se conecta con dos variables adicionales. De una parte, el número de proyectos en estos segmentos de la industria son hoy en día mucho mayores que en años anteriores (Ayadi *et al.*, 2020, pp. 396-397).

Esto puede surgir por una variedad de razones. A manera de ejemplo, como resultado de la agenda global sobre cambio climático, los Estados han adquirido obligaciones para combatir el daño ambiental o incluso prevenir que este sea incrementado, lo que los impulsa a promover iniciativas contra las actividades contaminantes o a favor de las energías limpias. Adicionalmente, hay un mayor grado de conciencia en la población sobre los impactos del cambio climático, lo que, en muchos lugares, ha creado un clamor por políticas 'verdes' (Mertig, 2015, p. 63).

De otra parte, esto lleva indefectiblemente al aumento de disputas en estos sectores. Ante la falta de una capacidad especializada para desarrollar estas inversiones por cuenta propia, los Estados deben atraer inversión extranjera experta en proyectos como las energías limpias. Esto puede suceder incluso a través una serie de medidas regulatorias que incluyen, por ejemplo, incentivos como subvenciones o exenciones fiscales (Wall *et al.*, 2018, p. 4). A su vez, esto otorga unos derechos que pueden dar lugar a potenciales disputas internacionales.

Particularmente, en el sector de la energía solar, una importante ola de arbitrajes se iniciaron en contra de España en años recientes. Por ejemplo,

en este país, el Gobierno usó el esquema de las *feed in tariffs* para atraer a inversionistas extranjeros que pudieran desarrollar la red doméstica de energía solar. Estos mecanismos, en términos básicos, consisten en ofrecerle a los inversionistas del sector contratos a largo plazo con beneficios como tarifas por encima de los precios de mercado, para incentivarlos a participar en este tipo de proyectos (Mendonça, 2007).

Sin embargo, en vista de la crisis financiera por la que pasó España recientemente, coincidente con los períodos críticos de los contratos de energías renovables, el Estado revocó estos beneficios y ello dio lugar a varios arbitrajes de inversión. Así es como, actualmente, España ha sido demandada en más de cuarenta disputas de este tipo (Noilhac, 2020), un fenómeno comparable únicamente con la crisis argentina de los 2000. Esto muestra el alto nivel de litigiosidad que pueden tener las políticas públicas enfocadas en favorecer la transición energética, incluso cuando resultan de una crisis económica.

El caso de España se ha replicado en otros Estados, donde la promoción de las energías limpias también resultó en demandas internacionales. Este fue el caso de países de Europa Central, como República Checa, que implementó igualmente una serie de políticas para apoyar la energía solar y posteriormente tuvo que hacer frente a varias reclamaciones sobre estos temas (Simoes, 2017, pp. 259-260). Esto demuestra que no se trata de casos aislados y que, de hecho, la realidad indicaría que estas controversias podrán ser más comunes en el mediano y largo plazo.

Según se anunció en la introducción, una revisión *in extenso* de las modalidades de arbitraje que podrían surgir en estos contextos excede el objeto de este artículo. No obstante, para efectos de dar claridad en la discusión y enriquecer el debate futuro, sería relevante tener presentes las diferencias que podrían existir según las particularidades de las políticas públicas que adopte un Estado y cómo las implemente.

Así, parece que *prima facie* serían distintas, por ejemplo, las controversias por el trato diferencial de un Estado entre inversionistas de energías tradicionales e inversionistas de nuevas energías, en cuyo caso la discusión apunta más hacia una 'discriminación', con respecto a aquellos arbitrajes ocasionados por la reversión de políticas que favorecían la transición energética, pero que, por cualesquiera motivos, un Estado no pudo mantener en el tiempo, en los que se discutirían probablemente unas 'expectativas legítimas' o algo similar.

De acuerdo con este contexto sobre energías renovables y arbitraje de inversión, podría decirse que, en el plano de la transición energética, los proyectos más activos, y por ende más sensibles a arbitrajes de inversión, serán la energía solar, eólica e hídrica (Talus, 2015; Tirado, 2015). Sin embargo, esta cuestión de la litigiosidad futura en materia de ISDS no se limita a la promoción de las nuevas fuentes de energía. Los compromisos de los Estados en materia de cambio climático también implican, en gran medida, ajustes fuertes a iniciativas existentes en fuentes tradicionales de energía.

Este es el caso de los proyectos con energía nuclear o combustibles fósiles. Igualmente, en materia de proyectos extractivos, varios casos han surgido con ocasión de la terminación de proyectos extractivos, como minería, petróleo y gas. De hecho, según las estadísticas más recientes del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), un 25% del total de casos administrados por la institución corresponden a petróleo, gas y minería, seguidos de un 17% en sectores de la industria energética, con lo que, entre estas actividades económicas, concentran casi la mitad de las disputas (CIADI, 2022, p. 12).

Al respecto, resulta relevante destacar que, como lo apuntó el Secretario General de Naciones Unidas, el IPCC Sixth Assessment Report sería un ultimátum para el carbón y los combustibles fósiles. Lo anterior es así porque, según dicho reporte, para evitar un desastre climático, las emisiones de gases de efecto invernadero deben recortarse en un 50% para 2030 y eliminarse completamente para 2050.

De igual manera, cabe destacar que las repercusiones del cambio climático en la economía son dramáticas. Por ejemplo, en el caso de cambios regulatorios asociados a la transición a una economía baja en carbón, muchos autores coinciden en que los inversionistas quedarían con unos *stranded assets* (Bos & Gupta, 2019, pp. 1-2). Estos activos, según los define la doctrina económica, son aquellos que deben depreciarse tiempo antes del fin de su vida útil, incluso si esto genera pérdidas de derechos prematuras y efectos financieros negativos para sus inversionistas (Van der Ploeg & Rezai, 2020).

Otro punto que vale la pena destacar es que este es un fenómeno 'global'. Si bien este tipo de casos suelen asociarse a regiones estratégicas como América Latina (Álvarez *et al.,* 2021), donde se han concentrado disputas de industrias estratégicas, como las asociadas con la explotación de petróleo y la minería, esta realidad no es exclusiva de los países en vía de desarrollo. Hace poco, por ejem-

plo, la compañía alemana RWE demandó al gobierno de Países Bajos por sus planes de terminar una inversión asociada con carbón, reclamo que asciende a 1.4 billones de euros (*RWE AG c. Reino de los Países Bajos*, 2021).

Además, estos casos demuestran la oposición que ya existe entre el sector privado y el sector público respecto de medidas regulatorias que prohíben ciertas industrias o actividades estratégicas para la implementación de la lucha contra el cambio climático. Esto puede tomar varias formas. De una parte, puede tratarse de iniciativas tradicionales, como aquellas asociadas a actividades que emiten gases de efecto invernadero.

Por ejemplo, la empresa Westmoreland demandó recientemente a Canadá por 470 millones de dólares canadienses por medidas sobre una serie de plantas de energía alimentadas con carbón en Alberta (*Westmoreland c. Gobierno de Canadá*, 2020). De forma similar, Rockhopper, una compañía británica de combustibles fósiles, demandó a Italia por 275 millones de euros respecto de una prohibición de perforaciones de petróleo en el mar (*Rockhopper Italia S.p.A. c. República Italiana*, 2017).

Pero estas medidas también pueden ocurrir en nuevas actividades económicas con un importante componente ambiental. El ejemplo por excelencia es el *fracking*, que, como lo indicaría cierta doctrina, generaría, a la par, altos márgenes de explotación y de contaminación (Jackson *et al.*, 2014). En particular, el *fracking* es interesante no solo porque es una 'nueva' modalidad de explotación, sino porque, en particular, es una actividad económica que ha generado múltiples reacciones, tanto a favor como en contra, en distintas jurisdicciones.

Así, en Canadá, Lone Pine demandó al Estado por una moratoria en un proyecto de este tipo en Quebec y las reclamaciones ascienden a un total de 118.9 millones de dólares (*Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá,* 2015). De forma similar, en Eslovenia, donde se prohibió este tipo de mecanismo extractivo, la compañía británica Ascent Resources ha interpuesto ya una demanda por 100 millones de euros (*Ascent Resources Plc & Ascent Slovenia Ltd c. República de Eslovenia*, 2022).

B. El nudo gordiano de la relación entre ISDS y medioambiente

Ante la inminencia de la relación conflictiva que pueden tener el ISDS y las políticas de cambio climático, surge una pregunta jurídica compleja, a saber, si el Estado puede adoptar medidas regulatorias en virtud de sus obligaciones ambientales. Estos compromisos, a la luz de los nuevos cambios en materia climática, serán generalmente 'nuevos', esto es, inexistentes al momento de firmar el AII respectivo o cuando el inversionista inició su inversión.

¿Cómo pueden entonces los Estados cumplir sus obligaciones medioambientales sin descuidar sus compromisos con los inversionistas? Ante esta difícil situación, habría que decir que, salvo que se renegociaran los términos de los acuerdos con los integrantes del sector privado, los Estados estarían frente al deber de elegir entre el 'menor' de dos males: defraudar a la comunidad internacional (e incluso a la sociedad civil) o desconocer ciertas protecciones del inversionista.

A su vez, estos proyectos, particularmente en el caso de contratos en la industria extractiva, estarán protegidos normalmente con cláusulas de estabilización que les aseguran a los inversionistas cierta previsibilidad respecto de las medidas del Estado sobre sus inversiones, niveles de rendimientos, etc. (Oshionebo, 2010, p. 4). De tal forma, lo que hacen estas cláusulas, en últimas, es hacer todavía más difícil para los Estados desprenderse *de facto* de sus compromisos con el sector privado para favorecer una agenda climática.

Y, cuando ya se han tomado estas decisiones, ¿qué deben tener en cuenta los árbitros? Como lo explica la doctrina, en la medida que la fuente de interpretación principal de los árbitros es, por lo general, el respectivo tratado o AII, no es posible, en la mayoría de los casos, que estos tribunales tengan en cuenta factores como los cambios en la conciencia ambiental a nivel global (Clasmeier, 2017). Esto sería exceder el lenguaje expreso del tratado, lo que, a su vez, podría resultar en una anulación del laudo por haber excedido los poderes otorgados o la controversia discutida por las partes (Lalive, 2010; Timmer, 2013).

En relación con estas cuestiones, un aspecto muy relevante son las disposiciones sobre ley aplicable en estos arbitrajes de inversión. Por regla general, el tribunal arbitral deberá referirse, ante todo, al tratado y, de ser el caso, a otras fuentes como el derecho internacional (Hirsch, 2012). Sin embargo, no suele ser bien recibido que los árbitros tengan en cuenta instrumentos adicionales, como doctrinas, instrumentos de derechos humanos o derecho del medioambiente (Baltag & Dautaj, 2021; Boisson de Chazournes, 2017).

El alcance de estas restricciones interpretativas ha sido revisado *in extenso* en la doctrina. Algunos autores consideran que los tribunales tendrían, entre

sus facultades, la posibilidad de tener en cuenta estos instrumentos (Asteriti, 2015). No obstante, en la práctica, esta suele ser una posición minoritaria y no se ha visto en muchos casos. A manera de ejemplo, en su opinión disidente en el caso Eco Oro contra Colombia, el árbitro Philippe Sands explicó por qué, en su concepto, esto sería posible, pero sus consideraciones siguen siendo las de una perspectiva minoritaria en la práctica (*Eco Oro Minerals c. República de Colombia*, 2016).

En todo caso, al referirnos al 'nudo gordiano' de la relación entre ISDS y medioambiente, hay dos factores adicionales a tener en cuenta. Por una parte, que los árbitros son fundamentales en estos procesos porque son quienes, en últimas, determinan las normas aplicables y la posibilidad de seguir o no ciertas interpretaciones, pero que, a pesar de esto, una gran mayoría de los árbitros asignados a estos casos pertenecen a una generación en la que el cambio climático no era un elemento protagónico del debate jurídico (Karsenti & Granier, 2021, p. 341), por lo que su formación jurídica profesional no involucró estas cuestiones.

Por otra parte, que el sistema de nombramiento de árbitros en instituciones como el CIADI, como lo han mencionado algunos autores, incentiva a los árbitros a actuar para ser designados nuevamente (Kapeliuk, 2010, pp. 33-35). De esta forma, ante la posibilidad de que un tribunal arbitral en ISDS que aplica elementos de derecho ambiental sea visto como radical o inapropiado, los árbitros tenderán a apartarse de estas conductas, evadiendo muchas veces estos debates en sus laudos y buscando salidas jurídicas más 'pacíficas' y sencillas (Oglinda, 2015, p. 127).

El resultado práctico de estas circunstancias es que la inclusión de consideraciones de derecho ambiental, relevantes para las políticas de cambio climático, es poco usual en casos de ISDS. Si los adjudicadores no están formados para entender la relevancia de estos temas e incorporarla en sus decisiones, además de que el sistema mismo está configurado para evitar este tipo de decisiones, la probabilidad de que estos temas aparezcan en la agenda es muy baja.

Por último, es importante resaltar además que, en estos casos, los tribunales arbitrales designados por las partes son distintos caso a caso, de manera que puede haber una multiplicidad de árbitros decidiendo disputas sobre materias asociadas al cambio climático y cada uno de ellos tendrá una visión diferente del asunto. Esto no es *per se* algo negativo, pero sí abre una interrogante sobre la conveniencia o no de que un tema sensible como este y que requiere quizás una óptica particular sea visto por varios observadores desde lugares tan distintos.

Adicionalmente, al menos en teoría, los tribunales arbitrales no están de ninguna forma constreñidos por las decisiones pasadas de otros árbitros, pues, a diferencia de otros foros de adjudicación, en derecho internacional no hay *stare decisis* en el ISDS (Schreuer, 2010). Esto, una vez más, da lugar a la posibilidad de que los razonamientos sobre las decisiones, como se sabe que es una característica clave del arbitraje de inversión y de cualquier proceso de administración de justicia, sean diversos y hasta, en ocasiones, disímiles, incluso si los hechos son similares o idénticos.

C. Renegociación de los AII y nueva generación de tratados

Los Estados ya han considerado cómo sus instrumentos de arbitraje de inversión pueden alinearse con la agenda del cambio climático. En ese orden de ideas, han buscado la salida diplomática como la mejor forma de abordar esta cuestión. Así, es común que hayan acudido a mecanismos como la renegociación del lenguaje de AIIs ya suscritos o la preparación de nuevos tratados que sean más firmes respecto de cuestiones medioambientales.

En la negociación de los AIIs más recientes, los Estados han incorporado una mayor cantidad de disposiciones asociadas al medioambiente. Muchos de ellos han suscrito nuevos tratados, llamados también acuerdos de 'última generación', en los que desarrollan obligaciones y estándares más expresos en materia de medioambiente (Spears, 2010). En el texto puntual de estos tratados, la referencia a cuestiones como el medioambiente se puede ver de distintas formas.

Una de las modalidades en la que se puede apreciar que estos cambios han tenido efecto es, por ejemplo, en referencias generales a la relevancia del 'desarrollo sostenible', el ' interés público', el 'medioambiente', y otros conceptos similares. Esta es una cuestión que suele tratarse en los acápites introductorios de los AIIs, como sus objetivos y preámbulos. Por ejemplo, en el preámbulo del AII entre Australia y Chile (2008) se indica la relevancia de implementar el acuerdo según el desarrollo sostenible y la protección y conservación del medioambiente.

Según la doctrina, estos apartados tienen relevancia en la interpretación porque les indican a los árbitros las motivaciones de las partes para suscribir un AII (Hulme, 2016, pp. 1320-1322). Así, si el instrumento relevante contiene alusiones a puntos como la protección del medioambiente y la reduc-

ción del impacto del cambio climático, los árbitros tendrían mayor flexibilidad para aplicar normas relevantes para ambos ámbitos (Giest, 2018, p. 338; Martini, 2017, p. 559). Esto sería, cuando menos, un avance respecto de las limitaciones indicadas en la subsección anterior.

En otros casos, la referencia es todavía más explícita. A manera de ejemplo, hay cláusulas que obligan a los Estados a no disminuir sus estándares de protección en materia medioambiental con el objetivo de atraer a inversionistas extranjeros. Este es el caso del AII entre Bélgica/Luxemburgo y Serbia (2004) que indica que ambas partes reconocen que es inapropiado incentivar la inversión extranjera a través de la reducción de las medidas nacionales de salud, seguridad y medioambiente.

En otras disposiciones, se les solicita a los inversionistas desarrollar sus actividades de una manera que sea responsable con las leyes nacionales de protección ambiental o con unos deberes mínimos de debida diligencia. También se han incluido excepciones, según las cuales una medida del Estado que podría dar lugar a una violación de un estándar de protección del AII estaría justificada si persigue la protección del medioambiente. Este es el caso, por ejemplo, del AII Modelo de Canadá y Estados Unidos (2004).

En algunos casos, incluso, se ha excluido completamente de la noción de 'inversión' o 'inversión protegida' una iniciativa que no cumpla con ciertas expectativas medioambientales. Este podría ser el caso de disposiciones que excluyen ciertos tipos de proyectos en particular, como combustibles fósiles. En línea con lo anterior, también podrían excluirse inversiones que sean contrarias a la regulación ambiental del Estado receptor (*Cortec Mining Kenya Limited c. República de Kenya,* 2018).

En otros casos, los Estados también han optado por renegociar AII de generaciones precedentes, para adaptarlos a nuevas consideraciones (Meyer & Park, 2018, p. 20). Esto es diferente de los tratados de nueva generación porque se trata de acuerdos que ya estaban vigentes, pero que, en vista de las consideraciones mencionadas, son reajustados.

Un caso de particular interés es el proceso de revisión del Tratado de la Carta de la Energía (en adelante, TCE), en particular porque ya son varias las disputas en materia de transición energética que involucran este instrumento. Como consecuencia de esto, las partes del tratado se pusieron como meta la revisión del acuerdo, para lo cual se estableció una lista de puntos a ser discutidos. Este proceso cuenta tanto con la participación de partes privadas como públicas. Entre los temas más relevantes de esta discusión, está la exclusión total de protecciones para inversiones en combustibles fósiles.

D. Balance entre riesgo regulatorio y riesgo financiero

Hasta este punto, se ha expuesto la relación entre ISDS y cambio climático en términos de nuevas potenciales disputas, las principales causas del conflicto y los nuevos AII. En esta subsección, se discutirá el balance entre los intereses, públicos y privados, de ambas partes involucradas en estos casos, con miras a enfocar la investigación en puntos necesarios para balancear ambos lados de la ecuación.

Los inversionistas muchas veces llegan a un Estado por programas regulatorios que incentivan la actividad económica a través de, por ejemplo, beneficios fiscales o ventajas regulatorias similares. Sin embargo, una vez que han desplegado su actividad y han invertido unos recursos, podrían encontrarse en una situación de 'rehenes' o, como lo ponen algunos autores, en una 'jaula de oro' (Kolo, 2004, p. 481).

En la COP 26, varios Estados se comprometieron a eliminar la energía basada en carbón. Esto supone la gran posibilidad de que, en el futuro, existan arbitrajes en los que se discutan medidas como la terminación anticipada de una licencia para la operación de plantas eléctricas alimentadas con carbón o combustibles fósiles. Si estos fueron los compromisos del Estado, ¿qué les depara el futuro a los inversionistas en estos sectores?

Como se indicaba antes en la sección II.B *supra*, los AII responden a esta situación a través de una serie de derechos y protecciones que permiten exigirle una compensación al Estado que los incumple. Esta solución parecería, *prima facie*, una forma de balancear los poderes exorbitantes del Estado con los intereses del inversionista. No obstante, el derecho a acudir al ISDS no es *per se* una ventaja para el inversionista extranjero, pues lo que este quiere, por regla general, es poder desarrollar su proyecto.

El gran problema aquí, entonces, es que el inversionista no tenga mucho que hacer frente al riesgo regulatorio que sea distinto a la alternativa de iniciar un conflicto y gastar recursos para litigarlo. Como lo indica la doctrina, iniciar y llevar un arbitraje de inversión puede ser desgastante *in extremis* para un inversionista, pues los costos de entrada al sistema y supervivencia en el mismo, tanto en tiempo como en dinero, son significativos (Bjorklund, 2009; Dupont *et al.*, 2016). Sin embar-

go, ante la falta de alternativas, esta es la única opción que tendría el inversionista cuyos derechos son afectados.

La primera y más importante pérdida que sufre el inversionista, además de costear el arbitraje, es su inversión misma. Así, como lo han anticipado varios autores, los ajustes regulatorios propios de las políticas de cambio climático implican un importante componente de inversión financiera y de pérdida de valor, tanto por parte de Estados, como de inversionistas (Smil, 2016). Sin embargo, una transición tan drástica, por ejemplo, de una actividad con emisiones altas a cero emisiones supone un nivel de variabilidad extremadamente elevado, por lo que la nueva realidad implicaría inevitablemente riesgos altos y rendimientos bajos o nulos para estos inversionistas.

Adicionalmente, algo a destacar en estas industrias es que, muchas veces, los proyectos aquí desarrollados exigen de los inversionistas invertir una cantidad significativa de fondos bajo la promesa de recibir utilidades sólo a largo plazo. En ese orden de ideas, dado que estos proyectos no podrían mantenerse en el mediano ni largo plazo, el escenario al que se enfrentarían, a no ser que el Estado les ofreciera una alternativa distinta, sería una pérdida inminente de sus inversiones.

¿Cómo se puede mitigar esta situación? Algunos autores han hablado del concepto de 'riesgo regulatorio amplificado'. Esto, en pocas palabras, quiere decir que, si los Estados no atienden pronto las problemáticas del cambio climático, las medidas regulatorias futuras tienden a recrudecerse e impactarlos más fuertemente. Según la Financial Stability Board (2020), una de las industrias en las que esto puede ocurrir en vista de la agenda climática es en el mercado de las compañías energéticas con uso elevado de carbón y fuentes similares (pp. 12-16).

El principal vector del riesgo amplificado es el tiempo. Así, en la medida que los reguladores dilaten la implementación de políticas de cambio climático, las modificaciones más adelante serán más abruptas. Esto impide que ocurra una verdadera 'transición' hacia, por ejemplo, las energías limpias y las políticas medioambientalmente responsables. Podría decirse que, para prevenir esto, los Estados deberían contemplar medidas como ofrecer oportunamente compensaciones justas o darle a estos inversionistas alternativas económicas viables y sustitutivas.

Sin embargo, un punto crítico es que, muchas veces, los inversionistas de estos sectores no tienen forma de diversificar su flujo de ingresos o su actividad de negocios. En la mayoría de los casos, la valuación de estas compañías depende, en gran medida, de que puedan explotar la capacidad completa de sus fuentes de combustibles fósiles (Caldecott, 2018). No obstante, teniendo en cuenta los objetivos de reducción de emisiones que deben cumplirse para tener un verdadero impacto en el cambio climático, este escenario de explotación total es impracticable.

En ese orden de ideas, parece que este riesgo se puede materializar en litigio y costos de responsabilidad asociados con inversiones y negocios altamente sensibles en materia ambiental. En ese mismo sentido, el 'litigio sobre cambio climático' se ha convertido en un fenómeno de vital relevancia para estas discusiones. Según lo ha definido el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (en adelante, UNEP), este se refiere a casos en los que se discuten aspectos materiales de hecho o de derecho relacionados con la mitigación del cambio climático (Burger & Metzger, 2020).

Nada más a mediados de 2020, había 1 550 casos de litigio climático en 38 países del mundo, lo que sugería un aumento de 884 casos desde 2017 y más de veinticuatro nuevos Estados involucrados (Burger & Metzger, 2020). Ante la realidad estudiada en este apartado del artículo, parece que esta cifra incrementaría y, en particular, que a ella se sumarían reclamaciones en el contexto del ISDS. Es en ese escenario que las consideraciones de la sección siguiente de este escrito cobran la mayor relevancia, pues se refieren a la posibilidad de armonizar arbitraje de inversión y políticas de cambio climático.

IV. IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS DE CAMBIO CLIMÁTICO

Por regla general, los Estados y otros actores del debate ambiental han optado por no referirse específicamente al arbitraje en instrumentos como el Acuerdo de París y sus distintos instrumentos complementarios. De hecho, el arbitraje, y específicamente el ISDS, son temas que no se han tratado puntualmente en las COPs. Más bien, estas disputas se han resuelto a través de vías diplomáticas y otro tipo de canales de resolución de controversias.

De acuerdo con el artículo 24 del Acuerdo de París, las controversias surgidas del mismo se resolverán siguiendo lo indicado en el artículo 14 de la CMNUCC. Según el primer numeral de esta disposición, dichos pleitos se resolverán, en primera medida, a través de negociación u otra fórmula de arreglo amistoso. De no ser esto posible, los artículos 14(2)(a) y (b) indican que las partes podrán acu-

dir ante la Corte Internacional de Justicia o iniciar un arbitraje (2016).

Esto muestra que, a pesar de no tener un rol protagónico en las discusiones, el arbitraje aparece en el panorama normativo del cambio climático. De hecho, como lo sostiene este artículo, el ISDS puede tener un importante rol en la realización de los objetivos de la lucha contra el cambio climático o en su obstaculización. En particular, este escrito sostiene que el ISDS, como herramienta de las partes para resolver disputas, puede alcanzar ambos objetivos dependiendo de cómo sea usado por los actores relevantes.

A la fecha, como se mostró en las secciones anteriores, el ISDS ha aparecido como antagonista de las políticas regulatorias para proteger el medioambiente. Esta narrativa, además de algunos antecedentes reales de la práctica que podrían soportar dicha premisa, también ha sido promovida por ciertos actores específicos en la academia y la esfera pública. Sin embargo, este artículo mostrará que, si las herramientas del arbitraje de inversión se enfocan de la manera correcta, podrían favorecer la promoción de esta agenda.

En particular, se considerarán tres aristas del ISDS que resultan pertinentes para las políticas de cambio climático: (i) la creación de una conciencia medioambiental en la comunidad arbitral; (ii) el aprovechamiento de las características del arbitraje de inversión como mecanismo de solución de disputas; y (iii) la interpretación de cuestiones jurídicas propias del ISDS desde los lentes del medioambiente.

Para atender a los puntos específicos de esta sección, me parece relevante mencionar que gran parte de los mismos provienen de la conferencia de Wendy Miles, abogada y practicante activa de la comunidad de arbitraje internacional, para el Chartered Institute of Arbitrators (en adelante, CIArb). En específico, esta referencia es central porque, en dicha presentación, Miles se refiere a varios puntos sobre el rol del arbitraje en las políticas de cambio climático (2021).

A. Poner el tema del cambio climático sobre la mesa del ISDS

El primer punto al que se refiere Miles, y que además se comparte en este escrito, es el más sencillo de todos: es necesario hablar el lenguaje del cambio climático en ISDS. Esta subsección describirá, de forma más detallada, a qué se refiere este asunto. No obstante, cabe decir, *in limine*, que para integrar al arbitraje de inversión con el cambio climático es necesario que, como ha ocurrido en otras esferas, los actores más relevantes del sistema pongan este tema sobre la mesa. La pregunta, entonces, es ¿cómo puede ocurrir esta transformación?

Las medidas adoptadas en otros ámbitos pueden orientar esta discusión. Durante la COP 26, por ejemplo, las Normas Internacionales de Información Financiera (en adelante, IFRS) anunciaron la conformación de una Junta de Normas Internacionales de Sostenibilidad (en adelante, ISSB).

Según lo define la propia IFRS (2021), este instrumento persigue evaluar los riesgos y oportunidades de las empresas ante problemáticas de tipo ambiental, social y de gobernanza, y recoge el interés creciente durante los últimos años en materia de responsabilidad corporativa. Entre las características específicas de la ISSB estará, al parecer, exigir a los clientes reportes sobre medioambiente y sostenibilidad, a efectos de determinar si estas prácticas están o no alineadas con los propios compromisos climáticos de las entidades financieras.

Este tipo de iniciativas hacen imperativa la pregunta: ¿cuál es el rol de la comunidad de arbitraje internacional en el cambio climático? En tiempo reciente, ya han aparecido algunas iniciativas con este objetivo. Entre ellas, se destaca el *Green Pledge*, que consiste en una campaña enfocada en administrar los procedimientos arbitrales de manera amigable con el medioambiente, así como en gestionar las firmas de abogados a través de políticas orientadas a reducir la huella de carbono en estas organizaciones.

Como este, hay otros proyectos promovidos por los practicantes del arbitraje internacional de inversión, de los cuales se resaltan las iniciativas institucionales. A manera de ejemplo, grandes centros arbitrales como el CIADI ya han puesto en marcha reformas sustanciales con una conciencia ambiental. A esto se le podría llamar 'campañas verdes', pues buscan reducir el impacto medioambiental de la actividad jurídica, en particular, en ISDS.

Así, el CIADI recientemente publicó una quinta reforma a sus Reglas de Arbitraje, que entró en vigor en julio de este año. Entre sus modificaciones, están el uso extendido de expedientes electrónicos y audiencias virtuales (Reglas de Arbitraje del CIADI, 2022). Este tipo de medidas buscan, por ejemplo, reducir la huella ambiental de actividades poco amigables con el medioambiente, como el uso excesivo de papel o los viajes para atender audiencias y eventos similares.

Medidas como estas vienen teniendo gran acogida en otras jurisdicciones y son comunes también en

varias empresas del sector privado, incluidas las firmas de abogados, por razones diversas como el cumplimiento normativo, la responsabilidad corporativa o incluso las ventajas estratégicas que puede representar tener una actitud más amigable con el medioambiente (Currin, 2012, p. 46).

Todas estas políticas demuestran, cuando menos, un interés de la comunidad arbitral por sumarse a la lucha contra la problemática ambiental. Ahora bien, la discusión sobre su efectividad es un problema distinto, pues lamentablemente la doctrina ya ha dicho que este tipo de actuaciones resultarán inocuas si no van aparejadas de grandes voluntades políticas para afectar las verdaderas causas nodales del cambio climático (Thøgersen & Crompton, 2009, p. 52).

Sin perjuicio de lo anterior, más allá de tener un impacto concreto en el fenómeno global del cambio climático, estas medidas son relevantes por otros motivos. De una parte, se suman a lo que podría llamarse la 'conciencia ambiental'. Si bien autores como Krause han establecido que es difícil definir este concepto (1993, p. 129), para efectos de este artículo, podría decirse que es el hecho de que las personas reconozcan el problema del cambio climático y se preocupen o esfuercen por combatirlo.

De otra parte, en el núcleo mismo del ISDS, esto cumple con una labor fundamental de educar a los usuarios del sistema, a saber, abogados, partes, árbitros, entre otros. De lo contrario, es probable que muchos de estos miembros de la comunidad del arbitraje de inversión no conocieran estos problemas, no los vieran como un punto tan relevante de la práctica o no hicieran nada por abordarlos. Así, tomar pequeñas medidas puede contribuir a traer el tema a la mesa.

Además de las iniciativas mencionadas, este es un asunto relevante porque las bases de un cambio real y de fondo desde el arbitraje de inversión implica muchos más factores. Como lo ha indicado Miles, esto también implica que los apoderados de parte trabajen con sus clientes, tanto Estados como inversionistas, para que los argumentos relacionados con la problemática ambiental sean presentados a los tribunales arbitrales (2021).

Como se decía antes, los árbitros en casos de inversión tienen facultades limitadas en materia de ley aplicable y suelen ser renuentes a incluir en su estudio de un caso figuras exógenas al lenguaje del tratado mismo, como instrumentos o consideraciones sobre derecho ambiental. Si esto continúa así, será cada vez menos probable que el debate de cambio climático entre por las puertas del ISDS, donde por la naturaleza de estas disputas se debaten muchas veces cuestiones de fondo que tocan el centro mismo del interés público.

Sin embargo, si estos argumentos son presentados por las partes, los árbitros tendrán una mayor motivación para pronunciarse sobre ellos. De hecho, podría incluso defenderse una posición más radical, en la que, si temas e instrumentos de la agenda climática fueran presentados expresamente por las partes, los adjudicadores tendrían el deber de resolver de fondo sobre los mismos.

Al respecto, la doctrina ha enfatizado que los árbitros tienen la obligación de pronunciarse sobre las alegaciones de las partes (Gaillard, 1999), por lo que les resultaría más difícil obviar estos temas o evadirlos si estos son traídos a la mesa por las propias partes. En últimas, en una circunstancia así, como lo dice Miles, será decisión única de cada árbitro y cada apoderado elegir qué argumentos presentan y cómo lo hacen, de manera que estos temas puedan traerse al debate (2021).

A su vez, los peritos también tienen un importante rol en estos casos. En inversiones asociadas con industrias y activos estratégicos, como el carbón, son estos expertos quienes cuantifican el valor de dichas inversiones y quienes pueden determinar si esto se afecta o no por los compromisos medioambientales (Miles, 2021). De entrada, parecería que la realidad económica descrita en un apartado anterior, y que supone en sí misma la agenda sobre el cambio climático, afectaría la valoración financiera de estos proyectos.

Ahora bien, Miles (2021) dice que estos no son 'cambios radicales'. Lo único que se propone, a su decir, es que los actores del ISDS sean 'conscientes' de cómo sus decisiones afectan esta transición. Por el contrario, el presente escrito considera que, lamentablemente, sí puede tratarse de cambios radicales. Bien sea porque realmente lo sean o porque las partes afectadas por ellos los perciban así, es probable que una modificación tan drástica en las reglas del juego no pueda implementarse tan fácilmente en la práctica.

La teoría de la agencia ha demostrado que, en varios escenarios, sea o no deseable esta realidad, las partes van a favorecer sus propios intereses sobre los de terceros o incluso sobre una idea altruista (Shapiro, 2005, p. 264). Además, este deseo de privilegiar los intereses propios se ve incrementado en contextos litigiosos, donde la relación cliente-abogado hace que sea inevitable para los apoderados elegir la teoría del caso que ponga en una mejor posición a su representado (Taruffo, 2010).

Esto se extiende mucho más allá de los apoderados de parte. Por ejemplo, bajo la teoría arbitral y muchos reglamentos, se supone que los peritos tienen la labor de asistir, en primer lugar, al tribunal antes que a las partes (Swinehart, 2017, p. 307). Sin embargo, varios han afirmado que, tratándose de un mercado competitivo en el que las partes seleccionan a sus expertos, hay otros factores que inciden en sus decisiones, como la posibilidad de ser contratados nuevamente según su desempeño (Hodgson & Stewart, 2018, p. 3). ¿Qué incentivos tienen entonces los actores del ISDS para volcarse sobre estos asuntos?

Aunque el panorama parece trágico, este es, en últimas, el objetivo mismo de un proceso adversarial: dos o más partes compiten entre sí por persuadir al adjudicador de su 'teoría del caso' o versión de la historia (Menjura Cuervo, 2022, p. 12). Y, para lograr este objetivo, se valen de sus mejores argumentos, teniendo como criterio primordial los intereses de su cliente antes que factores externos (Voss, 2005). Es más, de no hacerlo, estarían incumpliendo, en muchas ocasiones, sus deberes éticos y profesionales, que les indican que deben actuar de esta manera.

Igualmente, hay un importante interés económico y reputacional en juego en estas decisiones. Si los apoderados deciden adoptar una teoría alineada con la conciencia medioambiental y por ello obtienen resultados desfavorables, afectarán su reputación en el mercado. Lo propio se extiende a los peritos y, por extender un poco más esta cadena, a los árbitros. En la sección III.B *supra* ya se explicó con detalle cómo la estructura del ISDS está hecha para que los adjudicadores, al decidir estas disputas, tomen ciertos caminos y eviten otros.

Por supuesto, nada de esto quiere decir que los actores del ISDS sean malintencionados o que no tengan una conciencia medioambiental. Todas las iniciativas que se han promovido para contribuir a mitigar el cambio climático, y que se mencionaron al inicio de esta subsección, demuestran lo contrario. Esto sólo quiere decir que, tanto apoderados de parte, como peritos y árbitros, son personas y, como tal, deciden ponderando sus deberes profesionales y sus intereses personales.

¿Cuál es entonces la raíz del cambio? Este apartado del escrito ha desarrollado, con cierto pesimismo, la idea de que hay muchas barreras para traer el tema del cambio climático a la mesa del ISDS. No obstante, hay que resaltar que, a medida que cambie el sustrato del sistema, podrán cambiar el sistema mismo y sus actores, es decir, si se renegocian los AII, incluyendo, por ejemplo, obligaciones medioambientales, será inevitable que estos debates aparezcan en la solución de disputas. Y, si bien este no ha sido el caso hasta la fecha, es casi seguro que esta realidad cambiará en el futuro.

En todo caso, es valioso destacar el llamado de Miles a actuar con valentía y ser ciudadanos, padres, abogados, árbitros e instituciones 'activas' respecto del cambio climático (2021). Y, como lo hace la propia Miles, este artículo resalta que dicho cambio se refiere a ser 'activos' y no (necesariamente) 'activistas'. Esto es, no es necesario que, por ejemplo, los árbitros excedan sus facultades y desvíen sus decisiones sobre la ley aplicable para demostrar su empatía con la crisis del medioambiente. Sin embargo, mientras llegan ciertos cambios de fondo al sistema, la comunidad puede promover la transformación de otras maneras.

Si, por ejemplo, una de las grandes causas de la brecha entre el ISDS y el medioambiente es una cultura jurídica ajena a estos temas, una medida inmediata es, precisamente, promover estos debates. La academia es un gran espacio para hacerlo, a través de discusiones en productos como este artículo. Igualmente, las instituciones pueden impulsar, como ya lo han hecho, grupos de trabajo sobre estos temas, conferencias, programas de capacitación, entre otros.

Lo que esta sección quiere decir no es que debamos resignarnos a la tragedia de que el arbitraje de inversión no pueda incluir, de frente, la problemática. Por el contrario, la intensidad con la que estos temas se han movilizado en la agenda global abre una ventana para traer los debates al ISDS. Así, las subsecciones siguientes se enfocarán en mostrar formas específicas y tangibles en las que el arbitraje de inversión puede contribuir, de manera progresiva, a implementar las políticas de cambio climático.

B. Idoneidad del ISDS para resolver estas disputas

Algunos autores afirman que el ISDS ha sido abusado por los inversionistas para sacar provecho de los Estados (Cervantes, 2021). Igualmente, hay quienes, en la teoría reciente, argumentan que el arbitraje de inversión causa un 'efecto de enfriamiento' (*chilling effect*) en los Estados (Bonnitcha, 2011). Esto quiere decir que las autoridades domésticas flexibilizan sus estándares regulatorios para favorecer a los inversionistas y, sobre todo, prevenir reclamos de inversión.

Esta es una consideración de particular importancia en materias medioambientales, donde la regulación es particularmente exigente y sensible, dado el interés público involucrado. Un ejemplo de

esto es el caso de ciertas restricciones mineras que fueron impuestas por el Gobierno en Ghana a un proyecto extractivo debido a que el área afectada era una reserva forestal, las cuales, luego de una amenaza de arbitraje de inversión por parte del inversionista, fueron levantadas por las autoridades domésticas (Tienhaara, 2006).

Este tipo de visiones han llevado a muchos a pensar la relación entre arbitraje de inversión y medioambiente de manera antagónica (Tienhaara, 2009). Sin embargo, vistos desde cierta perspectiva, como la que pretende compartir este artículo, estos dos intereses pueden ser complementarios. Sin duda, esto no quiere decir que sean perfectamente compatibles o que, por ejemplo, el ISDS no requiera quizás reformas que lo hagan más susceptible a los valores que muchas veces están en el centro de las discusiones sobre interés público y medioambiente (Harms, 2021, p. 481).

De una parte, el arbitraje de inversión resulta ser una herramienta de mucha importancia para defender los intereses de los inversionistas en estas disputas. A diferencia de lo que ocurría antes del *boom* del ISDS, en los arbitrajes de inversión los inversionistas enfrentan una mejor situación para litigar sus disputas que la que tendrían que encarar ante las cortes domésticas. Esto es precisamente lo que la doctrina ha denominado la 'despolitización' de la solución de controversias, que muchas veces se indica como la principal ventaja y el objetivo central del arbitraje de inversión (Jandhyala, 2020, p. 651 y ss.).

Adicionalmente, los AIIs representan más ventajas para los inversionistas que las regulaciones domésticas. En algunos casos, las normas nacionales pueden darle una mayor capacidad regulatoria al Estado, permitiendo, por ejemplo, que sus autoridades realicen expropiaciones bajo estándares de compensación más bajos. Sin embargo, en la mayoría de los AIIs, el lenguaje de las protecciones suele ser favorable al inversionista. Este es el caso, por ejemplo, del estándar sobre expropiación, que indica que el inversionista no podrá ser expropiado sin recibir a cambio una compensación justa, razonable y proporcional (Schachter, 1984).

¿Qué quiere decir esto a la luz de la discusión sobre cambio climático? Es claro que, si bien los Estados deben implementar medidas para combatir el daño ambiental, esto no va a hacer que desaparezca el sector privado ni sus intereses. Precisamente, es el conflicto entre ambas partes lo que ocupará, en gran medida, el centro de atención de estas reformas, tal y como se dijo en la sección III.D *supra*. Entonces, es necesario tener presente que, si se adoptan programas que pongan en riesgo el interés de los inversionistas, lo más probable es que estos reaccionen. Y, con seguridad, un foro común de dichas disputas será el arbitraje de inversión.

En ese orden de ideas, lo mejor sería entender las ventajas y retos que supone el arbitraje de inversión para estos asuntos. De hecho, un aspecto fundamental de este ejercicio es mostrar también cómo el ISDS también favorece a los Estados. Esta es una idea que ya se ha planteado, pero que se ha centrado en discutir cómo los instrumentos de protección de la inversión extranjera, como los AII, pueden generar un crecimiento en la economía del país (Fry, 2011). Este artículo, sin embargo, se aparta de este enfoque y busca repensar el lugar del arbitraje como método alternativo del Estado para solucionar sus disputas.

