



# **MEDIDAS RESTRICTIVAS DEL EJERCICIO DE DERECHOS PREEXISTENTES DE APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS: ¿EXPROPIACIÓN REGULATORIA O CARGA LEGÍTIMA?**

## **LEGAL RESTRICTIONS ON EXISTING RIGHTS OF EXPLOITATION OF NATURAL RESOURCES IN NATURAL PROTECTED AREAS: REGULATORY EXPROPRIATION OR LEGITIMATE BURDEN?**

MARTHA INGRID GONZALES REYES DE BERGFELDT<sup>1</sup>

### **RESUMEN**

El objetivo principal de este artículo es repensar el riesgo que enfrenta el ejercicio de derechos y títulos habilitantes de aprovechamiento de recursos naturales frente a la normativa de creación y gestión de áreas naturales protegidas que les afecta. En ese sentido, el artículo analiza los conceptos de expropiación regulatoria, así como de rezago regulatorio en materia ambiental, para proseguir a examinar las diferentes medidas administrativas de la gestión de áreas naturales protegidas frente a las inversiones. Finalmente se profundiza en la necesidad de contar con un procedimiento efectivo de compensación cuando las medidas regulatorias ambientales constituyan una expropiación indirecta.

### **PALABRAS CLAVE**

Regulación Ambiental | Expropiación Indirecta | Rezago Regulatorio | Áreas Naturales Protegidas | Protección a Inversores.

### **ABSTRACT**

The main objective of this article is to rethink the risk that natural resources exploitation rights and titles face in front of the rules of creation and management of protected natural areas that affect them. In this sense, the article analyzes the concepts of the regulatory expropriation as well as a regulatory lag in environmental matters, to pursue the concrete examination of whether the different administrative measures for the management of protected natural areas affects the protection of investments according the international protection standard. Finally, it is reviewed the challenges to obtain an effective compensation when the environmental regulatory measures become an indirect expropriation.

### **KEY WORDS**

Environmental Regulation | Indirect Expropriation | Regulatory Lag | Natural Protected Areas | Investment Protection.

1 Abogada y Magíster en Regulación de los Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en el Programa Oficial de Derecho Administrativo Iberoamericano en la Universidade da Coruña.

Profesora de Derecho en la Universidad Peruana del Norte.

Se desempeña como experta y asesora en materia de cumplimiento regulatorio en industrial del petróleo, gas, energías renovables e infraestructura de transporte; así como, en el desarrollo de sistemas de compliance y sostenibilidad. Miembro de Perú Young Energy Professional - PYEP, Global Women Network for the Energy Transition – GWNEN y Women in Green Hydrogen – WiGH. Contacto: ingrid.gonzales@udc.es

## CONTENIDO

**1.** Introducción; **2.** Expropiación indirecta; **3.** El rezago regulatorio ambiental; **4.** Expropiación regulatoria y la actividad de regulación ambiental; **5.** Medidas ambientales equivalentes a una expropiación en la gestión de áreas naturales protegidas; **5.1.** Pérdida de derechos pre-existentes por el establecimiento de una Zona Reservada; **5.2.** Restricciones al aprovechamiento de recursos naturales por la categorización del área natural protegida; **5.3.** Imposibilidad de continuación de la actividad por la zonificación del área natural protegida; **5.4.** Restricciones a la propiedad por ampliación de zonas de amortiguamiento en predios con derechos pre-existentes; **6.** La opinión técnica favorable a los instrumentos de gestión ambiental y la legítima expectativa de los inversionistas; **7.** Comentarios Finales.

## SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 3 de setiembre de 2020 y aprobado para su publicación el 29 de marzo de 2021.

### 1. INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho administrativo como parte del derecho público global y en un contexto de mayor globalización encuentra una de sus manifestaciones en la cada vez mayor revisión internacional de las decisiones de las administraciones públicas estatales (Hernandez, 2016). Estas revisiones vienen dadas por el compromiso a nivel internacional de los Estados de garantizar ciertos derechos a los inversionistas extranjeros tales como la no expropiación sin compensación justa, el trato justo y equitativo y la protección a sus legítimas expectativas.