Como lo señalan varios autores, y aunque suele pasarse por alto este hecho, el arbitraje es uno de los métodos alternativos de solución de disputas (Mattli, 2003, p. 920; Wang, 2000, pp. 192-193). Si bien algunos autores lo califican hoy como un mecanismo similar al litigio, pues pareciera que en el fondo es otro foro contencioso (Blake *et al.*, 2016), es fundamental resaltar su valor como solución alternativa a una disputa convencional. De hecho, las mismas razones que desincentivan a las partes a someterse al ISDS pueden servir para que adopten medidas que, en últimas, resulten en un compromiso mutuo.

En diplomacia, un criterio de negociación es que ambas partes hagan concesiones hasta que resulten 'igualmente infelices' o *equally unhappy* (Pouliot, 2011, p. 553). Aunque este criterio no suena ideal, es un mecanismo válido, y muchas veces más eficaz, para lograr un acuerdo definitivo. Este artículo sostiene que, bajo la misma perspectiva, el ISDS puede, de hecho, ayudar a que las partes alcancen un resultado satisfactorio que ponga fin a sus desacuerdos, al quedar igualmente insatisfechas.

Por una parte, así como las disputas de inversión pueden suponer presiones estatales al punto de impactar negativamente cierto ejercicio regulatorio, también pueden favorecer la resolución de otras controversias. Como lo señalan varios autores, el arbitraje de inversión supone un riesgo para ambas partes en términos de costos y tiempos (Hodgson, 2015), lo que muchas veces las previene de adoptar medidas que las puedan poner en estas circunstancias por el desgaste que implican (Bjorklund, 2009; Dupont *et al.*, 2016).

Como se vio antes, para los Estados, las presiones de un inversionista de iniciar un arbitraje de inversión y los costos de este pueden significar la

pérdida de capacidad regulatoria. Por ejemplo, los temores inspirados en los riesgos que inducen estos hechos pueden llevar la flexibilización de normas para proteger el medioambiente. Sin embargo, este artículo sostiene que el contexto hoy es distinto, pues la presión no viene solo de los inversionistas, sino que, en caso de no apoyar las políticas contra el cambio climático, el Estado podría recibir presiones iguales o peores de la comunidad internacional y de su propia ciudadanía (Harrison & Sundstrom, 2007).

De una parte, estas presiones pueden llevar al Estado a privilegiar las medidas regulatorias para proteger el medioambiente por encima de las amenazas de un inversionista. De otra parte, sin embargo, el mismo desincentivo también puede afectar a los inversionistas, quienes, ante la certeza o la alta probabilidad de que el Estado afecte ciertas inversiones, así como el contexto político favorable a este tipo de medidas, deben ponderar si se someten a un proceso arbitral o buscan maneras distintas y más eficientes de tranzar sus disputas.

Esta actitud abierta a la negociación y el cambio ya se ve en ciertas iniciativas del sector privado. A manera de ejemplo, varias compañías ya han incorporado buenas prácticas de gobierno corporativo en materia medioambiental, incluso como resultado de una presión del mercado en esta dirección (Lyon & Maxwell, 2008, pp. 243-245). En últimas, al decidir entre perder una inversión y pagar los costos de un arbitraje versus buscar acuerdos con los Estados, los inversionistas deben seleccionar la salida más eficiente.

Así pues, la amenaza del ISDS puede facilitar la disposición de ambas partes para resolver sus controversias de forma amistosa. Particularmente, este puede ser el caso en proyectos de larga duración o relaciones estables entre las partes, donde el Estado y el inversionista necesitan mantener sus acuerdos comerciales a pesar de tener disputas. Al respecto, es fundamental resaltar que, muchas veces, el Estado también necesitará del sector privado para realizar una transición energética correcta, por lo que su interés, más que crear un ambiente contencioso, será buscar la manera de cooperar con estos actores del mercado.

Hay otras áreas del ISDS en las que esta pregunta resulta todavía más interesante. Por una parte, si bien este artículo indicó que no se enfocará en este tema, una cuestión inevitable son las demandas reconvencionales por daño ambiental, sobre las que vale la pena hacer un breve comentario. A la fecha, sólo una minoría de estos reclamos ha prosperado en arbitrajes de inversión (Hoffman, 2013). Sin embargo, el precedente en los casos Perenco y Burlington, mantiene en pie la discusión sobre la posibilidad de concretar estos reclamos (Kendra, 2013).

Más aún, esto puede cambiar en contextos con mayor conciencia de los temas medioambientales y, sobre todo, si los textos de los AII de nueva generación son más permisivos al respecto. En dicho escenario, el ISDS podría incluso convertirse en un foro donde los Estados pudieran reclamar una compensación por afectaciones al medioambiente, lo que, como sostienen algunos autores, podría ser una gran victoria en el plano internacional (Shao, 2021).

Por otra parte, hay quienes han discutido la posibilidad de usar el arbitraje de inversión para traer reclamos sobre violación de derechos humanos. En el plano específico del cambio climático, esto puede incluir a importantes actores como los refugiados climáticos, quienes ya son víctimas directas de este fenómeno y están buscando ser reparados (Vadi, 2015).

Recientemente, un grupo de refugiados climáticos de Kiribati acudió ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para elevar un reclamo de este tipo. Sin embargo, este caso demostró que el margen de acción del Comité es bastante limitado, en particular en materia de reparación del daño, pues estas competencias exceden su alcance (Lyons, 2020).

Al contrario, el ISDS podría ofrecer una salida drásticamente distinta para estas personas. En la medida que una de las mayores ventajas del sistema es exigir una compensación por perjuicios sufridos, el arbitraje de inversión solucionaría estas limitaciones (Vadi, 2015). Si bien se trata de una transformación significativa al sistema, este sería un importante punto de contacto entre el ISDS y el cambio climático que valdría la pena investigar con más detalle.

C. Reinterpretación de los asuntos jurídicos en el ISDS

Ahora bien, el ISDS no sólo es valioso para implementar políticas de cambio climático por su 'efecto disuasivo'. Hay formas en las que, a través de una intervención activa, el arbitraje de inversión también puede contribuir a este objetivo. En particular, si los actores del ISDS se abren a la posibilidad de reinterpretar las cuestiones jurídicas de estas disputas desde un punto de vista medioambiental, pueden causar un impacto significativo. Miles se refiere a esto como la búsqueda de un pensamiento más 'creativo' respecto de las interacciones entre el arbitraje y otros sistemas, como el derecho

internacional público y la jurisprudencia de las cortes domésticas (2021).

Pero ¿debe (o puede incluso) un tribunal de inversión ser creativo? Ya vimos antes en la sección III.B *supra* que los árbitros, incluso los abogados y los peritos, son aversos a esto (y, muchas veces, con justa causa). El ISDS es, sin duda, un sistema que se opone a la tan problemática figura del 'juez activista' desarrollada en sistemas domésticos, en particular en temas de derecho constitucional (Maraniello, 2012). Sin embargo, este artículo sostiene que los actores del sistema pueden, si caminan con cuidado y tienen suficiente filigrana en sus debates jurídicos, transitar estas líneas sin incurrir necesariamente en un exceso de sus facultades o en argumentos inapropiados.

Lo primero que debe señalarse aquí es que no toda aplicación de un derecho distinto del contenido en el AII es un exceso de facultades del tribunal arbitral. Es más, podría ser el caso que no aplicar estas normas, cuando fueren relevantes o útiles para resolver la disputa, resulte en un ejercicio incompleto (Simma, 2011). Al respecto, las mismas fuentes inmediatas de interpretación justifican estas medidas. Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio CIADI incluye entre sus fuentes el derecho internacional, que se compone, a su vez, de algunas normas medioambientales.

Por otra parte, ha sido amplia la doctrina que ha cuestionado la fragmentación entre el ISDS y el derecho internacional público (Dupuy, 2009). Algunos autores incluso han demostrado cómo algunos tribunales han aplicado convenientemente ciertas normas de este sistema, mientras al mismo tiempo (quizás por temor o cierto sentido de 'corrección política') dejan de lado otras que son más 'sensibles' (Steininger, 2018). Este ha sido el caso, por ejemplo, de reglas sobre derechos humanos y medioambiente.

Este debate tampoco es nuevo en los casos de arbitraje de inversión. Por ejemplo, en el caso Urbaser contra Argentina, donde el Estado alegó que había adoptado medidas en el sector de servicios de saneamiento para respetar el derecho humano al agua, el tribunal reconoció que estos conceptos eran relevantes, aunque no se pronunció de fondo sobre los mismos (*Urbaser S.A. c. República de Argentina*, 2016).

De forma similar, en Bear Creek contra Perú, el tribunal, si bien desestimó más adelante los argumentos del Estado sobre este punto, reconoció que la realización de consultas previas con las comunidades locales era un principio que, aunque no estaba reconocido expresamente en la ley doméstica, correspondía a un deber del inversionista de conformidad con el derecho internacional (*Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, 2017).

Por tanto, no podría decirse que se trate de un asunto relegado a los debates académicos o a la doctrina, sino que ya los propios árbitros han reconocido, cuando menos, que estos son asuntos que hay que tener en cuenta en la solución de dichas disputas y que no se pueden, simplemente, 'barrer bajo la alfombra'. Lamentablemente, si bien estas son discusiones con cierta antigüedad, su impacto en la práctica no ha sido decisivo, pues la regla es que los tribunales reconocen la importancia de estos conceptos, pero no los aplican.

Ahora bien, algo que resalta este artículo es que una cosa son dichas decisiones hace unos años y otra muy distinta lo que puedan ser hoy y en los años subsiguientes. Como se ha reiterado, habrá que ver cómo evolucionan estas interpretaciones con los cambios políticos, sociales y económicos detrás del cambio climático. Al respecto, cabe resaltar que, por ejemplo, la interpretación jurídica en el derecho internacional tiene (y ha tenido) un aspecto eminentemente 'evolutivo', en particular en aspectos medioambientales, adaptándose a los cambios sociales a medida que estos transforman los procesos de toma de decisiones (Barral, 2012, pp. 382-383).

Además, debe anotarse que hay un número creciente de instrumentos y casos sobre aspectos de derecho ambiental, que lleva a pensar que se está desarrollando un *corpus* jurídico de estos saberes (Mayer, 2022). Con cada vez más materiales sobre estos asuntos, habrá que ver qué dirección toma el ISDS respecto de los mismos. Es probable, por ejemplo, que estos estándares se incorporen en nuevos instrumentos jurídicos como los AII, o que nuevas generaciones de árbitros, con una conciencia más contemporánea de la crisis climática, sean más propensos a considerarlos.

Este fue, precisamente, el caso de la interacción entre derechos humanos y medioambiente. Años atrás, en el caso Biloune contra Ghana, en el que el Estado elevó una alegación de derechos humanos ante el tribunal, los árbitros contestaron que podían revisar únicamente "disputas comerciales" (*Biloune & Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre & Gobierno de Ghana*, 1989). Por el contrario, en el reciente arbitraje David Aven contra Costa Rica, el tribunal reconoció que las inversiones deben desarrollarse de una manera que sea sensible respecto de preocupaciones medioambientales (*David R. Aven c. República de Costa Rica*, 2018).

Aunado a esto, apenas el pasado 28 de julio, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró que todas las personas del mundo tienen derecho a un medioambiente saludable. Es precisamente este tipo de transformaciones y avances en el sistema de derecho internacional los que llevan a pensar que no es disparatado proponer que, en unos años, estas reformas conduzcan a que se abra la puerta a reinterpretar, desde el ISDS, los hechos y el derecho desde una óptica sensible a la implementación de políticas de cambio climático.

En particular, aquí hay que resaltar un punto que también menciona Miles (2021) en su conferencia y que tiene que ver con lo que es hoy el arbitraje internacional desde el punto de vista de su desarrollo histórico. Según la doctrina, el arbitraje internacional, podría decirse en este caso que el ISDS, es ante todo un sistema flexible y autárquico (Shinazi, 2021). De hecho, esta flexibilidad es quizás una de las características que más se usa, tanto en la teoría como en la práctica, para describir el procedimiento arbitral y todo lo que lo rodea (Watson, 2017).

El llamado entonces en relación con el cambio climático es sacar ventaja de esa flexibilidad del sistema para repensarlo y, si es el caso, reformarlo en torno a una pluralidad de temas, por ejemplo, la relación entre capacidad regulatoria e intereses del inversionista en proyectos sensibles medioambientalmente, o la interacción entre empresa y derechos humanos en estas controversias (Mann, 2008). Recientemente, varias cortes domésticas han explorado con mayor profundidad estas cuestiones y el ISDS podría enriquecerse de la discusión.

Hay, cuando menos, dos casos hito que revisan estos temas en la jurisprudencia comparada más novedosa. De una parte, está el caso *Shell*, en el que la Corte del Distrito de La Haya le ordenó a esta compañía reducir sus niveles de emisiones de CO_2 sobre la base de un deber de cuidado implícito (*Friends of the Earth c. Royal Dutch Shell PLC*, 2021). Habría que preguntarse, por ejemplo, si este deber cubre a inversionistas extranjeros y si tendría algún lugar en un foro como el ISDS.

De otra parte, está la controversia de Nevsun Resources contra Araya, decidida por la Corte Suprema de Canadá. En este caso, la Corte estableció que la empresa no sólo tenía el deber de respetar los derechos humanos, sino de protegerlos (2020). A su vez, como el caso Shell, esto plantea un paralelo interesante con, por ejemplo, cláusulas de debida diligencia o deberes de los inversionistas en los AIIs de nueva generación.

Igualmente, en los últimos tiempos se han desarrollado nuevos conceptos y teorías que invitan a cambios de interpretación sobre instituciones jurídicas clásicas, muchas de ellas aplicables al ISDS. Recientemente, por ejemplo, un panel independiente de expertos, donde participó el profesor Philippe Sands, activo como árbitro en varios casos de ISDS, definió el concepto de 'ecocidio', que, si bien ya tiene un lugar en el derecho internacional y el derecho medioambiental, podría aparecer en el arbitraje de inversión.

Esto, nuevamente, invita a repensar la interacción entre distintos instrumentos de protección, pero también entre bienes e intereses jurídicos protegidos distintos, como pueden ser, entre otros, los derechos del inversionista extranjero, los derechos humanos y el medioambiente. Si bien todos ellos son críticos y merecen unas obligaciones de cuidado por parte del Estado y los actores del sector privado, la complejidad de estos casos viene dada por el choque entre unos y otros.

No cabe duda de que estos no son asuntos abstractos, lejanos al futuro próximo del ISDS. Hay ya medidas regulatorias que ponen estos asuntos en confrontación directa. A manera de ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas emitió recientemente unos hallazgos en los que consideraba, *inter alia*, que un total de 41 empresas relacionadas con actividades de carbón habían violado una serie de regulaciones domésticas en materia medioambiental (Farand, 2022).

De cualquier manera, estos tampoco son asuntos nuevos para el ISDS. De hecho, ya la doctrina ha mencionado que estos conceptos pueden superponerse, como cuando los inversionistas alegan que se les han violado sus derechos humanos (Reiner & Schreuer, 2009) o cuando un proyecto de inversión pone en riesgo el medioambiente. Es necesario reflexionar sobre esto, también, en el contexto de nuevos acuerdos de inversión que piden consistencia con acuerdos ambientales.

V. CONCLUSIONES

En este artículo, se discutió, a grandes rasgos, la interacción entre el arbitraje de inversión y las políticas de cambio climático. Luego de presentar un breve contexto sobre la regulación principal en materia de cambio climático y el funcionamiento del ISDS, se mostró que, por las características particulares de la agenda global de transición energética, es altamente probable que con ocasión de la misma surjan diversas disputas de inversión.

Asimismo, se indicaron algunas de las causas principales por las que las consideraciones ambienta-

les no han logrado atravesar la membrana del ISDS. Y, posteriormente, se discutió cómo esto llevará, muy probablemente, a la renegociación de tratados de inversión. También se indicó que la tensión entre los dos sistemas hace necesario tener muy presente el balance entre las partes y los intereses públicos y privados.

Según este contexto, la separación entre arbitraje de inversión y cambio climático se puede romper por la vía diplomática, por ejemplo, con nuevos instrumentos de inversión. Pero también se puede difuminar con medidas regulatorias oportunas y proporcionales, que reduzcan el riesgo regulatorio de los inversionistas y les ofrezcan compensaciones o alternativas.

Y, en todo caso, queda la posibilidad de que el ISDS contribuya a implementar las políticas de cambio climático de manera activa. Al respecto, un primer paso, en un nivel simbólico y cultural, es crear conciencia en la comunidad arbitral sobre esta agenda y empezar a hacer cada vez más recurrentes estos temas, aunque no se trate de reformas radicales al sistema.

Adicionalmente, existe un mejor escenario en aprovechar las ventajas del arbitraje de inversión para, por ejemplo, incentivar tanto a Estados como a inversionistas a llegar a acuerdos amistosos y evitar mayores conflictos. De igual manera, el ISDS puede suponer interesantes alternativas para gestionar cuestiones como reclamos reconvencionales por daño ambiental o perjuicios a víctimas del cambio climático.

Por último, un gran reto y una gran oportunidad para el arbitraje de inversión es que sus usuarios empiecen a repensar los asuntos jurídicos complejos de estos casos en un lenguaje nuevo. Sobre este punto, existen ya referentes interesantes tanto en el derecho internacional como en las decisiones domésticas que pueden guiar, al menos, el pensamiento creativo y sistemático de los adjudicadores.

Para muchos, no cabe duda ya de que las políticas de cambio climático llevarán a medidas que resulten en arbitrajes de inversión. Si bien hay un creciente interés por entender estas disputas y tratar de adentrarse en alguna ciencia predictiva sobre el futuro de las mismas, este artículo no buscaba ser un recuento extensivo de estos aspectos técnicos y especializados de la práctica del ISDS.

Por el contrario, la propuesta de la presente investigación fue, quizás desde una perspectiva más sociológica que jurídica, poner las bases del debate y plantear algunas reflexiones sobre lo que la nueva agenda en materia de cambio climático podría significar para el ISDS. Y, en particular, pensar sobre el lugar que tiene (y podrá tener) el arbitraje de inversión en la implementación de estas políticas que, hoy por hoy, nos afectan a todos.

Sin duda, las discusiones presentadas aquí suponen apenas una mirada rápida a la problemática, por lo que valdrá la pena seguir explorando estos asuntos y, como dice este escrito, 'traerlos a la mesa'. Algunos temas que podrían revisarse más son, entre otros, la importación de acuerdos, conceptos y estándares medioambientales a los casos de ISDS, los efectos de los nuevos AII en la adjudicación de estos casos y la reforma institucional al sistema de protección de inversiones.

REFERENCIAS

Álvarez, G. M., & Kazeem, I. (2021). Measuring Public Participation in International Investment Treaty Law: A Study of the Latin American Extractive Industries. En G. M. Alvarez, M. R. Piché, & F. V. Sperandio (eds.), *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes* (pp. 2-25). Wolters Kluwer.

Asteriti, A. (2012). Metalclad, Methanex and Chemtura: 10 Years of Environmental Issues in NAFTA Investment Arbitrations. *Transnational Dispute Management (TDM)*, *9*(3), 1-21. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021180

Asteriti, A. (2015). Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation. *The Journal of World Investment & Trade*, *16*(2), 248-273. https://doi.org/10.1163/22119000-01602002

Ayadi, F., Colak, I., Garip, I., & Bulbul, H. I. (septiembre de 2020). *Targets of Countries in Renewable Energy* [conferencia]. 2020 9th International Conference on Renewable Energy Research and Application (ICRERA), Glasgow, UK.

Baltag, C., & Dautaj, Y. (2021). Promoting, Regulating, and Enforcing Human Rights Through International Investment Law and ISDS. *Fordham International Law Journal*, *45*(1), 1-50.

Barral, V. (2012). Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm. *European Journal of International Law*, *23*(2), 377-400. https://doi.org/10.1093/ejil/chs016

Bebbington, A., Abdulai, A.-G., Humphreys Bebbington, D., Hinfelaar, M., & Sanborn, C. (2018). *Governing Extractive Industries: Politics, Histo-*

ries, Ideas. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780198820932.001.0001

Bjorklund, A. K. (2009). The Emerging Civilization of Investment Arbitration. *Dickinson Law Review*, (113), 1269-1300.

Blake, S. H., Browne, J., & Sime, S. (2016). *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*. Oxford University Press.

Bodansky, D. (1993). The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary. *Yale Journal of International Law*, (18), 451-558.

Boisson de Chazournes, L. (2017). Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, (10), 371-399. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.5296

Bonnitcha, J. (2011). Outline of a normative framework for evaluating interpretations of investment treaty protections. En C. Brown & K. Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (pp. 117-144). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139043809.011

Bos, K., & Gupta, J. (2019). Stranded assets and stranded resources: Implications for climate change mitigation and global sustainable development. *Energy Research & Social Science*, (56). https://doi.org/10.1016/j.erss.2019.05.025

Burger, M., & Metzger, D. (2020). *Global Climate Litigation Report*. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Burnett, H., & Bret, L. A. (2017). *Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice*. Oxford University Press.

Caldecott, B. (2018). *Stranded Assets and the Environment: Risk, resilience and opportunity*. Southwestern Cengage Learning.

Cervantes, A. (2021). La necesidad del diálogo entre la justicia constitucional y el arbitraje internacional de inversiones. *Con-texto*, (56), 101-135. https://doi.org/10.18601/01236458.n56.06

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI] (2022). *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas. Edición 2022-1.* https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_SPA.pdf

Clasmeier, M. (2017). *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*. Wolters Kluwer.

Currin, E. (2012). Businesses Going Green: An Analysis of the Factors that Motivate Firms to Adopt Environmentally Friendly Practices. *Bridges: A Journal of Student Research*, *6*(6), 38-56.

Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511581137

Dupont, C., Schultz, T., & Angin, M. (2016). Political Risk and Investment Arbitration: An Empirical Study. *Journal of International Dispute Settlement*, *7*(1), 136-160. https://doi.org/10.1093/jnlids/idv032

Dupuy, P. M. (2009). Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law. En P. M. Dupuy, E. U. Petersmann, & F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 45-62). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0002

Farand, C. (10 de mayo de 2022). Philippines inquiry finds polluters liable for rights violations, urging litigation. *Climate Home News*. https://www.climatechangenews.com/2022/05/10/philippines-inquiry-finds-polluters-liable-for-rights-violations-urging-litigation#:~:text=Philippines%20inquiry%20finds%20polluters%20liable%20for%20rights%20violations%2C%20urging%20litigation,Published%20on%2010&text=An%20inquiry%20by%20a%20human,as%20a%20human%20right%20issue

Financial Stability Board (2020). *The Implications of Climate Change for Financial Stability*. https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P231120.pdf

Fry, J. (2011). Arbitration and Promotion of Economic Growth and Investment. *European Journal of Law Reform*, (13), 388-396.

Gaillard, E. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

Giest, A. (2018). Interpreting Public Interest Provisions in International Investment Treaties. *Chicago Journal of International Law*, *18*(1), 321-352.

Harms, S. S. (2021). Toward a Green New Treaty Deal: Reforms to ISDS amid Environmental Crisis. *Houston Law Review*, *58*(2), 479-509.

Harrison, K., & Sundstrom, L. M. (2007). The Comparative Politics of Climate Change. *Global Environmental Politics*, *7*(4), 1-18. https://doi.org/10.1162/glep.2007.7.4.1

Hirsch, M. (2012). Sources of International Investment Law. En A. K. Bjorklund, & A. Reinisch (eds.), *International Investment Law and Soft Law*. Edward Elgar Publishing. https://doi.org/10.4337/9781781003220.00007

Hodgson, M. (2015). Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform. En J. E. Kalicki, & A. Joubin-Bret (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System* (pp. 748-759). https://doi.org/10.1163/9789004291102_034

Hodgson, M., & Stewart, M. (2018). Experts in Investor-State Arbitration: The Tribunal as Gatekeeper. *Journal of International Dispute Settlement*, *9*(3), 453-463. https://doi.org/10.1093/jnlids/idy006

Hoffmann, A. K. (2013). Counterclaims in Investment Arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, *28*(2), 438-453. https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit032

Hulme, M. H. (2016). Preambles in Treaty. *University of Pennsylvania Law Review*, *164*(5), 1281-1343.

International Sustainability Standards Board (2011). *About the International Sustainability Standards Board*. https://www.ifrs.org/groups/international-sustainability-standards-board/

Jackson, R. B., Vengosh, A., Carey, J. W., Davies, R. J., Darrah, T. H., O'Sullivan, F., & Pétron, G. (2014). The Environmental Costs and Benefits of Fracking. *Annual Review of Environment and Resources*, *39*(1), 327-362. https://doi.org/10.1146/annurev-environ-031113-144051

Jandhyala, S. (2020). The Politics of Investor-State Dispute Settlement: How Strategic Firms Evaluate Investment Arbitration. En J. Chaisse, L. Choukroune, & S. Jusoh (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer. https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_72-1

Kapeliuk, D. (2010). The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators. *Cornell Law Review*, *96*(1), 47-90.

Karsenti, S., & Granier, T. (2021). Is Arbitration Helping or Hindering the Protection of the Environment and Public Health? *Journal of International Arbitration*, *38*(3), 327-344. https://doi.org/10.54648/joia2021016

Kaufmann-Kohler, G., & Potestà, M. (2020). Why Investment Arbitration and Not Domestic Courts? The Origins of the Modern Investment Dispute Resolution System, Criticism, and Future Outlook. En A. Trautmann (ed.), *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (pp. 7-29). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7_2

Kendra, T. (2013). State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life? *Arbitration International*, *29*(4), 575-606. https://doi.org/10.1093/arbitration/29.4.575

Kolo, A. (2004). Managing Post-Privatisation Political and Regulatory Risks in Nigeria - A Law and Policy Perspective. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, *22*(4), 473-506. https://doi.org/10.1080/02646811.2004.11433383

Krause, D. (1993). Environmental Consciousness: An Empirical Study. *Environment and Behavior*, *25*(1), 126-142. https://doi.org/10.1177/0013916593251007

Lalive, P. (2010). On the Reasoning of International Arbitral Awards. *Journal of International Dispute Settlement*, *1*(1), 55-65. https://doi.org/10.1093/jnlids/idp006

Lyon, T. P., & Maxwell, J. W. (2008). Corporate Social Responsibility and the Environment: A Theoretical Perspective. *Review of Environmental Economics and Policy*, *2*(2), 240-260. https://doi.org/10.1093/reep/ren004

Lyons, K. (28 de enero de 2020). Climate refugees can't be returned home, says landmark UN human rights ruling. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/world/2020/jan/20/climate-refugees-cant-be-returned-home-says-landmark-un-human-rights-ruling

Manabe, S. (2019). Role of greenhouse gas in climate change. *Tellus A: Dynamic Meteorology and Oceanography*, *71*(1). https://doi.org/10.1080/16000870.2019.1620078

Mann, H. (2008). *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*. https://www.iisd.org/system/files/publications/iia_business_human_rights.pdf

Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tlamelaua: revista de ciencias sociales*, *5*(32), 46-83.

Marisi, F. (2020). *Environmental Interests in Investment Arbitration: Challenges and Directions*. Wolters Kluwer.

Martini, C. (2017). Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting. *The International Lawyer*, *50*(3), 529-584.

Mattli, W. (2003). Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration. *International Organization*, *55*(4), 919-947. https://doi.org/10.1162/002081801317193646

Mayer, B. (2022). *International Law Obligations on Climate Change Mitigation*. Oxford University Press.

McGrath, M. (28 de febrero de 2022). Climate change: IPCC report warns of 'irreversible' impacts of global warming. *BBC News*. https://www.bbc.com/news/science-environment-60525591

Mendonça, M. (2007). *Feed-in Tariffs: Accelerating the Deployment of Renewable Energy*. Routledge. https://doi.org/10.4324/9781849771313

Menjura Cuervo, Ó. A. (2022). *Razonamiento probatorio: Teoría del caso y argumentación* (tesis para optar por el grado de Magíster). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Mertig, A. (2015). From Conservationists to Environmentalists: The American Environmental Movement. En B. Sommer (ed.), *Cultural Dynamics of Climate Change and the Environment in Northern America* (pp. 55-76). Brill.

Meyer, T., & Park, T. J. (2018). Renegotiating International Investment Law. *Journal of International Economic Law*, *21*(3), 655-679. https://doi.org/10.1093/jiel/jgy029

Miles, W. (11 de noviembre de 2021). *International Arbitration and Sustainable Investment: Facilitator or Foe?* [ponencia]. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático 26, Glasgow, UK.

Noilhac, A. (2020). Renewable energy investment cases against Spain and the quest for regulatory consistency. *Questions of International Law*, (71), 21-39.

Oglinda, B. (2015). Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration. *Juridical Tribune*, *5*(2), 124-131.

Oshionebo, E. (2010). Stabilization Clauses in Natural Resource Extraction Contracts: Legal, Economic and Social Implications for Developing Countries. *Asper Review of International Business and Trade Law*, *10*(1), 2-33.

Pouliot, V. (2011). Diplomats as Permanent Representatives: The Practical Logics of the Multilateral Pecking Order. *International Journal*, *66*(3), 543-561. https://doi.org/10.1177/002070201106600302

Quintana, A. V., Venkatraman, R., Coleman, S. B., Martins, D., & Mayhew, S. H. (2021). COP26: An opportunity to shape climate-resilient health systems and research. *The Lancet Planetary Health*, *5*(12), 852–853. https://doi.org/10.1016/S2542-5196(21)00289-8

Reiner, C., & Schreuer, C. (2009). Human Rights and International Investment Arbitration. En P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, & F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitratio*n (pp. 82-96). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0004

Sands, P. (1992). The United Nations Framework Convention on Climate Change. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, *1*(3), 270-277.

Santiago-O'Brien, V., & Usher, E. (2006). Mobilizing Finance for Renewable Energies. En D. Assmann, U. Laumanns, & D. Uhi (eds.), *Renewable Energy* (pp. 2-28). Routledge.

Schachter, O. (1984). Compensation for Expropriation. *American Journal of International Law*, *78*(1), 121-130. https://doi.org/10.2307/2202344

Schinazi, M. (2021). *The Three Ages of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108891837

Schreuer, C. (2010). Diversity And Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration. En M. Fitzmaurice, O. Elias, & P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On* (pp. 129-151). Brill Nijhoff. https://doi.org/10.1163/ej.9789004181045.i-382.47

Shao, X. (2021). Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: At the Crossroads of Domestic and International Law. *Journal of International Economic Law*, *24*(1), 157–179. https://doi.org/10.1093/jiel/jgab001

Shapiro, S. P. (2005). Agency Theory. *Annual Review of Sociology*, (31), 263-284.

Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? *International & Comparative Law Quarterly*, *60*(3), 573-596. https://doi.org/10.1017/S0020589311000224

Simoes, F. D. (2017). When Green Incentives Go Pale: Investment Arbitration and Renewable Energy Policymaking. *Denver Journal of International Law and Policy*, (45), 251-285.

Smil, V. (2016). *Energy Transitions: Global and National Perspectives, 2nd Edition*. ABC-CLIO Greenwood.

Spears, S. A. (2010). The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, *13*(4), 1037-1075. https://doi.org/10.1093/jiel/jgq048

Steininger, S. (2018). What's Human Rights Got to Do with It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration. *Leiden Journal of International Law*, *31*(1), 33-58. https://doi.org/10.1017/S0922156517000528

Swinehart, M. W. (2017). Reliability of Expert Evidence in International Disputes. *Michigan Journal of International Law*, (38), 287-347.

Talus, K. (2015). Introduction - Renewable Energy Disputes in the Europe and beyond: An Overview of Current Cases. *Transnational Dispute Management (TDM)*, *12*(3).

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.

Thøgersen, J., & Crompton, T. (2009). Simple and Painless? The Limitations of Spillover in Environmental Campaigning. *Journal of Consumer Policy*, *32*(2), 141-163. https://doi.org/10.1007/s10603-009-9101-1

Tienhaara, K. (2006). Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: Lessons from Ghana. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, *4*(6), 371-394. https://doi.org/10.1007/s10784-006-9010-6

Tienhaara, K. (2009). *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*. Cambridge University Press.

Timmer, L. J. E. (2013). Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards. *The Journal of World Investment & Trade*, *14*(5), 775-803. https://doi.org/10.1163/22129000-01405001

Tirado, J. M. (2015). Renewable Energy Claims under the Energy Charter Treaty: An Overview. *Transnational Dispute Management (TDM)*, *12*(3).

Vadi, V. (2015). Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, *48*(5), 1285-1351.

Van der Ploeg, F., & Rezai, A. (2020). Stranded Assets in the Transition to a Carbon-Free Economy. *Annual Review of Resource Economics*, *12*(1), 281-298. https://doi.org/10.1146/annurev-resource-110519-040938

Voss, J. (2005). The Science of Persuasion: An Exploration of Advocacy and the Science Behind the Art of Persuasion in the Courtroom. *Law and Psychology Review*, (29), 301-327.

Wall, R., Grafakos, S., Gianoli, A., & Stavropoulos, S. (2018). Which policy instruments attract foreign direct investments in renewable energy? *Climate Policy*, *19*(1), 59-72. https://doi.org/10.1080/14693062.2018.1467826

Wang, M. (2000). Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce? *Arbitration International*, *16*(2), 189-212. https://doi.org/10.1023/A:1008972802830

Watson, D. (2017). Arbitration: International arbitration practice: Taking advantage of the flexibility. *LSJ: Law Society Journal*, (32), 88-89.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo Internacional de Inversión entre el Reino de Bélgica-Gran Ducado de Luzemburgo y la República de Serbia, Belg.Lux.-Serb, 4 Mar. 2004.

Acuerdo Internacional de Inversión Modelo de Canadá y Estados Unidos de América, Can. -U.S., 2004.

Acuerdo Internacional de Inversión entre Australia y la República de Chile, Austl. -Chile, 30 Jul. 2008.

Ascent Resources Plc & Ascent Slovenia Ltd c. República de Eslovenia, Caso CIADI No. ARB/22/21, Laudo (1 Sep. 2022).

Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo (30 Nov. 2017).

Biloune & Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre & Gobierno de Ghana, Arbitraje Ad Hoc, Decisión de jurisdicción (27 Oct. 1989).

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 4 I.L.M. 524.

Cortec Mining Kenya Limited c. República de Kenya, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo (22 Oct. 2018).

David R. Aven c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo (18 Sep. 2018).

Eco Oro Minerals c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre jurisdicción (9 Sep. 2021).

Glasgow Climate Pact. UN Doc. FCCC/PA/CMA/2021/L.16 (Nov. 13, 2021).

Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/15/2, Solicitud de arbitraje (6 Sep. 2013).

Nevsun Resources Ltd. c. Araya, [2020] S.C.C. 5 (Can.).

Paris Climate Agreement. UN Doc. L 282/4 (Nov. 4, 2016).

Rockhopper Italia S.p.A. c. República Italiana, Caso CIADI No. ARB/17/14, Solicitud de arbitraje (19 May. 2017).

RWE AG c. Reino de los Países Bajos, Caso CIADI No. ARB/21/4, Memorial de demanda (18 Dec. 2021).

Sexto Informe de Evaluación del Panel Intergubernamental del Cambio Climático. IPCC Sixth Assesssment Report.

Sentencia recaída en el caso C/09/571932 / HA ZA 19-379 (Friends of the Earth c. Royal Dutch Shell PLC), de 26 de mayo de 2021.

Urbaser S.A. c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo (8 Dec. 2016).

Westmoreland c. Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/20/3, Solicitud de arbitraje (12 Aug. 2019).

10.18800/themis.202202.007

LA MEJORA AMBIENTAL MANIFIESTAMENTE EVIDENTE: MIRADA OPTIMISTA A UNA FIGURA ACTUALMENTE POCO AMIGABLE

THE MANIFESTLY EVIDENT ENVIRONMENTAL IMPROVEMENT: OPTIMISTIC LOOK AT A FIGURE THAT IS CURRENTLY UNFRIENDLY

Favio Ruesta Otoya*
Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría

In 2013, the Agency for Environmental Assessment and Enforcement introduced the manifestly evident environmental improvement to the legal system. This figure had a negative reception as it seemed to delegitimize the obligations established in the environmental certification, the most important environmental license in Peru.

This paper analyses the questions born with the creation of the manifestly evident environmental improvement and the effective use of this figure by the public.

Keywords: Environmental improvement to the legal system; environmental certification, environmental license; OEFA; Peru.

En 2013, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental introdujo al ordenamiento jurídica la mejora ambiental manifiestamente evidente. Dicha figura tuvo una recepción negativa pues parecía deslegitimar las obligaciones establecidas en la certificación ambiental, la licencia ambiental más importante en el Perú.

En este trabajo se analizan las incógnitas nacidas con la creación de la mejora ambiental manifiestamente evidente y la utilización efectiva de esta figura por parte de los administrados.

Palabras clave: Mejora ambiental manifiestamente evidente; certificación ambiental; OEFA; Perú.

* Abogado. Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Lima, Perú). Contacto: favio.ruesta@ppulegal.com

El autor agradece especialmente a Ciomar Levano Vía por su apoyo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2022, y aceptado por el mismo el 26 de noviembre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la hoy derogada Resolución de Consejo Directivo 049-2013-OEFA/CD[1], publicada el 20 de diciembre del 2013 y en vigencia desde 1 de febrero del 2014 (en adelante, RCD 049-2013), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA), introdujo al ordenamiento jurídico la figura denominada mejora ambiental manifiestamente evidente (en adelante, MME).

Dicha figura llamó la atención de forma negativa porque, tal como fue creada, parecía deslegitimar las obligaciones establecidas en la certificación ambiental, la licencia ambiental más importante en el Perú, ya que parecía eximir a los administrados de cumplir los compromisos establecidos en ella. De ese modo, realizar una conducta distinta a esas obligaciones no sería calificado como hallazgo sancionable, con el único y amplio requisito de favorecer con certeza la protección ambiental o los compromisos socioambientales.

Posteriormente, la figura fue regulada por la Resolución de Consejo Directivo 041-2014-OEFA/CD, el Reglamento que regula la MME, el cual establece criterios claros para calificar a una conducta como tal, en base a: (i) la noción de sobrecumplimiento (no incumplir, sino cumplir los compromisos ambientales e ir más allá); (ii) la opinión de la autoridad encargada de aprobar la certificación ambiental; y (iii) el respeto a la certificación ambiental aprobada. Este reglamento es la única norma que actualmente regula la MME.

En ese escenario, y en base a nuestra propia compilación y análisis de diversos pronunciamientos del OEFA a lo largo de los años, en el presente artículo analizaremos si fueron superadas las incógnitas nacidas con la creación de la MME, y si estamos ante una figura efectivamente utilizada por los administrados de forma exitosa. Asimismo, esbozaremos unas muy breves y generales recomendaciones para que el OEFA pueda clarificar y promover su aplicación, y para que los administrados puedan obtener una calificación favorable.

II. ÁMBITOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL REGULADOS POR EL SISTEMA NACIONAL DE GESTIÓN AMBIENTAL. ÉNFASIS EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN AMBIENTAL Y EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

El ambiente es el conjunto de elementos sociales, económicos, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinados; en otras palabras, es la naturaleza y las manifestaciones humanas juntos en un espacio y tiempo específicos (Andaluz Wrestreicher, 2006, p. 50). La forma en que cada país protege el ambiente se denomina gestión ambiental, e incluye ciertas políticas, programas y acciones; lo cual en el Perú se realiza a través del Sistema Nacional de Gestión Ambiental[2] dirigido por el Ministerio del Ambiente (en adelante, MINAM)[3].

El Sistema Nacional de Gestión Ambiental (en adelante, SNGA) busca mejorar la coordinación en la gestión ambiental y de los recursos naturales, así como promover y optimizar la implementación de mecanismos e instrumentos para dicha finalidad (Ministerio del Ambiente [MINAM], 2016, p. 9). Está integrado por cinco ejes: el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, SINEFA), el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, y el Sistema Nacional de Información Ambiental. A continuación, nos enfocaremos en el SEIA y el SINEFA que son los relevantes para analizar la MME.

Como primer eje relevante, el SEIA[4] tiene el objeto de, previamente a construir un proyecto de inversión en el Perú, identificar, prevenir y corregir sus impactos ambientales negativos[5] (Andaluz

---

1 Tipifican infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas. Esta norma fue derogada por la Resolución 006-2018-OEFA/CD, que aprobó la vigente tipificación de infracciones administrativas y escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental, aplicables a los administrados que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, publicada el 16 de febrero de 2018. Si bien la norma de creación de la MME fue derogada, actualmente la figura está regulada únicamente por el Reglamento aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo 041-2014-OEFA/CD.

2 Artículo 3 de la Ley 28245, Ley Marco del SNGA.

3 Según el literal s) de la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del SINEFA, el MINAM tiene la función de coordinar y hacer seguimiento, en su rol de ente rector del SNGA, del adecuado ejercicio de las competencias ambientales en los diversos niveles de gobierno.

4 Cabe indicar que el artículo 1 de la Ley 27446, Ley del SEIA (en adelante, Ley del SEIA), establece que el SEIA es un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión.

5 "Modificación, alteración o cambio en el ambiente o en alguno de los componentes del sistema ambiental, de cierta magnitud, producida por una actividad" (Andaluz Wrestreicher, 2006, p. 434). "Diferencia entre las condiciones ambientales que existirían con la implementación de un proyecto y las existentes sin el mismo" (Aldana Durán, 2008, p. 249).