Así, por ejemplo, en lo que refiere a la no expropiación, tenemos el “Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones” cuyo artículo 6º dispone:

#### Artículo 6: Expropiación y Compensación

1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que prive, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de una inversión, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:
  - a) Las medidas sean adoptadas en virtud de la ley y en conformidad con las normas constitucionales correspondientes;
  - b) Las medidas no sean discriminatorias;
  - c) Las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. Dicha compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones efectuadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público. Ante cualquier atraso en el pago de la compensación se acumularán intereses a una tasa comercial establecida sobre la base del valor de mercado, a contar de la fecha de expropiación o pérdida hasta la fecha de pago. La legalidad de cualquiera de dichas expropiaciones, nacionalizaciones o medidas similares y el monto de la compensación estarán sujetos a revisión según el debido procedimiento legal.

Cabe indicar que todos los Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones (TBI), así como los Tratados de Libre Comercio (TLC) – incluyendo la totalidad de estos acuerdos suscritos por el Perú - contienen cláusulas de protección a la expropiación directa o indirecta, y conforme a ello “el ejercicio de la facultad expropiatoria debía cumplir los cuatro requisitos de utilidad pública, no discriminación, indemnización pronta, adecuada y efectiva, y debido proceso” (López Escarcena, 2020).

Este tipo de disposiciones en tratados internacionales de protección a las inversiones tienen su correlato en la normativa, y garantizan a los inversionistas extranjeros unos derechos que ya se encuentran previstos en nuestra propia Constitución; en donde el artículo 2 señala:

Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (...)
16. A la propiedad y a la herencia. (...)
17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. (...)

Y es que tanto el derecho internacional como el nacional, persiguen la interdicción de la arbitrariedad en las sedes administrativas nacionales. Por ello, en lo que refiere a la expropiación, se cuenta también con protecciones constitucionales:

Inviolabilidad del derecho de propiedad

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Propiedad de los extranjeros

Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido.

Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Con mayor profundidad, es el Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA que aprobó el nuevo Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192, "Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura", que define como expropiación a "la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú (...)".

Como puede verse, el Régimen de Expropiaciones aprobado por la normativa nacional implica la transferencia total del derecho de propiedad; es decir la expropiación directa. Sin embargo, como veremos más adelante, existen otras medidas equivalentes a la expropiación que merecen ser revisadas y analizadas a partir de estándares internacionales; que, si bien también forman parte del derecho nacional, no cuentan con un procedimiento de desarrollo reglamentario que permita efectuar la valorización y/o cuantificación de una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Este artículo analiza las cuestiones planteadas a través de un análisis de los conceptos de (1) expropiación indirecta; (2) la existencia de un rezago regulatorio ambiental que conlleva a (3) el análisis teóricos de los conflictos entre el ejercicio del poder policía en materia ambiental y los compromisos internacionales asumidos por el Estado para la protección de inversiones extranjeras; (4) la existencia de potenciales medidas ambientales equivalentes a una expropiación en la gestión de áreas naturales protegidas, tanto durante su creación, categorización, zonificación y en el proceso de certificación ambiental de proyectos dentro del área protegida y/o su zona de amortiguamiento.

## **2. EXPROPIACIÓN INDIRECTA**

Como hemos visto, ni en el derecho nacional ni en el internacional existe proscripción alguna a la expropiación en la medida que se reúnan ciertas condiciones; a saber, que la toma del derecho sea para un fin público previsto por la legislación nacional, que la medida se realice de forma no discriminatoria y que se cumpla con el pago de la indemnización correspondiente (OECD, 2004/04).

En esa línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que el derecho fundamental a la propiedad no es un poder absoluto, sino que "el derecho a la propiedad debe ser interpretado no solo a partir del artículo 2.º, inciso 16, sino también a la luz del artículo 70.º de la Constitución, el cual establece que este se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley"<sup>2</sup>.

Reforzando esta posición y esclareciendo aún más el concepto, el Tribunal Constitucional ha sostenido también que el derecho a la propiedad "es concebido como el poder jurídico

---

2 Ver Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente 06251-2013-PA/TC. Acción de Amparo Casapro S.R.L. contra Municipalidad Metropolitana de Lima.

que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley<sup>3</sup>. Es decir, el derecho a la propiedad implica un contenido mayor al de solo contar con un "título" de acreditación del propietario.

En consecuencia, cuando el Estado emite una regulación que impide el ejercicio de alguno de los atributos del derecho a la propiedad (usar, disfrutar, disponer y reivindicar); estaremos en la práctica ante una medida con efectos equivalentes a la expropiación en tanto se sufre de "un perjuicio económico intenso que destruye la utilidad económica individual de la propiedad" (Hernandez, 2016). Esto mismo ha sido materia de análisis por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente. 00239-2010-PA/TC<sup>4</sup>:

10. Por otro lado, la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se aplica tanto en derecho internacional como en derecho interno. Siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales se ha clasificado a las expropiaciones en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en expropiación progresiva, que son aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo; y las expropiaciones regulatorias que son aquellas donde la amenaza de vulneración al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal.

11. Así pues a nivel interno, debe entenderse por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquella en donde la Administración Pública a través de una sobrerregulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.

La expropiación indirecta o regulatoria consiste pues, en la modificación de las regulaciones que originan una interferencia o privación del uso de la propiedad o del beneficio económico esperado razonablemente de la propiedad; es decir, se producen con posterioridad al acto que da origen al derecho. Estas medidas despojan de valor a la inversión o a los bienes que la componen, a pesar de que la titularidad del derecho se mantenga en poder de los inversionistas.

En ese mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual mediante la Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI,

3 Ver Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente 008-2003-AI/TC. Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001.

4 Acción de Amparo Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C. contra la Municipalidad de Lima.

en la cual determina que la revocación de un acto administrativo, ya sea efectuado directa o indirectamente, que ocasiona un perjuicio económico al administrado, debe ser indemnizable.

Ahora bien, la existencia de una medida que afecte el interés económico e individual del activo puede medirse a través de tres corrientes jurisprudenciales desarrolladas por Lopez Escarcena (2020), a saber:

- a. Doctrina del efecto, en donde la legalidad de la medida se evalúa según “la consecuencia o resultado que la medida estatal tiene en la inversión extranjera”; es decir, se realiza en función de la medición del impacto de la medida sobre el administrado y las legítimas expectativas sobre el derecho que ostentaba a la emisión de la medida considerada expropiatoria,
- b. Doctrina del poder de policía o de la potestad regulatoria; que, adicionalmente a los efectos de la medida, evalúa también la “intención del Estado y el contexto en el que fue adoptada”; es decir, interviene también el análisis de la formación de la voluntad del Estado y la evaluación de la afectación al inversionista, respecto si la medida cumple con el estándar de trato justo y no discriminatorio.
- c. Doctrina del Principio de Proporcionalidad, basada en los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del artículo 1 del Primer Protocolo Opcional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que dispone:

Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas. (subrayado nuestro).

Este test de proporcionalidad busca “un balance justo entre el interés general y el derecho de propiedad” (López Escarcena, 2020); donde los actos de regulación deben emitirse como “(...) una medida de injerencia en el derecho al respeto de los bienes [que] debe mantener un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo (véase, entre otras, Sentencia Sporrang y Lönnroth contra Suecia, 23 septiembre 1982, ap. 69, serie A núm. 52)”<sup>5</sup>.

### **3. EL REZAGO REGULATORIO EN MATERIA AMBIENTAL**

---

5 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Sud Parisienne de Construction contra Francia. Sentencia del 11 de febrero de 2020.