Wrestreicher, 2006, p. 434; Aldana Durán, 2008, p. 249). Para ello, utiliza instrumentos de gestión ambiental[6], tales como la certificación ambiental (en adelante, IGA) (OEFA, 2016, p. 18), licencia que aplica para los proyectos de inversión listados en la Resolución Ministerial 157-2011-MINAM y sus modificatorias (Wieland Fernandini, 2017, p. 88). El IGA es el acto administrativo que otorga la viabilidad ambiental del proyecto en el marco del SEIA, el cual aprueba un documento llamado estudio ambiental compuesto por una descripción del proyecto, sus potenciales impactos y las medidas que el titular debe implementar respecto a esos impactos. Es una licencia tan importante que: (i) queda prohibido todo proyecto que implique posibles impactos ambientales negativos significativos sin su aprobación[7]; y (ii) una vez aprobado, los compromisos ambientales y sociales contenidos en él son de obligatorio cumplimiento (en adelante, compromisos).

Como segundo eje relevante, el SINEFA, dirigido por el OEFA, vela por el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables por parte de los titulares que desarrollen actividades económicas, entre otros, los compromisos asumidos en los IGA (OEFA, 2020, p. 18). Esto quiere decir que, cuando el OEFA detecte el incumplimiento de esos compromisos, ejerce la potestad sancionadora del estado en materia ambiental en los sectores de su competencia, iniciando procedimientos sancionadores, y eventualmente imponiendo sanciones y medidas correctivas. Como se observa, una vez aprobado el IGA es legalmente exigible porque contiene compromisos sujetos a sanciones en caso de incumplimiento (Aldana Durán, 2008, pp. 252-253).

Hasta el momento, como primera cara de la moneda, tenemos que el SEIA busca prever anticipadamente los impactos ambientales negativos que producirían los proyectos de inversión en el país, a través de los IGA, cuya aprobación antes del proyecto es obligatoria y que además contiene compromisos obligatorios. Como segunda cara de la misma moneda, tenemos que el SINEFA impone sanciones ante el incumplimiento de los referidos compromisos. En consecuencia, nos encontramos ante un instrumento esencialmente preventivo, la licencia ambiental más importante del país.

III. MEJORA MANIFIESTAMENTE EVIDENTE

A. Figura relacionada: el informe técnico sustentatorio y la mejora tecnológica

En el marco del SEIA, el Decreto Supremo 054-2013-PCM[8], vigente desde el 17 de mayo del 2013, incorpora al Informe Técnico Sustentatorio (en adelante, ITS) como mecanismo para introducir cambios en el IGA aprobado. Esta figura se creó para facilitar la modificación regular del estudio de impacto ambiental con el objetivo de declarar la viabilidad ambiental en un plazo más breve (Calle & Mora, 2016, p. 5).

De esta manera, cuando el titular de un proyecto de inversión con IGA aprobado pretenda implementar una mejora tecnológica en sus operaciones, no requerirá de un prolongado procedimiento previo de modificación, sino que, también previamente a su implementación, el titular sustentará la mejora tecnológica ante la autoridad competente con un informe técnico y podrá obtener su aprobación. El mismo procedimiento corto aplica cuando el titular con IGA aprobado quisiera implementar ampliaciones que impliquen impactos ambientales negativos no significativos.

Si bien de primera impresión podría parecer un gran avance en la simplificación administrativa por parte del Estado peruano, esta figura no estuvo exenta de análisis por parte de la doctrina. Se enfatizó que se trata un procedimiento de evaluación previa, que necesita un pronunciamiento expreso de la autoridad para considerarse aprobado, lo cual implica necesariamente la posibilidad de que

[6] Según el artículo 16 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, y constituyen medios operativos para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales.

[7] Artículos 2 y 3 de la Ley del SEIA.

[8] Artículo 4 - Disposiciones ambientales para los proyectos de inversión

> En los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tienen impacto ambiental no significativo o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones, no se requerirá un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental.
>
> El titular del Proyecto está obligado a hacer un informe técnico sustentando estar en dichos supuestos ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación. Dicha autoridad emitirá su conformidad en el plazo máximo de 15 días hábiles. En caso que la actividad propuesta modifique considerablemente aspectos tales como, la magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o de las medidas de mitigación o recuperación aprobadas, dichas modificaciones se deberán evaluar a través del procedimiento de modificación (2013).

sea desaprobado si la autoridad competente así lo considera. Es decir, incluso cuando estamos ante un plazo simplificado, la calificación de 'mejora tecnológica' no puede ser unilateralmente por parte del administrado, sino que es la autoridad, con su discrecionalidad técnico-administrativa quien determina su aprobación o desaprobación (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental [SPDA], 2015, pp. 82-83).

Desde el punto de vista práctico, la doctrina alertó que el ITS permite a los administrados evitar la demora del procedimiento de modificación de IGA, el cual requiere actualizar estudios técnicos de factibilidad y ejecutar mecanismos de participación ciudadana. Adicionalmente, la doctrina alertó que en ciertos casos la aprobación de ITS otorgó respaldo legal a operaciones que pusieron en riesgo el ambiente y generaron potenciales conflictos con las poblaciones cercanas, es decir, que finalmente ocasionaron impactos significativos en lugar de no significativos (Mariño Saavedra & Valle Riestra Padró, 2015, pp. 2-5).

En esa línea, si bien el ITS generó como figura las referidas preocupaciones, consideramos que su norma de creación es lo suficientemente clara al establecer que es la autoridad quien le otorga conformidad. Es decir, consideramos que la solicitud de ITS siempre pasaría por el filtro técnico-legal de los evaluadores de la autoridad competente, quienes, ante cualquier duda, siempre podían desaprobar la solicitud en beneficio del ambiente, pese a todavía no contar en ese momento con criterios definidos de evaluación.

Consideramos que, a diferencia del ITS, la MME sí nació con esa gran carecía: su aprobación no estaba en manos de ninguna autoridad ni pasaba por evaluación técnico-legal, sino que parecía dejar a los administrados en plena libertad de ejecutar en la práctica cualquier conducta diferente a los compromisos establecidos en sus IGA sin pedirle permiso a nadie; es decir, parecía dar carta abierta y generar inmunidad para el incumplimiento. A continuación, desarrollaremos la relación y diferencias de la mejora tecnológica, figura introducida a través del ITS en el marco del SEIA, respecto de la MME, figura introducida en el marco del SINEFA.

B. Creación de la mejora manifiestamente evidente

Si bien actualmente la MME ya no está regulada por su norma de creación, la hoy derogada RCD 049-2013, debe ser explotada a fin de comprender las serias dudas que rodeaban inicialmente a esta figura. Su artículo 4.2[9] señaló que cuando la autoridad de supervisión directa tenga la certeza de que la conducta ejecutada por el administrado sea una mejora ambiental, pese a no corresponder a lo previsto en el IGA, no la calificará como hallazgo que amerite el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS).

Por su lado, el numeral 4.3 estableció que cuando no se cuente con la certeza del numeral 4.2, se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 4 del Decreto Supremo 054-2013-PCM, es decir, se verificará que el titular de la actividad haya presentado previamente un ITS y obtenido su aprobación por parte de la autoridad competente.

Ante ello, la doctrina alertó que el problema de crear esta nueva categoría de 'mejora' es que no dimensiona sus graves consecuencias legales. En primer lugar, consideran que eliminar el trámite previo de aprobación libera a los administrados de tramitar el requisito técnico previo que habilite a realizar su conducta, dejando esta valoración en la esfera unilateral de esos administrados pese a que tienen las herramientas para solicitar aprobación a la autoridad. En segundo lugar, la doctrina indica que la MME libera a los administrados de un PAS y con ello los libera también de cualquier consecuencia jurídica, debilitando la eficacia de la fiscalización ambiental. En tercer lugar, la doctrina indica que en muchos casos la baja probabilidad de detección de ciertas conductas podría generar escenarios donde el titular del proyecto opere sin ITS aprobado por considerar que su actividad es

[9] Resolución de Consejo Directivo 049-2013 [derogado]

Artículo 4 - Infracciones administrativas relacionadas al incumplimiento de lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental

[...] 4.2 Si la Autoridad de Supervisión Directa considera que la actividad u obra desarrollada por el administrado no corresponde específicamente a lo previsto en el Instrumento de Gestión Ambiental, pero constituye una mejora manifiestamente evidente que favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales, no calificará dicha falta de correspondencia como un hallazgo que amerite el inicio de un procedimiento sancionador.

4.3 Si la Autoridad de Supervisión Directa considera que la actividad u obra desarrollada por el administrado no corresponde específicamente a lo previsto en el Instrumento de Gestión Ambiental, pero puede constituir una mejora que favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales, procederá teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 4 del Decreto Supremo 054-2013-PCM, concordado con la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 060-2013-PCM.

una MME y en realidad no lo sea, poniendo de ese modo en riesgo al ambiente (SPDA, 2015, p. 85).

Efectivamente, si bien la nueva figura estableció a la certeza como un requisito, consideramos que, desde un punto de vista estrictamente legal, parecía configurar como supuesto de hecho el incumplimiento de un IGA, para atribuirle como consecuencia jurídica el no inicio de un PAS. De ese modo, en el escenario de fiscalización ambiental, la MME parecía hacer peligrar la obligatoriedad de cumplir con los compromisos derivados de la certificación ambiental, en tanto: (i) permitiría en la práctica modificar el IGA fuera del SEIA, es decir, fuera de los procedimientos y plazos establecidos para la modificación o ITS respecto de los IGA aprobados; y (ii) legitimaría incumplimientos a los compromisos ambientales a sola voluntad del titular del proyecto.

Finalmente, cuando el numeral 4.3 reenvía el análisis al ITS en caso la mejora no sea manifiesta (es decir, sin el requisito de certeza), ello parecía confirmar que la MME debió crearse en el marco del SEIA, y como tal, requerir un procedimiento previo ante la autoridad certificadora y una necesaria conformidad o aprobación por parte de la autoridad. Ello en lugar de ser creada forzadamente en el marco del SINEFA y promoviendo aparentemente la inmunidad de los administrados para incumplir compromisos. A continuación, explicaremos por qué consideramos que esta oscuridad en torno al nacimiento de la MME fue solucionada por su regulación actual.

C. Regulación actual

Actualmente, la única norma que regula la MME es el Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo 041-2014-OEFA/CD del 2 de diciembre de 2014 (en adelante, RMME). A continuación, presentamos una síntesis de esta regulación vigente:

a) Definición: MME es la conducta del administrado que cumple y va más allá de lo establecido en los compromisos ambientales, favoreciendo la protección ambiental o ejecutando una mayor prestación socio ambiental, sin generar daño o riesgo para el ambiente, la vida y salud de las personas, ni interferir con la certificación ambiental en el marco del SEIA[10].

b) Competencia: La Dirección de Supervisión del OEFA es la autoridad competente para evaluar la existencia de una MME en el marco de una acción de supervisión, y lo hará solo si el administrado lo alega y sustenta. Podrá solicitar opinión a la autoridad certificadora sobre los alcances de los compromisos ambientales[11].

c) Consecuencia jurídica: La calificación de una conducta como MME es un reconocimiento de su licitud, lo cual será comunicado a la autoridad certificadora. Cuando no la califique así o la autoridad certificadora la descarte, la Dirección de Supervisión realizará la acusación[12] correspondiente en su Informe de Supervisión[13].

d) Calificación dentro del PAS: Esa calificación también puede ser realizada por la autoridad decisora del PAS, o por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, TFA) cuando resuelva recursos, con obligatoria previa opinión técnica de la Dirección de Supervisión, bajo sanción de nulidad[14].

Asimismo, la exposición de motivos precisó:

a) Que el pronunciamiento favorable de la Dirección de Supervisión es vinculante. Para cuestionarlo, el administrado deberá acudir a la autoridad certificadora[15].

[10] Artículo 4.1 del RMME.

[11] Artículos 4.2 y 4.3 del RMME.

[12] El derogado Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, emitido mediante Resolución de Consejo Directivo 007-2013-OEFA/CD, diferenciaba al Informe de Supervisión, documento que contiene los resultados de las supervisiones, respecto del Informe Técnico Acusatorio (en adelante, ITA), documento para comunicar y sustentar ante la Autoridad Instructora la presunta existencia de infracciones administrativas.

Esta separación entre el Informe de Supervisión y el ITA se mantuvo en el siguiente Reglamento, también hoy derogado, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 016-2015-OEFA/CD. La separación desapareció con el vigente Reglamento aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 005-2017-OEFA/CD, el cual eliminó el ITA y trasladó su contenido al Informe de Supervisión, lo cual se ha mantenido hasta el Reglamento vigente, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD.

[13] Artículo 5 del RMME.

[14] Artículo 6 del RMME.

[15] Como inquietud, consideramos necesario señalar que ni el RMME ni otra legislación establecen procedimientos para que el administrado que obtuvo una calificación negativa la cuestione ante la autoridad certificadora.

b) Ejemplos de MME. En términos de protección ambiental: si el IGA contempla el uso de una trampa de grasa para limpiar los efluentes antes de su descarga a un río, emplear dos sería una MME. En términos de compromisos socioambientales: si el IGA contempla la contratación de veinte pobladores del área de influencia del proyecto, contratar treinta y cinco sería una MME.

Al respecto, la doctrina considera que esta reglamentación mejoró la figura, pero no solucionó los problemas nacidos de su creación, ya que continúa generando un escenario de incertidumbre y falta de predictibilidad para los administrados. En primer lugar, la doctrina recoge que la definición de MME no incluye al término 'manifiestamente', por lo que no se diferencia del ITS (mejora que no es manifiestamente evidente). En segundo lugar, la doctrina considera un contrasentido que el RMME establezca la opinión de la autoridad certificadora como facultativa, más aún si luego obliga a la autoridad supervisora a comunicar a la autoridad certificadora sus conclusiones (SPDA, 2015, p. 90).

Por nuestra parte, consideramos que sustituir el carácter facultativo de la consulta a la autoridad certificadora por un carácter obligatorio implicaría que en la práctica la calificación de una MME termine siendo incluso más larga que la evaluación de un ITS, ya que tendría que pasar por el análisis de la autoridad certificadora adicionalmente al análisis del OEFA. Asimismo, consideramos que la figura no deslegitima el carácter preventivo del SEIA porque el RMME sí ha esclarecido que no pretende sustituir la función de certificación ambiental propia del SEIA ni promover el incumplimiento de compromisos ambientales establecidos en el IGA, basándose en tres requisitos muy claros para esta finalidad: (i) el cumplimiento de compromisos ambientales; (ii) el sobre cumplimiento de dichos compromisos; y (iii) el descarte de impactos ambientales negativos colaterales. De esa forma, la ubicación de la MME fuera del SEIA no deslegitima dicho sistema porque los administrados no tienen carta libre para apartarse sus compromisos, sino precisamente deben cumplirlos y sobre cumplirlos para que el OEFA admita la MME. Por lo expuesto, consideramos que la MME no se ha convertido en una vía ilegítima de regularizar conductas que no pasaron por evaluación de impacto ambiental ni de otorgar inmunidad ilimitada para que los administrados incumplan sus compromisos.

Si bien consideramos que la figura ha quedado esclarecida en el papel, queda pendiente analizar los criterios que el OEFA ha ido plasmando en sus resoluciones a lo largo de los años, a efectos de clarificar si, como alertaba inicialmente la doctrina, los administrados han tenido éxito alegando la MME y obteniendo del OEFA inmunidad para incumplir sus compromisos.

IV. ANÁLISIS DE PRONUNCIAMIENTOS DEL OEFA

A continuación, examinaremos nuestra propia compilación de resoluciones en las que el OEFA se pronunció sobre la calificación de una conducta como MME, e identificaremos los elementos que aporten a responder si el OEFA ha utilizado la figura para otorgar inmunidad a los administrados o no.

A. Año 2014: Resolución 041-2014-OEFA/TFA del 28 de febrero del 2014, en el marco del Expediente 043-2013-OEFA-DFSAI/PAS (subsector de Hidrocarburos–lote petrolero)

1. Antecedentes

En primera instancia administrativa la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI)[16], órgano de línea del OEFA encargado de la fiscalización ambiental, sancionó al administrado por incumplimiento de compromisos asumidos en su IGA aprobado. Ello toda vez que, en lugar de perforar cuatro pozos petroleros en las ubicaciones originalmente autorizadas en dicho IGA, los perforó en ubicaciones distintas.

Cabe indicar que, tanto al momento de emisión de la resolución de primera instancia como a la interposición del recurso de apelación, aún no había sido creada la MME, sino que dicha figura fue creada luego de interpuesto el referido recurso. Por ello, al resolver el recurso, el TFA solo contaba con los elementos generales de una recién creada MME. Por otro lado, cabe indicar que el RMME entró en vigencia luego de concluido el procedi-

[16] Actualmente, la autoridad decisora del PAS es la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos del OEFA (DFAI), y la autoridad instructora es la Subdirección de Fiscalización en Energía y Minas de la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos del OEFA. Ello de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por el Decreto Supremo 013-2017-MINAM.

miento, por lo que no podemos tomarlo en cuenta para el análisis de este caso.

2. Pronunciamiento relevante

Al resolver el recurso, el TFA utilizó la excepción de retroactividad benigna, es decir, aplicó la MME a hechos pasados porque consideró que esta figura era más favorable al administrado. Como parte de su análisis, consideró que la reubicación de los pozos realizada a través de la técnica de perforación dirigida horizontal desde una sola plataforma evitó que se impacten áreas donde originalmente debían perforarse cuatro plataformas para los mencionados cuatro pozos. Como resultado, el TFA calificó la conducta del administrado como MME, revocando la sanción impuesta y archivando la imputación de cargos.

Para llegar a esa conclusión, el TFA elaboró su propia metodología para verificar que una conducta califica como MME, los cuales consideró cumplidos: (i) estar prevista de manera general en el IGA; (ii) debe producirse un cambio en el compromiso previsto en el IGA; (iii) la conducta ejecutada es funcionalmente equivalente a la prevista en IGA; (iv) la conducta ejecutada debe ser más favorable; y (v) no generar mayores riesgos al ambiente.

3. Opinión del autor

En este caso, el TFA archivó un incumplimiento de compromisos ambientales en el marco de una actividad muy compleja como es la perforación de pozos petroleros, la cual implica posibles impactos ambientales como la rotura del *casing* o de la tubería de succión, obstrucción del pozo, derrame de materiales y productos químicos utilizados, mala disposición de lodos y sedimentos, accidentes y riesgo de incendio, los cuales son considerados normalmente graves e irreversibles, y potencialmente pueden extender sus consecuencias a lo largo del tiempo (García *et al*., 2003, p. 19).

En ese contexto, consideramos que, si bien el TFA no contaba con el actual RMME, sí contaba con el elemento de certeza establecido en la entonces vigente RCD 049-2013. Consideramos que la complejidad de la perforación petrolera no puede generar ninguna certeza sobre los aspectos de protección ambiental o socio ambiental, y en cambio da espacio para mucho debate técnico e interpretación. Por ello, al no cumplirse el elemento de certeza establecido en la RCD 049-2013, la conducta del administrado no era una MME. En tal sentido, consideramos que esta resolución justamente retrata las dudas surgidas de la imprecisa creación de la MME, y fue un primer antecedente que creó justificadamente mucha desconfianza en torno a dicha figura.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que esta resolución no nos permite extraer conclusiones sobre la aplicabilidad práctica actual de la MME, debido a que el RMME todavía no se encontraba vigente cuando el TFA resolvió el caso.

B. Año 2016: Resolución 009-2016-OEFA/TFA-SEM del 16 de febrero del 2016, en el marco del Expediente 1092-2013-OEFA-DFSAI/PAS[17] (sector Minería–unidad minera)

1. Antecedentes

En primera instancia administrativa, la DFSAI declaró la responsabilidad administrativa por incumplimiento de compromisos asumidos en el IGA. Ello en tanto, en lugar de implementar una base de concreto en una zona de almacenaje de acuerdo con su IGA, el administrado implementó una geomembrana.

El administrado alegó en su recurso de apelación que la geomembrana implementada constituye una MME, al ser una medida de protección del suelo de menor impacto que la base de concreto, porque no requiere remover la capa superficial del suelo.

2. Pronunciamiento relevante

Al resolver el recurso, el TFA enfatizó claramente dos requisitos establecidos por el RMME, para entonces ya vigente: (i) el cumplimiento del compromiso ambiental; y (ii) realizar una actividad que trascienda dicho cumplimiento e implique mayor protección ambiental. Sin perjuicio de ello, el TFA no aplicó la figura de la MME, toda vez que la conducta fue detectada en el año 2012, fecha en que aún no se había creado la MME.

3. Opinión del autor

En primer lugar, consideramos muy relevante que el propio TFA no haya aplicado retroactividad benigna para aplicar la MME, criterio que sí aplicó en la Resolución 041-2014-OEFA/TFA, analizada en el numeral IV.A del presente artículo. Con ello, el TFA adoptó como criterio que la MME debe encontrar-

[17] Disponible en: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=17075

se vigente para poder ser aplicada a la conducta que los administrados aleguen como tal. Consideramos adecuado que el TFA haya buscado cambiar el criterio de retroactividad benigna, lo cual aporta a construir la credibilidad en la MME.

En segundo lugar, consideramos que esta resolución es importante porque descartó cualquier objeción referida a que la MME puede incentivar el incumplimiento de compromisos establecidos en el IGA aprobado, en fiel cumplimiento del RMME: no se trata de cualquier conducta distinta a los compromisos, sino una que los cumpla y sobre cumpla. Consideramos que, al haber decidido que la MME no aplicaba a este caso por no encontrarse vigente al momento de la conducta (pronunciamiento formal), no tenía la necesidad de recoger los requisitos establecidos en el RMME (pronunciamiento de fondo), por lo que podemos apreciar un firme propósito del TFA de enfatizar la credibilidad en el RMME.

Finalmente, si bien el TFA no analizó el cumplimiento de esos requisitos, consideramos que no fueron cumplidos por el administrado, ya que no implementó la base de concreto establecida en el IGA aprobado, es decir, no hubo cumplimiento del compromiso, por lo que tampoco existió sobre cumplimiento. Consideramos que estos requisitos habrían sido cumplidos si el administrado hubiese implementado, por ejemplo: (i) la base de concreto establecida en el IGA (cumplimiento del compromiso); y (ii) adicionalmente, la geomembrana, quizá sobrepasando el perímetro de la base de concreto, para garantizar una mayor protección ambiental (sobre cumplimiento).

C. Año 2017: Resolución Directoral 0494-2017-OEFA-DFSAI del 12 de abril del 2017, en el marco del Expediente 1114-2014-OEFA-DFSAI/PAS[18] (sector Pesca–planta de harina y aceite de pescado)

1. Antecedentes

En primera instancia, la DFSAI declaró la responsabilidad administrativa por incumplimiento de compromisos asumidos en el IGA. Ello toda vez que, en lugar del sistema de tratamiento de efluentes establecido en el IGA (poza desgrasadora y sistema de neutralización), el administrado implementó un sistema diferente (canaleta de acero con rejillas, trampa de sólidos de tipo canastillas, pozo de almacenamiento y celda de flotación).

En su recurso de apelación, el administrado alegó que su conducta constituye una MME, y que sus efluentes cumplen con los límites máximos permisibles.

2. Pronunciamiento relevante

Al resolver el recurso, el TFA enfatizó los requisitos de cumplimiento de los compromisos establecidos en el IGA aprobado, y de sobre cumplimiento. En tal sentido, descartó como MME los equipos implementados por el administrado porque no coinciden con el sistema de tratamiento de efluentes establecido en el IGA: no hay cumplimiento sino incumplimiento, por lo que no puede haber sobre cumplimiento[19].

3. Opinión del autor

Consideramos que el aporte más importante de la resolución fue reforzar que el cumplimiento de los compromisos es esencial para respetar la función de certificación ambiental, lo cual es coherente con el RMME. Acertadamente, el OEFA entiende que solamente se respetaría el IGA aprobado cuando se cumplan a cabalidad los compromisos, es decir, la implementación del sistema de tratamiento de efluentes allí establecido. Caso contrario, si se permite al administrado la libertad para interpretar los compromisos y ejecutar sus propias nociones de cumplimiento, sí estaríamos eventualmente ante una regularización ilegítima de procedimientos de certificación ambiental.

Por otro lado, consideramos que el TFA aplicó una importante regla de sentido común: la conducta del administrado no califica como MME porque no fue implementada para cumplir el compromiso ambiental, sino posteriormente a la detección del incumplimiento. Puede parecer redundante, pero en concordancia con el requisito de cumplimiento cabal de compromisos, satisfacer las exigencias de IGA aprobado de forma tardía no puede de ningún modo considerarse como cumplimiento, sino solo una subsanación en el mejor escenario.

Consideramos que la MME es diferente a la subsanación voluntaria previa a la notificación de la

[18] Disponible en: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=23419

[19] Sin perjuicio de ello, descartó también el sobre cumplimiento, porque los equipos implementados no cumplen la misma función que los establecidos en el compromiso, y no pueden ser mejores en términos de protección ambiental o compromisos socio ambientales. Asimismo, agregó que la obligación de cumplir los compromisos no se enerva por el cumplimiento de otras obligaciones ambientales, tales como los límites máximos permisibles.

imputación de cargos, establecida como eximente de responsabilidad administrativa por la Ley del Procedimiento Administrativo General[20] y el Reglamento de Supervisión del OEFA[21]. Consideramos que esta distinción se sustenta en que la MME tiene como requisito el cumplimiento de compromisos (es decir, se enmarca en un contexto de licitud), mientras que la subsanación voluntaria parte de un incumplimiento que busca revertir para no generar responsabilidad administrativa (es decir, un contexto de ilicitud).

D. Año 2018: Resolución 082-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 5 de abril del 2018, en el marco del Expediente 1799-2017-OEFA/DFSAI/PAS[22] (subsector Hidrocarburos-planta de fraccionamiento de líquidos de gas natural)

1. Antecedentes:

En primera instancia, la DFSAI declaró la responsabilidad administrativa del administrado por haber incumplido un compromiso establecido en su IGA, toda vez que reinyectó sus aguas de producción en el Pozo 9X, en lugar de realizarlo en el Pozo 1X (como indicaba el IGA). Asimismo, basándose en el informe emitido por la Dirección de Supervisión, la DFSAI estableció que no contaban con suficiente información técnica para determinar si la conducta calificaba como MME.

En su recurso de apelación, el administrado alegó que su conducta es una MME por las siguientes razones:

a) Su IGA adolecía de un error material, porque lo obligaba a reinyectar aguas de producción en el Pozo 1X cuando en realidad dicho pozo se encontraba abandonado.

b) En ese escenario, tras obtener una autorización para sistema de tratamiento de aguas residuales y vertimiento en el río Aguaytía, el administrado realizó dichas descargas en el río.

c) Reemplazó las descargas en el río por reinyección en el Pozo 9X.

d) Si se hubieran reinyectado aguas de producción en el pozo abandonado, como lo indicaba el IGA, se habrían ocasionado impactos ambientales significativos.

e) Contrató a una consultora ambiental, quien sustentó técnicamente que la conducta calificaba como MME.

f) La conducta cumple con los requisitos indicados por el TFA en la Resolución 041-2014-OEFA/TFA del 28 de febrero del 2014, emitida antes de la vigencia del RMME.

2. Pronunciamiento relevante

Durante la segunda instancia, el TFA solicitó opinión a la Dirección de Supervisión, quien denegó la calificación como MME por las siguientes razones: (i) el propio IGA prohíbe la descarga de aguas de producción a cuerpos de agua; (ii) todas las aguas de producción debían ser reinyectadas en el Pozo 1X, en cumplimiento del IGA; y (iii) existirían impactos ambientales no previstos.

Acogiendo dicha opinión, el TFA denegó la calificación como MME, enfatizando la obligatoriedad de cumplir con los compromisos establecidos en el IGA, tal cual fueron aprobados por la autoridad competente, es decir, este caso, reinyectar aguas de producción en el Pozo 1X. Asimismo, el TFA resaltó los requisitos establecidos en el RMME: (i) realizar una conducta que sobrepase lo establecido en el IGA; y (ii) que dicha conducta favorezca una mayor protección ambiental o el cumplimiento de obligaciones socio ambientales.

3. Opinión del autor

En primer lugar, consideramos que esta resolución es muy importante y acertada porque el propio TFA no aplica la Resolución 041-2014-OEFA/TFA del 28 de febrero del 2014 alegada por el administrado, detallada en el numeral IV.A del presente artículo, y en la cual el TFA no respetó el elemento de certeza establecido en la norma de creación de la MME para calificar a una conducta como tal.

[20] Artículo 236-A del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS.

[21] En línea con lo establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General, el artículo 20 del vigente Reglamento de Supervisión del OEFA, aprobado por Resolución 006-2019-OEFA/CD, también recoge la subsanación voluntaria previa al inicio del PAS como eximente de responsabilidad administrativa, y adicionalmente regula las circunstancias que ocasionan la pérdida del carácter voluntario de la subsanación, y la calificación de los incumplimientos como leves (que pueden ser materia de archivo incluso habiéndose perdido el carácter voluntario de la subsanación), y los incumplimientos graves (que no podrán ser archivados luego de perder el carácter voluntario de la subsanación).

[22] Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/oefa/informes-publicaciones/1300181-resolucion-n-082-2018-oefa-tfa-smepim

En segundo lugar, consideramos que el TFA cumplió fielmente con su deber legal de solicitar opinión a la Dirección de Supervisión cuando analice una MME en segunda instancia, deber establecido claramente en el RMME. Del mismo modo, el TFA envía nuevamente el firme mensaje de que el cumplimiento de los compromisos asumidos en el IGA, tal cual fue aprobado, es un elemento indispensable de la calificación de una conducta como MME, lo cual también es un fiel reflejo de los requisitos establecidos en el RMME.

E. Año 2019: Resolución 158-2019-OEFA/TFA-SMEPIM del 26 de marzo del 2019, en el marco del Expediente 1991-2016-OEFA/DFSAI/PAS[23] (subsector Hidrocarburos–planta envasadora de gas licuado de petróleo)

1. Antecedentes:

En primera instancia administrativa, la DFSAI declaró responsabilidad administrativa por incumplimiento de lo establecidos en el IGA. Ello toda vez que el administrado realizó cambio de válvulas, pintado, granallado de cilindros y acopio de residuos sólidos en un área ubicada fuera de sus instalaciones, es decir, no contemplada en el IGA aprobado.

Luego de presentado el recurso de apelación, durante un informe oral, el administrado alegó que las referidas actividades constituyen una MME, por tratarse de una conducta más efectiva y eficiente en términos ambientales y de seguridad industrial. Agregó que el granallado de cilindros genera chispas, por lo que alejar dicha actividad de fuentes volátiles fue una mejora.

2. Pronunciamiento relevante

Al resolver el recurso, el TFA señaló expresamente que los requisitos establecidos en el RMME son: (i) realizar una actividad que exceda o supere lo establecido en el IGA; y (ii) que su conducta favorezca una mayor protección ambiental o un mayor cumplimiento de obligaciones socioambientales. En tal sentido, el TFA consideró que el administrado no cumplió con los compromisos establecidos en su IGA, por lo que su conducta no es una MME. El TFA agregó que una simple reubicación de componentes no favorece una mayor protección ambiental o un mayor cumplimiento de obligaciones socioambientales.

3. Opinión del autor

Consideramos que esta resolución es importante porque el OEFA reconoce y aplica nuevamente los requisitos de una MME establecidos en el RMME. En primer lugar, exceder el cumplimiento del IGA, por lo que una conducta no puede ser MME si se trata de un incumplimiento. En segundo lugar, ir más allá en términos de protección ambiental o socioambientales, por lo que no cualquier justificación técnica es suficiente. En otras palabras, el OEFA viene aplicando en varias ocasiones de forma consistente los requisitos legales de cumplimiento y sobre cumplimiento como imprescindibles en una MME.

Asimismo, consideramos que esta resolución otorga nuevamente un papel esencial al pronunciamiento de la Dirección de Supervisión, quien en primera instancia había analizado la conducta desde el punto de vista técnico y la había calificado como una reubicación de componentes.

V. CONCLUSIONES

a) La MME es una figura creada en el 2013 que sobrevivió a la derogación de su norma de creación realizada en el 2018. Si bien se trata de una figura vigente, su creación y aplicación inicial estuvieron rodeadas desde un primer momento de serias dudas sobre su legitimidad. Consideramos que esas dudas han sido superadas, en tanto el RMME actualmente establece requisitos muy claros para que una conducta sea calificada como MME: (i) cumplimiento de los compromisos derivados del IGA aprobado; (ii) sobre cumplimiento en términos de protección ambiental u obligaciones socioambientales; (iii) no debe generar daño o riesgo para el ambiente, la vida y salud de las personas; y (iv) tampoco debe afectar a la certificación ambiental del SEIA.

b) Adicionalmente, consideramos que la práctica del OEFA ha contribuido especialmente a despejar la oscuridad inicial. En efecto, dicha autoridad ha aplicado adecuados criterios de forma consistente bajo la vigencia del RMME a lo largo de los años, mediante los cuales no otorga inmunidad a los administrados, sino que, por el contrario, les ha mostrado que el análisis es muy estricto:

[23] Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/oefa/informes-publicaciones/1255662-resolucion-n-158-2019-oefa-tfa-smepim

– Una MME no es cualquier conducta distinta a los compromisos ambientales, sino una que necesariamente primero los cumpla tal cual fueron incluidos en el IGA aprobado, y luego los sobre cumpla.

– Solo dicho cumplimiento garantiza el respeto a la función de certificación ambiental, para no convertir a la MME en una vía ilegítima para regularizar incumplimientos.

– Para que proceda la aplicación de la MME, la conducta invocada por el administrado como tal debe haber ocurrido bajo la vigencia de la MME, de forma que actualmente la aplicación de la retroactividad benigna no se aplica.

– Si el administrado alega o acredita el cumplimiento de compromisos ambientales posteriormente a que ya fue detectado un incumplimiento, en realidad no se trata de un cumplimiento, por lo que queda descartada la calificación de la conducta como MME.

c) Por las razones expuestas, consideramos que la regulación y aplicación actual de la MME no pone en peligro el cumplimiento de compromisos establecidos en los IGA aprobados ni la función de evaluación de impacto ambiental, habiendo quedado superada la oscuridad con que fue la figura creada y aplicada inicialmente.

d) Por otro lado, consideramos que, si bien se trata de una figura con parámetros legales actualmente muy claros, la práctica del OEFA también demuestra que todavía no es aplicada de forma exitosa para los administrados. Con ello, aunque la exposición de motivos del RMME establece la finalidad de generar seguridad jurídica para que los administrados no teman ser sancionados cuando opten por la MME, estamos ante una finalidad que está muy lejos de cumplirse.

e) Para empezar a lograr dicha finalidad, recomendamos que, en cumplimiento del artículo 7 del RMME, la Dirección de Supervisión del OEFA apruebe lineamientos, poniendo al alcance de los administrados los criterios de calificación que el OEFA ha consolidado a lo largo de los años. Sugerimos que una forma de hacerlo sea compilar de forma ordenada y didáctica la mayor cantidad posible de casos en que el OEFA rechazó la calificación como MME, y ejemplificar cómo podrían los administrados haber obtenido una calificación exitosa en esos mismos casos. Hasta el momento no hemos encontrado casos exitosos que puedan servir de motivación a los administrados, pero si en algún momento existieran, consideramos que deben incluirse en los lineamientos para mostrar que sí es posible obtener una calificación exitosa.

Por otro lado, actualmente no existe ningún incentivo para que los administrados se inclinen al sobre cumplimiento de sus compromisos, de forma que si lo hacen sería por motivos de altruismo o políticas ambientales o sociales internas. En esa línea, recomendamos que el OEFA establezca como incentivo reducir en un porcentaje las multas que se impongan a los administrados por otras conductas, lo cual podría generar en ellos una mayor preocupación por cumplir sus compromisos y sobre cumplirlos favoreciendo la protección ambiental o socio ambiental.

f) Al mismo tiempo, recomendamos a los administrados tener claro que la consecuencia de obtener una calificación desfavorable de una conducta como MME es ser sancionado por incumplimiento de compromisos. Por ello, el primer y mayor requisito que deben satisfacer es el cumplimiento a cabalidad de dichos compromisos de forma clara y tal cual fueron aprobados. Para esos efectos, recomendamos que realicen una revisión exhaustiva de todos y cada uno de sus compromisos y de su propia capacidad técnica y financiera para cumplirlos, de forma que los cambios necesarios sean introducidos en los IGA a través de las vías legales correspondientes. Con ello, incluso si no buscan obtener MME exitosas ante el OEFA, los administrados reducirían el inicio de PAS por incumplimiento de compromisos imposibles de cumplir en los términos en que el IGA fue aprobado.

g) Finalmente, las resoluciones del OEFA que hemos analizado demuestran de forma consistente que un incumplimiento de compromisos no ha sido ni será calificado favorablemente como MME. Por ello, si los administrados incurrieron efectivamente en dichos incumplimientos, consideramos que la normativa establece diversas alternativas de defensa para hacer frente a la imputación de cargos, tales como la subsanación voluntaria realizada previamente al inicio del PAS, por lo que recomendamos recurrir en primer lugar a dichas estrategias para obtener el mejor resultado posible.

REFERENCIAS

Aldana Durán, M. I. (2008). Evaluación de Impacto Ambiental en Actividades de Hidrocarburos. Un enfoque de aplicación práctica. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, (65), 249-253.

Andaluz Wrestreicher, C. (2006). *Manual de Derecho Ambiental*. Proterra.

Calle, I., & Mora, C. (2016a). *Evaluación de impacto ambiental: los ITS de proyectos de inversión en sectores estratégicos*. https://biblioteca.spda.org.pe/biblioteca/catalogo/_data/20210205145003_SPDA%200336%202.pdf

(2016b). *De socavón a cielo abierto: Los riesgos socioambientales de los Informes Técnicos Sustentatorios.* https://dar.org.pe/informe_its/

Mariño Saavedra, H. S., & Valle Riestra Padró, E. V. (2015). De socavón a cielo abierto: Los riesgos socioambientales de los informes técnicos sustentatorios. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales.

Ministerio del Ambiente [MINAM] (2016). *Guía del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.* https://sinia.minam.gob.pe/documentos/guia-sistema-nacional-gestion-ambiental

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA] (2016). *La vinculación y retroalimentación entre la certificación y la fiscalización ambiental*. IAKOB Comunicaciones & Editores.

(2020). *El abc de la fiscalización ambiental*. https://www.oefa.gob.pe/publicaciones/el-nuevo-abc-de-la-fiscalizacion-ambiental/

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (2015). *Fiscalización ambiental: Recomendaciones para un fortalecimiento integral*. NEGRAPATA.

Wieland Fernandini, P. (2017*). Introducción al Derecho Ambiental*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Supremo 054-2013-PCM, Decreto Supremo que Aprueba Disposiciones Especiales para la Ejecución de Procedimientos Administrativos, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de mayo de 2013 (Perú).

Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos de OEFA, 12 de abril de 2017, Resolución Directoral 0494-2017-OEFA/DFSAI, Expediente 1114-2014-OEFA/DFSAI/PAS (Perú).

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de abril de 2001 (Perú).

Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 2001 (Perú).

Ley 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de junio de 2004 (Perú).

Ley 28611, Ley General del Ambiente, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de octubre de 2005 (Perú).

Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de diciembre de 2007 (Perú).

Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325 Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Diario Oficial *El Peruano,* 26 de abril de 2013 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 007-2013-OEFA/CD, Aprueban el el Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 26 de febrero de 2013 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 049-2013-OEFA/CD [Derogada], Tipifican infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas, 20 de diciembre de 2013 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 041-2014-OEFA/CD, Aprueban reglamento que regula la mejora manifiestamente evidente a que se refiere el numeral 4.2 del artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo 049-2013-OEFA/CD, 6 de diciembre de 2014 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 016-2015-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, 24 de marzo de 2015 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 005-2017-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión, 30 de enero de 2017 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 006-2018-OEFA/CD, Tipifican infracciones administrativas y establecen escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental, aplicables a los administrados que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA, 15 de febrero de 2018 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD, Aprueban Reglamento de Supervisión, 17 de febrero de 2019 (Perú).

Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, 28 de febrero de 2014, Resolución 041-2014-OEFA/TFA, Expediente 043-2013-OEFA/DFSAI/PAS (Perú).

Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, Sala Especializada en Minería, 16 de febrero de 2016, Resolución 009-2016-OEFA/TFA-SEM, Expediente 1092-2013-OEFA/DFSAI/PAS (Perú).

Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera, 5 de abril de 2018, Resolución 082-2018-OEFA/TFA-SMEPIM, Expediente 1799-2017-OEF A/DFSAI/PAS (Perú).

Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera, 26 de abril de 2019, Resolución 158-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, Expediente 1991-2016-OEFA/DFSAI/PAS (Perú).

CENTRO DE ARBITRAJE

Calle Ramón Ribeyro No. 672, oficina 101
(+51) 943 741 669 (01) 242 3130
marcperu.com

10.18800/themis.202202.008

ACUERDO DE ESCAZÚ: RETOS ANTE SU RATIFICACIÓN EN COLOMBIA

ESCAZU AGREEMENT: CHALLENGES REGARDING ITS RATIFICATION IN COLOMBIA

Alejandro Mesa Neira*
Baker McKenzie

Camila Jiménez Lara**
Baker McKenzie

On March fourth of 2018 the Escazu Agreement was adopted, which first emerged on the United Nations Conference of Sustainable Development, also known as Rio + 20. The purpose of this agreement is to guarantee the full implementation of the rights to public participation in environmental decision-making processes, access to environmental information and access to justice.

This paper analyzes the implications that ratifying the Escazu Agreement would cause in Colombia, in order to determine the impact of its implementation in the legal system.

Keywords: Escazu Agreement; environmental decisions; environmental information; access to justice; Colombia.

El 4 de marzo de 2018 se adoptó el Acuerdo de Escazú, que surgió en la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Desarrollo Sostenible del año 2012, también conocida como Río + 20. Este acuerdo tiene como propósito garantizar la implementación plena de los derechos a la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales, acceso a la información ambiental y acceso a la justicia.

En este trabajo se analizan las implicancias que traería para Colombia la ratificación del Acuerdo de Escazú, para posteriormente determinar el impacto de su implementación en el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: Acuerdo de Escazú; decisiones ambientales; información ambiental; acceso a la justicia; Colombia.

* Abogado. Miembro del Colegio de Abogados Comercialistas. Socio de Baker McKenzie (Bogotá, Colombia). Contacto: alejandro.mesa@bakermckenzie.com

** Abogada. Magíster en Derecho Ambiental y Energético por la Universidad de Lovaina (Bélgica). Asociada de Baker McKenzie (Bogotá, Colombia). Contacto: camila.jimenez@bakermckenzie.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 26 de agosto de 2022, y aceptado por el mismo el 20 de octubre de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de Escazú, adoptado el 4 de marzo de 2018, que surge de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible celebrada en el año 2012, conocida como Río +20, tiene como propósito garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos a la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales, acceso a la información ambiental y acceso a la justicia. Una de sus principales características es que ostenta un carácter vinculante para la región de América Latina y el Caribe.

Dado que Colombia ya cuenta con un marco normativo bastante amplio en materia de derecho al acceso a la información ambiental, participación pública en asuntos ambientales y acceso a la justicia, la posible ratificación del Acuerdo de Escazú ha generado bastante preocupación en el sector industrial ante una inadecuada implementación del Acuerdo. Ello podría resultar no solo en una proliferación de mecanismos participativos que dificultarían la ejecución de proyectos, sino en un posible desplazamiento de la autoridad ambiental como autoridad legítima para la toma de decisiones en asuntos ambientales.

El propósito de este artículo es analizar las implicaciones que traería para Colombia la ratificación del Acuerdo de Escazú, para así determinar el impacto de su implementación en el ordenamiento jurídico colombiano.

Nuestro trabajo se divide en cuatro partes. En la primera y segunda revisamos el trámite de aprobación del Acuerdo de Escazú en Colombia, así como los instrumentos normativos actuales que permiten garantizar los derechos establecidos en el Acuerdo. En la tercera, nos referimos a algunas reflexiones sobre ciertas disposiciones del Acuerdo de Escazú, así como sus dificultades interpretativas. En la cuarta y quinta parte nos referiremos a la implementación del Acuerdo de Escazú en Colombia para dar paso a nuestras recomendaciones.

II. TRÁMITE DE APROBACIÓN DEL ACUERDO DE ESCAZÚ EN COLOMBIA

La postura inicial del Gobierno colombiano de no suscribir el Acuerdo de Escazú, al señalar que Colombia ya contaba con un marco regulatorio bastante amplio en materia de protección de derecho a la información ambiental, participación, y acceso a la justicia, generó un fuerte rechazo por parte de distintas organizaciones, como la Alianza por el Acuerdo de Escazú, Asociación Ambiente y Sociedad, el Movimiento Ambientalista Colombiano y la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. Estas organizaciones, junto con otras, se manifestaron a través de distintas movilizaciones en el país, haciendo un llamado a la necesidad de ratificar el Acuerdo de Escazú por ser un instrumento vinculante que permitiría garantizar el derecho de acceso a la información ambiental, participación pública y acceso a la justicia (El Espectador, 2019).

Dada la presión política y social, el Acuerdo de Escazú fue finalmente firmado el 11 de diciembre del año 2019 por el Gobierno colombiano. El proyecto de ley fue presentado con mensaje de urgencia por primera vez en el periodo legislativo de 20 de julio de 2020 a 18 de julio de 2021. Fue archivado en julio de 2021. El proyecto volvió a presentarse el 29 de octubre de 2021 y, de acuerdo con la página oficial del Senado, el 27 de abril de 2022 se aprobó en primer debate el Proyecto 251 de 2021, por el cual se aprueba el Acuerdo de Escazú. El 26 de julio de 2022 fue aprobado por el Senado en segundo debate.

A la fecha de preparación de este artículo, el proyecto de ley que aprueba el Acuerdo de Escazú no ha pasado a trámite de conciliación entre las dos cámaras del Congreso de la República para ser aprobado definitivamente por el legislador, luego de lo cual deberá ser sometido a examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y sancionado por el presidente de la República.

III. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y PARTICIPACIÓN EN ASUNTOS AMBIENTALES

El derecho a la participación en asuntos ambientales ya se había constituido en uno de los ejes de la gestión ambiental en Colombia, incluso desde antes del surgimiento de la Constitución Política de 1991. Fue así como a través de la Ley 23 de 1973, que constituye uno de los antecedentes más relevantes de la legislación ambiental colombiana, se estableció que el mejoramiento y conservación del medio ambiente eran actividades de utilidad pública, en las que la participación del Estado y los particulares era esencial.

Con la expedición del Código Nacional de Los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente de 1974 (en adelante, Código de los Recursos Naturales Renovables), la participación continuó siendo eje central en los asuntos ambientales, al indicar que la actividad del Estado debería inducir un manejo participativo a través de la formación de asociaciones y grupos cívicos para lograr la protección de los recursos naturales renovables. Como lo demuestran los estudios de Gloria

Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz, la participación activa una gestión ambiental efectiva:

> Un componente importante para generar gobernabilidad es la participación de los diferentes actores sociales, la cual permite además una gestión ambiental planificada y evita la utilización de espacios para la defensa del derecho a gozar de un ambiente sano y para garantizar la inclusión en los programas, proyectos y decisiones en la materia (2009, p. 14).

Con la Constitución Política de 1991 se consagró el derecho a gozar de un ambiente sano como derecho colectivo, y determinó en la participación ciudadana el canal legítimo para su protección. Es así como el artículo 79, al reconocer el derecho que tiene toda persona para gozar de un medio ambiente sano, constituye también la base de la participación en la gestión ambiental. No obstante, el derecho a un medio ambiente sano es de naturaleza colectiva, la participación ciudadana para su salvaguarda constituye un derecho fundamental y, por ende, puede reclamarse su garantía, pues se les debe permitir a las comunidades pronunciarse y dotar de insumos a la administración para que las decisiones que se adopten sean democráticas y sostenibles (Hurtado, 2014, p. 215).

La Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que la participación del pueblo en asuntos ambientales se ha convertido en un elemento central e indispensable para materializar el desarrollo sostenible, y una adecuada distribución de cargas del ecosistema[1]. El derecho a la participación se ha transformado en una garantía en cabeza de las comunidades y en una obligación del Estado para la gestión de los ecosistemas (Constitución Política de Colombia, 1991, arts. 79 y 80).

Hay ciertos instrumentos internacionales que irradian nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al derecho fundamental a la participación, y que vale la pena resaltar para efectos de detectar cuáles son los elementos que se requerirían para implementar un proceso de consulta virtual de manera exitosa en Colombia.

La Declaración de Estocolmo tiene en Colombia una particular importancia por su influencia directa en la Ley 23 de 1973, y en el Código de Recursos Naturales Renovables. Para la protección efectiva del medio ambiente, la Declaración de Estocolmo sugiere que "los ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común" (Organización de Naciones Unidas [ONU], 1972, p. 4).

El principio 23 de la Carta Mundial de la Naturaleza, expedida en el marco de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 1982, indicó que toda persona tiene la oportunidad de participar en el proceso de elaboración de decisiones que conciernen a su ambiente.

En la Conferencia Internacional Sobre el Agua y Medio Ambiente celebrada en Dublín (1992) se hace referencia a la participación conjunta de usuarios y responsables en las decisiones como elemento indispensable para la gestión y aprovechamiento del recurso hídrico.

La Declaración de Río, instrumento internacional que conforme con la Ley 99 de 1993 debe orientar el proceso económico y social del país, reconoce como garantía del derecho a la participación ambiental la intervención efectiva en los trámites decisorios. De acuerdo con la Declaración de Río:

> El mejor modo de tratar cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos (1992, principio 10).

En la Conferencia Internacional Sobre el Agua y Medio Ambiente (1992) se sugirió que la participación de usuarios y responsables de las decisiones es un elemento indispensable para la gestión y aprovechamiento del recurso hídrico.

Sin embargo, el derecho a la participación se queda sin andamiaje si no se garantiza el acceso a la información, por lo que el derecho a la información se termina volviendo un presupuesto necesario que garantiza el derecho de participación (Ochoa, 2019, p. 413). No resulta lógico ser parte de un proceso participativo si no se cuenta con la información del asunto respectivo que permita formar un criterio. La información suministrada en el marco de un proceso participativo debe ser cla-

[1] Véase a Corte Constitucional [C.C.], Sentencias T-361 de 2017, T-660 de 2015 y T-348 de 2012.

ra, completa, oportuna, cierta y actualizada sobre cierto asunto, en la medida que promueve "formar un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico que pueda ejercer control de la actividad del Estado"[2] (Sentencia C-274/13).

De acuerdo con Oscar Darío Amaya, el derecho a la participación se trata de un derecho que debe ir necesariamente acompañado de otros, como el derecho a la información:

> Este principio [la participación ciudadana] busca reconocer la actual tenencia a considerar el interés por la protección del medio ambiente desde la óptica de los derechos humanos, en particular, el derecho a gozar de un ambiente sano. Se trata de un derecho que debe ir necesariamente acompañado de ciertos derechos procedimentales, entre ellos, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la información, el derecho a la educación y el derecho a la participación (2014, p. 166).

Waldistrudis Hurtado hace referencia a unos elementos esenciales que permiten mejorar la calidad de la participación, permitiendo adoptar una decisión razonada y facilitando un desarrollo sostenible. Lo anterior se describe de la siguiente manera:

> Una participación ciudadana eficaz es aquella que abre canales de información, comunicación y diálogos, incide en la toma de decisiones, produce cambios ideológicos y actitudinales en la percepción y actuación de los involucrados para transformar prácticas culturales, generando nuevos aprendizajes frente a los procesos de discusión, concertación y toma de decisiones, articulando todas las fuerzas de las comunidades (Hurtado, 2012, p. 15).

Por su parte, Esperanza Gonzáles, en su análisis sobre la eficacia de la participación, hace referencia a unas etapas del proceso de participación que resultan de gran relevancia para este estudio. Gonzáles describe las etapas de la siguiente manera:

> La eficacia de la participación ciudadana aumenta cuando se dan ciertas etapas que generan mayores espacios de concertación entre los intervinientes. Dichas etapas son: i) Convocatoria, fase en la cual se presenta el llamado de las autoridades a los interesados o afectados con la decisión administrativa; ii) Información, fase en virtud de la cual se suministran los datos, documentos e información conforme a la cual los ciudadanos construyen su propio criterio; iii) Consulta e iniciativa, etapa en la cual los participantes emiten su opinión, juicio o análisis sobre el asunto, y se proponen alternativas u opciones para resolver la situación; iv) Concertación, etapa que implica acuerdo o consenso entre varias personas con el fin de adoptar la solución adecuada para el escenario planteado; v) Decisión, fase en que se escoge una sugerencia de las varias alternativas propuestas para definir el plan de acción a seguir sobre determinado problema; vi) Gestión, en la cual se implementan una serie de estrategias para alcanzar la meta propuesta; y vii) Fiscalización que se refiere a la verificación al cumplimiento de las decisiones tomadas (2003, p. 56).

Los anteriores elementos constitutivos del derecho a la participación irradian los mecanismos de gestión y participación ambiental consagrados en la Ley 99 de 1993, los cuales son: los terceros intervinientes, las audiencias públicas ambientales, el derecho de petición, y la consulta previa.

En relación con los terceros intervinientes, este consiste en un mecanismo de participación conforme con el cual cualquier persona, natural o jurídica, sin demostrar ningún interés específico, puede solicitar a la autoridad ambiental que lo vincule a un trámite surtido para otorgar una licencia ambiental, su modificación, o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente (Ley 99, 1993, art. 69).

La audiencia pública ambiental tiene por objeto dar a conocer a las organizaciones sociales, comunidad en general, entidades públicas y privadas la solicitud de autorizaciones, o la existencia de un proyecto, los impactos que este pueda llegar a generar, así como recibir opiniones, informaciones y documentos que aporten a la comunidad, pudiendo ser solicitada por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, gobernadores y alcaldes y por lo menos 100 personas o tres entidades sin ánimo de lucro (Ley 99, 1993, art. 72).

El derecho de petición no solamente está establecido en la Ley 99 de 1993, sino que como derecho fundamental goza de regulación propia en la Ley Estatutaria 1755 de 2015. De acuerdo con estas disposiciones, cualquier persona puede realizar peticiones respetuosas a la autoridad con el propósito de obtener información relacionada con cierto trámite ambiental.

Por su parte, la consulta previa es un derecho fundamental del cual gozan las comunidades étnicas

[2] Véase a Corte Constitucional [C.C.], Sentencia C-274/13 del 3 de mayo 2013.

al momento de ejecución de un proyecto en su territorio o cuando una iniciativa legislativa tenga la potencialidad de afectar directamente a dichas comunidades. De acuerdo con Ochoa, la consulta previa es un derecho fundamental cuyo titular es la minoría étnica (entiéndase indígenas y afrodescendientes) como sujeto de especial protección constitucional, el cual involucra otro derecho fundamental que es la participación (Ochoa, 2019, p. 398). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) de 1989[3] define los pueblos indígenas como aquellos que descienden de:

> Poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que […] conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (Convenio 169 de la OIT, 1989, art. 1.1.b).

De esta manera, se reconocen "las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y forma de vida y su desarrollo económico" (Convenio 169 de la OIT, 1989), estableciendo instrumentos para hacer posible dicho control, que se materializa, entre otros, a través de la consulta previa.

Así, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procesos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente, y establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, siempre y cuando se efectúen de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (OIT, 1989, art. 6).

IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE CIERTAS DISPOSICIONES DEL ACUERDO DE ESCAZÚ

De la lectura de las disposiciones del Acuerdo de Escazú, hay algunas que, en nuestra opinión, plantean ciertas dificultades interpretativas. Tal es el caso del artículo 7, numeral 7, el cual establece:

> El derecho del público a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales incluirá la oportunidad de presentar observaciones por medios apropiados y disponibles, conforme a las circunstancias del proceso. Antes de la adopción de la decisión, la autoridad que corresponda tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación (2018).

En nuestra opinión, el artículo 7, numeral 7, del Acuerdo de Escazú plantea una dificultad interpretativa en torno a lo que debe entenderse por "tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación" (2018), en la medida en que habría que determinar hasta qué punto tal facultad implica un desplazamiento de la autoridad ambiental como entidad competente para la toma de decisiones.

Jorge Iván Hurtado, en su ensayo sobre el impacto legal de la ratificación del Acuerdo de Escazú en Colombia, hace referencia al rol de la autoridad como legítima responsable en la toma de decisiones. Hurtado describe las etapas de la siguiente manera:

> Sin embargo, la fuerza de la participación no podría propiciar el desplazamiento de la autoridad como legítima responsable en la toma de decisiones , en gran medida porque éstas deben ser el resultado de valoraciones científicas. De esta manera, existe una corresponsabilidad entre las valoraciones ya nombradas y las expectativas del individuo como destinatario vital del derecho superior al goce de un ambiente sano; omitirlo conculcaría ostensiblemente los trazados constitucionales basados en la democracia participativa (2020, p. 88).

De acuerdo con lo anterior, el rol de la autoridad ambiental en la toma de decisiones es fundamental, no solo para garantizar la seguridad jurídica de los operadores de proyectos de desarrollo en Colombia, sino para garantizar las medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación establecidas en los estudios de impacto ambiental sometidos a valoración de la autoridad ambiental competente en la ejecución de proyectos de desarrollo.

Por su parte, el artículo 7, numeral 4, del Acuerdo de Escazú establece:

[3] Mediante la Ley 21 de 1991, el Estado colombiano ratificó el Convenio 169 de la OIT e incorporó en el derecho interno el derecho fundamental a la consulta previa, que está en el catálogo de derechos constitucionales por medio de la figura del bloque de constitucionalidad.

> Cada Parte adoptará medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos. A tal efecto, cada Parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones (2018).

De la disposición mencionada no es claro qué se entiende por "etapas iniciales del proceso de toma de decisiones"; esto podría dar lugar a interpretar que se requiere vincular la participación del público desde el momento de identificación del predio para el desarrollo del proyecto, o incluso desde la preparación del estudio de impacto ambiental. Esta disposición debe ser reglamentada de manera tal, que los operadores de proyectos tengan certeza del momento a partir del cual deben iniciar los procesos su participación. De lo contrario, dejar la disposición tal como está en el Acuerdo, podría activar riesgos derivados de posibles reclamaciones de terceros al no ser considerados dentro de una etapa que, a su juicio, debió haberse surtido el proceso participativo.

Por su parte, el Artículo 19 del Acuerdo de Escazú dispone:

> Cuando una Parte firme, ratifique acepte o apruebe el presente Acuerdo o se adhiera a él, podrá indicar por escrito al depositario, en lo que respecta a las controversias que no se hayan resuelto, que acepta considerar obligatorio uno o los dos medios de solución siguientes en sus relaciones con cualquier parte que acepte la misma obligación: a) sometimiento a la Corte Internacional de Justicia; b) arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establezca (2018).

De la disposición transcrita no resulta claro cuáles serían las razones que activarían una controversia entre dos Estados. Surge también la inquietud respecto de si un país como Nicaragua podría someter una disputa contra Colombia bajo el Acuerdo de Escazú, argumentando que Colombia incumplió el Acuerdo por haber tomado la decisión de ejecutar un proyecto de desarrollo en su propio territorio.

Tal aspecto debe ser dilucidado con el propósito de evitar interpretaciones que puedan dar lugar a entender posibles limitaciones al poder de soberanía que ejerce cada estado sobre su propio territorio.

Frente al tema de consulta previa, es importante cuestionarse si el Acuerdo de Escazú debe adelantar su trámite, antes de que el presidente de la República sancione la ley aprobatoria. En el marco del control de constitucionalidad de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias, la Corte ha reiterado que tiene el deber de verificar si estos instrumentos han debido someterse a consulta previa y, en tal caso, si esta se llevó a cabo.

A la luz de la jurisprudencia constitucional, solo es necesario someter a consulta previa: (i) los tratados que impliquen afectación directa a las comunidades étnicas; y (ii) las medidas de orden legislativo y administrativo que se adopten en desarrollo del tratado y que impliquen afectación directa.

Por otro lado, no es necesario agotar la consulta previa cuando el tratado internacional o las medidas que lo desarrollen: (i) no impliquen una afectación directa sobre el territorio o sobre aspectos definitorios de la identidad cultural de las comunidades titulares de este derecho; (ii) carezca de disposiciones que regulen de manera favorable o desfavorable a tales sujetos, impongan limitaciones, gravámenes o beneficios particulares a los mismos; o (iii) solo contenga disposiciones generales que no alteren el estatus de tales comunidades[4].

Hasta aquí pensaríamos que no habría necesidad de surtir el proceso de consulta previa para el Acuerdo de Escazú, dado que su ratificación no implica *per se* una afectación directa a las comunidades étnicas.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-123 de 2018, ha explicado que la consulta previa también procede cuando: (i) una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (iv) o se presente una interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido (Sentencia SU-123/18, 2018).

De acuerdo con tal pronunciamiento de la Corte Constitucional, la ratificación del Acuerdo de Escazú podría entenderse como una medida orientada a desarrollar el Convenio de la OIT o, incluso, podría entenderse como la atribución de un beneficio a una comunidad étnica, de tal manera que

[4] Véase a Corte Constitucional [C.C.], Sentencia C-252/19 del 6 de junio de 2019.

se modifica su situación o posición jurídica al momento de implementación del Acuerdo de Escazú.

Bajo ese entendimiento, indudablemente el Acuerdo de Escazú activaría la necesidad de realizar un proceso de consulta previa bajo los postulados de la Corte Constitucional. Hasta el momento no se ha realizado un proceso de consulta previa, pero podría existir la posibilidad que durante el estudio de exequibilidad, que debe surtirse ante la Corte Constitucional, se declare que el Acuerdo de Escazú debió haber surtido el trámite de consulta previa.

V. CONSIDERACIONES FRENTE A LA IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO DE ESCAZÚ EN COLOMBIA

En primer lugar, resulta relevante mencionar el artículo 13 del Acuerdo de Escazú, el cual establece:

> Cada Parte, de acuerdo con sus posibilidades y de conformidad con sus prioridades nacionales, se compromete a facilitar los medios de implementación para las actividades nacionales necesarias para cumplir las obligaciones derivadas del presente Acuerdo (2018).

Tal disposición nos lleva a concluir que el acuerdo no es auto-ejecutable. Debe ser implementado en los ordenamientos jurídicos de cada Estado Parte. Sin embargo, no existe un término de implementación del Acuerdo, lo cual, eventualmente, podría activar potenciales demandas o reclamaciones del público por la no adopción de una reglamentación en un tiempo razonable, para que por vía de fallos judiciales, se exija el proceso de implementación.

A continuación se exponen algunas consideraciones frente a los vacíos identificados en los mecanismos de participación consagrados en la regulación colombiana, que podrían ser objeto de modificación con ocasión de la ratificación del Acuerdo de Escazú:

A. Terceros intervinientes

Como ya lo mencionamos, el mecanismo de participación relativo a los terceros intervinientes consiste en la facultad que tiene cualquier persona natural o jurídica, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, para intervenir en las actuaciones administrativas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o autorizaciones ambientales.

Eduardo del Valle, en su artículo sobre el Acuerdo de Escazú y licenciamiento ambiental, hace un interesante análisis sobre la implementación del Acuerdo de Escazú, frente a los mecanismos de participación existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto de los terceros intervinientes, Del Valle señala lo siguiente:

> El reconocimiento del tercero interviniente le otorga fundamentalmente dos derecho: que se le notifiquen todas las decisiones administrativas (pero no las actuaciones administrativas), y presentar recursos en vía gubernativa contra dichas decisiones administrativas. Este mecanismo únicamente procede durante el trámite de solicitud, modificación o cancelación de licencia ambiental. Infortunadamente las autoridades ambientales han asumido una posición interpretativa exegética al momento de aplicar el referido artículo 69 de la ley 99 de 1993, y por lo mismo, no permiten el reconocimiento de terceros intervinientes durante la ejecución del proyecto, obra o actividad con el fin de que estén al tanto del instrumento ambiental, como de los requerimientos de la autoridad ambiental (2020, pp. 93-94).

Así las cosas, y al ser este un mecanismo que únicamente procede durante el trámite de solicitud, modificación o cancelación de una licencia, la implementación del Acuerdo de Escazú requeriría que se permitiera el reconocimiento del tercero interviniente durante la ejecución del proyecto, obra o actividad, con el fin de que estén informados sobre el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental, como de cada uno de los requerimientos realizados por la autoridad ambiental durante la ejecución del proyecto. La implementación del Acuerdo de Escazú requeriría realizar los ajustes normativos necesarios, de tal manera que la figura del tercero interviniente no se extinga con el otorgamiento de la licencia ambiental.

B. Audiencias públicas ambientales

Como se señaló anteriormente, la audiencia pública tiene por objeto dar a conocer al público la solicitud de autorizaciones, o la existencia de un proyecto, los impactos que este pueda llegar a generar, así como recibir opiniones, información y documentos que aporte la comunidad.

Aunque este espacio no constituye un espacio de debate, discusión o adopción de decisiones sino más un espacio de intercambio de información, no creemos que esta disposición deba ser modificada como resultado de la aprobación del Acuerdo de Escazú, porque el artículo 72 de la Ley 99 de 1993

establece que la decisión administrativa expedida por la autoridad ambiental debe ser motivada, teniendo en cuenta las intervenciones y pruebas recogidas durante la audiencia. Dado que en este escenario se toman en consideración las opiniones y consideraciones del público, en nuestra opinión no habría necesidad o justificación alguna para modificar la regulación aplicable a las audiencias públicas ambientales.

C. Derecho de petición

Respecto del derecho de petición, en Colombia típicamente las respuestas de la autoridad son muy superfluas y en varias ocasiones no ofrecen información completa respecto de posibles fuentes de contaminación en determinadas áreas que pueden estar afectando, no solamente los miembros de determinada comunidad, sino el medio ambiente en general. En ciertas circunstancias, tampoco se suministra información clara respecto del deber de las autoridades de realizar actividades de monitoreo y registro de fuentes de contaminación (por ejemplo, en el caso de emisiones atmosféricas). Esta situación podría, eventualmente, llegar a requerir de una modificación del alcance a las respuestas suministradas por las autoridades a los derechos de petición en materia ambiental.

Para el caso particular de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, se requeriría de una modificación a través de una Ley Estatutaria, lo cual estaría sujeta a la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso (debe hacerse dentro de una misma legislatura). Adicionalmente comprendería la revisión previa de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del proyecto.

D. Modificaciones de licencia ambiental

Dado que la figura del tercero interviniente se agota hasta el otorgamiento de la licencia ambiental, típícamente el público no tiene cómo conocer sobre los procesos de solicitudes de modificación de los instrumentos de manejo ambiental. En lo que respecta a la modificación de la licencia ambiental bajo facultades de la autoridad ambiental, al tratarse de una decisión administrativa de la autoridad, no se incluye en este proceso a la comunidad o al público en general, lo que implicaría, eventualmente, la necesidad de incluir mecanismos de publicidad bajo el Acuerdo de Escazú.

E. Notificación de cambios menores y pronunciamiento de giro ordinario

De acuerdo con la regulación ambiental aplicable, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible está facultado para establecer listados de actividades consideradas como cambios menores, caso en el cual solo se requiere que el beneficiario del instrumento de manejo ambiental informe la actividad incluida en tal listado con el propósito que la autoridad ambiental ejecute las actividades de control y seguimiento correspondientes.

En lo que respecta al pronunciamiento de cambio menor bajo giro ordinario, cuando el beneficiario de un instrumento de manejo ambiental requiere adelantar una actividad que sea considerada como 'cambio menor', pero que tampoco esté incluida dentro del listado de actividad considerada como cambio menor, el beneficiario debe pedir a la autoridad ambiental competente que evalúe la solicitud y se pronuncie respecto de si la modificación de la licencia ambiental es procedente o no.

En relación con la notificación de cambios menores o pronunciamientos de giro ordinario, Eduardo del Valle detalla ciertos vacíos que se derivan de estos mecanismos, de cara al Acuerdo de Escazú:

> Este tipo de notificaciones no son suficientemente publicadas ni conocidas por la comunidad. Si bien la comunidad las puede evidenciar en los expedientes públicos, se requiere de la consulta permanente del expediente para conocer la notificación del cambio menor, por cuanto la notificación del cambio menor no implica la necesidad de socializar y/o informar el cambio a las comunidades del área de influencia del proyecto, obra o actividad licenciada (2020, pp. 98-99).

VI. RECOMENDACIONES

A continuación detallamos algunas recomendaciones que, consideramos, deben tenerse en cuenta al momento de ratificar el Acuerdo de Escazú:

– La participación del público no puede generar el desplazamiento de la autoridad como responsable en la toma de decisiones ambientales. Si bien es cierto que la autoridad debe dar importancia a la participación ciudadana al momento de la toma de decisiones, debe generarse un equilibrio en la medida que las decisiones de las autoridades ambientales competentes deben venir acompañadas de valoraciones científicas.

  Se considera que la reglamentación del Acuerdo de Escazú debe estar encaminada a fortalecer los mecanismos de participación existentes en la regulación, más no a crear instituciones ni mecanismos de participación adicionales.

– Es necesaria la expedición de la Ley Estatutaria de Consulta Previa, lo cual permitirá tener unas reglas claras de cara al proceso participativo de las comunidades étnicas, al momento de desarrollo o ejecución de proyectos, obras o actividades que activen esa obligación.

– Una vez ratificado el Acuerdo de Escazú, deberá ser implementado en los periodos legislativos correspondientes, con el fin de evitar dilaciones que podrían activar potenciales reclamaciones.

VII. CONCLUSIONES

Colombia ya cuenta con un marco normativo lo suficientemente amplio en materia de mecanismos de participación en asuntos ambientales. La clave del Acuerdo de Escazú en Colombia está en su implementación. El Acuerdo debe constituirse en una herramienta, no para crear mecanismos de participación o instituciones adicionales, sino para robustecer los mecanismos existentes en nuestra regulación con el propósito de potencializar el derecho a la participación del público en asuntos ambientales. Una inadecuada implementación podría llegar a generar el desplazamiento de la autoridad ambiental como entidad legítima en la toma de decisiones ambientales, lo cual pondría en riesgo los proyectos de desarrollo en Colombia. El ejercicio a la participación ambiental o acceso a la información no puede convertirse en una patente de corzo que justifique que cualquier persona u organización pueda obstaculizar el desarrollo de proyectos importantes para el país. Esto ocasionaría graves consecuencias sociales y económicas.

Es por ello que la incorporación de estándares específicos que permitan fortalecer los mecanismos de participación existentes en nuestra regulación generaría seguridad jurídica para los actores en la gestión ambiental, lo cual indudablemente sienta las bases para prevenir conflictos socio ambientales durante la ejecución de proyectos en Colombia.

REFERENCIAS

Amaya Navas, O. (2014). El Desarrollo Sostenible y los Principios Generales del Derecho. En M. García, & O. Amaya (coords.), *Derecho Procesal Ambiental* (pp. 165-166). Universidad Externado de Colombia.

Del Valle Mora, E. (2020). Acuerdo de Escazú y Licenciamiento Ambiental. En M. García (ed.), *Lecturas sobre derecho del medio ambiente* (pp. 83-114). Universidad Externado de Colombia.

El Espectador (26 de septiembre de 2019) ¿Qué es el acuerdo de Escazú y por qué varias organizaciones exigen que Colombia haga parte? *El Espectador*. www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/que-es-elacuerdo-de-escazu-y-po-que-varias-organizaciones-exigen-que-Colombia-haga-parte-articulo882977

González, E., & Velázquez, F. (2003). ¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en *Colombia?* Fundación Corona.

Hurtado Minotta, W. (2012). *Experiencias Significativas de participación ciudadana y conocimiento tradicional en la gestión ambiental del año 2012*. https://www.ucipfg.com/Repositorio/MGTS/MGTS15/MGTSV15-06/semana2/complementario/ExperienciasdeParticipacionCiudadana.pdf

Hurtado Mora, I. (2014). Reflexiones procesales acerca de los sistemas de control y de los procesos participativos ambientales. En M. García, & O. Amaya (coords.), *Derecho Procesal Ambiental* (pp. 207-232). Universidad Externado de Colombia.

(2020). Aproximación al impacto legal de la ratificación del Acuerdo de Escazú en Colombia. En M. García (ed.), *Información, Participación y Justicia Ambiental* (pp. 57-99). Universidad Externado de Colombia.

Observatorio del principio 10 en América Latina y el Caribe (s.f.). Resolución legislativa que aprueba el Acuerdo de Escazú.

Ochoa Rojas, S. (2019). El efecto de las recientes decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en la industria de los hidrocarburos y el papel del derecho ambiental. En M. García (ed.), *Lecturas sobre el Derecho del Medio Ambiente* (pp. 399-427). Universidad del Externado de Colombia.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. *Conferencia Internacional Sobre el Agua y Medio Ambiente*. https://gestionsostenibledelagua.files.wordpress.com/2014/07/1992-declaracic3b3n-de-dublin-sobre-el-agua-y-el-ds.pdf

Amparo Rodríguez, G., & Muñoz Ávila, L. (2009). *La Participación en la Gestión Ambiental*. Editorial Universidad del Rosario.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], Acuerdo Regional sobre el Acce-

so a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, del 4 de marzo de 2018.

A.G. Res. 37/7, Carta Mundial de la Naturaleza, U.N. Doc. A/RES/37/7 (28 de octubre de 1982).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo*, U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1 (1973), 11 I.L.M. 1416 (16 de junio de 1972).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Declaración de Río*, UN Doc. A/Conf.151/26/Rev.l (Vol. I) (1993) (3 a 14 de junio de 1992).

Constitución Política de Colombia [C.P.] (1991).

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT], Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 27 de junio de 1989.

Corte Constitucional [C.C.], marzo 3, 2011, Sentencia T-129/11 (Colom.).

Corte Constitucional [C.C.], mayo 15, 2012, Sentencia T-348/12 (Colom.).

Corte Constitucional [C.C.], mayo 9, 2013, Sentencia C-274/13 (Colom.).

Corte Constitucional [C.C.], octubre 23, 2015, Sentencia T-660/15 (Colom.).

Corte Constitucional [C.C.], mayo 30, 2017, Sentencia T-361/17 (Colom.).

Corte Constitucional [C.C.], noviembre 15, 2018, Sentencia SU-123/18 (Colom.).

Corte Constitucional [C.C.], junio 6, 2019, Sentencia C-252/19 (Colom.).

Decreto Ley 2811, diciembre 18, 1974, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

L. 23/73, diciembre 19, 1973, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

L. 21/91, marzo 4, 1991, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

L. 99/93, diciembre 22, 1993, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

L. 1755/15, junio 30, 2015, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

MISCELÁNEAS

10.18800/themis.202202.009

LA VIGENCIA DE LA LEY TRANSITORIA DE MUNICIPALIDADES DE 1857 Y SU NATURALEZA DECLARATIVA DE INTERÉS NACIONAL: A PROPÓSITO DEL CASO DEL CENTRO POBLADO DE IQUICHA

THE VALIDITY OF THE TRANSITORY LAW OF MUNICIPALITIES OF 1857 AND ITS DECLARATORY NATURE OF NATIONAL INTEREST: REGARDING THE IQUICHA´S CASE

Vicente Brayan Villalobos Villalobos*
Universidad de San Martín de Porres

During the provisional government of marshal Ramón Castilla (1855-1858), the National Convention installed in 1855, promulgated the Transitory Law of Municipalities on January 2, 1857. This law provided for the creation of municipalities in 691 districts included in the then existing provinces and departments, among which the district of Iquicha, located in the province of Huanta, region of Ayacucho, is mentioned. However, due to socio-political events and conflicts that affected the cohesion, life and development of this community, the demarcation action was not carried out. Already in 2022, the author of this work was contacted with some representatives of the Iquichana community –resettled in a perfectly determinable high Andean area as they were told– to take some legal action aimed at demanding the Peruvian State implement the respective district.

Thus, this text derives from the thesis that the author raised in a compliance process initiated against the Department of Demarcation and Territorial Organization of the Presidency of the Council of Ministers, due to the reluctance of this body to execute the aforementioned law of municipalities (material inactivity of the Public Administration). To achieve this objective, the author claims that the law in question has a declaratory

Durante el gobierno provisional del mariscal Ramón Castilla (1855-1858), la Convención Nacional instalada en 1855 promulgó la Ley Transitoria de Municipalidades el 2 de enero de 1857, disponiendo la creación de municipalidades en 691 distritos comprendidos en las provincias y departamentos entonces existentes, entre los cuales se menciona al distrito de Iquicha, ubicado en la provincia de Huanta, región de Ayacucho. Sin embargo, por acontecimientos y conflictos sociopolíticos que afectaron la cohesión, vida y desarrollo de esta comunidad, no se concretó dicha acción demarcatoria. Ya en el 2022, el autor del presente trabajo fue contactado por algunos representantes de la comunidad iquichana –reasentada en una zona altoandina perfectamente determinable según se lo manifestaron– para emprender alguna acción legal destinada a exigir al Estado peruano la implementación del respectivo distrito.

Así, este texto deriva de la tesis que el autor planteó en un proceso de cumplimiento incoado contra la Secretaría de Demarcación y Organización Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros, debido a la renuencia de este órgano para ejecutar la referida ley de municipalidades (inactividad material de la Administración Pública). Para lograr este objetivo, el autor sostiene que la ley en cuestión

* Bachiller en derecho. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Administrativo (CEDA) y del Centro de Estudios de Contrataciones del Estado (CECE) de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Miembro fundador del círculo estudiantil Lex Patria. Expracticante preprofesional de la Zona Registral IX – Sede Lima. Expracticante de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Asistente legal en la Dirección General de Políticas y Regulación en Vivienda y Urbanismo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (Lima, Perú). Contacto: vicentevillalobos2196@gmail.com

Mi entero agradecimiento a Alex Chirre, por apostar en mi persona para la elaboración del presente trabajo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 12 de mayo de 2022, y aceptado por el mismo el 20 de octubre de 2022.

nature of national interest, despite not containing the linguistic statement used by the current legislative technique for the drafting of declarative laws. During the development of his reasoning and argumentation, he addresses several issues closely linked to the controversy, such as the validity and effectiveness of the norms, the methods of legal interpretation, the material content of the declarative laws, the collision between the constitutional precedent "Villanueva Valverde" and the new regulation of the compliance process, among other concepts and legal categories. Likewise, to contextualize the case and highlight the social problems of the Iquichano people, it integrates some sociological and historical studies of this community.

Keywords: Territorial demarcation and organization; district of Iquicha; declaratory laws of national interest; normative validity and effectiveness; methods of legal interpretation.

tiene naturaleza declarativa de interés nacional, a pesar de no contener el enunciado lingüístico usado por la técnica legislativa actual para la redacción de las leyes declarativas. Durante el desarrollo de su razonamiento y argumentación, aborda varios temas estrechamente vinculados a la controversia, tales como la validez, vigencia y eficacia de las normas, los métodos de interpretación jurídica, el contenido material de las leyes declarativas, la colisión entre el precedente constitucional "Villanueva Valverde" y la nueva regulación del proceso de cumplimiento, entre otros conceptos y categorías jurídicas. Asimismo, a fin de contextualizar el caso y evidenciar la problemática social del pueblo iquichano, integra algunos estudios sociológicos e históricos de esta comunidad.

Palabras clave: Demarcación y organización territorial; distrito de Iquicha; leyes declarativas de interés nacional; validez y eficacia normativa; métodos de interpretación jurídica.

Si observamos de cerca –y con honestidad– la interpretación tal como la practican los juristas, comprobamos que no se trata de un puro esfuerzo intelectual que extrae una conclusión válida –la única válida– de una norma, sino de una confrontación vital de perspectivas e intereses que intentan imponerse unos a otros dentro de las fronteras lingüísticas de las normas: la interpretación es más una tarea de construcción que de intelección, es más el resultado de un conflicto de poderes que de una deducción racional (De Trazegnies Granda, 2018, pp. 47-48).

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de descentralización es una política de Estado iniciada en el 2002, cuyo antecedente se encuentra en el truncado proceso de regionalización que fue consagrado en la Constitución de 1979 para crear gobiernos regionales en todo el territorio nacional. Básicamente, la finalidad de la descentralización es propiciar 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 (central, regional y local), en beneficio de la población" (Ley 27783, 2002, art. 3). Desde un punto de vista instrumental, la división de funciones y atribución de competencias entre los tres niveles de gobierno es la técnica política utilizada para dotar de funcionalidad a la **separación territorial** o **vertical del poder**, que es un principio del derecho público arraigado en los Estados democráticos. En cuanto a su estructura, este proceso se implementa progresiva y permanentemente en función a cuatro componentes: territorio, gobierno, jurisdicción y autonomía. Los instrumentos y procedimientos establecidos en la normativa que regula esta materia están diseñados, por tanto, para articular e integrar estos cuatro elementos. Uno de tales instrumentos es la competencia demarcatoria derivada de la función gubernamental y administrativa del Estado; aunque algunas acciones demarcatorias están condicionadas por la función legislativa al requerir la promulgación de una ley antes de ser implementadas, tal como es el caso de la creación de distritos, tema que comprende precisamente el objeto del presente trabajo.

En efecto, el objeto central de la presente investigación es la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857; específicamente, buscaré absolver la duda sobre su vigencia y eficacia en la actualidad. El motivo de la elección de este tema radica en el escaso desarrollo teórico-jurídico en el Perú sobre la competencia demarcatoria estatal; y no encuentro mejor manera de aportar a esta materia a partir de un estudio de caso en el que participo como asesor jurídico de un centro poblado asentado en la zona altoandina de Huanta, región Ayacucho, quienes me manifestaron su interés de exigir al Estado la conversión político-administrativa de su circunscripción a la categoría de distrito con la nomenclatura de 'Iquicha'. Este nombre identifica culturalmente a esta comunidad ayacuchana cuyas raíces históricas se remontan a la etapa final del virreinato, y quienes posteriormente tuvieron presencia significativa en varios acontecimientos sociopolíticos de la etapa republicana. Alegan que la mencionada ley de municipalidades respalda su demanda social.

Un historiador, que forma parte del equipo técnico encargado de recopilar información para elaborar el expediente de diagnóstico y zonificación que sustente esta acción demarcatoria con los requisitos prescritos por la legislación, me consultó sobre la viabilidad de hacer valer dicha ley sancionada por la Convención Nacional de 1855 y promulgada durante el gobierno provisorio del mariscal Ramón Castilla (1855-1858). Sucede que, en virtud de esta ley se dispuso la creación de municipalidades en 691 distritos comprendidos en las provincias y departamentos entonces existentes, entre los cuales se menciona precisamente al distrito de Iquicha. Sin embargo, a pesar de este mandato legal, por hechos sociopolíticos que afectaron la integración y desarrollo de esta comunidad, no se efectivizó la creación del gobierno local respectivo ni mucho menos se trazaron oficialmente los límites territoriales.

He de confesar que en un primer momento me mostré bastante escéptico sobre la posibilidad de lograr la eficacia de una ley promulgada hace aproximadamente 165 años, por cuanto es ley natural que el transcurso del tiempo cambie profundamente el estado de cosas existente en un momento y lugar determinados, generando con ello la necesidad de emprender sucesivas modificaciones al ordenamiento jurídico con la finalidad de regular los nuevos fenómenos sociales. Bajo esta óptica, la validez y, sobre todo, vigencia de la ley en cuestión se tendría por entredicho. Sin embargo, tras una mayor reflexión, comprendí que esto no era más que una apreciación muy superficial, incluso bastante ociosa y facilista de mi parte. La labor de todo abogado consiste en proyectar una tesis motivada por la necesidad de esclarecer una incertidumbre y dirigida a defender los intereses jurídicamente protegidos de su patrocinado, siempre sobre la base de lo jurídicamente razonable, pero sin que esto constriña la actividad creativa fundada en la libertad de pensamiento.

El operador del derecho cumple una función social al ser un agente que usa los métodos jurídicos para coadyuvar en la formación de una concreta

organización social en la que vive y con la que se compromete. El desarrollo del derecho requiere de un pensamiento inconforme con la situación presente y lo suficientemente creativo para construir y defender una propuesta innovadora, la cual, de convertirse en el nuevo paradigma, también estará expuesta –qué duda cabe– a sucesivas reformas que respondan mejor a las nuevas circunstancias. Fernando de Trazegnies reflexiona ilustradamente sobre esta visión del derecho como creación incesante:

> El orden resulta de un movimiento centrípeta que busca unificar, que pretende totalizar significativamente la diversidad. Pero si el orden fuera pleno, la diversidad desaparecería y el sistema perdería su dinamismo interno. Por ello, esas fuerzas centrípetas presuponen, coexisten y generan fuerzas centrífugas que tienden a cuestionar el orden, a fragmentar la unidad y a desarrollar la multiplicidad. Y esta es la respiración de la historia y quizá la respiración de la vida en todas sus dimensiones: una constante aspiración y espiración, una implosión y una explosión. La razón concentra mientras la libertad desparrama. Pero si la razón concentra demasiado, mata la libertad y se vuelve totalitaria; y si la libertad desborda la razón, el cosmos se disuelve en el caos y la propia libertad se pierde.
>
> En consecuencia, esta dialéctica de la razón y de la libertad genera un orden dinámico en el que la razón disciplina y hace coherente la libertad; y la libertad flexibiliza e impide el anquilosamiento de las estructuras racionales (2018, p. 75).

Esa lucha entre la razón uniformadora y la libertad creativa se presenta, en mayor o menor medida, en cada caso particular que, sumado a otras situaciones controvertidas, forman un orden social establecido a través de un proceso dialéctico. El abogado debe ser acucioso para identificar los conflictos sintomáticos de la fuerza centrífuga de la historia y otros que, en cambio, requieren un tratamiento rigurosamente racional que tienda a reafirmar el orden existente, la uniformidad, estabilidad y consolidación de la jurisprudencia que es el barómetro de los conflictos humanos. Por ello, veo propicia la ocasión de compartir la argumentación que construí motivado por el germen de la inconformidad a fin de exigir la eficacia de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 mediante un proceso de cumplimiento incoado contra las autoridades del gobierno central competentes en materia demarcatoria.

La causa aún se encuentra pendiente de juzgamiento en primera instancia, pero desde ya sostengo que estamos ante una controversia de especial relevancia, la cual, con el decurso del proceso y las instancias respectivas, trascenderá en el ordenamiento jurídico peruano. Ello debido al vacío normativo, jurisprudencial y doctrinario sobre el contenido material de las leyes declarativas, en específico sobre las que declaran de interés nacional y/o necesidad pública determinada actuación del Poder Ejecutivo; no obstante que vienen presentándose exponencialmente en la práctica parlamentaria en tal cantidad que, a mi juicio, sería inconveniente adoptar una actitud negacionista y represiva, sino más bien convendría teorizar sobre un contenido material que sirva de parámetro a los legisladores y así limitar la producción abusiva de estas leyes que, sin duda, han mermado la calidad legislativa y, consecuentemente, la función representativa de nuestro Congreso. Afirmo esto porque, como demostraré más adelante, el entendimiento de este tema resulta determinante para la resolución del caso presentado.

La estructura de este trabajo será la siguiente. Empezaré describiendo la estrategia procesal empleada para encauzar la pretensión de eficacia de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 a favor del centro poblado de Iquicha. Luego, narraré los hechos que suscitaron la controversia; para ello consideré importante tomar en cuenta el contexto histórico que condicionó su surgimiento. En seguida, por coherencia lógica, desarrollaré los argumentos sobre la validez y vigencia de la citada ley, pues carece de asidero pretender la eficacia de una norma legal que ha perdido su vigencia, sea por abrogación legal (expresa o tácita) o declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC). Posteriormente, sustentaré que la ley bajo análisis tiene naturaleza declarativa de interés nacional a pesar de no estar redactada con el enunciado lingüístico utilizado por la técnica legislativa actual para formular este tipo de leyes.

Arribo a esta conclusión a partir de dos métodos hermenéuticos: uno textual o lógico-jurídico y otro contextual o sociopolítico. La razón elemental de usar estos dos métodos interpretativos es que el sentido de toda ley se construye a partir de la lógica formal y, complementariamente, del contexto dentro del cual ha de desplegar sus efectos. Por lo demás, la validez de esta tesis implicaría que la Secretaría de Demarcación y Organización Territorial (en adelante, SDOT) –en tanto ente rector del Sistema Nacional de Demarcación y Organización Territorial– asuma competencia exclusiva para la acción demarcatoria de implementación del distrito de Iquicha, conforme lo establece la legislación de la materia.

En la parte conclusiva de este trabajo, propondré, a partir de este caso concreto, algunos criterios para determinar un mínimo contenido material aplicable a las leyes declarativas de interés nacional y/o necesidad pública en materia de demarcación territorial. Ciertamente será un esbozo, una tentativa que no puede llenar el vacío existente en el derecho peruano ni mucho menos generalizarse sin más. Entonces, quedaría pendiente analizar otras materias que también suelen ser objeto de leyes declarativas tales como la expropiación, las excepciones establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, las excepciones contempladas en la normativa que regula el ciclo de inversión pública, la ejecución de obras públicas correspondientes a los sectores asignados a los ministerios, entre otras actividades administrativas. Sin duda, el estudio de estos tópicos permitiría elaborar una teoría de las leyes declarativas aplicable a todas las materias susceptibles de ser reguladas por esta clase de normas.

Una última acotación antes de empezar. Durante el desarrollo de mi argumentación abordaré varias categorías vinculadas directa o indirectamente a la perspectiva jurídica de la controversia, tales como la validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas, los métodos de interpretación jurídica (temas comprendidos en la teoría general del derecho), la distintas formas que adopta el poder constituyente originario, la vigencia de las normas dictadas por gobiernos antidemocráticos, la diferencia entre las normas autoaplicativas y heteroaplicativas, la colisión entre el precedente constitucional 'Villanueva Valverde' y la nueva regulación del proceso de cumplimiento en cuanto a las causales de improcedencia, entre otros más. Asimismo, a fin de contextualizar el caso y poner en evidencia el complejo problema estructural y multidimensional del pueblo iquichano, integraré en varios pasajes del texto algunos estudios sociológicos e históricos acerca de esta comunidad, así como los correspondientes a la historia constitucional peruana.

II. LA ESTRATEGIA PROCESAL

En virtud del inciso 6 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú y del artículo 65 del Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante, NCPCo), Ley 31307[1], recurrí al Poder Judicial con el objetivo de ejercer acción de cumplimiento contra la SDOT de la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM)[2], en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Demarcación Territorial conforme lo establece el inciso 1 del artículo 5 de la Ley de Demarcación y Organización Territorial, Ley 27795 (2002)[3]; ello a fin de que ejecute el mandato contenido en la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857, en el extremo que ordena crear el distrito de Iquicha dentro de la provincia de Huanta, región Ayacucho. Para dar cumplimiento a esta ley, el órgano demandado también deberá ceñirse a lo preceptuado en el tercer párrafo del inciso 1 del artículo 5 y en el primer párrafo del artículo 13 de la citada Ley 27795, que le confieren la competencia de realizar directamente acciones demarcatorias en zonas del territorio declaradas de interés nacional por el Congreso de la República (2002).

El ejercicio de esta pretensión se sustenta en la legitimidad para obrar extraordinaria estatuida en el segundo párrafo del artículo 67 del NCPCo, según el cual "la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos corresponderá a cualquier persona" (2021), caso en el cual la legitimación para obrar activa en el proceso de cumplimiento se ejerce en representación del grupo de personas afectadas en su derecho fundamental a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, frente a la inactividad material de la Administración Pública. En aplicación de este precepto procesal, promoví el proceso de cumplimiento en re-

[1] Recientemente modificada por la Ley 31583, Ley que modifica diversos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional, con la finalidad de asegurar el correcto ejercicio de los procesos constitucionales, publicada el 05 de octubre de 2022 en el diario oficial El Peruano.

[2] La causa ha recaído en el Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, y viene tramitándose con la sentencia recaída en el Expediente 05972-2022. La razón por la que opté por accionar en el distrito judicial de Lima y no en Ayacucho fue que el NCPCo no ha fijado explícitamente la competencia territorial en los procesos de cumplimiento, como sí sucede con el resto de los procesos constitucionales de la libertad. Frente a esta omisión del legislador, se debe considerar que, si la SDOT es un órgano de línea de la PCM y, además, es el ente rector del Sistema Nacional de Demarcación Territorial por mandato de la Ley 27795, por tanto, tiene competencia en todo el territorio nacional, por lo que, en principio, sería competente cualquier juzgado constitucional del país. No obstante, en aras de respetar los principios que organizan la justicia constitucional, opté por postular la demanda en la Corte Superior de Justicia de Lima por convenir mejor a los intereses de la comunidad iquichana. Hay que considerar que en la región Ayacucho aún no se han implementado juzgados especializados en lo constitucional, lo cual garantizaría la resolución de esta controversia de manera más cualificada. Asimismo, el domicilio legal de la sede central de la PCM se encuentra en Lima, de modo que, en aplicación del artículo 25 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales en casos de laguna legal, "es juez competente el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional, Local o ente de derecho público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama" (1992).

[3] Modificada por la Ley 30918, Ley que fortalece los mecanismos para el tratamiento de las acciones de demarcación territorial, publicada el 25 de febrero de 2019 en el diario oficial El Peruano.

presentación de la población iquichana, por cuanto constituyen uno de los sujetos de derecho en cuyo beneficio se dictó el mandato legal contenido en la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857. En contrapartida, los sujetos con legitimidad para obrar pasiva en este proceso son:

– La PCM, representada por el alto funcionario público Aníbal Torres Vásquez, a la fecha de culminación de este trabajo.

– La SDOT de la PCM, representada por el funcionario público Jorge Antonio Rimarachin Cabrera, designado mediante Resolución Ministerial 190-2021-PCM, quien se ha mostrado renuente de ejecutar el mandato legal invocado.

– La Procuraduría Pública de la PCM, órgano defensor de los intereses de este Ministerio del Poder Ejecutivo, a cargo del funcionario público Carlos Enrique Cosavalente Chamorro; ello de conformidad con lo dispuesto en el literal a del inciso 1 del artículo 25 del Decreto Legislativo 1326[4], que estructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado.

III. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

A. Antecedentes históricos en el que se enmarca la controversia

Antes de describir la problemática concreta que motivó la demanda, conviene contextualizarla en la historia, precisando algunos sucesos políticos que marcaron los derroteros para la municipalización del Estado peruano tal como la conocemos en la actualidad. Por tanto, el propósito de este sub-acápite es **demostrar la causalidad histórica del caso**.

Dicho esto, el municipio en el Perú, como forma de organización sociopolítica, se remonta al periodo incaico, basado en agrupaciones de familias denominadas *Ayllus*. Tras la conquista española del Tahuantinsuyo y la instauración del virreinato peruano, se instala el primer Cabildo de Lima que, luego de la muerte de Diego de Almagro y Francisco Pizarro, desaparece para dar paso a los corregimientos y los partidos como subunidades político-administrativas. Ya en la etapa republicana, la disposición de crear municipios estuvo presente desde el Estatuto Provisorio de 1821, dictada por el libertador Don José de San Martín, hasta la Constitución de 1834, aunque con diferencias sustanciales en cuanto a los criterios de elección popular de los gobiernos locales (autoridades municipales) (Salas Zegarra, 2013, pp. 178-180).

Este proceso sociopolítico se trunca cuando en la Constitución de Huancayo de 1839 (de corte conservadora y autoritaria), sancionada durante el gobierno del mariscal Agustín Gamarra, se suprimieron los municipios y se abolieron las juntas departamentales y, en su reemplazo, se crean las intendencias, a cargo de funcionarios dotados de facultades ejecutivas, sociales y de policía, nombrados por el gobierno central. Como es de advertirse, esta reforma fue una reacción conservadora frente a las constituciones liberales precedentes, con el objetivo de recobrar la supuesta pérdida de autoridad del Poder Ejecutivo, centralizando el poder político y cercenando los derechos de participación ciudadana, necesarios para crear órganos de gobierno local. De esta manera, la figura del caudillo militar fue fortalecida (Salas Zegarra, 2013, p. 182).

El fallecimiento de Agustín Gamarra en 1841 propició que por Ley del 09 de diciembre de 1853 se restablezcan los municipios, reforma que se capitalizó con la revolución liberal de 1854, encabezada por el mariscal Ramón Castilla y con el apoyo de los políticos liberales Pedro Gálvez Egúsquiza y Manuel Toribio Ureta, el cual culminó con el derrocamiento del entonces presidente José Rufino Echenique. Durante este interregno, el mariscal Ramón Castilla asume la presidencia provisoria y convoca a elecciones para conformar la Convención Nacional que debía sancionar la nueva Constitución, a fin de que sirva de base normativa a la transición democrática a través del sufragio popular (Salas Zegarra, 2013, p. 182).

La Convención Nacional se instaló el 14 de julio de 1855. Su resultado fue la Constitución liberal de 1856, en cuyo capítulo XV se reguló la organización y el funcionamiento de las municipalidades. En sus artículos 114 y 115 se establece que "habrá municipalidades organizadas conforme a ley en todos los lugares que ésta designe" (1856). Además, atribuye a los municipios la administración, el cui-

[4] Artículo 25.- Procuradurías Públicas que conforman el Sistema
Las Procuradurías Públicas que conforman el Sistema son las siguientes:
1. Nacionales: Aquellas que ejercen la defensa jurídica de las entidades que forman parte del Gobierno Nacional. Se encuentran comprendidas las siguientes:
a) Procuradurías Públicas de los Poderes del Estado (2017).

dado y fomento de los intereses locales y de los establecimientos respectivos que se hallaren dentro de su territorio. Les correspondía igualmente la formación y conservación del registro cívico y del censo de las poblaciones con arreglo a ley (Salas Zegarra, 2013, p. 182).

La Ley Orgánica de Municipalidades del 29 de noviembre de 1856, desarrollando las disposiciones constitucionales citadas, establecía que:

> habrá Municipalidades en todas las capitales de distrito de la República y en las poblaciones que, aunque no sean capitales de distrito, tengan más de mil habitantes, y para la población de menos de mil habitantes se nombrarían Agentes Municipales (1856).

El propósito político era que todo sector poblacional, aunque tuviera baja densidad demográfica, debía estar bajo la gestión de un gobierno municipal que represente los intereses locales (Salas Zegarra, 2013, p. 182).

Motivado por este objetivo político-administrativo de optimizar la prestación de los servicios públicos a favor de la población y gestionar los recursos indispensables para tal fin, el 29 de diciembre de 1856 la Convención Nacional aprueba la Ley Transitoria de Municipalidades, la cual fue promulgada por el presidente –entonces provisorio– Ramón Castilla el 02 de enero de 1857. Esta ley, en su parte considerativa, expresa textualmente que: "para la formación del Registro Civil, base fundamental de las elecciones populares, y para satisfacer las necesidades locales de la administración pública, es indispensable y urgente desde luego las primeras Municipalidades, establecidas por la Constitución" (1857). Así, la Convención Nacional, de conformidad con la mencionada Ley Orgánica del 29 de noviembre de 1856, dispuso en su artículo 1 la creación de municipalidades en los lugares señalados en su texto (1857), entre los cuales se encuentra el 'distrito de Iquicha', ubicado en la provincia de Huanta, región de Ayacucho. Sin embargo, como una de las consecuencias de la violencia política padecida por la población iquichana desde los albores de la república –la cual está registrada tanto en la historiografía como en documentos oficiales–, esta comunidad no pudo efectivizar dicho mandato legal para fundar su vida institucional de nivel distrital.

En este contexto histórico surge la interrogante de si la referida ley de municipalidades, en tanto voluntad de la entonces Convención Nacional de 1855, sigue vigente en la actualidad, considerando que el solo transcurso del tiempo no genera efecto derogatorio, aunado a la diferencia conceptual elaborada doctrinal y jurisprudencialmente entre la vigencia y eficacia de las normas jurídicas. El desuso de las normas no es un supuesto de derogación tácita, por lo que subsiste la posibilidad de ser aplicadas por las autoridades competentes de configurarse el supuesto de hecho previsto en las mismas.

B. Estado actual de la cuestión

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se constituyó el Comité Pro-Seguimiento del Distrito de Iquicha (en adelante, el Comité). Este es una organización vecinal reconocida por la Municipalidad Distrital de Uchuraccay mediante Resolución de Alcaldía 093-2021-MDU, del 22 de junio de 2021, cuyo objeto es representar y gestionar los intereses de esta población (2021), y así llevar a cabo las acciones conducentes a lograr la eficacia de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857. El Comité tuvo respaldo de algunos congresistas del grupo parlamentario Alianza para el Progreso (en adelante, APP), elegidos para el periodo parlamentario 2016-2021, quienes presentaron el 01 de junio de 2021, una proposición legislativa consistente en declarar de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de Iquicha (2020). El proyecto fue derivado a la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de Gestión del Estado, pero no logró ser dictaminada antes del término del periodo parlamentario[5].

En el 2009 ya se había intentado viabilizar este propósito en el fuero parlamentario con un proyecto de ley formulado por la bancada Nacionalista mediante el cual se proponía "ratificar y desarrollar la Ley Transitoria de Municipalidades del 02 de enero de 1857, que crea el distrito de Iquicha-Huanta-Ayacucho" (Proyecto de Ley 03441/2009-CR, 2009). Sin embargo, fue archivada en el 2012[6]. Descartada esta alternativa, y a fin de lograr la eficacia de la ley en cuestión, entre agosto y setiembre del 2021, el Comité peticionó al congresista Alex Randú Flores Ramírez, elegido por el distrito electoral de Ayacucho, que encauce los intereses

[5] El expediente virtual del Proyecto de Ley 07975/2020-CR puede ser visualizado en: https://www.congreso.gob.pe/pley-2016-2021

[6] El expediente virtual del Proyecto de Ley 03441/2009-CR puede ser visualizado en: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf/ec97fee42a2412d5052578bb001539ee/ff79ab4544b8450a052576240054509a?OpenDocument

de la población iquichana a través de los procedimientos y facultades que el Reglamento del Congreso otorga a los miembros de la representación nacional. Así, se llevó a cabo una reunión el 10 de setiembre de 2021, con el funcionario público a cargo de la SDOT, Jorge Rimarachín, y su equipo técnico, a fin de que el Comité sustentara oralmente su petición.

El resultado de esta reunión fue la Carta 007-2021-2022/ARFR-CON, por el cual se comunicó al Comité que el secretario de la SDOT precisó dos alternativas para la satisfacción del interés de la comunidad iquichana, a saber: (i) la promulgación de una ley que declare de interés nacional la creación del distrito de Iquicha, lo que activaría la competencia exclusiva de la SDOT para llevar a cabo la acción demarcatoria respectiva, conforme a la Ley 27795; o (ii) la tramitación del procedimiento ordinario de demarcación territorial regulado en la Ley 27795, el cual inicia a nivel de Gobierno Regional, con el estudio de diagnóstico y zonificación (en adelante, EDZ), y la elaboración del expediente único de saneamiento y organización territorial (en adelante, SOT) (Flores, 2021).

No conformes con esta respuesta, debido a que el secretario de demarcación no motivó dicha conclusión (incumplimiento del deber de motivación de las resoluciones, como sub garantía del principio del debido procedimiento administrativo), el 28 de febrero de 2022, el Comité, amparándose en el inciso e) del artículo 22 del Reglamento del Congreso[7], peticionó por escrito nuevamente al congresista Alex Flores, que traslade a la SDOT algunas preguntas referidas a la controversia que nos ocupa, considerando además que la opinión técnica de dicho órgano es de carácter vinculante, por cuanto ejerce la rectoría de este sistema funcional de la Administración Pública. La nueva petición tuvo como resultado la emisión del Informe D000067-2022-PCM-SDOT-JLR, por el cual el especialista legal de la SDOT contesta las consultas del Comité en los siguientes términos:

– ¿La Ley Transitoria de Municipalidades del 02 de enero de 1857 tiene naturaleza demarcatoria, bajo los criterios interpretativos construidos contemporáneamente?

  En relación con la primera consulta, se aprecia que de acuerdo con el subnumeral 6.2.3 del numeral 6.2 de los Lineamientos Generales que regulan el Registro Nacional de Circunscripciones (en adelante, RENAC), aprobados mediante Resolución de la Secretaría de Demarcación y Organización Territorial 006-2021-PCM/SDOT, la Ley Transitoria de Municipalidades del 02 de enero de 1857 tiene calidad de ley de naturaleza demarcatoria. No obstante, cabe mencionar que el distrito de Uchuraccay, provincia de Huanta, departamento de Ayacucho, creado mediante Ley 30221 (publicada en el diario oficial El Peruano el día 11 de junio de 2014), contiene dentro de su ámbito territorial al centro poblado de Iquicha (Informe D000067-2022-PCM-SDOT-JLR, 2022).

– ¿Sigue vigente el mandato de creación de municipios en todo el territorio nacional contenido en la Ley Transitoria de Municipalidades del 02 de enero de 1857, considerando que no ha sido derogada por alguna ley posterior?

  Respecto a la segunda consulta es de precisar que, de acuerdo a las competencias conferidas en el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, la SDOT es competente para conducir el saneamiento de límites interdepartamentales y las acciones de demarcación territorial de creación de distrito o provincia, fusión de distritos, traslado de capital y anexión en zona de frontera o zonas declaradas de interés nacional. En tal sentido, la SDOT no es competente para pronunciarse sobre materias de carácter municipal (Informe D000067-2022-PCM-SDOT-JLR, 2022).

– En atención a la finalidad político-administrativa del mandato contenido en la Ley Transitoria de Municipalidades del 02 de enero de 1857, esto es la creación de municipios **en todo el territorio nacional**, ¿Es posible categorizarla como una ley declaratoria de interés nacional y, consecuentemente, ser ejecutada por la SDOT, de conformidad con el Capítulo II del Título IV del Reglamento de la Ley de Demarcación y Organización Territorial, el cual prescribe que es competencia exclusiva de la mencionada secretaría la ejecución de acciones demarcatorias en zonas

[7] Artículo 22. Los Congresistas tienen derecho:
[…]
e) A presentar pedidos por escrito para atender las necesidades de los pueblos que representen (1995).

declaradas de interés nacional, toda vez que es el ente rector de este sistema funcional[8]; esto aunado a la consideración de que dicha ley fue sancionada por la Convención Nacional de 1855, el cual fue un órgano depositario de la entonces voluntad constituyente de la ciudadanía peruana?

Finalmente, con relación a la tercera consulta, la Ley Transitoria de Municipalidades del 02 de enero de 1857, tenía como fin crear municipalidades y elegir a los municipales, en tal sentido, **dicha ley no puede ser entendida como una declaratoria de interés nacional para la creación de distritos** (Informe D000067-2022-PCM-SDOT-JLR, 2022).

IV. TESIS POSTULADA MEDIANTE PROCESO DE CUMPLIMIENTO

A. Procedencia de la demanda: el informalismo en los procesos constitucionales de la libertad

Aunado a los requisitos ordinarios de procedencia de la acción de cumplimiento, el artículo 69 del NCPCo establece como requisitos especiales que el ciudadano reclame previamente mediante documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la petición (2021). En observancia de este precepto, como ya se ha narrado en el apartado anterior, se cursó una carta dirigida al congresista Alex Randú, quien, en uso de su facultad de representación, atribuida por la Constitución y regulada por el Reglamento del Congreso, trasladó nuestra petición a la SDOT. Así, la Secretaría General de la PCM, ofició al Comité el informe mediante el cual el mencionado órgano de línea se rehúsa a asumir competencia exclusiva para gestionar la acción demarcatoria de implementación del distrito de Iquicha, en base a las respuestas transcritas en los párrafos precedentes. De esta manera, quedó expedita la vía del proceso de cumplimiento para demandar la eficacia de la ley invocada.

Ahora bien, podrá objetarse la procedencia de la demanda afirmando que solo los administrados afectados por la inactividad material de la Administración tenían legitimidad procedimental para formular la petición a la SDOT y no por intermedio de un congresista en su representación. Sin embargo, esta objeción es rebatible invocando el principio *pro actione*, que obliga al juez constitucional a dar trámite a la demanda en caso exista duda sobre su procedencia; asimismo, por el principio de informalismo, a través del cual está obligado a adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico procesal a los fines u objetivos de los procesos constitucionales, más aún cuando el objeto sea la tutela de los derechos fundamentales.

Si aplicamos los anteriores principios al caso que nos ocupa, obtenemos como resultado interpretativo lo siguiente: el encauzamiento de la petición de los administrados afectados por intermedio del Congreso equivale a una tramitación directa ante la Administración Pública, esto es, mediante la unidad de recepción documentaria de la SDOT. Bajo esta lógica, sería contrario, además, al principio de economía procesal exigir que los administrados formulen la misma petición directamente a la SDOT, pues este trámite no cambiaría la opinión del referido órgano respecto del tema controvertido.

B. Argumentos de fondo: exigibilidad, interpretación y modo de ejecución de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857

De los hechos narrados en la fundamentación fáctica se advierte que la controversia gira en torno a la aplicación de esta ley en el tiempo y a su interpretación, lo que nos conduce a la teoría general del derecho para encontrar algunas respuestas. El TC estableció con carácter de precedente vinculante que la procedencia de la acción de cumplimiento requiere que el mandato legal o administrativo: (i) sea cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo; y (ii) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares (sentencia recaída en el Expediente 0168-2005-PC, fundamento 14). Sin embargo, la nueva regulación normativa de este proceso constitucional obliga al juez competente a practicar una mínima actividad hermenéutica para dirimir las discrepancias sobre el sentido de la norma legal o del acto administrativo en cuestión, en caso ello se presente, por lo que tal precedente ha sido abrogado tácitamente.

[8] SEGUNDA-. Sistema Nacional de Demarcación Territorial

El Sistema Nacional de Demarcación Territorial, creado mediante la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, califica como un sistema funcional conforme a lo dispuesto en la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Se encuentran bajo su ámbito todas aquellas entidades públicas con competencias y funciones en asuntos de demarcación y organización territorial (Ley 30918, 2019).

Lo que el legislador ha querido es evitar en la mayor medida de lo posible la emisión de sentencias inhibitorias motivadas en discrepancias interpretativas perfectamente superables con una mínima actividad de interpretación judicial. Así, ha quedado reafirmado el papel del juez del Estado constitucional como creador de derecho. Este es, pues, el aspecto teleológico de los incisos 2, numeral 2.1, y 3 del artículo 66 del NCPCo, que preceptúan lo siguiente:

> **Artículo 66.- Reglas aplicables para resolver la demanda**
> 1) Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:
> 1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.
> […]
> 2) Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:
> 2.1) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.
> […]
> 3) Cuando, para determinar la obligatoriedad o cuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia (2021) [el énfasis es nuestro].

Estas reglas obedecen a que todos los textos legales requieren ser interpretados, aunque sus expresiones lingüísticas sean aparentemente claras y unívocas. La significación de los enunciados no solo fluye de su literalidad, sino también de su contexto, tal como lo demostraré en el acápite referido al factor sociopolítico que incide en la interpretación y aplicación de la ley de municipalidades bajo examen. Por consiguiente, el juez constitucional está obligado a dilucidar la incertidumbre sobre la validez, vigencia e interpretación de la ley cuyo cumplimiento se exige, considerando que el objeto de este proceso constitucional es el control de constitucionalidad de la inactividad material de la administración pública y su fin es garantizar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, lo cual es un principio general del derecho y, a la vez, un derecho fundamental de todo ciudadano.

Como el objetivo de esta argumentación es que el órgano jurisdiccional ordene la ejecución del mandato contenido en la Ley Transitoria de Municipalidades –para lo cual previamente deberá superar el *impasse* interpretativo–, en este apartado desarrollaré las razones que me permiten sostener su validez, vigencia y, por tanto, exigibilidad. Además, propondré la interpretación que considero más adecuada sobre este dispositivo legal, a fin de ordenar su cumplimiento en beneficio de la población iquichana.

1. Sobre su validez material y formal

Podría zanjar esta cuestión indicando que la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 es calificada como una ley demarcatoria en el subnumeral 6.2.3 del numeral 2 del artículo 6 de los Lineamientos generales que regulan el RENAC[9] puesto que de ello se deduce que la SDOT reconoce su validez y vigencia. Sin embargo, el análisis de este asunto me servirá de base para construir una interpretación compatible con el ordenamiento jurídico.

En el habla coloquial se suelen emplear los términos 'vigencia' y 'validez' para designar al mismo fenómeno jurídico de eficacia normativa. No obstante, se tratan de categorías con implicancias distintas. El jurista peruano Marcial Rubio Correa advierte la existencia de normas jurídicas vigentes, pese a estar viciadas de invalidez, lo que se explica por la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad que tienen las normas con rango de ley hasta que no se declare jurisdiccionalmente lo contrario. Además, este fenómeno jurídico se justifica porque basta que el órgano premunida de función legislativa cumpla el procedimiento de producción normativa para que las normas legales adquieran vigencia (2005, p. 8).

Esta misma doctrina la ha desarrollado el TC al sostener que:

> La validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su ¨pertenencia" al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no

[9] Aprobados mediante Resolución de la Secretaría de Demarcación y Organización Territorial 006-2021-PCM/SDOT, publicado el 09 de setiembre de 2021 en el diario oficial El Peruano.

> se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida (Expediente 0014-2003-AI, fundamento 15).

En este sentido, corresponde demostrar la validez y vigencia –en ese orden– de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857, a fin de refutar la postura de la SDOT y evitar una eventual declaratoria de inconstitucionalidad en aplicación del inciso 4 del artículo 66 del NCPCo[10]. Efectivamente, lo primero es evaluar si el órgano que aprobó esta ley ejercía legítimamente la función legislativa y si observó el procedimiento entonces preestablecido para su producción. Lo segundo es determinar si la ley ha conservado su vigencia o, por el contrario, ha sido abrogada por otra norma jurídica de rango legal.

Como ya mencioné en líneas anteriores, la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 fue sancionada por la Convención Nacional de 1855 y promulgada por el presidente provisorio Ramón Castilla, quien, tras la revolución liberal que derrocó al entonces jefe de Estado, el militar José Rufino Echenique Benavente, asumió la presidencia hasta que el electorado eligió un nuevo presidente constitucional. De este dato histórico se deduce que, durante aquel periodo, el mariscal Ramón Castilla ejerció un gobierno de facto, pues, para acceder al poder, desconoció el sistema democrático que regía la sucesión presidencial establecida en la Constitución de 1839.

En este punto surge la siguiente interrogante: ¿Las leyes dictadas en este periodo de refundación del Estado fueron válidas, considerando que la Constitución de 1839 quedó sin efecto y en su lugar se promulgó el Estatuto Provisorio de 1855 a fin de regular las atribuciones, obligaciones y restricciones del gobierno provisional del mariscal Ramón Castilla? La pregunta no es baladí, ya que, para la validez (material y formal) de una norma jurídica, importa su compatibilidad con el procedimiento de producción normativa, el ámbito material establecido por la Constitución y el bloque legal de constitucionalidad, lo que supone la existencia de un parámetro de control constitucional, con el que las normas legales se han de examinar a fin de determinar su compatibilidad o incompatibilidad con la norma suprema. Además, en la doctrina constitucional se ha discutido por mucho tiempo –y a propósito de los periodos de ruptura constitucional provocada por dictadores y caudillos a lo largo de nuestra historia republicana– sobre la validez y vigencia de las normas sancionadas durante estos gobiernos antidemocráticos o revolucionarios.

La solución a esta duda se obtiene de determinar la naturaleza del órgano productor de las normas jurídicas vigentes durante el periodo de transición al nuevo orden constitucional de entonces: la Convención Nacional de 1855. El 05 de febrero de 1855, se dictó el Reglamento de Elecciones a efectos de establecer el procedimiento electoral de diputados convencionales, mediante el cual se reconoció el derecho al sufragio a los ciudadanos en ejercicio mayores de 21 años, nacidos o domiciliados en el Perú conforme al Código Civil de 1852 (art. 9), sin exigirles que sepan leer y escribir[11], tener renta o profesión, u ocuparse en alguna industria útil, tal como lo hacían las Constituciones y leyes precedentes (citado en Oviedo, 1861). En suma, se garantizó el sufragio directo y universal para la elección de los representantes ante el órgano creado para instituir el nuevo ordenamiento jurídico-político[12]. Esta Convención, por tanto, tuvo el encargo primordial de crear las bases para el retorno al sistema democrático, sancionando una nueva Constitución y, complementariamente, aprobando las leyes que fueran necesarias para garantizar la elección de un presidente emanado de la voluntad popular (Cajaleón, 1999, p. 636).

En efecto, este órgano, además de ser depositario del poder constituyente originario, estuvo dotado de potestad legislativa; de aquí que el inciso 2 del artículo 1 del Estatuto Provisorio de 1855 prescribía al presidente Castilla a "publicar, circular y hacer ejecutar las leyes de la Convención" (1855)[13]. Es decir, se trataba de un órgano al que le fue encomendado por interés nacional el ejercicio de la función legislativa del Estado para crear un marco

[10] **Artículo 66. Reglas aplicables para resolver la demanda**

> 4) Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y, en consecuencia, desestimar la demanda (2021) [el énfasis es nuestro].

[11] En estos casos, el ciudadano daba su voto verbalmente a la junta receptora (equivalente a los miembros de mesa en la actualidad) y el secretario escribía en la cédula el nombre del diputado convencional que aquel indicare (Reglamento de Elecciones, arts. 26 y 44, 1855, citado en Oviedo, 1861).

[12] Las únicas restricciones a la ciudadanía recaían básicamente en los ciudadanos religiosos profesos, hasta que no obtengan su secularización en las leyes y en quienes fueron partícipes del régimen de Rufino Echenique, vencido por la revolución liberal (Reglamento de Elecciones, arts. 10 y 11, 1855, citado en Oviedo, 1861).

[13] Véase el Estatuto Provisorio que reguló las competencias del mariscal Ramón Castilla al ser nombrado por la Convención Nacional como presidente Provisorio tras la revolución liberal de 1854-1855.

normativo que legitime las acciones gubernamentales con miras a superar la etapa de crisis sociopolítica en la que estaba sumida la nación peruana.

Como resulta lógico, la potestad legislativa de esta Convención no estaba sometida a un procedimiento preestablecido de producción normativa, ya que, a decir de Víctor García Toma, "el poder constituyente originario es una noción o idea metajurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda competencia; por eso mismo no es creada ni regulada por el derecho" (2010, p. 521). En otras palabras, las normas jurídicas dictadas por el órgano al que el *demos* le ha conferido el poder constituyente originario se fundan en el poder político entendido como "fuerza, energía política, vigor social, voluntad para crear *ex novo* un ordenamiento jurídico-político" (García Toma, 2010, p. 522), y no en la competencia o potestad otorgada a un órgano constituido por el ordenamiento jurídico preexistente. En síntesis, "su ejercicio [del poder constituyente originario] se expresa a través de criterios no reglados jurídicamente, que permiten per se justificar la creación sui generis de normas constitucionales" (García Toma, 2010, p. 522).

Dicho esto, la validez de los actos normativos producidos por el poder constituyente originario se determina en función del contenido competencial que el pueblo haya decidido otorgarle, el cual, según la tipología propuesta por García Toma en base a la historiografía constitucional universal, puede ser concretada en una Asamblea o Convención Constituyente, un Congreso Constituyente, una Decisión Regia, una Decisión Revolucionaria o una Decisión Externa (2010). De este modo, conviene, de cara al caso que nos ocupa, hacer un distingo conceptual sobre las dos primeras categorías. El citado constitucionalista precisa que mientras la Asamblea o Convención Constituyente es un cuerpo representativo de la Nación, convocado exclusivamente para elaborar una Constitución, el Congreso Constituyente, además de cumplir esto último, ejerce funciones propias de un órgano legislador ordinario (García Toma, 2010, pp. 522-523). Es decir que, en este segundo supuesto, el poder constituyente extiende validez a todos los actos normativos que emita el Congreso Constituyente, lo que incluye a las normas jurídicas infra constitucionales.

Sobre la base de la doctrina anterior, se determina que la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 es válida formalmente, pues fue sancionada por un órgano premunido de función legislativa originaria. El fundamento de esta ley no radicaba en la Constitución de 1856, por cuanto, como es lógico, esta carta aún no existía jurídicamente al tiempo de la instalación de la Convención Nacional de 1855, ni tampoco en la de 1839 –dejada sin efecto para entonces–, sino en el principio de soberanía popular; es decir, en la voluntad directa del pueblo para elaborar una nueva Constitución, refundar el Estado, instituir un nuevo ordenamiento jurídico y, además, promulgar leyes que coadyuven al logro de los fines políticos imperantes en dicha coyuntura. En conclusión, el poder constituyente originario de 1855 adoptó la forma o clase de Congreso Constituyente –según la tipología doctrinaria citada–, aunque formalmente se haya empleado el término 'Convención' para nombrarla; por lo que, si bien la validez formal de la referida ley de municipalidades no derivó de un determinado sistema jurídico constitucional o legal, fue consecuencia de un fenómeno sociopolítico extrajurídico con la capacidad suficiente para crear *ex novo* un ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de ello, y en cuanto a la validez material, cabe recordar que esta ley de creación de municipios se dictó en el marco del entonces Ley Orgánica de Municipalidades del 29 de noviembre de 1856, sancionada también por la Convención Nacional para concretizar la política nacional de municipalización, dispuesta por la Constitución Liberal de 1856 en su Título XV. Así, mientras esta Constitución afirmaba que "habrá Municipalidades organizadas conforme a la ley en todos los lugares que esta designe" (art. 114, 1856), la aludida ley orgánica precisaba que:

> habrá Municipalidades en todas las capitales de distrito de la República y en las poblaciones que, aunque no sean capitales de distrito, tengan más de mil habitantes y para la población de menos de mil habitantes se nombrarían Agentes Municipales (1856).

Precisamente, la Ley de municipalidades de 1857 designó los lugares en que habría de implementarse municipios para la administración, cuidado y fomento de los intereses locales. En consecuencia, esta ley es válida materialmente al concretizar normativamente una política estatal entonces dispuesta por la voluntad constituyente representada en la referida Convención Nacional.

2. Sobre su vigencia

Ahora bien, una vez superada la cuestión sobre la validez, surge la pregunta de si esta ley de municipalidades automáticamente perdió vigencia tras la disolución de la Convención Nacional de 1855, ocurrida el 02 de noviembre de 1857, o tras el restablecimiento del sistema político democrático. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado tres teorías para determinar el alcance de la vigencia de las normas legales promulgadas por gobiernos

de facto bajo la forma de Decretos Leyes. Si bien la norma legal analizada no es la de un Decreto Ley, simular la aplicación de estas teorías al presente caso reforzará mi propuesta, de tal modo que se rechace cualquier cuestionamiento sobre su vigencia bajo el argumento de que fue gestada en un contexto de contravención del sistema constitucional.

Marcial Rubio Correa explica que tales teorías son las siguientes:

> La de la **caducidad**, según la cual, una vez restaurado el orden constitucional las normas dadas por los gobiernos de facto cesan de tener validez.
>
> La de la **revisión**, según la cual, estas normas deben ser revisadas por el Congreso del gobierno restaurado el cual, dentro de un plazo, declarará cuáles decretos-leyes reciben convalidación y cuáles censan de tener validez.
>
> La de la **continuidad**, según la cual las normas dadas por los gobiernos de facto continúan teniendo validez con la restauración de un gobierno constitucional y que serán, por tanto, modificadas o derogadas por el procedimiento legislativo constitucionalmente establecido, manteniendo entre tanto su validez (1985, p. 133) [el énfasis es nuestro].

Antes de adoptar cualquiera de estas teorías, hay que tomar en cuenta que la seguridad jurídica está en juego, lo cual no es para menos, ya que se trata de un principio del Estado Constitucional que informa la necesidad de garantizar la estabilidad del ordenamiento jurídico y la predictibilidad en la interpretación y aplicación de las normas que lo conforman, de modo que los ciudadanos tengan un margen de previsión razonable sobre las actuaciones estatales que incidan en sus situaciones y relaciones jurídicas. Con todo, la teoría de la continuidad es la que mejor optimiza este principio, lo que no es óbice para que las normas legales dictadas durante gobiernos de facto sean abrogadas por el Poder Legislativo. Generaría incertidumbre jurídica suspender la vigencia de este tipo de normas hasta que el Congreso las ratifique o abrogue en aplicación de la teoría de la revisión, ni que automáticamente pierdan vigencia con la restauración del orden constitucional y el sistema democrático, porque ello podría afectar negativamente la situación jurídica de los ciudadanos, por ejemplo extinguiendo los derechos adquiridos o las relaciones jurídicas creadas entre los sujetos de derecho.

En igual sentido lo tienen resuelto los dos órganos jerárquicamente superiores en la justicia ordinaria y constitucional, respectivamente. Dale Beck Furnish da cuenta de una Resolución Suprema del 05 de enero de 1965, en la que el máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial expresó que "los decretos-leyes, promulgados por gobiernos de facto que asumen funciones legislativas, tienen plena vigencia, aunque no sean ratificadas por el Congreso, hasta ser derogados, modificados o reemplazados por una u otra disposición similar" (1972, p. 64).

Por el contrario, en una sentencia un poco más reciente, el TC decidió aplicar explícitamente la teoría de la continuidad para resolver el problema de la vigencia de los decretos-leyes:

> 13. En cambio, la teoría de la continuidad utilizada en amplios momentos de nuestra historia y la teoría de la revisión son las que han permitido afrontar el delicado problema de la vigencia de los Decretos Leyes.
>
> Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.
>
> Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.
>
> 14. En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui géneris* de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable "paréntesis jurídico" que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas –la ciudadanía y la organización estatal–, **se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida en coexistencia y la normal marcha del cuerpo político**.
>
> 15. Así, el desconocimiento a priori y genérico de la totalidad de los Decretos Leyes, luego

> de restaurarse el Estado de Derecho, **generaría incertidumbre, caos, desorden, riesgo y amenaza para las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado** (Expediente 00010-2002-AI, 2003, fundamentos 13-15) [el énfasis es nuestro].

Por consiguiente, simulando la aplicación de la teoría de la continuidad a la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857, promulgada por un gobierno de facto y durante la transición democrática, se concluye que esta ley siguió surtiendo sus efectos no obstante restablecerse el Estado constitucional de derecho. Reitero, a pesar de no tratarse formalmente de un decreto ley, sino de una ley en sentido estricto. Anoto este argumento a fin de invalidar de antemano todo aserto en contrario que se sustente en la transitoriedad propia de los procesos constituyentes, así como en la naturaleza antidemocrática del contexto político en la que fue gestada. Corresponde ahora determinar si dicha vigencia ha sido truncada con posterioridad por alguna ley; para ello, recurriré a la teoría de la abrogación de la ley, el cual constituye un tópico de la teoría general del derecho.

El artículo I del Título Preliminar del Código Civil –aplicable supletoriamente al resto de sistemas jurídico-procesales en tanto positiviza un principio general del derecho de naturaleza procesal (Casación 1599-98, citado en Gaceta Jurídica, 2007)–, prescribe lo siguiente:

> **Artículo I.-** La ley se deroga sólo por otra ley.
> La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella.
> Por la derogación de una ley no recobra vigencia las que ella hubiere derogado (1984) [el énfasis es nuestro].

Este precepto regula lo que en doctrina y jurisprudencia se ha denominado la aplicación de la ley en el tiempo. Del tenor de este se advierten dos formas de abrogación: expresa y tácita. Será expresa cuando textualmente una ley posterior precise que determinada ley anterior quedará abrogada con la sola entrada en vigor de esta, salvo disposición complementaria que difiera su eficacia. Mientras que será tácita cuando haya incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior (abrogación por incompatibilidad) o cuando el contenido material de esta es íntegramente regulada por aquella (abrogación por absorción).

Hasta la fecha, no se ha promulgado norma legal alguna que expresamente abrogue la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857. Queda, por tanto, examinar si ha sido abrogada tácitamente, sea por incompatibilidad o absorción. Para ello, preciso mejor el concepto de abrogación tácita a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema:

> La derogación tácita puede realizarse de dos modos. El primero tiene lugar cuando una ley posterior contiene **normas jurídicas incompatibles en todo o en parte** con las contenidas en una ley anterior; esto es, imposible por la contraindicación que allí se seguiría. Se tiene el segundo modo, cuando **una nueva ley disciplina toda la materia regulada por una ley precedente**, aunque no haya incompatibilidad entre las normas contenidas en ellas, y esto por la razón de que, si el legislador ha reordenado toda la materia, es necesario suponer que haya partido de otros principios directivos, los cuales en sus variadas y posibles aplicaciones pueden llevar a consecuencias diversas o aun opuestas a las derivadas de la ley anterior (Casación 393-98, citada en Gaceta Jurídica, 2007, p. 15) [el énfasis es nuestro].

La utilidad práctica de esta teoría radica en que brindan a los operadores del derecho criterios de solución a las antinomias normativas, que ocurren cuando dos o más normas ordenan consecuencias jurídicas opuestas desde el punto de vista lógico y, por ende, excluyentes, a una misma hipótesis fáctica. Las antinomias son patologías del ordenamiento jurídico, por cuanto perjudica la sistematicidad, organicidad y coherencia del derecho, lo que, en última instancia, repercute en la seguridad jurídica. Ahora, hay que ser acuciosos al momento de verificar la existencia de un conflicto normativo. El TC ha desarrollado tres presupuestos que permiten identificar antinomias:

> 51. Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible.
>
> Como puede colegirse, la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el "síndrome de incompatibilidad" entre sí.
>
> La existencia de la antinomia se acredita en función de los tres presupuestos siguientes:

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad **pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación** (como el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el **mismo ámbito de validez** (temporal, espacial, personal o material).

El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.

El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).

El ámbito personal se refiere a los *status*, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares; funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc.

El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Como expresión de lo expuesto puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez (Expediente 00047-2004-AI, 2006, fundamento 51).

En aplicación de estos tres presupuestos, podría afirmarse, en principio y de manera superficial, que la ley de municipalidades bajo examen colisiona con la actual Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial[14], por cuanto: (i) pertenecen al mismo nivel ordinamental (expedidas por el órgano estatal con función legislativa: Convención Nacional de 1855 y Congreso de la República, respectivamente); (ii) tienen el mismo ámbito de validez (temporal: vigencia indeterminada; personal: población nacional; espacial: territorio nacional; material: naturaleza demarcatoria); y (iii) tienen homóloga jerarquía normativa (rango de ley). Ello podría llevar a concluir erradamente que, en aplicación del criterio cronológico *(lex posterior derogat legi priori*), la Ley de Municipalidades de 1857 ha sido abrogada por la vigente ley demarcatoria. Sin embargo, esta aparente colisión es superable aplicando dos de los principios desarrollados por el TC para resolver las antinomias:

a) Principio de complementariedad: "Es aplicable cuando un **hecho** se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere **completarse con otra, para cubrir o llenar la regulación de manera integral**. Es el caso de la relación existente entre una ley y su reglamento" (Expediente 00047-2004-AI, fundamento 54) [el énfasis es nuestro].

b) Principio de competencia: Si bien este principio ha sido aplicado por el TC para superar antinomias entre normas jurídicas de diferentes ordenamientos (nacional-regional-local) (Expedientes 0020-2005-AI y 0021-2005-AI), tal como lo señala Tafur Charún, también "es aplicable para el caso de relaciones interordinamentales. La relación entre ley ordinaria y ley orgánica así lo acredita" (2015, p. 77), pues no obstante pertenecer a la misma jerarquía normativa, la Constitución les ha reservado ámbitos materiales diferentes.

Por tanto, antes de concluir en la abrogación de la Ley de Municipalidades de 1857, debe interpretársela sistemáticamente con la vigente ley demarcatoria bajo la orientación de estos principios, a fin de determinar si son compatibles y, por ende, aplicables simultáneamente a los hechos del caso de la comunidad iquichana, para lo cual es necesario analizar sus proposiciones jurídicas.

Así, la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 se divide en dos partes: una sustantiva y otra metodológica. La sustantiva comprende la disposición de crear municipalidades en los lugares del territorio nacional textualmente señalados, entre los cuales figura el "distrito de Iquicha" (1857). Si bien el propósito original de este precepto fue llevar a cabo "la formación del Registro Cívico, base fundamental de las elecciones populares" (1857) necesarias para restablecer el sistema democrático luego del derrocamiento de José Rufino Echenique, en especial, para la elección popular del Jefe de Estado; también buscaba efectivizar la municipalización del Estado peruano, definida como una como política permanente, progresiva y

[14] Modificada por la Ley 30918, Ley que fortalece los mecanismos para el tratamiento de las acciones de demarcación territorial, publicada el 25 de febrero de 2019 en el Diario Oficial El Peruano.

de ejecución a largo plazo, a efectos de garantizar las condiciones materiales mínimas para que las administraciones públicas territoriales satisfagan las necesidades locales, lo que desde entonces ya era un ideal político indispensable y urgente. La segunda parte, esta es la metodológica, está compuesta por normas procedimentales para la elección de las autoridades municipales, que iniciaba con las juntas departamentales, seguido de la formación de los cuerpos electorales constituidos por las personas que hayan sido seleccionadas por la junta respectiva en base a criterios de capacidad intelectual, probidad, posición social, fortuna, popularidad y experiencia en el empleo público o alguna labor de beneficencia, y culminaba con la elección de los municipales que salían de los mismos cuerpos electorales.

Por su parte, la Ley de Demarcación y Organización Territorial, Ley 27795, constituye el marco normativo del Sistema Nacional de Demarcación Territorial, el cual es un sistema funcional a cargo del Poder Ejecutivo, dentro del cual se estructura el procedimiento técnico a seguir para la ejecución de las distintas acciones demarcatorias, involucrando para ello a varios órganos y organismos públicos[15]. Se trata, por tanto, de una norma que introdujo un enfoque interdisciplinario (integración epistémica entre la economía, ciencia política, gestión pública, finanzas, sociología, historia, antropología, etc.), a fin de dotar a las acciones demarcatorias de un sustento técnico y científico que matice y contrarreste la politización a las que están expuestas debido a la naturaleza altamente política del proceso de descentralización estatal.

La creación de circunscripciones político-administrativas se ha caracterizado en nuestra historia republicana por carecer de criterios técnicos que garanticen una adecuada y eficiente transferencia de recursos públicos y competencias a los órganos de gobierno regional y local. Así, la vigente ley demarcatoria significó una reforma importante –aunque no suficiente– para el fortalecimiento de la gobernanza territorial. La muestra más palmaria de esta concepción moderna son los incisos 1 y 2 del artículo 2 de la referida ley, que establecen las siguientes descripciones:

> **Artículo 2.- Definiciones básicas**
> 2.1 Demarcación Territorial. - Es el proceso técnico-geográfico mediante el cual se organiza el territorio a partir de la definición y delimitación de las circunscripciones político-administrativas a nivel nacional. Es aprobada por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo.
>
> 2.2 Organización del territorio. - Es el conjunto de lineamientos técnicos y normativos orientados a la adecuación de las circunscripciones territoriales a la dinámica de los procesos políticos, económicos, sociales y físico-ambientales (Ley 27795, 2002).

Complementariamente, el Título II del Decreto Supremo 191-2020-PCM, Reglamento de la Ley 27795, precisa la definición y regula el contenido de los documentos técnicos que sustentan las acciones demarcatorias, los cuales son elaborados por los órganos de este sistema funcional (2020). El EDZ, el expediente único de SOT y los informes emitidos por las unidades orgánicas de la SDOT en su calidad de ente rector, son los instrumentos que respaldan técnicamente las iniciativas legislativas demarcatorias del Poder Ejecutivo. Es evidente que el interés político ha sido matizado –por no decir limitado– a partir de la integración de conocimientos científicos, a fin de implementar una metodología basada en los instrumentos de la gestión pública contemporánea.

Sin embargo, el componente político no ha sido suprimido totalmente de este sistema; está presente como impulso del procedimiento demarcatorio cuya activación requiere de iniciativa –directa o indirecta– de los pobladores en cuyo beneficio se planean ejecutar las acciones demarcatorias en cualquiera de sus modalidades, sea a nivel regional o provincial. En efecto, a nivel provincial, la acción demarcatoria puede resultar del procedimiento ordinario promovido por la ciudadanía organizada ante el gobierno regional[16], del procedimiento especial promovido por el Congreso mediante ley

[15] De aquí proviene su calificación como sistema funcional, ya que, según el artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, estos sistemas tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado (2007).

[16] En resumen, el procedimiento ordinario a nivel provincial puede describirse de la siguiente manera. La población organizada peticiona al Gobierno Regional la ejecución de determinada acción demarcatoria; este órgano territorial elabora el expediente de diagnóstico y zonificación (EDZ) para someterlo a la deliberación del Consejo Regional, previo informe favorable de la Secretaría de Demarcación y Organización Territorial (SDOT). Luego, la Unidad Técnica de Demarcación Territorial (UTDT) elabora el expediente de saneamiento y organización territorial (SOT), a fin de también someterlo a deliberación del Concejo Regional, el cual, una vez aprobado, será remitido a la SDOT, en su calidad de ente rector de este sistema funcional. Con la emisión del informe aprobatorio de la SDOT, se elabora un anteproyecto de ley demarcatoria, el cual, de ser aprobado por el Consejo de Ministros, adopta la forma de proposición legislativa dirigida al Congreso de la República. La Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado, emite dictamen aprobatorio, y luego se somete al pleno del parlamento. La sanción y promulgación de

declarativa de interés nacional[17] o cuando se trate de zonas de frontera. En todas estas metodologías, es la participación política ciudadana la que motiva y pone en marcha la función administrativa-legislativa de naturaleza demarcatoria del Estado, ya que la división territorial del poder político es una técnica diseñada para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales mediante el reparto eficiente de recursos y competencias entre los distintos niveles de gobierno, con el objetivo de brindar eficientemente los servicios públicos en beneficio de la localidad y contribuir a la construcción de una sociedad democrática.

De lo dicho anteriormente, se determina que hay incompatibilidad entre la parte procedimental de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 (arts. 2-9) y las normas metodológicas de la vigente Ley de Demarcación y Organización Territorial, Ley 27795, puesto que esta absorbe la materia de la otra en cuanto a los actos que componen los procedimientos técnicos que sustentan las acciones demarcatorias en cada una de sus modalidades. Sucede que actualmente la competencia demarcatoria del Estado, así como el sistema jurídico electoral, se rigen por principios que resultan incompatibles con el procedimiento de elección de municipales regulado en dicha ley transitoria. En consecuencia, aplicando el ya citado artículo I del Título Preliminar del Código Civil, los artículos 2 al 9 de la Ley de Municipalidades de 1857, han sido abrogados tácitamente (por incompatibilidad) por la regulación procedimental contenida en la normativa demarcatoria y electoral vigentes.

Ahora bien, ¿sucede lo mismo con el mandato jurídico contenido en el artículo 1[18]? Considero que no. Esta disposición normativa no ha perdido su vigencia, por cuanto su precepto se fundamentó en el interés nacional que motivó la sanción y promulgación de esta ley de creación de municipios; interés nacional que ciertamente ha cambiado debido a los nuevos sucesos políticos, sociales y económicos soportados por la nación peruana durante los años siguientes hasta la fecha; pero esto no ha provocado el cese de este. Así, la disposición de crear municipalidades contenida en el mencionado artículo 1 determina que la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 sea una auténtica ley declarativa de interés nacional, a pesar de que los constituyentes de 1856 no hayan usado literalmente este término para formular la norma, lo cual se explica por las diferencias en el lenguaje legislativo empleado durante el periodo decimonónico y el que se utiliza actualmente.

En síntesis, La Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 ha sufrido solo una abrogación parcial de sus disposiciones normativas, ya que la preceptuada en el artículo 1 ha resistido la capacidad innovativa –del tipo abrogatorio– de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial. Por ello, a continuación pasaré a explicar las razones de esta resistencia a la fuerza de ley ejercida por la normativa demarcatoria vigente, que básicamente radica en la latencia del interés nacional.

3. Sobre su naturaleza jurídica demarcatoria y declarativa de interés nacional

En este tópico dilucidaré la controversia sobre la naturaleza jurídica de la ley bajo examen en razón de la materia. En cuanto al primer criterio, pareciera obvio que se trata de una ley demarcatoria. Es más, así lo definen los lineamientos generales que regulan el RENAC:

> **6. GLOSARIO**
> Para efectos de los presentes lineamientos se utilizan las siguientes definiciones:
> […]
> **6.2. Ley de naturaleza demarcatoria**
> […]
> 6.2.3. A partir de lo señalado en el literal b., del numeral 6.2.1, y en el numeral 6.2.2., de los presentes lineamientos, tienen calidad de ley de naturaleza demarcatoria o efecto demarcatorio, según corresponda, las siguientes disposiciones normativas:
> – Reglamento de fecha 26 de abril de 1822.
> – Decreto de fecha 21 de junio de 1825.
> – **Ley Transitoria de Municipalidades de fecha 2 de enero de 1857**.
> – Decreto de fecha 20 de agosto de 1836 (Resolución 006-2021-PCM/SDOT) [el énfasis es nuestro].

la respectiva ley determina la existencia institucional de la nueva circunscripción política-administrativa en la Cartografía Nacional, así como la obligación de la administración pública de ejecutar progresiva y preclusivamente el mandato contenido en ella referida a la elección de autoridades locales, a través de los mecanismos de sufragio popular.

[17] La naturaleza especial de esta acción demarcatoria implica un tratamiento metodológico distinto, debido al alto componente político que reviste, el cual es determinado mediante ley declarativa de interés nacional. La PCM asume competencia primaria para ejecutar la respectiva acción demarcatoria precisada en dicha ley.

Una vez que la SDOT culmina el procedimiento técnico, el Poder Ejecutivo ejerce iniciativa legislativa demarcatoria, la cual debe ser aprobada por el Congreso. Sobre este asunto profundizaremos más adelante, cuando abordemos el modo de ejecución de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857.

[18] Este es el imperativo de crear distritos en los lugares señalados textualmente, entre los cuales está el distrito de Iquicha.

Pero podría cuestionarse su naturaleza demarcatoria argumentando que su regulación no determina –entre otros elementos esenciales– los límites geográficos de las circunscripciones político-administrativas de los distritos señalados en su texto o que su diseño normativo no se sustenta en los criterios demográfico, físico-geográfico, fiscal, cultural, económico y social, que actualmente sirven de parámetros técnicos al ejercicio de la competencia demarcatoria estatal, evitando propuestas demarcatorias populistas. Por tanto, ¿cómo se explica que la propia SDOT mediante un reglamento haya calificado esta Ley de Municipalidades como una de naturaleza demarcatoria?

Lo primero que debe entenderse es que tales omisiones se justifican por el elemento temporal de las leyes: esta ley de municipalidades fue gestada en una época en que el desarrollo científico y tecnológico no se encontraba en un nivel capaz de brindar instrumentos al Estado para aplicar los criterios que actualmente se usan para efectuar acciones demarcatorias. Lo segundo es que, si bien estos criterios técnicos marcan una metodología a la que debe ceñirse la administración pública para agendar, diseñar, proponer e implementar acciones demarcatorias, los mismos no son necesariamente funcionales en el Congreso cuando este órgano aprueba leyes declarativas de interés nacional respecto a determinada acción demarcatoria, al menos no a cabalidad.

Las exposiciones de motivos de estas proposiciones legislativas suelen ser –a lo mucho– de carácter descriptivo, no explicativo ni predictivo, y no se basan en estudios de campo, sino en recopilación de información estadística, histórica y normativa, extraídas de algunas fuentes oficiales. A manera de muestra, puede verse la exposición de motivos del Proyecto de Ley 3282/2022-CR, mediante el cual se propone declarar de necesidad pública y preferente interés nacional la creación del distrito de Buena Vista Chacachaca, ubicado en la provincia de Chucuito del departamento de Puno (2022)[19]. En este proyecto se hace una descripción sucinta del marco normativo aplicable, los antecedentes, el origen histórico del distrito, una propuesta de límites geográficos, las necesidades sociales del centro poblado en cuestión, las características sociodemográficas y físico-geográficas del ámbito territorial de creación distrital, entre otros elementos. Pero en lo absoluto este sustento es equiparable a los expedientes de diagnóstico y zonificación, y de saneamiento y organización territorial cuyos contenidos y producción están regulados en la vigente Ley de Demarcación y Organización Territorial, y su reglamento[20].

La razón de este déficit cualitativo de las exposiciones de motivos de las leyes declarativas de interés nacional en materia demarcatoria radica en que ni la Constitución ni el Reglamento del Congreso ni alguna otra ley regula técnico-normativamente los parámetros que puedan servir para objetivar la proposición, debate y deliberación de esta clase de leyes. En esencia, su aprobación es el resultado de criterios de conveniencia y oportunidad política que suelen emplear los legisladores cuando deliberan asuntos altamente politizados.

Si todo esto es así, ¿por qué en la actualidad la SDOT ha calificado a la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 como una ley demarcatoria a pesar de sus notables falencias técnicas? Es aquí donde ensayo una respuesta que bien puede ser debatible: porque, además, tiene **naturaleza declarativa de interés nacional**, en los términos propios de la técnica legislativa actualmente aplicada para la redacción de este tipo de leyes. Arribo a esta conclusión a partir de una interpretación propia del artículo 1, el cual disponía la implementación de municipios en los distritos de todas las regiones del territorio nacional entonces existentes (1857). Son dos métodos los que me llevan a esta conclusión: uno textual o lógico-jurídico y otro contextual o sociológico. El primero consiste en, a partir del enunciado lingüístico del artículo 1, construir la norma (significado o sentido jurídico de la proposición) que mejor se adecúe al ordenamiento jurídico vigente. El segundo, en interpretar la ley a partir de elementos externos, es decir, tomando en cuenta los datos empíricos y circunstancias sociales, políticas y culturales, que le otorgan una significación jurídica.

a. Método textual o lógico-jurídico

Todas las normas jurídicas tienden hacia la realización de valores por medio de la regulación de la conducta humana; valores que son estimados positivamente por una sociedad en determinado momento histórico. A pesar de tratarse de una

[19] Presentado el 12 de octubre de 2022 por el grupo parlamentario Podemos Perú, a iniciativa del congresista Oscar Zea Choquechambi.

[20] Otro ejemplo reciente es el proyecto de ley 03196/2022-CR, presentado el pasado 30 de setiembre por el grupo parlamentario Acción Popular, y retirada por la congresista Paredes Fonseca, mediante el cual se propone declarar de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de Incaico en la provincia de Bellavista, departamento de San Martín (2022). En este caso, la exposición de motivos es mucho más escueta, siendo lo más resaltante el análisis constitucional de la propuesta y la invocación de los objetivos del Acuerdo Nacional para sustentarla.

idea axiológica, esta función de las normas jurídicas incide en su esquema lógico, ya que la teoría general del derecho ha definido a la norma jurídica como un juicio hipotético compuesto por un supuesto y una consecuencia, ambas conectadas por una relación de causalidad lógico-jurídica (el deber ser). Así, a la hipótesis normativa se le imputa una consecuencia considerada como debida por fundamentarse en los valores y principios jurídicos socialmente imperantes[21].

Sin embargo, el desarrollo del derecho positivo ha mostrado normas que carecen de esta tradicional estructura, lo que ha venido dificultando la labor interpretativa y aplicativa de los operadores jurídicos. Las leyes declarativas de interés nacional y/o necesidad pública se enmarcan dentro de este tipo de normas que no se ajustan al esquema lógico: Si A → B; ya que no cuentan con un supuesto de hecho condicionante de la producción de los efectos jurídicos imputados por el ordenamiento, sino más bien consisten en proposiciones (simples o compuestas) que no expresan más que una afirmación o definición. En palabras de Rubio Correa, "estas normas son dictadas como afirmaciones válidas por sí mismas, más que como hipótesis de que a tal supuesto debe seguir tal consecuencia" (1985, p. 90). Son algunos ejemplos de estas normas las siguientes:

– Ley 30781, en cuyo artículo único se prescribe:

> Declárase de interés nacional y necesidad pública la modernización del terminal portuario de Chimbote para la exportación, diversificación productiva y articulación territorial, ubicado en el distrito de Chimbote, provincia del Santa, departamento de Áncash, con la finalidad de mejorar su capacidad operativa y promover el comercio e inversiones, respetando el medio ambiente y áreas naturales protegidas (2018).

– Ley 30762, en cuyo artículo único se prescribe:

> Declárase de interés nacional y necesidad pública la promoción, consolidación y fortalecimiento de la provincia de Ilo como zona estratégica para el desarrollo portuario del sur del Perú, sin afectar las áreas naturales y arqueológicas protegidas, así como el medio ambiente (2018).

– Ley 31261, en cuyo artículo único se prescribe: "Declárase de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de Chanquil, en la provincia de Acobamba, departamento de Huancavelica" (2021).

– Ley 31262, en cuyo artículo único se prescribe: "Declárase de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de San Juan de Quispillaccta, en la provincia de Cangallo, departamento de Ayacucho" (2021).

– Ley 31263, en cuyo artículo 1 se prescribe: "La presente ley tiene por objeto declarar de interés nacional y necesidad pública el mejoramiento y ampliación de los servicios de salud del hospital Carlos Cornejo Roselló Vizcardo del distrito y provincia de Azángaro, departamento de Puno" (2021).

Como se advierte, estas proposiciones jurídicas no tienen el componente del supuesto de hecho, sino más bien son enunciados que afirman que determinadas acciones son de interés nacional y/o necesidad pública sin mencionar las consecuencias que dicha declaración genera, si es que las tiene. La estructura gramatical de estas normas no permite identificar sus efectos jurídicos ni los sujetos o circunstancias fácticas en las que ha de aplicarse. ¿Esta particular característica de las leyes declarativas impide interpretarlas? ¿Acaso adolecen de vinculatoriedad jurídica? ¿Es posible identificar los sujetos vinculados con tales leyes? La respuesta a estas preguntas es negativa. Sin embargo, cierto sector de la doctrina considera lo contrario. En Informe Temático 10/2012-2013 del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria (DIDP) del Congreso de la República, elaborado a propósito de las críticas del Poder Ejecutivo sobre la sanción de estas leyes, se consignaron las opiniones de algunos operadores jurídicos con experiencia en el servicio parlamentario. Abanto Valdivieso sostiene que las leyes declarativas, a pesar de ser fuente de derecho, no son vinculantes para el Estado en ninguno de sus tres niveles de gobierno, por lo que su incumplimiento no provoca efectos jurídicos (2013, pp. 5-6). En el mismo sentido, Élice Navarro afirma que:

> […] generalmente las leyes establecen obligaciones, pero que también las hay declarativas, que son puntos de vista en el sentido de que se dé prioridad a algunas acciones que debe realizar el Poder Ejecutivo. Entre estas leyes declarativas también están las que **no tienen un efecto concreto, y que no tienen ningún efecto vinculante por solo facultar o autorizar acciones** (2013, pp. 5-6) [el énfasis es nuestro].

[21] Todo principio general del derecho deriva de un valor; pero no todo valor configura un principio. Por ejemplo, la amistad es un valor social, pero no un principio jurídico.

Mientras que Paz Mendoza fue más enfático al concluir que:

> […] las normas declarativas, si bien son obligatorias, **no tienen una vinculación jurídica que determine que su inobservancia genere responsabilidad jurídica**. La vinculación de una norma declarativa es referencial, discrecional, porque el Parlamento lo que hace con este tipo de normas es pronunciarse sobre una determinada política pública, por tanto, **su vinculación está en el ámbito político, no jurídico** (2013, p. 5) [el énfasis es nuestro].

Por mi parte, considero que estas afirmaciones son erradas. En aplicación de la clasificación de las normas jurídicas propuesta por el célebre filósofo del derecho Robert Alexy, las disposiciones normativas que declaran de interés nacional y/o necesidad pública determinada acción estatal son normas del tipo principio, es decir, mandatos de optimización que ordenan la realización de un propósito en la mayor medida de lo posible. Los principios, a diferencia de las reglas, son inmediatamente finalistas y mediatamente prescriptivas, porque expresan el **deber ser** de un objetivo sin ordenar la conducta concreta que ha de ejecutarse para lograr su realización. De aquí que los principios cumplan la función de informar, integrar e interpretar las normas jurídicas que sí tienen un mayor grado de concreción, es decir, las reglas, que son instrumentales para la consecución del ideal que se pretende alcanzar con la promulgación de la norma.

Por tanto, si bien los principios son normas altamente indeterminadas, ello no implica que no contengan un precepto, ni mucho menos que su inobservancia no genere responsabilidad en sus destinatarios como si no tuvieran efectos vinculantes. Todo lo contrario, las leyes declarativas, al ser el producto del ejercicio de la función legislativa atribuida constitucionalmente al Congreso, son auténticas fuentes de derecho, como el resto de leyes ubicadas en el mismo plano ordinamental (ley ordinaria, ley de reforma constitucional, ley orgánica, resolución legislativa, decreto legislativo, decreto de urgencia y decreto ley), y, por ende, vinculan a los órganos y organismos estatales competentes para ejecutarlas. La Constitución ni el Reglamento del Congreso han establecido un procedimiento legislativo distinto para su producción, por lo que la práctica parlamentaria le ha dado el mismo tratamiento que las leyes ordinarias.

Refuerza nuestra postura lo afirmado por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico (en adelante, DGDOJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, MINJUSDH) en un informe elaborado a propósito de una consulta de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización del Congreso de la República sobre la naturaleza jurídica de las leyes declarativas de interés nacional y/o necesidad pública:

> […] en aquellos dispositivos normativos en los que se incluyan las nociones jurídicas necesidad pública e interés nacional, se generan, en la mayoría de los casos, una serie de **efectos de los cuales se vislumbra que el Estado debe cumplir una serie de obligaciones que devienen en resultados cuantitativos y cualitativos**. Respecto al primer resultado, implica que, para la ejecución de las prestaciones estatales resulte necesario que se autorice una transferencia de partida presupuestal para el sector correspondiente; mientras que, con referencia al segundo resultado se procura mejorar progresivamente la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual deviene en brindar un mayor bienestar a la sociedad (2013, p. 8) [el énfasis es nuestro].

Así, queda por demostrada la vinculatoriedad de las leyes declarativas. Ahora, me ocuparé sobre su definición conceptual; y es que, si no hay distingo entre las leyes ordinarias y declarativas en cuanto su aspecto formal, a tal punto que podría afirmarse que entre ambas hay una relación de género a especie debido a su composición gramatical, ¿cuál es el elemento diferenciador? A mi juicio, es su naturaleza jurídica o diseño normativo de carácter afirmativo y teleológico, lo que las define conceptualmente. Por ello, la DGDOJ concluyó en el informe antes mencionado que estas leyes generan en el Estado la obligación de alcanzar resultados cuantitativos y cualitativos, requiriendo, por tanto, la autorización de transferencia de partidas presupuestales al sector correspondiente a fin de financiar las prestaciones estatales en aras del bienestar social (2013).

En consecuencia, las leyes declarativas de interés nacional y/o necesidad pública son normas jurídicas esencialmente heteroaplicativas y programáticas, aunque con ciertos efectos inmediatos. Son heteroaplicativas, porque "requieren de algún acto de ejecución posterior a la vigencia de la norma para poder ser efectivas" (Expediente 1314-2000-AA, 2002, fundamento 2), lo que implica que "su eficacia está condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación" (Expediente 1100-2000-AA, fundamento 5, literal b). Son programáticas, porque tienden a coadyuvar la ejecución de políticas públicas diseñadas para solucionar problemas públicos. Sin perjuicio de ambas características, tienen algunos efectos inmediatos, porque habilitan al Estado a adoptar mecanismos excepciona-

les para la consecución de tales fines de bienestar social, tales como la transferencia de partidas presupuestales, la exoneración de requisitos legales o la realización de procedimientos especiales para efectivizar el mandato contenido en ellas.

La misma opinión comparte Trinidad Alvarado, quien sostiene que "las normas 'declarativas' tienen una particularidad esencial: si bien requieren de actos administrativos posteriores para cumplir con los objetivos de interés público que justificaron su aprobación, estas normas sí generan algunos efectos inmediatos" (2018, p. 2), tales como la habilitación de medidas excepcionales que faciliten el logro del objetivo considerado de interés nacional y/o necesidad pública[22]. De este modo, las leyes declarativas:

> no sólo activan una red de procedimientos posteriores, sino que constituyen mandatos al Poder Ejecutivo para que este priorice la ejecución de una determinada obra o infraestructura, ante la imposibilidad del legislador de proponer alguna iniciativa de gasto en la ejecución del presupuesto (Trinidad, 2018, p. 2).

Así, mediante este tipo de leyes, el Congreso podría ejercer control político sobre las políticas públicas diseñadas e implementadas por la administración pública.

En síntesis, no son las expresiones lingüísticas, sino su carácter afirmativo, heteroaplicativo, programático y teleológico, lo que califica a estas leyes como declarativas. Además, son de interés nacional por cinco razones de índole formal y material:

a) Son aprobadas exclusivamente por órganos que ejercen función legislativa de alcance nacional, es decir, los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Este último mediante Decretos Legislativos –lo que supone delegación de facultades legislativas por parte del Congreso mediante ley autoritativa–, Decretos de Urgencia y Decretos Leyes, aunque esta última fuente normativa no es admisible en un Estado constitucional, por cuanto suponen la ruptura del sistema democrático.

b) Su eficacia compete a órganos y organismos también de alcance nacional o a estos y los pertenecientes a los gobiernos territoriales creados para hacer efectiva la política de descentralización del Estado (gobiernos regionales y locales).

c) Su ámbito de aplicación subjetivo y espacial abarca, si no la totalidad de ciudadanos y del territorio, una cantidad altamente indeterminada de los mismos, a tal punto que se pueda hablar de tutela de intereses difusos o colectivos.

d) Los conceptos 'interés nacional' y 'necesidad pública' están relacionados a la realización del bien común, de la dignidad humana y los principios democráticos.

e) La materia objeto de regulación coadyuva a la ejecución de las políticas generales de gobierno, políticas nacionales y/o políticas de Estado del Acuerdo Nacional.

f) Su ejecución serviría para revertir un estado de cosas inconstitucional, entendida como la lesión multidimensional y estructural de los derechos fundamentales como consecuencia de la ineficiencia e ineficacia de la administración pública en perjuicio de un número indeterminado de personas[23].

En suma, las leyes declarativas son normas cuyo cumplimiento requiere de la función administrativa sectorial, multisectorial, multinivel y/o, en su más alto nivel de compromiso político, de Gobierno a Gobierno.

Por consiguiente, lo que define materialmente a las leyes demarcatorias es que sean objeto de una declaratoria de interés nacional y/o necesidad pública, aprobadas precisamente por el órgano estatal en el que recae la representación nacional, no

[22] Algunas de estas medidas excepcionales reguladas en el ordenamiento jurídico peruano son: (i) el artículo 70 de la Constitución, que habilita al Estado a realizar expropiaciones sustentadas en la necesidad pública y seguridad nacional expresamente declaradas por ley y previo pago justipreciado; (ii) el inciso 10.5 del artículo 10 de la Ley 27293, Ley que crea el Sistema Nacional de Inversión Pública, que habilita al Ministerio de Economía y Finanzas a establecer mediante Decreto Supremo excepciones sobre las fases del denominado Ciclo del Proyecto; y (iii) los supuestos de emergencia que habilitan la contratación directa regulada en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento.

[23] De aquí que la declaratoria de estado de cosas inconstitucional por el TC mediante sus sentencias, constituya una técnica para extender tutela de derechos fundamentales a sujetos que no son parte del proceso. Sin embargo, esto no es todo, pues la eficacia de esta técnica trasciende lo jurídico para adentrarse al ámbito de las políticas públicas, a fin de resolver problemas estructurales de la sociedad. Con razones fundadas, la doctrina advierte el riesgo de trasgresión que ello generaría al principio de división de funciones si se flexibilizan antojadizamente los límites competenciales hasta desaparecerlos, so pretexto de la garantía de los derechos fundamentales. Para mayor abundamiento, véase a Vásquez (2010, pp. 128-147).

es su enunciado lingüístico, sino las características antes descritas. Así, bien pueden encontrarse leyes de naturaleza demarcatoria de la cual se pueda interpretar la realización de un objetivo de interés nacional y/o necesidad pública, no obstante que en su estructura gramatical no se hayan empleado tales términos debido a los cambios de la técnica parlamentaria, configurada por los usos y la práctica espontánea de los legisladores antes que por las normas jurídicas formales.

Por ello, la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 es una ley de naturaleza declarativa de interés nacional. Cabe mencionar que, en su parte considerativa, se advierte la inaplazable satisfacción de las necesidades locales de la administración pública, por lo que desde entonces ya era "indispensable y urgente crear las primeras Municipalidades", tal como lo ordenaba la Constitución de 1856. Este mandato tuvo como ámbito de aplicación espacial todo el territorio nacional, pues debían crearse municipios en los departamentos de: Amazonas, Ancash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Huancavelica, Junín, La Libertad, Lima, Callao (provincia constitucional), Moquegua y Puno[24]. Sin embargo, por causas extrajurídicas (sociopolíticas) no se crearon varios distritos consignados en el texto legal, entre los cuales está la comunidad de Iquicha, ubicada en la provincia ayacuchana de Huanta. En consecuencia, en aplicación de la normativa demarcatoria vigente, su ejecución directa está a cargo de la SDOT de la PCM por mandato de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, al ser el ente rector del Sistema Nacional de Demarcación Territorial.

b. Método contextual o sociopolítico

Tal como se precisó inicialmente, al factor interno o lógico-jurídico debe complementarse el factor externo o sociopolítico, porque ambos determinan el sentido interpretativo de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857. Tras haber desarrollado el primero de ellos, corresponde ahora expresar los argumentos de índole sociopolítico que influyen en la construcción de la norma aplicable al caso.

Para que las leyes adquieran un significado que sea compatible con los principios sustentadores del ordenamiento jurídico vigente, no basta emplear los métodos clásicos de interpretación jurídica, es decir, analizarlas desde el punto de vista estrictamente lógico-jurídico, sino que, además, es necesario identificar los elementos empíricos dentro de los cuales la ley en cuestión tendrá eficacia. Las normas jurídicas no se restringen a los conceptos e ideas expresadas a través del lenguaje forense, ni al puro racionalismo epistemológico, sino más bien son producidas con el propósito de organizar la sociedad en base a los valores imperantes en determinado tiempo y espacio. A decir de Trazegnies Granda:

> […] los enunciados no tienen un sentido propio sino una significación que, enmarcada por las palabras, requiere completarse con su **entorno conceptual y cultural dentro de una realidad concreta**. El texto no es nada sin un contexto, como un recipiente no es nada sin su contenido (2005, p. 33) [el énfasis es nuestro].

Esta necesidad de contextualizar las normas jurídicas cobra mayor relevancia cuando se trata de proposiciones jurídicas caracterizadas por tener un alto grado de indeterminación, tal como es el caso de las leyes declarativas de interés nacional. ¿Qué se debe entender por interés nacional? Nos preguntamos en el apartado anterior, y sobre la cual ensayamos una respuesta a partir de una interpretación lógico-jurídica del texto legal cuyo cumplimiento demandamos, arribando a la conclusión que, desde este enfoque, dicha ley reúne las características de esta clase de normas. Sin embargo, este ejercicio hermenéutico no es suficiente, pues a ello debemos aunar los acontecimientos sociopolíticos que explican que la creación del distrito de Iquicha tiene tal estatus dentro de las políticas de alcance nacional, por lo que es menester encauzar esta acción mediante el procedimiento especial demarcatorio a cargo del órgano demandado, que ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Demarcación Territorial según la ley de la materia.

Sucede que la comunidad iquichana ha sido parte de enfrentamientos en el contexto de la independencia peruana y en varios acontecimientos vitales de nuestro régimen republicano, los cuales pusieron de manifiesto la falta de capacidad del gobierno central para gestionar los intereses públicos de esta población, para garantizar seguridad interna frente al terrorismo padecido durante la década de los 80 y principios de los 90 del siglo pasado, y fortalecer el carácter unitario del Estado peruano. Los describiremos brevemente a fin de justificar la creación del distrito de Iquicha como una acción prioritaria dentro de las políticas de alcance nacional.

[24] Con el devenir de los tiempos, varias provincias fueron separadas de estas regiones para adquirir igual categoría político-administrativa. Tal es el caso de: Apurímac, Huánuco, Lambayeque, Loreto, Madre de Dios, Pasco, Piura, Tacna, Tumbes y Ucayali.

Los pobladores de Huanta han sido caracterizados por la historiografía peruana como sujetos combativos y rebeldes debido a su participación en conflictos armados motivados por intereses disidentes a los imperantes de su época. Estos pobladores saltan al escenario político peruano de la mano de José Antonio Navala Huachaca, un campesino huantino que lideró la resistencia realista del Virreinato del Perú. En la Rebelión del Cuzco (1814), este líder iquichano apoyó el bando de los realistas, movilizando sus fuerzas contra los hermanos Angulo (Méndez, 2021, p. 107). La principal hazaña de esta facción ayacuchana en este conflicto fue la defensa de Huanta frente a la invasión de los morochucos de Cangallo, también nativos de Ayacucho, quienes defendían la causa patriota (Galdo, 1992, p. 165). En reconocimiento por esta actuación, el entonces rey español les entregó un escudo como símbolo de su fidelidad a la corona, lo que evidenciaba la debilidad del nuevo Estado peruano para construir la identidad nacional desde los primeros años de la república.

La disconformidad de esta comunidad subsistió inclusive en los albores de la independencia peruana, con la denominada Guerra de Iquicha, ocurrida entre 1825 y 1829. Los primeros levantamientos iquichanos en este periodo fueron fácilmente reprimidos por la milicia republicana. Sin embargo, esta rebelión adquiere fuerza cuando en 1826 un grupo de arrieros, hacendados, curas y campesinos de la provincia de Huanta, en alianza con un grupo de soldados, oficiales y comerciantes españoles, liderados por el campesino iquicheño Antonio Huachaca, asaltaron la ciudad de Huanta; este acontecimiento se repetiría en 1827. Los iquichanos, en nombre del rey Fernando VII, continuaron oponiéndose al establecimiento de la República del Perú y a la Constitución Vitalicia de Simón Bolívar, reclamando la restauración del gobierno español (Méndez, 2002, pp. 5-6).

Tras conocer esta insurgencia, el gobierno de Bolívar envió al general Andrés de Santa Cruz con un contingente de militares, librándose una batalla en la comunidad de Huayllay, donde los iquichanos fueron reducidos (Montero, 2020). Este conflicto armado llegó a la 'pacificación' en 1828 con la batalla ocurrida en Uchuraccay, cuando el batallón patriota, dirigido por el comandante Gabriel Quintanilla, asaltó el cuartel del líder Huachaca. Posteriormente, los restauracionistas vuelven a ser derrotados en la batalla librada en Ccano, propiciando la captura de los líderes realistas y el retiro de Huachaca a la selva de Apurímac. De esta manera triunfó el orden republicano (Husson, 1992).

Posteriores levantamientos tuvieron lugar en los periodos de 1827, 1833-1834 y 1836-1839. El primero, contra el gobierno del general La Mar "debido a la designación del prefecto de Ayacucho y al intendente de Huanta" (Montero, 2020). El segundo, durante la guerra civil peruana librada entre el entonces presidente liberal Luis José de Orbegoso y Moncada y los golpistas, el general Pedro Pablo Bermúdez Escarza y el caudillo cuzqueño Agustín Gamarra, eterno rival de los iquichanos. Finalmente, el tercero, durante el establecimiento de la Confederación Peruana-Boliviana, con el apoyo al militar Andrés de Santa Cruz. Apunta Méndez que el servicio exitoso a estos gobernantes hizo a "los campesinos de Huanta merecedores del reconocimiento y elogio por parte de estos gobiernos que, interesantemente, enarbolaban programas liberales" (2002, p. 21). A partir de este momento, los campesinos iquichanos cambiarían su inicial discurso realista por el de la defensa de la nación peruana, tal como lo habían hecho los patriotas durante las batallas por la independencia (Méndez, 2002, p. 21).

Hasta aquí, se advierte que el proceso de formación identitaria de la comunidad iquichana ha sido ambiguo a lo largo de la historia como consecuencia de la ausencia del Estado peruano en este sector, lo que no ha permitido generar las condiciones idóneas para su desarrollo social y económico. Es más, Méndez sostiene que los iquichanos no constituyen un grupo étnico propiamente dicho, sino que estos pobladores de Huanta fueron llamados así originalmente en el periodo del caudillismo para designar a una facción movilizada por caudillos, gobernantes y golpistas, a fin de obtener de ellos resistencia armada frente a sus enemigos políticos (2002, p. 39). Asimismo –apunta la citada autora–, ha existido la tendencia de algunos huantinos a autodenominarse "iquichanos", de manera estratégica, para obtener beneficios:

> Resulta claro, pues, para mí, que estas comunidades [ayacuchanas], pese a compartir similares costumbres, vestimenta y fisonomía, y hablar el mismo tipo de quechua, no necesariamente se identifican con la etiqueta de "iquichanos" que antropólogos, autoridades e intelectuales les han atribuido persistentemente. Hoy en día, como en el pasado, puede que la usen a veces. Por ejemplo, el nombre "iquichanos" volvió a cobrar resonancia algunos años después de la masacre de Uchuraccay de 1983, cuando el gobierno empezó a canalizar beneficios a los que llamó (tal vez adoptando el lenguaje de la Comisión Investigadora) "pueblos iquichanos". Entonces, comunidades como Callampa, Parccora, Ccarasencca y Orccohuasi, cuyos habitantes se encontraban viviendo en Lima y otros lugares como refugiados de guerra, **se llamaron a sí mismos "iquichanos"**, tal

> como había ocurrido hace unos 160 años con algunas otras comunidades (Méndez, 2002, p. 35) [el énfasis es nuestro].

No obstante, la citada autora también reconoce que esta versatilidad identitaria se funda en algo más que una simple estrategia para obtener ventajas; "es también una expresión de patrones reales, y muy móviles, de asentamiento, acceso a recursos y formas de gobierno local entre las diversas comunidades de Huanta" (Méndez, 2002, p. 25).

Por lo demás, suele romantizarse estos sucesos calificándolos de heroicos, pero lo cierto es que encierran un problema estructural: la estratificación social y el desequilibrio de poder. Es válido afirmar, por tanto, que la insatisfacción de estos pobladores explica que sus actuaciones en los cruentos conflictos armados hayan sido producto de la influencia ejercida por los gobernantes de turno a través de promesas, reconocimientos honoríficos y beneficios fiscales, con el propósito encubierto de obtener respaldo popular en las zonas rurales y así mantener el poder. Se trata de una situación de vulnerabilidad que condiciona a esta población a depender del poder político detentado y ejercido por personas ajenas a su realidad y que, por lo mismo, no tienen vocación para atender sus demandas. Este problema les dificulta adquirir autonomía política, administrativa y económica, que es a donde apunta la política de descentralización del Estado peruano, cuya implementación debe tener mayor énfasis en regiones históricamente relegadas, por cuanto los gobiernos regionales y, sobre todo, locales deben ser los órganos más capaces para gestionar los intereses de sus habitantes, pues tienen mayor proximidad a la realidad de las circunscripciones bajo su administración.

La vulnerabilidad de las poblaciones ayacuchanas, en especial de las zonas rurales altoandinas, llega a su punto más crítico con la violencia política arremetida por Sendero Luminoso en la década de los 80 y primeros años de los 90. Al respecto, hay vivencias documentadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que testimonian la ocurrencia de asesinatos, desapariciones forzadas, arrasamiento y desplazamiento de los iquichanos a partir de los años 1983 hasta 1993, año en que estos pobladores retornan a su lugar de origen y se organizan en los denominados comités de autodefensa. Es de resaltar que estos actos de violencia no solo fueron imputados a senderistas, sino también a efectivos del ejército; así lo manifestó Rómulo Tello Peña, un poblador iquichano que vivenció tales hechos atroces:

> A Carhuahuran vinieron los militares. Al ver esto también mataban a la gente que detenían y hacían lo que querían. Nos mataron equivocándonos como terroristas. Nuestra rabia era más. En Carhuahuran los militares nos dijeron "únanse y luchen contra Sendero". ¿Cómo nos defenderemos sin armas? Y fuimos a Orccohuasi para unirnos y poder luchar; cuando estábamos ahí entraron los desconocidos y quemaron 26 casas y quemaron a dos mujeres y a un varón, nos encontrábamos totalmente desamparados, sin comer; mataron a la gente de Iquicha (Ministerio de Cultura, 2002).

La masacre de los periodistas en Uchuraccay es otro ejemplo de las consecuencias nefastas ocasionadas por la falta de visibilidad y previsión de los problemas que afrontan las zonas rurales del país. En torno a este suceso surgieron diversas hipótesis sobre la autoría, pues sectores de la izquierda política lo atribuyeron a los miembros del Ejército, otros, a los senderistas y, por último, a los campesinos que recibieron personalmente a los hombres de prensa en el día fatídico. Mucho se ha especulado sobre este tema, sin embargo, poco se ha tomado en cuenta el contexto sociocultural que condicionó tal evento. Como bien afirma Hiromi Hosoya (2004), esta multiplicidad de interpretaciones sobre una misma realidad devino de la

> "diferencia de hora" en el avance del temor al terrorismo, pues este fenómeno inició en las zonas rurales y se dirigió hacia las ciudades, tal como lo dictaba la estrategia maoísta seguida por los cabecillas de sendero luminoso; esto explica que el discurso se haya definido conforme al espacio del que provenía. Por ello, este autor sostuvo que la "falta de discusión sobre lo que ocurría en el área rural provocó la masacre masiva de los campesinos, tanto de parte de SL como de las Fuerzas Armadas" (2004, pp. 37-38).

La narración resumida de estos hechos no responde a un fin meramente descriptivo o explicativo, sino más bien a sustentar la necesidad de que el Estado peruano haga efectiva la política permanente de descentralización en esta zona altoandina, otorgando a la comunidad iquichana la categoría político-administrativa de distrito. De esta manera podría gestionarse eficientemente los servicios públicos en beneficio de sus miembros, garantizarles el ejercicio de sus derechos políticos mediante la elección democrática de sus representantes políticos, fortalecer la institucionalidad de su eventual gobierno local y coadyuvar a la construcción de su identidad cultural, a la vez que se les integre al Estado-nación en continua formación. En consecuencia, la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 debe interpretarse en el sentido que el mandato de creación del distrito de Iquicha es un asunto de interés nacional, debido a las razones de índole sociopolíticas resumidas en este apartado.

Para reforzar nuestra tesis, cabe agregar a las consideraciones ya expuestas la idea de que esta acción político-administrativa se enmarcaría en las Políticas de Estado fijadas en el Acuerdo Nacional, en concreto, en las Políticas 30 y 34 del Objetivo IV (Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado). La Política 30 versa sobre eliminación del terrorismo y afirmación de la Reconciliación Nacional, que compromete al Estado a –entre otros objetivos– "desarrollar programas integrales de apoyo al repoblamiento y/o reconstrucción de las zonas afectadas por la violencia terrorista, y promover acciones encaminadas a la eliminación de los factores estructurales de la violencia" (2002), pues solo con una cultura de paz y convivencia civilizada se puede reducir los índices de pobreza y elevar la calidad de vida. Por su parte, la Política 34 versa sobre ordenamiento y gestión territorial, que compromete al Estado a –entro otros objetivos– "consolidar una división político-administrativa a partir de la conformación de regiones, y concluir la demarcación de los distritos y provincias del país" (2004).

Ciertamente, las políticas de Estado no son vinculantes, pero tienen incidencia en la gestión pública y son consideradas como referente para el trabajo de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, además de ser el resultado de diálogos y consensos entre las distintas fuerzas políticas del país, por lo que han sido diseñadas para trascender Gobiernos y generaciones venideras, sin perjuicio de ser actualizadas en tanto así lo exijan las nuevas circunstancias. Ahora, en este punto, debemos definir el concepto de "políticas públicas". Pérez Paredes las define desde un enfoque operativo, señalando que son un "conjunto de acciones o inacciones adoptadas por el gobierno –en sus distintos niveles– que se implementan mediante decisiones, generalmente normas, con la finalidad de resolver un problema público y lograr determinada influencia sobre los ciudadanos" (2016, p. 117). Por consiguiente, desde los conceptos contemporáneos sobre gestión pública, puede concebirse a la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 como un instrumento de efectivización de las políticas públicas diseñadas para resolver la problemática estructural de la población iquichana que, como hemos visto, es materia de ordenamiento territorial, descentralización estatal y desarrollo sostenible y equitativo del país mediante la transferencia de competencias y presupuesto fiscal.

4. Sobre su modo de ejecución

Para finalizar la fundamentación jurídica de nuestra pretensión, realizaremos una precisión sobre el modo en que debe ser ejecutada la ley objeto del presente proceso. Si bien ya expresamos los argumentos que sostienen la tesis de su validez y vigencia, así como su naturaleza declarativa de interés nacional en base a una interpretación lógico-jurídica y sociológica, subsiste aún la duda sobre el alcance de su mandato, lo que está vinculado a la forma en cómo debe ser cumplida por el órgano demandado.

En este sentido, hemos de recordar que la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 es una norma jurídica heteroaplicativa y programática, por cuanto su eficacia está supeditada al despliegue de la función administrativa de los órganos competentes. En este punto debemos precisar que, la característica de esta ley en cuanto a su eficacia, no impide exigir su cumplimiento; y es que, si bien el TC estableció como precedente vinculante que el mandato contenido de la norma legal o acto administrativo invocados, sea incondicional (Expediente 00168-2005-AC, fundamento 14), esta regla ha sido abrogada tácitamente (por incompatibilidad) por el artículo 70 del NCPCo, ya que constituye una de las causales de improcedencia reguladas taxativamente en esta disposición normativa[25].

Por tanto, el cumplimiento de esta ley supondrá la aplicación de otras disposiciones normativas que estructuran el procedimiento administrativo a seguir, así como el órgano competente; ello sin perjuicio de otras de carácter técnico, tales como los lineamientos aprobados por la SDOT mediante sus directivas. En todo caso, las siguientes disposiciones procedimentales son las que mínimamente debe observar la SDOT para ejecutar la acción demarcatoria adecuada para convertir el aún centro poblado de Iquicha en distrito:

– De la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, modificada por Ley 30918: (i) el artículo 5, inciso 5.1, último párrafo; y (ii) el artículo 13, primer párrafo.

– Del reglamento de la Ley 27795, aprobado por Decreto Supremo 191-2020-PCM: (i) el artículo 4, inciso 52; (ii) artículo 8, inciso 8.1, literal e); (iii) artículo 59, último párrafo; y (iv) todo el Capítulo II del Título IV.

[25] **Artículo 70.- Causales de improcedencia**

No procede el proceso de cumplimiento:

1) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones […] (2021) [en énfasis es nuestro].

El elemento común de estas normas es que establecen que la ejecución de acciones demarcatorias en zonas declaradas de interés nacional está a cargo de la SDOT, al ser el órgano rector del Sistema Nacional de Demarcación Territorial, a través de un procedimiento administrativo especial que garantiza la celeridad justificada por su carácter prioritario. En consecuencia, la eventual sentencia estimatoria no ordenará en estricto la creación del distrito de Iquicha –acto legislativo que precisamente ya fue dispuesto mediante la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 y cuyo cumplimiento se exige–, sino a compeler al órgano demandado a asumir competencia que le corresponde por mandato legal.

La precisión aquí anotada esclarece la frontera competencial entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, sumamente necesaria para desestimar cualquier objeción dirigida a este aspecto formal. En este sentido, si bien el Poder Ejecutivo ejerce competencia exclusiva y excluyente sobre el manejo de la hacienda pública, la proyección del presupuesto público y el diseño e implementación de las políticas de ordenamiento territorial, esto no puede servir de pretexto para evadir el cumplimiento de un mandato legal, aunque su ejecución repercuta en el balance presupuestario, pues, en tal caso, podrá ejercer su función administrativa y gubernamental en base a criterios de oportunidad y conveniencia.

V. CONCLUSIONES

a) Se realizó un estudio de caso que involucra al centro poblado de Iquicha, asentado en la zona altoandina de la provincia de Huanta, Ayacucho. Estos pobladores vienen demandando desde hace varios años la creación de su distrito y, consecuentemente, la institucionalización de un gobierno local representativo de sus intereses; ello en mérito de la Ley Transitoria de Municipalidades sancionada por la Convención Nacional de 1855 y promulgada el 02 de enero de 1857 por el entonces presidente provisional, el mariscal Ramón Castilla.

b) A pesar del transcurso del tiempo, de los cambios socioeconómicos y de las numerosas modificaciones al ordenamiento jurídico, se concluye que la citada ley está parcialmente vigente. Las premisas de las que se colige esta afirmación son las siguientes: (i) la ley es válida debido a que fue sancionada por un órgano dotado de potestad constituyente y legislativa, que en doctrina ha sido denominado 'Congreso Constituyente', ya que no solo estaba premunido de poder para sancionar una nueva Constitución, sino también para sancionar leyes; y (ii) solo el artículo 1 de la ley se mantiene vigente, mientras que los artículos que regulaban el procedimiento de elección de autoridades municipales han sido derogados tácitamente por incompatibilidad con la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 191-2020-PCM.

c) El artículo 1 de la ley examinada dispuso la creación de municipios en varias circunscripciones del territorio nacional, entre las cuales figura la comunidad iquichana. El propósito primigenio de esta medida fue elaborar el registro civil que sirva de base para las elecciones presidenciales necesarias a efectos de restituir el sistema democrático quebrantado por la revolución liberal, encabezada por el mariscal Ramón Castilla, quien había derrocado al militar José Rufino Echenique. A pesar de que este objetivo político fue coyuntural, el interés nacional sobre la creación del distrito de Iquicha subsistió hasta la actualidad. Esta conclusión es válida en la medida que es el resultado de dos métodos interpretativos: (i) uno lógico-jurídico; y (ii) otro sociopolítico.

d) El primero es un método textual de interpretación, en virtud de la cual se colige que el artículo 1 de la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 tiene naturaleza declarativa de interés nacional, toda vez que expresa un mandato con alto grado de indeterminación normativa, al no estar esquematizado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (ambas vinculada por un nexo lógico condicional); sino más bien constituye la positivización de una política pública instrumental del proceso de descentralización del Estado peruano y de la división territorial (vertical) del poder. Por otro lado, el segundo es un factor externo de interpretación, por cuanto construye el sentido de la ley a partir de datos empíricos y pragmáticos. El empleo de este método hermenéutico se justifica en la consideración de que las normas legales están destinadas a producir efectos en el ámbito de una realidad social. Bajo este enfoque, resultó una exigencia describir las vicisitudes políticas, sociales y culturales que ha afrontado la comunidad iquichana en las revueltas y guerras acontecidas antes y después de la emancipación peruana, así como en el periodo de la violencia política padecida en la primera mitad de los años 60 hasta la primera mitad de los

90 del siglo anterior. Ambos factores o métodos interpretativos convergen para sustentar la tesis de que la Ley Transitoria de Municipalidades de 1857 tiene naturaleza declarativa de interés nacional.

e) El esquema tradicional de las normas legales está compuesto por dos proposiciones: una hipótesis y una consecuencia jurídica, ambas conectadas por un nexo lógico condicional, en virtud de la cual la verificación de la primera en el plano fáctico debe desencadenar necesariamente la segunda. En el caso de las leyes declarativas esto no se cumple, por cuanto su enunciado lingüístico no expresa un supuesto de hecho, sino un mandato o imperativo dirigido a la Administración Pública para el cumplimiento de una actividad, sin establecer elementos de concreción tales como el espacio, el tiempo, las circunstancias o el modo de ejecución. En suma, se tratan de disposiciones con un alto grado de indeterminación normativa y cuya vinculatoriedad está en entredicho, debido a que su cumplimiento supone iniciativa de gasto público, lo que es competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo. A pesar de ello, se ha evidenciado un crecimiento exponencial de esta clase de leyes en la producción, de modo que sería inconveniente vedarlas del ordenamiento jurídico.

f) Las leyes declarativas de interés nacional son normas heteroaplicativas, porque su eficacia está condicionada a la ejecución de actos administrativos destinados a cumplir plenamente su mandato, el cual, por lo general, es instrumental de las políticas públicas diseñadas por el gobierno central. Así, sobre la base de este caso particular, es posible deducir algunos criterios materiales para la configuración de las leyes declarativas, cuya regulación normativa y jurisprudencial serviría de límite al legislador al momento de proponerlas:

- Que sean aprobadas exclusivamente por órganos que ejercen función legislativa de alcance nacional, es decir, los Poderes Legislativo y Ejecutivo, este último mediante Decretos Legislativos –lo que supone delegación de facultades legislativas por parte del Congreso mediante ley autoritativa–, Decretos de Urgencia y Decretos Leyes, aunque esta última fuente normativa no es admisible en un Estado constitucional, por cuanto suponen la ruptura del sistema democrático.

- Que su eficacia competa a órganos y organismos también de alcance nacional o a estos y los pertenecientes a los gobiernos territoriales creados para hacer efectiva la política de descentralización del Estado (gobiernos regionales y locales).

- Que su ámbito de aplicación subjetivo y espacial abarca, si no la totalidad de ciudadanos y del territorio, una cantidad altamente indeterminada de los mismos, a tal punto que se pueda hablar de tutela de intereses difusos o colectivos.

- Que los conceptos 'interés nacional' y 'necesidad pública' estén relacionados a la realización del bien común, de la dignidad humana y de los principios democráticos.

- Que la materia objeto de regulación coadyuve a la ejecución de las políticas generales de gobierno, políticas nacionales y/o políticas de Estado del Acuerdo Nacional.

- Que sean instrumentos eficaces para revertir un estado de cosas inconstitucional, declarada o no por el Tribunal Constitucional, entendida como la lesión multidimensional y estructural de los derechos fundamentales como consecuencia de la ineficiencia e ineficacia de la Administración Pública en perjuicio de un número indeterminado de personas.

Cabe recalcar que esto es solo un esbozo sobre el contenido material de las leyes declarativas, por lo que su teorización requiere de estudios académicos sobre otras materias también reguladas por esta clase de leyes.

REFERENCIAS

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Cajaleón, E. (1999). La Convención Nacional y la Constitución de 1856. *Pensamiento Constitucional*, *IV*(6), 635-640.

Comisión de la Verdad y Reconciliación [CVR] (2003). *Los escenarios de la violencia*. https://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20V/SECCION%20TERCERA-Los%20Escenarios%20de%20la%20violencia%20(continuacion)/2.%20HISTORIAS%20REPRESENTATIVAS%20DE%20LA%20VIOLENCIA/2.4%20UCHURACCAY.pdf

De Trazegnies Granda, F. (2005). La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (51), 31-42.

(2018). *Pensando insolentemente*. Grijley.

Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria [DIDP] (2013). *Informe Temático N.10/2012-2013*. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BED70E4CDB6B2A2A0525812200730486/$FILE/324_INFTEM10_necesidad_p%C3%BAblica.pdf

Furnish, D. (1972). La Jerarquía Del Ordenamiento Jurídico Peruano. *Derecho PUCP*, (30), 61-80.

Gaceta Jurídica (2007). *El Código Civil en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil*. Diálogo con la Jurisprudencia.

Galdo Gutiérrez, V. (1992). *Ayacucho: conflictos y pobreza, historia regional (siglos XVI – XIX)*. Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga.

García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Editorial Adrus.

Hosoya, H. (2004). *La memoria post-colonial: tiempo, espacio y discursos sobre los sucesos de Uchuraccay*. Instituto de Estudios Peruanos.

Husson, P. (1992). *De la guerra a la rebelión (Huanta, siglo XIX)*. Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas.

Méndez Gastelumendi, S. (2002). *El poder del nombre, o la construcción de identidades étnicas y nacionales en el Perú: mito e historia de los iquichanos*. Instituto de Estudios Peruanos.

Méndez Gastelumendi, S., & Estenssoro, J. C. (2021). *Las independencias antes de la independencia: miradas alternativas desde los pueblos*. Instituto de Estudios Peruanos.

Ministerio de Cultura [MINCUL] (2002). *Caso: pobladores de Iquicha*. https://lum.cultura.pe/cdi/video/caso-pobladores-de-iquicha

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUSDH] (2013). *Informe 036-2013-JUS-DNAJ*. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/853EFCBCE324F6C6052581CC006EE98C/$FILE/Informe_Legal_N%C2%B0_036-2013-JUS-DNAJ.pdf

Montero Villanueva, S. (14 de setiembre de 2020). La sangre rebelde de los iquichanos. *unahALDIA: Periódico Digital Universidad Nacional Autónoma de Huanta*. https://www.aldia.unah.edu.pe/la-sangre-rebelde-de-los-iquichanos

Oviedo, J. (1861). *Colección de Leyes, Decretos y Ordenes publicadas en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. Imprenta de José Masías.

Pérez Paredes, Y. (2016). *El control parlamentario en el constitucionalismo peruano.* Instituto Pacífico.

Rubio Correa, M. (1985). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2005). La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (51), 7-18.

Salas Zegarra, A. (2013). El Municipio en el Perú. *Athina*, (10), 178-186.

Secretaría de Demarcación y Organización Territorial [SDOT] (2022). *Informe D000067-2022-PCM-SDOT-JLR*. https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2021/Descentralizacion/files/pcm_-_informe_007_-_pl_1174.pdf

Tafur Charún, E. (2015). *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (Jerarquía, competencia y función constitucional)*. Estudio Mario Castillo Freyre.

Trinidad Alvarado, C. (2018). *¿Las leyes 'declarativas' tienen efectos?: A propósito de la Ley 30723 que declara de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en Ucayali*. http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2018/02/An%C3%A1lisis-jur%C3%ADdico-a-la-Ley-30723-que-fomenta-carreteras-en-la-Amazon%C3%ADa-de-Ucayali.pdf

Vásquez Armas, R. (2010). La técnica de declaración del 'Estado de cosas Inconstitucional': fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. *Ius et Veritas*, *20*(41), 128-147.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución de la República Peruana [Const.] (1856).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Legislativo 1326, que estructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de enero de 2017 (Perú).

Decreto Legislativo 768, Código Procesal Civil Diario Oficial *El Peruano*, 4 de marzo de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 191-2020-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 2020 (Perú).

Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2002 (Perú).

Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2002 (Perú).

Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de diciembre de 2007 (Perú).

Ley 30762, Ley que declara de interés nacional y necesidad pública a la provincia de Ilo como zona estratégica para el desarrollo portuario del sur del Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de mayo de 2018 (Perú).

Ley 30781, Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la modernización del Terminal Portuario de Chimbote para la exportación, diversificación productiva y articulación territorial, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de junio de 2018 (Perú).

Ley 30918, Ley que fortalece los mecanismos para el tratamiento de las acciones de demarcación territorial, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de febrero de 2019 (Perú).

Ley 31261, Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de Chanquil, en la provincia de Acobamba, departamento de Huancavelica, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de julio de 2021 (Perú).

Ley 31262, Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de San Juan de Quispillaccta, en la provincia de Cangallo, departamento de Ayacucho, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de julio de 2021 (Perú).

Ley 31263, Ley que declara de interés nacional y necesidad pública el mejoramiento y ampliación de los servicios de salud del Hospital Carlos Cornejo Roselló Vizcardo del distrito y provincia de Azángaro, departamento de Puno, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de julio de 2021 (Perú).

Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2021 (Perú).

Ley 51, Ley Transitoria de Municipalidades, 2 de enero de 1857 (Perú).

Ley Orgánica de Municipalidades, 29 de noviembre de 1856 (Perú).

Proyecto de Ley 03196/2022-CR, Ley que declara de interés nacional y de necesidad pública la creación del distrito de incaico en la provincia de Bellavista, departamento de San Martín, 30 de setiembre de 2022 (Perú).

Proyecto de Ley 03441/2009-CR, Propone ratificar y desarrollar la ley transitoria de municipalidades del 02 de enero de 1857, que crea el distrito de Iquicha, en la provincia de Huanta, departamento de Ayacucho, 27 de agosto de 2009 (Perú).

Proyecto de Ley 3282/2022-CR, Ley que declara de necesidad publica y preferente interés nacional la creación del distrito de buena vista Chacachaca, ubicado en la provincia de Chucuito del departamento de Puno, 12 de octubre de 2022 (Perú).

Proyecto de Ley 07975/2020-CR, Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la creación del distrito de Iquicha, 1 de julio de 2020 (Perú).Tribunal Constitucional [T.C.], 10 de diciembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0014-2003-AI (Perú).

Resolución de la Secretaría de Demarcación y Organización Territorial 006-2021-PCM/SDOT (2021). Lineamientos generales que regulan el Registro Nacional de Circunscripciones (RENAC).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de julio de 2002, sentencia recaída en el Expediente 1314-2000-AA (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de abril de 2006, sentencia recaída en el Expediente 00047-2004-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de setiembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de setiembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 0021-2005-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 29 de setiembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 0168-2005-AC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 3 de enero de 2003, sentencia recaída en el Expediente 00010-2002-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 30 de noviembre de 2000, sentencia recaída en el Expediente 1100-2000-AA (Perú).

MEMORIA INSTITUCIONAL

2022-1

THĒMIS

desde 1965

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido es la encargada de la edición y publicación de THĒMIS-Revista de Derecho. En el ciclo 2022-1, el Consejo Ejecutivo continuó con su permanente labor de edición de nuestra cada vez más consolidada revista, producto insignia de la asociación. En esa línea, la academia pudo presenciar la exitosa publicación de nuestra edición número 80, dedicada al eje temático de Derecho, Políticas Públicas y COVID-19. Esta excepcional edición fue ejecutada con la coordinación de Eduardo Dargent (Pontificia Universidad Católica del Perú) y Juana Ibañez (Pontificia Universidad Católica del Perú), y bajo la asesoría temática de Betzabé Marciani (Pontificia Universidad Católica del Perú) y Miguel Ángel Pacheco (Universidad de Castilla – La Mancha); quienes otorgaron un extraordinario valor en la revisión de los artículos postulados y la definición de los temas discutidos, desde sus respectivos ámbitos profesionales.

En esa línea, destacamos haber publicado sobresalientes artículos relativos al impacto de la emergencia sanitaria en el derecho público, regulación urbanística, legislación pendiente en el Perú respecto al empleo público, entre otros temas. Asimismo, en el marco de nuestro objetivo de una mayor participación juvenil en investigación jurídica, publicamos a dos ganadores de nuestro concurso de artículos para estudiantes universitarios "Generación del Bicentenario: Derecho, crisis y reflexión", el cual fue coordinado con apoyo de la Comisión de Desarrollo Social. Además, para el lanzamiento de la comentada edición, sostuvimos un exitoso evento de presentación, el cual contó con aproximadamente un centenar de espectadores en vivo, a través de la plataforma Zoom. En tal oportunidad, los asistentes pudieron presenciar discusiones relativas a la regulación estatal y las restricciones de derechos fundamentales en el contexto del COVID-19, con los comentarios de estupendos panelistas.

Por otro lado, durante el ciclo 2022-1, proseguimos con la coordinación para la elaboración de nuestra edición número 81, dedicada al Derecho Bancario y Financiero, proyecto que cuenta con la coordinación de Freddy Escobar (Lazo & De Romaña Abogados) y asesoría temática de Jeanette Aliaga (Benites, Vargas & Ugaz). Es de destacar que este número no solamente contó con valiosos artículos académicos, sino que también con una mesa redonda, donde destacados panelistas comentaron un tema muy relevante y actual, el cual, estamos seguros, fue de gran interés para nuestros fieles lectores. Sin duda, creemos que esta fue una de nuestras ediciones con mayor acogida.

Con todo ello, la Comisión de Contenido cerró un excelente ciclo académico. Desde acá, agradecemos a sus miembros, pues sin ellos y su arduo trabajo la comunidad académica no podría tener a su disposición nuestra clásica, pero, a la vez, innovadora revista.

COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

EnfoqueDerecho.com tiene como misión ser un referente en cuanto al devenir cotidiano de los temas vinculados con el derecho en el Perú y el mundo; un portal en el que tanto estudiantes como profesionales pueden plasmar sus opiniones a través de artículos, entrevistas, blogs y demás productos.

En ese sentido, durante el primer semestre del 2022, EnfoqueDerecho.com realizó semanas temáticas, correspondientes a los temas de "Derechos Humanos y Pandemia" y "Música y Derecho". Asimismo, se llevaron a cabo las histerias de "K-pop y Derecho" y "Derecho y Acontecimientos Históricos"; así como el especial de "Derecho, Literatura y Poesía" en el que entrevistaron a diversos profesionales como Valeria Reyes, Daniel Ulloa y Juan Alberto Castañeda.

Más aún, la comisión gestionó la apertura de un nuevo blog: "Bitácora Arbitral", un espacio coordinado por el profesor Roger Vidal, junto con diversos especialistas en la rama, y busca ser un espacio donde buscarán analizar, detallar y reseñar los diversos acápites arbitrales, fallos de tribunales y laudos importantes.

Por otro lado, continuaron con la repotenciación de sus redes sociales, inaugurando una nueva línea gráfica que permite mostrar la diversidad de los productos de la comisión. En ese sentido, lanzaron el producto "IG Lives" y "Sábado de recomendaciones", produjeron nuevas entregas de su podcast, "Diario de un practicante" y se retomó el espacio denominado "Caso Emblemático".

En adición a ello, realizaron el "Versus: Reforma Constitucional" en el que los abogados Noemi Ancí y Lucas Ghersi debatieron problemáticas sobre si nos encontramos o no en el momento oportuno para instalar una Asamblea Constituyente.

También, junto con Armando Sánchez Málaga, produjeron unas clases de Teoría del Delito, bajo el título "Un acercamiento a la Teoría del Delito".

En este semestre la comisión realizó diversos conversatorios: "Piratería y propiedad intelectual" y "Hablemos sobre el nuevo Anteproyecto del Código del Trabajo".

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Continuado con su labor de elaborar y publicar libros de vanguardia y gran calidad académica, la comisión de Publicaciones, encargada de la Editorial Jurídica THĒMIS, ha lanzado diversos proyectos en el presente semestre. El primero de ellos fue la primera edición electrónica del libro *Arte y Derecho*, bajo la coordinación del Dr. Alfredo Bullard. Con el propósito de acercar nuestros productos al público a través de las plataformas virtuales, la Editorial apostó por una edición en formato e-book en la que diversos autores reflexionaron sobre la vinculación entre lo artístico y lo legal. El libro fue presentado en un evento virtual que contó con la ponencia de cuatro coautores.

Asimismo, respecto a nuestros productos físicos, la Editorial Jurídica THĒMIS presentó el libro *La Constitución de 1993: presente y futuro*, coordinada por el Dr. Francisco Bobadilla y en colaboración con el Círculo de Estudios en Derecho y Política. En el marco de la presentación de esta importante obra, la Editorial apostó por el regreso a la presencialidad, a través de un evento que reunió a destacados expertos en derecho que abordaron cómo nuestra Constitución Política regula distintos aspectos de nuestra vida en sociedad. El evento se llevó a cabo el jueves 9 de junio y contó con las ponencias de coautores del libro.

COMISIÓN DE CURSOS & CAPACITACIONES

En el ciclo 2022-1 se tenía como finalidad académica la excelencia en nuestros productos y como finalidad social, una mayor integración dentro y fuera de la comisión. En el aspecto académico, en primer lugar, previo al inicio del ciclo pudimos concretar un proyecto de talleres de repaso para diferentes cursos de la Facultad de Derecho de nuestra casa de estudios. La anécdota y enseñanza que extraemos de este primer proyecto se origina en que fuimos comunicados con la propuesta de los talleres dos semanas antes del inicio de clases. Pese al reducido tiempo y a la corta publicidad, los talleres de repaso fueron un éxito y se demostró nuevamente que la comisión de Cursos y Capacitaciones trabaja excelente bajo presión.

En segundo lugar, los dos cursos que fueron planificados en el ciclo fueron los de redacción jurídica de contratos y el de derecho penal económico. Por el lado del primero, la intención se centró en extender los conocimientos de los estudiantes y operadores del Derecho principalmente, pues los contratos son documentos respecto de los cuales estamos en constante interacción tanto en el ámbito educativo (malla curricular de nuestra facultad) como en el ámbito laboral (practicantes y abogados). La acogida del curso fue mucho mayor a la esperada, lo cual nos enseñó que además de variadas ramas del Derecho, existen ámbitos formales como la redacción, oralidad, pensamiento crítico del Derecho, que son igual de importantes para los estudiantes y operadores del Derecho. Por el lado del segundo, decidimos entregar un curso del área penal, pese a lo usualmente controversial de esta rama. Con un éxito menor al primer curso, no dejó de ser satisfactorio y felicitado por los operadores del Derecho. Adicionalmente a ambos cursos, pudimos elaborar en conjunto con la comisión de desarrollo social, Khuska, un webinar sobre los derechos del adulto mayor, el cual nos permitió acercarnos más a las personas de la tercera edad, compartir sus experiencias y remarcar la relevancia de los problemas que les rodean.

En el aspecto social, primero internamente, se buscó la máxima horizontalidad; es decir, que no se sienta como un director y 5 comisionados, sino que se sienta como 6 directores. La finalidad de ello era desatar el máximo potencial de cada comisionado en el ámbito que mejor destaque, ya sea en temas logísticos como en temas de trato con los clientes y/o ponentes. Con mucha satisfacción, se vio la evolución de todos los miembros de la comisión de Cursos y Capacitaciones. Con ello en mente, el ambiente laboral no se agotaba en el aspecto interno de la comisión. El objetivo principal era desdibujar la figura de los embajadores. Si bien es cierto que contribuye a una mejor organización, se limitaba la interacción entre comisiones. El objetivo fue, que todo comisionado de THEMIS pueda hablar con cualquier comisionado de Cursos y Capacitaciones respecto a cualquier temática que desee. La finalidad era demostrar, que tanto el director como el comisionado más nuevo, eran capaces de brindar toda la información necesaria, así como iniciar proyectos. La visión apuntaba finalmente a que esta integración crezca, de la mano con los buenos resultados académicos.

COMISIÓN DE SEMINARIOS

La Comisión de Seminarios tiene como objetivo principal la planificación y ejecución de eventos académicos, procurando siempre contar con un enfoque interdisciplinario y análisis crítico. Asimismo, a través de los diversos Congresos o Seminarios que realizamos cada ciclo, tratamos de abordar temáticas de relevancia coyuntural y de interés general.

Durante el primer semestre del 2022, la Comisión de Seminarios continuó con su misión de difundir la cultura jurídica a través de sus eventos en modalidad virtual, mediante la plataforma Zoom Webinar. En ese sentido, se gestionaron dos eventos durante el ciclo.

El primer de ellos fue la segunda edición del "Congreso de Derecho Tributario", el cual se realizó los días jueves 31 de marzo, viernes 01 y sábado 02 de abril. El evento congregó a los más destacados especialistas en la materia, tanto -nacionales como internacionales, entre los cuales se encuentran Pablo Sotomayor (Miranda & Amado), Vanessa Watanabe (Payet, Rey, Cauvi, Pérez), Alex Córdova (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados), Carmen Robles (PUCP), Francisco Ruíz de Castilla (PUCP), Claudia Loyola (Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría), Guillermo Cabieses (Nexus Group), entre otros.

Por otro lado, la comisión consideró de suma relevancia organizar y ejecutar el "Congreso de Derecho Procesal", el cual se llevó a cabo los días jueves 04, viernes 05 y sábado 06 de agosto. El evento se enfocó en los siguientes temas marco: (i) La efectividad en el proceso; (ii) Retos actuales de la Teoría de la Prueba; y (iii) La vinculación del proceso con el fenómeno de la corrupción. Este evento contó con la participación de destacados profesionales como Juan Monroy (Estudio Monroy), Patricia Beltrán (Poder Judicial del Perú), Giovanni Priori (Miranda & Amado), Roxana Gayoso (Estudio Echecopar), Adrián Simons (Simons Abogados), Isabel Tello (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados), Dante Apolín (PUCP), Raquel Limay (Poder Judicial del Perú), entre otros.

La Comisión de Seminarios reafirma su compromiso de seguir innovando y continuar con su labor de contribuir con la difusión de la cultura jurídica.

COMISIÓN DE IMAGEN INSTITUCIONAL

La función de la Comisión De Imagen Institucional es promover la marca THĒMIS mediante la elaboración, gestión y difusión de contenido publicitario a través de las redes sociales de la Asociación. Para ello, los comisionados de Imagen Institucional diseñan las líneas gráficas de todas las campañas publicitarias de los productos THĒMIS, sean revistas, libros, cursos, seminarios u otros. Asimismo, tienen a su cargo la realización de las campañas y eventos de la Liga THĒMIS y el tradicional Acércate a THĒMIS.

En este semestre, el tema de la Liga THĒMIS fue el tráfico ilícito de la fauna silvestre y las consecuencias que este acarrea. La campaña se tituló "Liga THĒMIS contra el Tráfico Ilícito de Fauna Silvestre". El evento central de la Liga fue el conversatorio ""Tráfico Ilícito: Una gran amenaza a la fauna silvestre del Perú", el cual se realizó el 19 de mayo del 2022 mediante la plataforma Zoom. Este tuvo como ponentes a Lucía Ruíz, Gabriela Ramírez, Jannet Cisneros, Jimpson Dávila y Patricia Torres. El conversatorio tuvo una gran acogida, tanto en el evento en sí, como en la transmisión en vivo por Facebook.

Por otro lado, en esta oportunidad se escogió la temática de Grecia y Roma para el Acércate a THĒMIS, representando a la magia que se conoce al pertenecer a la Asociación. El evento se realizó el 16 de julio del 2022 y contó con los miembros extraordinarios: Vanessa Chávarry, Adrián Lengua, Isabel Tello, Fabio Núñez del Prado y Daniela Maurate.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

El Programa de Desarrollo Social de THĒMIS, Khuska, brinda herramientas jurídicas a poblaciones en situación de vulnerabilidad mediante un enfoque de inclusión social y horizontal. Durante el 2022-1, se continuó con el *rebranding* de las redes sociales con el objetivo de mantener una línea gráfica atractiva para el público objetivo e innovar nuestro medio de comunicación para dar a conocer nuestra labor social.

La Comisión De Desarrollo Social concluyó el proyecto "Empodérate" junto al INABIF (Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar), este tuvo el objetivo de brindar herramientas jurídicas a madres adolescente del CAR (Centro de Acogida Residencial) de Junín contando con el apoyo de voluntarios. Por otro lado, se desarrolló el curso "En-Seña-ndo: Aprende lengua de señas para formar parte de una sociedad inclusiva" junto a nuestro aliado MAW-LSP. De otro lado, junto a la Comisión de Cursos y Capacitaciones y con el apoyo del INABIF y ANAM, se preparó el Zoom Webinar "Envejecer con dignidad: Nuevas tendencias en la protección de los Derechos de las personas mayores". Asimismo, renovando la alianza con el INABIF y se desarrolló el proyecto del ciclo "Derecho y Oportunidades: Hacia una vida Independiente" dirigido a jóvenes y adultos del CAR de San Francisco con discapacidad intelectual leve y moderada, que tiene como eje principal la vida independiente sumado a valiosas herramientas jurídicas. Finalmente, se realizó una entrevista en vivo a Ana Estrada en torno a la decisión de la Corte Suprema y reconocimiento del derecho a una muerte digna.

A la par, se realizaron diversos eventos con el objetivo de difundir la cultura jurídica y el desarrollo social, muchos de ellos junto a organizaciones especializadas en cada tema y con representantes del grupo en situación de vulnerabilidad. En esa línea, se desarrolló el evento "Dar voz: Universidades y hostigamiento sexual" para analizar situaciones de violencias de género y hostigamiento sexual dentro de los espacios académicos. También se llevó a cabo el evento "Green Flags: Especial de San Valentín" junto a Sin Tabúes, con el fin de compartir información respecto a la libertad sexual y el libre desarrollo. Asimismo, el evento "¿Ecocidio a la vista?: Derrame de petróleo en el Perú y su afectación al medio ambiente" se realizó con el apoyo de la ONG "MAQAY" y "Viernes por el Futuro-Perú" para difundir las implicancias del derrame ocurrido en Ventanilla y el valor del medio ambiente tanto en su dimensión social como cultural. Sumado a ello, organizamos el evento "Pueblos Indígenas en la Pandemia: derecho a la salud, vacunación y medicina tradicional" contando con la participación de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) desarrollando dentro del contexto reciente el derecho fundamental de la salud. Paralelamente, concretamos el evento "Pueblos indígenas, propiedad y acceso a la tierra" en colaboración con el Equipo de Derecho Ambiental (EDERA) y el Equipo de Derecho Inmobiliario (EDI) sobre las problemáticas de los pueblos indígenas para acceder a un título de propiedad sobre su territorio analizando así los conflictos socioambientales. Finalmente, desarrolló el evento "Derechos y demandas de la comunidad LGTBIQ+ hoy" para visualizar las principales problemáticas de la comunidad en la actualidad.

COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

En el marco de su función integradora, la Comisión de Recursos Humanos cumple el rol de asegurar un ambiente de bienestar y trabajo en equipo dentro de la Asociación, ello lo realiza mediante la organización de actividades en las que los miembros ordinarios de la Asociación puedan conocerse y desarrollar una mayor confianza entre sí que les permita trabajar en cooperación. En ese sentido, el ciclo 2022-1 fue uno muy importante para la Comisión, pues marcó el retorno a la presencialidad ante la progresiva atenuación de las restricciones gubernamentales por Covid-19.

Así, el ciclo inició con la bienvenida para los nuevos miembros en modalidad virtual, vía Zoom, en la que los miembros de Asamblea 2022-1 pudieron participar en una serie de retos, actividades y juegos que permitieron romper con la timidez inicial de algunos, todo esto dentro de la temática "Fiesta Luau". Por otro lado, también se llevó a cabo la despedida para miembros que dejaron THĒMIS en el 2021-2. Esta fue una reunión virtual conmovedora en la que se celebró a aquellos que habían dedicado parte de su vida universitaria a nuestra querida Asociación.

Posteriormente, a finales de abril de 2022, la Comisión organizó la primera reunión presencial después de dos años de virtualidad, la cual tuvo como temática el agradecimiento y se tituló "Thank You", pues tuvo como fin agradecer a todos los Asociados por su esfuerzo y dedicación a pesar de las circunstancias adversas del contexto de pandemia. Esta reunión acogió a los miembros ordinarios de la Asociación, así como a aquellos que habían dejado THĒMIS en los ciclos 2021-2 y 2021-1.

Además, a lo largo del ciclo, la comisión organizó diversas actividades, entre ellas, la tradicional Semana THĒMIS, cuya temática fue "Houses Edition"; las intercomisiones que consistieron en que cada comisión pueda recordar a sus miembros extraordinarios con la temática "Now, then and forever", y para cerrar con broche de oro, el cocktail de fin de ciclo en el que celebramos las metas cumplidas durante el 2022-1. Finalmente, dirigimos todos los esfuerzos a nuestro reciente producto "Backstag-ē", una cuenta en la red social Instagram mediante la cual intentamos mantener más cerca a los miembros de Asamblea, informándoles acerca de las últimas novedades de la Asociación y permitiendo que interactúen entre ellos a través de dinámicas o encuestas.

Por otro lado, en el marco de sus funciones fiscalizadoras, la comisión se encargó de velar por el orden de la Asociación, así como de registrar la asistencia a las asambleas virtuales y demás eventos de THĒMIS. Asimismo, se llevaron a cabo entrevistas personales con todos los miembros de la Asociación tanto al inicio como al final del ciclo, para asegurarnos de su bienestar en la Asociación y poder estar al tanto de cualquier inquietud. Finalmente, la Comisión se encuentra muy esperanzada de poder retomar las actividades presenciales al 100% y conocer de cerca a todos los miembros de la Asociación.

COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN

La Comisión de Administración es la encargada de la gestión económica y legal de la Asociación Civil THĒMIS. Nuestras funciones combinan labores administrativas, financieras, comerciales, tributarias y registrales. Durante el ciclo 2022-1, hemos asumido el ansiado, pero a la vez desafiante compromiso de retornar progresivamente a la presencialidad, afrontando el gran reto de sostener en simultáneo el perfeccionamiento de nuestros procedimientos virtuales y el retorno a nuestras actividades cotidianas.

Por ejemplo, en cuanto a todos los productos que nuestra Asociación pone a la venta, hemos trabajado mucho en perfeccionar nuestros canales de venta online, así como nuestros servicios de *delivery* a todo el país, buscando generar una experiencia completa de un e-*commerce* eficiente para todos nuestros clientes. Pero al mismo tiempo, hemos reorganizado nuestro inventario y desarrollado labores de mantenimiento en nuestros almacenes, preparándonos para volver muy pronto a contar con espacios de venta físicos.

De la misma manera, hemos seguido trabajando en conjunto con otras comisiones para seguir ofreciendo nuestros esperados descuentos, ya sea a través de Packs que incluyan entradas a eventos de la Asociación y productos físicos, a través de códigos de descuento especiales, o a través de precios diferenciados para estudiantes, funcionarios del sector público y ventas corporativas. Todo ello, con el fin de seguir mejorando la exposición de la marca THĒMIS, fomentando y consolidando nuestra presencia en el mercado local, y posicionándonos como una Asociación al servicio del desarrollo jurídico del país.

Por último, pero no menos importante, hemos destinado también una parte importante de nuestro trabajo en este ciclo a actualizar el status registral de nuestra Asociación. Ha sido una tarea dura, pero nos ha permitido, entre otras cosas, actualizar los poderes de nuestro Consejo Directivo, reordenar nuestras Actas y Libros Contables, y ser una Asociación cada vez más eficiente. En esa línea, venimos reorganizando a la interna también nuestros procesos de emisión de boletas y facturas, asumiendo nuestra responsabilidad de brindarle a nuestros clientes una experiencia cada vez mejor. En lo que queda del 2022, seguiremos sumando todos nuestros esfuerzos por seguir construyendo una gestión eficiente, que nos permita hacer de THĒMIS una asociación jurídica de primer nivel.

HISTORIA DE LA COMISIÓN DE CONTENIDO

En 1965, **THĒMIS** se fundó con la idea de difundir la cultura jurídica a través de un solo producto que ha perdurado y se ha modernizado a lo largo de los años. Se trata de **THĒMIS-Revista de Derecho**, una publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, pertenecientes a la Asociación Civil **THĒMIS**. El editor general de **THĒMIS-Revista de Derecho** es el director de la Comisión de Contenido. La edición de nuestro producto bandera ha estado a cargo, desde sus inicios, por los siguientes abogados, académicos y estudiantes de Derecho:

PRIMERA ÉPOCA

THĒMIS 1	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 2	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 3	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 4	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 5	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 6	Luis Arbulú Alva
THĒMIS 7	Luis Arbulú Alva

SEGUNDA ÉPOCA

THĒMIS 1	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 2	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 3	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 4	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 5	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 6	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 7	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 8	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 9	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 10	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 11	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 12	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 13	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 14	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 15	Javier Chocano Portillo
THĒMIS 16	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 17	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 18	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 19	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 20	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 21	Eduardo Sotelo Castañeda
THĒMIS 22	Eduardo Sotelo Castañeda

THĒMIS 23	José Ignacio Castro Otero
THĒMIS 24	José Ignacio Castro Otero
THĒMIS 25	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 26	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 27	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 28	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 29	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 30	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 31	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 32	Juan Antonio Égüez Toledo
THĒMIS 33	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 34	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 35	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 36	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 37	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 38	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 39	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 40	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 41	Gilda Spallarossa Lecca
THĒMIS 42	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 43	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 44	Fernando Berckemeyer Olaechea
THĒMIS 45	Enrique Pasquel Rodríguez
THĒMIS 46	Mirella Miranda Nique
THĒMIS 47	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 48	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 49	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 50	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 51	Óscar Súmar Albújar
THĒMIS 52	Óscar Súmar Albújar
THĒMIS 53	Luis Miguel Velarde Saffer
THĒMIS 54	Luis Miguel Velarde Saffer
THĒMIS 55	Mario Drago Alfaro
THĒMIS 56	Mario Drago Alfaro
THĒMIS 57	María José Higueras Chicot
THĒMIS 58	Claudia Lazarte Abarca y Mariano Peró Mayandía
THĒMIS 59	Mariano Peró Mayandía y Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 60	Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 61	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 62	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 63	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 64	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 65	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 66	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 67	Gonzalo J. Monge Morales
THĒMIS 68	Carla Regina Odar Chang
THĒMIS 69	Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara
THĒMIS 70	Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía
THĒMIS 71	Ciro Vladimir Ortega Mejía y Joseline Zela Concha
THĒMIS 72	Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha
THĒMIS 73	Renato Higa Griffin
THĒMIS 74	Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez
THĒMIS 75	Axel Valverde Pariasca
THĒMIS 76	Axel Valverde Pariasca y Lucia Beatriz López Gallardo
THĒMIS 77	Lucía Beatríz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres
THĒMIS 78	Luz Andrea Caycho Cáceres y Sol María Guevara Ratto
THĒMIS 79	Chiara Lucía Jacob Camaiora
THĒMIS 80	Franco Arce Saldarriaga y Joyce Uriol Quiroz
THĒMIS 81	Joyce Uriol Quiroz y Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 82	Miguel Garcés Gutiérrez

Exmiembros de la Asociación Civil THĒMIS

Luis Abramovich Ackerman | Carmen María Accinelli Obando | Otto Alonso Acosta Bernedo | Ana Valeria Acosta Salaverry | Luis Enrique Adrianzén Trint | Úrsula Afán Castillo | Valeria Aguado Araujo | Édgar Aguirre Ramos | Alexandra Aguirre Sumarriva | Romina Alarcón Bonilla | Guillermo Alarcón Zubiaurr | Omar Alejos Mata | Javier Albán González | César Antonio Alcorta Suero | Jenny Aliaga Aliaga | Luis Aliaga Blanco | Jimena Aliaga Gamarra | María Cristina Alva Noriega | Juan Carlos Alvarado Ortiz | Andrea Valeria Álvarez Tapia | José Daniel Amado Vargas | Marisa Amado Vargas | María José Amado Villacorta | Kathy Ames Valdivieso | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi | Alejandra del Carmen Aquije Cornejo | Andrés Avelino Aramburú Piaggio | Carlos Arata Delgado | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbayza Obeso | César Arbe Saldaña | Joao Windson Arbildo Caro | Luis Arbulú Alva | Gabriela Arbulú León- Prado | Teresa Arce Coronel | Mario Arce Rodríguez | Franco Arce Saldarriaga | Diana Arciniega López | Sergio Arellano Gonzales | Fernando Arias- Stella Castillo | Cristina Arizmendi Bellido-Tagle | Ariana Armacanqui Paredes | Guillermo Arribas Irazola | Giancarlo Arrivasplata Núñez | Arturo Arróspide Villarán | Carla Arteaga Alarcón | Sergio Avendaño Bavestrello | Lucía Ávila Bedregal | Carolina Awapara Penalillo | Álvaro Ayllón Bondy | Felipe Ayulo Elejalde | Cecilia Azerrad Urrutia | Inés Baca de la Piedra | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | Fabiola Baquerizo Micheline | Alonso Barreda Ayllón | Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba | Ana Cristina Barrionuevo Luna | Manuel Barrios Arbulú| María Barrón Rodríguez | Sebastián Basombrío Dughi | Sandra Basurco García-Zapatero | Ariana Bassino Balta | Jack Batievsky Sapck | Pamela Battifora del Pozo |Andrés Bayly Letts | Kiara Bazán Santillán | Micaela Bedoya Bahamonde | Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre| Eduardo Bedoya Pérez | María del Carmen Bedoya Valdez | Maria Lucía Bellido Bertie | Adriana Bellido Ludowieg | María Fátima Benavides Maza | Ximena Benavides Reverditto | Francisca Benavides Roose | Carla Bengoa Rojas | Úrsula Ben-Hammou Novoa | Licy Benzaquén Gonzalo | Fernando Berckemeyer Olaechea | Gonzalo Bernal Neunmann | Gabriela Bernales Wan | Javier Berrospi Vivar | Sergio Alejandro Berrospi Vivar | María Cecilia Blume Cillóniz | Iván Blume Moore | Miluska Bobadilla Chancafe | Zuly Niskar Bolaños Enríquez | Ramiro Bolaños Flores | Gonzalo Bonifaz Tweddle | Costanza Borea Rieckhof | Lorena Borgo Hannach| Víctor Alfonso Bosleman Córdova | Beatriz Boza Dibós | Guillermo Bracamonte Hinostroza | Laura Bravo Chagua | Ángel Sebastián Bravo Morales |Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Vivian Bustamante Yabar | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | Franco Marco Caccia Arana | Fernando Cáceres Freyre | Franklin Cáceres Freyre | Aldo Cáceres Martínez | Augusto Cáceres Vega | Andrea Cadenas Cachay | Alejandra Calderón Santillán | Ana Calderón Torres | Héctor Calero Ramírez | José Calero Zavaleta | Jorge Calle Brush | Analía Calmell del Solar del Río | Javier Calmell del Solar Monasi | María Jimena Camacho Vega | Andreína Camargo Neyra | Paula Lucía Camino Morgado | Arisa Pamela Campos Ramírez | Cecilia Cánepa Olaechea | Lilian Cánepa Yufra | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | Pamela Léia Caro Coria | Mariella Carrasco Gadea | Verónica Carrasco Núñez |Alejandra Sofía Carrillo Ayala | Diego Carrión Álvarez-Calderón | Christian Armando Carvajal Valenzuela | Carlos Casabonne Stoessel | Juan Manuel Casalino Franciskovic | Patricia Casaverde Rodríguez | Julio Casma Rocha | Renzo Castagnino Abásolo | Alejandra Castañeda Andrade | Gian Paul Castañeda Carruitero | Fernando Castañeda Melgar| Marcelo Castilla Báez | Andreé Castro Arequipeño | José Ignacio Castro Otero | Diego Castro Panez | Evelyn Castro Ramos | Álvaro Castro Reátegui | Junior David Castro Reynoso | Augusto Francisco Cauti Barrantes | Constanza Cavallero Portugal | Alejandro Cavero Alva | Luz Andrea Caycho Cáceres | Mariana Cazorla Quiñones | Daniel Chancafe Rosas | María Fernanda Chanduví Herrera | Daniela Chang Rodríguez | Jackeline Chappuis Cardich | Vanessa Chávarry Meza | Adriana Chávez Copa | Ariana Chávez Cortez | Melady Steffania Chávez Macuado | María José Chávez Pozzi-Escott | Mauricio Checa Oliva | Jorge Chiang Belliki | Carolina Chipollini Román | Liz Chirinos Cuadros | Marco Alejandro Chirinos Herrera | Javier Chocano Portillo | Rafaela Chumpitazi Saltarich | Astridt Chuy Colonia | Karina Chung Fernandini | Aldo Renato Cisneros Jirón | Camilo Clavijo Jave | María Andrea Colina Cardoso | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo |

Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia Córdova Muñaqui | Luis Felipe Cornejo Arenas | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lanao | Carlos Cornejo Vargas | Micaela Cortés Cabieses | Iván Cortés Tejada | Mariliha Alejandra Corzo Tueros | Carlos Cotera Solano | Chiara Crestani Queirolo | Juan Carlos Crisanto Vargas | Claudio Cruces Larco | Pablo Cueto Saco | Ana Sofía Cuevas Sánchez | Lucia Cuglievan Blume | Vera Czichowsky Hinterseer | Jorge Dajes Fleishman| Joanna Dawson Pendavis | Alberto de Belaúnde de Cárdenas | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas | Luis de Bernardis Llosa | Federico de Cárdenas Romero | Arantxa de la Flor Giuffra | Fernando de la Flor Koechlin | Nicolás de la Flor Puccinelli | José María de la Jara Plaza | Martín de la Jara Plaza | Fernando Damián de la Puente Limay | Javier de la Vega Gómez | Jimena de la Villa Bayona | Camila de Lasa Larrea | Gabriela Lucía de Olazával Aguilar | Milagros de Pomar Saettone | Eduardo de Rivero Santana | Sebastián de Rutté Boisset | Patricio Ato del Avellanal Carrera | Rodrigo del Carpio Alarcón | Enrique del Castillo Fernández | Fernando del Mastro Puccio | María Verónica del Mastro Puccio| José Antonio del Risco Ramírez | Álvaro del Valle Roeder | Óscar del Valle Salinas | Chantal Marie Deleplanque Sánchez | Mariana Delgado Zeppilli | Miguel Denegri Portela | Tomás Denegri Vargas| Kai Díaz-Albertini Northcote | José Díaz del Valle | Margarita Díaz Picasso | Talía Díaz Rodríguez | Nathalie Díaz Silva | Gisella Domecq Garcés | Andrea Domínguez Noriega | Mario Drago Alfaro | Paul Duclós Parodi | Camila Dueñas Quiñones | Enzo Dunayevich Morales | Augusto Durand Palacios | Javier Echecopar Sabogal | Juan Antonio Égüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | María José Erausquin Herrada | María José Escobar Castillo | Angela Mérylin Escobar Huanca | Cedrik Hernán Espejo Tello | Stephanie Espejo Espinal | Alessandra Espino Beltrán | Walter Esquivel Valera | Anthony Exebio Mori | Yhasira Elisa Fabián Terreros | Rodrigo Falla Valdez | Jacqueline Febres Ballón | Enrique Felices Saavedra | Kevin Fernando Fernández Herrera | Gabriela Isabel Fernández Mendoza | Enrique Ferrand Rubini | Arturo Ferrari Carrasco | Cristina Ferraro Delgado | Verónica Ferrero Díaz | Manuel Ferreyros Pérez-Ízaga | Pamela Ferro Cornejo | Gustavo Fierro Campos | Alejandra Flecha Corvetto | Rodrigo Flores Benavides | Daniel Flores Consiglieri | Cristina Flores Ligarda | Rossmery Flórez Huacasi | Francisco José Floríndez Aramburú | Hugo Forno Odría | Ian Michael Forsyth Daneri | Laura Francia Acuña | Daniel Francisco Pimentel | Fernanda Franco Dulanto | José Enrique Frías Amat y León | Sandra Fuentes Ñique | Alexia Gaitán Meléndez | Nicolás Galindo García | Marcos Gallardo Jimenez | Alejandra Estefanía Gallardo Siguas | Patricia Gallegos Quesquén | Susana Gallo Alzamora | Giuseppe Galluccio Tonder | Viviana Gálvez Córdova | Edgardo Gamarra Bellido | Marco Antonio Gamarra Galindo | Nicol Lucero Gaona Buitrón | Carlos Garatea Grau | Adriana Garcés García | Gabriela García Arcía | Domingo García Belaúnde | Víctor Geancarlo García Huamán | Juan García-Montúfar Sarmiento | Alejandra García Oviedo | Frank Fermín García Santos| José Luis Gargurevich Valdez | Santiago Gárnica Franco | Mijael Garrido-Lecca Palacios | Rubiela Gaspar Clavo | Bruno Giusti Díaz |Carlos Glave Mavila | Andrés Gómez de la Torre Barrera | Enrique Gómez Ossio | Carlos Andrés Gómez Ramos | Corina Gonzales Barrón | Cristina Gonzales Camarena | Daniel Gonzales La Rosa | Arabella Gonzales Netto | Cinthia Gonzales Ramos | Lucrecia González-Olaechea Dutari | Óscar González Romero | Cristy Layla Gonzales Sifuentes | Gianina Gotuzzo Oliva | José Bernardo Goyburu Vassallo | Carlos Granda Bullón | Agustín Grández Mariño | Daniella Guerrero Menes | Melisa Guevara Paredes | Sol Guevara Ratto | Nydia Guevara Villavicencio | Ian Dolph-Jean Guimaray Vidal | Mauricio Gustín de Olarte | Juan Carlos Gutiérrez Azabache | Carlos Hamman García-Belaúnde | José Juan Haro Seijas | Allan Hennings Marianyi | Gabriela Herbozo Villayzán | Mariella del Carmen Hernández Valencia | Ximena Herrera Blácido | Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo | Fanny Herrera Cevasco | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin |María José Higueras Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra| Ísabo Hospinal Alcántara | Steven Hu Huang | Juan Israel Huamán Koo | Mario Huapaya Nava | Camilo Huaroc Chacón | Loana Huerta Hidalgo | Eduardo Hurtado Arrieta | Fernando Hurtado de Mendoza Pomar | Úrsula Indacochea Prevost | Patricia Inga Falcón | Eduardo Gonzalo Iñíguez Ortiz | Gianfranco Iparraguirre Romero | Roy Irribarren Calderón | Rosario Isasi Morales | Katia Cecilia Jacinto Moya | Chiara Lucía Jacob Camaiora | Alessandra Jaramillo Rojas | José Alfredo Jiménez García | María Alejandra Justo O'Hara | Baldo Kresalja Roselló | Rúzika Kresalja Santos | Antonio

Kuljevan Pagador | Diego La Rosa Gonzales del Riego | Sheila La Serna Jordán | Juan Miguel Labarthe Ferreyros | Félix Labrín Mendoza | Alexa Laguna García | Rafael Lanfranco Gallofré |Fernando Lanfranco Garrido Lecca | Elizabeth Laqui Martínez | Katherine Larios Pulido | Erick Lau Gastelo | Anthony Laub Benavides | Claudia Lazarte Abarca | Elsa Marina Lazarte Zabarburú | Joaquín Lazo Pérez-Palma | Denise Ledgard Antúnez de Mayolo | Alexandra Lelouch Loebl | Adrián Rodolfo Lengua Parra| Wendy León Espinoza | Sebastián León Saavedra | Alessia Lercari Bueno | Mario Lercari Bueno | Nicolás Lerner von Mallinckrodt | Eliana Gisella Lesem Guerra | Julián Li Díaz | Diego Ignacio Liendo Ganoza | Ariana Lira Delcore | Francisco Lira Miró Quesada | Isabel Lira Miró Quesada | Alejandro Lira Pinedo | Juan Alberto Liu Sánchez | Beatriz Llanos Cabanillas | Pedro Llerena Córdova | Mónica Llosa Gastañeta | Alejandra Llosa Parró| Gustavo López-Ameri Cáceres | José Rodrigo López Castro | Lucia Beatriz López Gallardo | Henrry López Javier | Uber Adán López Montreuil | Julia Loret de Mola Cáceres | Eduardo Loret de Mola Ugarte | Claudia Lovón Benavente | Óscar Lozada Mego | Lucía Luna Negrón | Álvaro Luna-Victoria Saravia | Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers | Roberto Guillermo MacLean Martins | Kiana Maggiolo Cook | Mariana Mallea Quiroz | Elody Malpartida Zamora | Francisco Mamani Ortega | Alejandro Manayalle Chirinos | Renato Manrique Portal | Jonatan Samuel Marcés Everness | Chiara Marinelli Tagliavento | Úrsula Martínez García | Mercedes Martínez Meza | Lucía Martínez Mezón | Juan José Martínez Ortiz | Natalia Martínez Rosado | Flavia Martínez Tarazona | Kathia Martínez Tarazona | Pablo Martínez Valdez | Giuseppe Marzullo Carranza | Verónica Maseda Beaumont | Camila Masini Ortiz | Daniel Masnjak Marín | Paola Massa Belaúnde | Giorgio Massari Figari | Daniela Maurate de la Torre | Elías Maya Zusman | Renzo Kenneth Mayor Mayor | Joaquín Alejandro Mejía Cacho | Juan Carlos Mejía Cornejo | Jorge Melo Vega | Ernesto Mendiola Chirinos | Mariana Mendoza Benza | María del Carmen Mendoza Delgado | Patricia Mendoza Franco | Fiorella Mendoza Graza | Ana Paula Mendoza Rázuri | Daniela Meneses Sala | Marilú Merzthal Shigyo | Diana Milberg Garrido-Lecca | Hector Gianfranco Míñope Ferro | Francisco Miranda Aguilar | Guillermo Miranda Benavides | Renzo Miranda Lucas | Mirella Miranda Nique | Josefina Miró-Quesada Gayoso | Manuela Alejandrina Molina Altamirano | Fernando Molina Rey de Castro | Gonzalo Monge Morales | Luis Javier Montalva Capella | Grecia Montesinos Calero | Rosa María Montero Musso | Juan Francisco Monteverde Vargas | Óscar Montezuma Panez | Giacomo Montiel Ibarguren | Miguel Morachimo Rodríguez | Diego Morales Alferrano | Elva Morán Rodríguez | Sheyla More Sánchez| Andrea Morelli Ferreyros | Jorge Luis Morelli Ferreyros | Sebastián Morello Montes | Giuliana Moreno Horna | Pablo Mori Bregante | Johanna Mosqueira Gonzáles |Vasco Mujica Roggero | Ítalo Muñoz Bazán | Milagros Muñoz Bazán| Jaime Mur Campoverde| Jackeline Murillo Díaz | Valeria Alejandra Murrieta Noly | Milagros Mutsios Ramsay| Alonso Nájar Ramal | Héctor Willman Navarro Toledo | Mariana Negri Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Gonzalo Milton Noriega Chuquiray | Ariana Novoa Suarez | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Manuel Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica Núñez Salas | Raúl Ñato Zevallos | Cecilia O´Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso | Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarría Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Antonio Olórtegui Marky | Bernando Ortega Malatesta | Ciro Vladimir Ortega Mejía | Mishel Ortiz Ayala | Katherine Lisseth Ortiz Cornejo | Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea | Carlos Osorio Alza | Valeria Osorio Véliz | Andrés Osterling Letts | Gabriela Pacheco Rodríguez | Giselle Pacheco Guillén | Claudia Pacora Rodríguez | Rodrigo Padilla Philipps | Ximena Palacios Landauro | Álvaro Palao Carrera | Xavier Palao Carrera | Andrea Marcela Paliza Olivares | Emilio Paliza Ortega | Paola Palma Mormontoy | Susana Paniagua Jara | Valentín Paniagua Jara | Fernando Pardo Segovia | César Augusto Parodi Martins | Andrea Parra Estela | Diego Alonso Parra Ortiz | Mario Pasco Lizárraga | Enrique Pasquel Rodríguez | Carlos Alberto Patrón Salinas | Denisse Paucar Laurencio | Juan Manuel Pazos Aurich | José Pedraza Newton | Milan Pejnovic Delgado | Eduardo Peláez Santillán | Macarena Penny Yrigoyen | Fernando Peña Neves | Álvaro Peña Villanueva | Miranda Peñaloza Gonzales | Sebastián Pepper Smith | Joseline Pérez Cámara | Miguel Ángel Pérez Caruajulca | Carolina Pérez Harm | Diego Pérez Terry | Mariela Pérez-Costa Piscoya | Luz María Pérez-Garland Gamio | Mariano Peró Mayandía | Chiara Pescetto Bustamante |

Alejandro Peschiera Bonifaz | Cristina Phicihua Aliaga | Renato Piazzón Falcone | Noé Fernando Nicolás Piérola Castro | Grecia Pillaca Burga | Antonio Pinilla Cisneros | Pilar Pizarro Bustamante | Alejandra Podestá Gutarra | Alfredo Polo Gálvez | Vladimir Popov | Andrea Portaro Pancorvo | José Miguel Porto Urrutia | Diego Portocarrero Koechlin | Stefany Porudominsky Rotstain | Patricia Pow-Sang Tejada | Rafael Prado Bringas | Bertha Prado Manrique | Angélica Patricia Pretell Gómez | Manuel Privat Colla | Roque Puch de Romaña | Luis Guillermo Puelles Olivera | Juan Sergio Puicón Deza | Rafael Puiggrós Aramburú | Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper | Flavia Queirolo Nicollini- Pflucker | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | María Teresa Quiñones Alayza | Matías Quiroz Arellano | Carmen Luz Quiroz Romero | Emily Quispe Cullampe | Arturo Magno Quispe Quiroz | Cindy Quispe Valencia | Rodrigo Rabines Matta | Sergio Ismael Ramírez Cárdenas | Pedro Ramírez Pequeño | Roxana Ramírez Ráez | Christian Ramírez-Gastón Durán | Fernando Ramírez-Gastón Lecca | Stacy Ramírez Wong | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez | Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Rénique Vega | Cristina Rey Montes | Claudia Cristina Reyes Juscamaita | Tamara Rezqallah Arón | Virginia Rieckhof Borja | Viviana Ritchie Martínez | Eduardo Reyna Oie | Farid Borhan Rifai Bravo | Carla Rizo-Patrón Labarthe | Ricardo Rizo-Patrón Olaechea | André Robilliard Escobal | Grecia Robles Vila | Alessia Roca Lizarzaburu | Luis Fernando Roca Lizarzaburu | Alessandra Camila Rocca Rodríguez | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Ana Lucía Rodríguez Angulo | Sergio Rodríguez Asencios | Romina Rodríguez Damiani | María Paz Rodríguez Galiano | Brunella Fiamma Rodríguez Giorgio | José Luis Rodríguez Guardamino | Víctor Rodríguez Macedo | Daniel Rodríguez Tamo| Marco Patricio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | Diana Roig Trelancia | Carlos Rojas Klauer | Rodrigo Román Olarte | Angela Romero Carranza | Diana Romero Rodríguez | Marcelo Roncal Pagador | Miguel Ángel Ronceros Neciosup | Miguel Rosas Ramírez | Carla Rossini Medina| David Jesús Rubio Alcantara | Juan José Ruda Santolaria | Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo | Milo Ruiz Gonzales | Arturo Ruiz Ortiz | Ignacio Ruiz Valle | Jennifer Saavedra Sáenz | Silvia Ruiz Sandoval | Rosario Saco Oliva | María Gracia Sáenz González | Jhunelly Salazar Briceño | Rafael Salazar Gamarra | Sebastián Salazar Jeaunneau | Michel Salazar Tarazona | Alonso Salazar Zimmermann | Michelle Salcedo Teullet | José Antonio Salgado Silva | Alexis Salinas Temoche | Liliana Salomé Resurrección | Marjorie Salvador Chávez | María Fernanda Sanabria Gamboa | Rafael Sánchez Ríos | Mauricio Santa Cruz Vásquez | Jordi Sardá Paz | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | Michel Seiner Pellny | Claudia Mariana Sequeiros Ugarte | María Teresa Serpa Santos | Karen Sheppard Castillo | Estefanía Shulca Romero | Hernando Domenack Sifuentes | Cynthya Siles Estabridis | Juliana Silva Cabrera | Rosa Sobrados Burgos | Kerli Solari Díaz | Gerardo Solís Vissher | Sebastián Soltau Salazar | Karla Soria Valeriano | Sara Sotelo Aguilar | Eduardo José Sotelo Castañeda | Martín Sotero Garzón | Gilda Spallarosa Lecca | Brenda Sparrow Alcázar | Patrick Stenning de Lavalle | Luis Stucchi Díaz | Óscar Súmar Albújar | Mitchel Sztrancman Torres | Claudia Sztuden Napadenschi | Deisy Taboada Huamán | Alejandro Tafur Coronel-Zegarra | Adriana del Pilar Tapia Quintanilla | Rossana Pilar Taquia Gutiérrez | Luciana Tataje Villalobos | Martín Tayro Cuba | Isabel Mabila Tello Carbajal | Jaime Thorne León | Edison Tito Peralta | Ludim Toledo Calla | Andrés Fernando Toledo Pérez | María del Pilar Torres | Romina Toso Altamirano | Augusto Townsend Klinge | Josefina Townsend Diez-Canseco | Daniela Tramontana Hinostroza | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez | Jorge Trelles Castro-Mendívil | Óscar Trelles de Belaúnde | Gladis Triveño Chan Jan | Mariella Nathalia Trujillo Würtella | Manuel Ugarte Maggiolo | Camila Ugaz Heudebert | Jadhira Unda Valverde | Rafael Urbina Fletcher | Renato Urbina Santillán | Alejandra Uribe del Águila | Joyce Alexandra Uriol Quiroz | Mateo Francisco Valdez Alcazar | Jessica Valdivia Amayo | Andrés Valdivia Montes | Fernanda Valdivia Rossel | Renato Martín Valdizán Cervantes | Eduardo Valdizán Sala | Agustín Valencia-Dongo Medina | Axel Valverde Pariasca | Carlos Valverde Reyes | Cristina van Zuiden Pancorvo | Erick E. Vargas Guevara | Luis Ernesto Vargas Loayza | Lucía Varillas Palacios | María Inés Vásquez Albán | Nelly Vásquez Jiménez | Delia Vásquez Llerena | Robinson Vásquez Montes | Katia Vásquez Reyes | Aracelly Vásquez Yrigoín | Miguel Vega Alvear | Nuria Vega Flores | Inés Vega Franco | Rodrigo Vega Méndez| Fernando Vega Sánchez | Jorge Vega Velasco | Claudia Velarde Arnáez | Jorge Velarde Arnáez | Sebastián Velarde Ferreyros | Luis Miguel Velarde Saffer | Nicole

Velazco Velazco | César Eduardo Véliz Núñez | Pedro Mario Vera Ortiz | Bryan Vera Vargas | Cristina Verano Calero | Verónica Vergaray Béjar | Aaron Verona Badajoz | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurrizaga de Amézaga | Crisbeth Lorena Vigo Florián | Vanessa Villalobos Ylizarbe | Rosa Mariela Villalón Orellana | Alessandra Villanueva Aramayo | Micaela Villanueva Carreño | Diego Villanueva Contardo | Gonzalo Villanueva Llanos | María Fernanda Villanueva Ruete | Carmen María Villarán Ascenzo | Milagritos Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingunza | Thalía Villegas Zorrilla | Piero Vivar Pajuelo | Joyce Vivas Huaccho | María Teresa Vizcarra Alarcón | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Angie Yman Palomino | Enzo Yturrizaga Aguirre | Rodrigo Zaldívar del Águila | Marco Ismael Zaldívar Chauca | Mayra Zambrano García | Cristian Zamora Dávila | Bruno Zanolo Maggiolo | Avecita del Carmen Zapata Cano | Verónica Zavala Lombardi | Ximena Zavala Lombardi | Sofía Zavala Quiroz | Eliana Zavala Uzuliaga | Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich | Juan Carlos Zegarra Vílchez | Joseline Zela Concha | Carlos Zelada Acuña | Grecia Zorrilla Garay | Gloria Zubizarreta Rondón | Diego Humberto Zumarán Castro | Fiorella Zúñiga Dede

MIEMBROS HONORARIOS DE THĒMIS

Giorgio Del Vecchio †| Felipe Osterling Parodi †| Jorge Avendaño Valdez †| César Landa Arroyo | Javier de Belaúnde López de Romaña | Carlos Fernández Sessarego †| Javier Neves Mujica †

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que colaboraron con nosotros de distintas maneras, y sin cuyo apoyo, no hubiera sido posible la publicación de la presente edición; en particular a:

Ricardo Leyva Flores, Bruno Ramos Huaytalla, Rolando García Castillo, Gabriela Villanueva Caceres, Favio Ruesta Otoya, Carlos Rodrigo Zúñiga, Jesus Villanueva Saire, Aurora Rivera Torres, Juan Pablo Gómez-Moreno, Favio Ruesta Otoya, Alejandro Mesa Neira, Camila Jiménez Lara y Vicente Villalobos Villalobos.

Estudio Cuatrecasas, Hugo Sologuren Calmet, Estudio Elías Puelles y Marc Perú - Centro de Arbitraje.

Mario Popuche Llontop, Ismael Canales Negrón y Gustavo Ponce Estrada.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución y que se retiran junto con la presente edición; a ellos les deseamos siempre lo mejor:

David Jesús Rubio Alcantara, Joyce Alexandra Uriol Quiroz, Franco Arce Saldarriaga, Arisa Pamela Campos Ramírez, Ariana Chávez Cortez, Iñigo Carrión Marsano, Diego Humberto Zumarán Castro, Diana Salazar Pérez, Rossmery Flórez Huacasi, Gabriela Isabel Fernández Mendoza, Caroline Lisset Camarena Cárdenas, Ana Valeria Acosta Salaverry, Cristina Phicihua Aliaga, Fernanda Franco Dulanto, Maria Paula Ruiz Coral, Maricielo Ríos García, Jorge Hernán Nieves Ferry, Mariana Gálvez Zárate, María Fernanda Sanabria Gamboa.

Normas para los autores para la publicación en THĒMIS

1. THĒMIS-Revista de Derecho considerará para su publicación artículos originales, no publicados en cualquier otro medio nacional o internacional. Los artículos deberán versar sobre temas de contenido jurídico o relacionado con el mundo del Derecho.

2. Los artículos presentados serán evaluados por el sistema de arbitraje por pares a doble ciego, el cual consiste en la evaluación de los artículos por dos árbitros con mayor grado académico que el autor. Asimismo, los árbitros son externos a la Revista y revisan los artículos de forma anónima. Las partes de la Revista que están sometidas a arbitraje por pares a doble ciego son el tema central y las misceláneas.

3. Todos los artículos contarán con una reseña tanto en español como en inglés, llamada gorrito o *abstract*, y que no deberá exceder los 800 caracteres.

4. El formato del artículo será Arial tamaño 11, con espaciado simple y sin sangría. Los subtítulos del artículo serán presentados en el mismo tipo de letra y tamaño y con sangría de 1 centímetro. Los pies de página se presentarán en el mismo tipo de letra, con tamaño 8 y con sangría de 0.5 centímetros. En todos los casos el texto debe estar justificado.

5. Todas las palabras en un idioma distinto del español deben ir en cursivas, salvo los nombres de personas, instituciones y obras.

6. Relieve: Si se pone alguna palabra de relieve, esta deberá ir en negrita.

7. Palabras clave: En español e inglés. Descripción del contenido del trabajo usando cinco palabras clave para su inclusión en los índices nacionales o internacionales. Se presentará al final de la reseña.

8. El formato de las referencias bibliográficas es el APA (American Psychological Association) sétima edición.

9. En la parte final del artículo se deberá incluir un apartado bibliográfico, siguiendo el siguiente orden:

   Referencias

   Colocar las referencias de autores siguiendo el formato APA (sétima edición) y para las referencias legales, The Bluebook: A Uniform System of Citation.

10. Todos los artículos deberán ser presentados con una carátula de acuerdo al modelo que se encuentra en la siguiente página.

11. La edición de todos los artículos será realizada por los miembros del Consejo Ejecutivo, según los criterios de edición de la Revista y bajo el formato de edición escalonada en tres ocasiones.

12. Los miembros, editores, autores, árbitros y demás colaboradores de THĒMIS-Revista de Derecho están sujetos a los Criterios de Ética de la Revista, disponibles vía *web*.

TÍTULO DEL ARTÍCULO

ARTICLE TITLE

Nombre y apellidos del autor*

Institución en la que el autor enseña o labora

En caso corresponda, vínculo del autor con THĒMIS (Miembro honorario, Miembro del Consejo Consultivo, Exmiembro del Consejo Ejecutivo, Exmiembro del Consejo Directivo o Exeditor General)

Short paragraph on the article, with the object to invite people to read it.

It must be two short paragraphs, in which further details on the article can be mentioned briefly, as well as the themes that the article will develop or the solutions that the author presents to determined issues.

KEYWORDS: Five keywords that allow people to find the article by the themes developed. For instance: Administrative Law; Tax Law; Civil Law; Civil Code; public employment.

Breve reseña sobre el artículo, que invite al público a leerlo.

Deben ser dos párrafos breves, en los que se pueden enunciar algunos breves detalles del artículo y de los temas que éste tratará, o las soluciones que propondrá el autor a determinados problemas.

PALABRAS CLAVE: Cinco palabras clave que permitan al público llegar al artículo por los temas que trata. Por ejemplo: Derecho Administrativo; Derecho Tributario; Derecho Civil; Código Civil; empleo público.

---

* Abogado (u otra profesión ejercida, siempre sin especificación de la institución en la que se obtuvo el título). Grado académico y universidad en la que se obtuvo. Cargos que ha llevado a cabo en el pasado (opcional). Indicar si es profesor y en qué universidad imparte clases. Membresías. Cargo ejercido en la institución en la que se desenvuelve profesionalmente. Contacto: correo del autor para fines académicos.

Nota del Editor: Fecha en que el autor envió la versión final del artículo y fecha en la que el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho lo aceptó.

THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 83

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como eje central **Propiedad y Derecho Inmobiliario**.

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija, o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden enviar un correo electrónico a **themisconsejoeditorial@gmail.com**.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.