El concepto de Regulación es entendido como la intervención del Estado en la economía – a través de un bagaje de normas legales – para corregir ineficiencias o fallas propias del mercado que no pueden resolverse dentro de la propia lógica económica involucrados<sup>6</sup>. puesto que “así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva” (Tribunal Constitucional, 2003); siendo este rol una manifestación de la economía social de mercado que se encuentra recogida en nuestra Carta Magna<sup>7</sup>.

Esto parte de concebir al ambiente como un bien público<sup>8</sup>, donde los agentes de mercado no necesariamente incorporan el valor de la calidad ambiental, y sus servicios ambientales. Estas ineficiencias del mercado se han hecho visibles en los últimos 50 años. Recordemos que, es a partir de la Primera Cumbre para la Tierra, celebrada en Estocolmo (Suecia, 1972) que se adoptó una declaración que enunciaba los principios para la conservación y mejora del medio humano, así como un plan de acción con recomendaciones para la acción medioambiental internacional. Esta preocupación no es exclusiva de los gobiernos nacionales, sino que tiene repercusiones globales. El Principio 4 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992) recoge que, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

Las respuestas jurídicas para solucionar los problemas causados por el deterioro ambiental son de reciente desarrollo y se encuentra en permanente evolución, generado un rezago regulatorio ambiental, consistente en el tiempo mediante el cual una normativa ambiental permanecerá vigente – a pesar de encontrarse desfasada o ser inexistente – respecto del tiempo de la implementación de la nueva disposición legal, de fijación del nuevo estándar. Si no existiera rezago regulatorio, las mejoras en términos de calidad ambiental podrían ser trasladadas de inmediato a los ciudadanos<sup>9</sup>.

---

6 Para profundizar respecto a la teoría regulatoria se pueden revisar los textos de Baldwin & Cave (2009), Laffont (2005), entre otros.

7 En esa línea señala también el Tribunal Constitucional que “si bien la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades patrimoniales, en el marco de una economía social de mercado -donde estos derechos operan como garantías institucionales- implican el reconocimiento de la libertad de decidir no sólo la creación de unidades económicas y su actividad en el mercado, sino también el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado, teniendo siempre en consideración que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los “otros” y con sujeción a la normativa que regula la participación en el Mercado”. STC Exp. 008-2003-AI/TC Fundamento 34.

8 Bien Público definido en términos económicos en donde al no ser susceptible de exclusión y por no generar rivalidad, no puede atribuirse un valor privado; porque “si el aire de una ciudad se limpia para una persona, se limpia automáticamente para todos sus habitantes.” (Field & Field, 2001).

9 En similitud al rezago regulatorio que se produce en la Regulación por precios topes, frente a la optimización de costes por la empresa regulada hasta la siguiente fijación tarifaria. Para mayor detalle consultar Soto, Gerardo. Regulación por preciso tope. Economía Vol. XXXII, N° 63, semestre enero-junio 2009, pp. 79-102.

Este rezago regulatorio ambiental, se pone de manifiesto en el “principio de progresividad”<sup>10</sup> en materia ambiental, donde las metas “deben alcanzarse de manera progresiva, debido a la complejidad que entraña la concretización del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado” (De la Puente & Vargas, 2018). El rezago regulatorio ambiental se explica también del propio proceso de creación de la norma ambiental. Uno de los principios fundamentales del derecho ambiental es la participación ciudadana, que conlleva a tiempos laxos de consulta, durante este periodo, los particulares pueden continuar ejecutando sus actividades sin interiorizar los costos de protección ambiental hasta que la nueva norma goce de “enforcement”.

Por ello, es sumamente importante definir cuál es el rol de la Administración Pública en una situación de crisis como la que estamos viviendo. La Sentencia de Tribunal Constitucional No.008-2033-AI/TC precisó que el Estado Peruano es un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde adquiere un rol preponderante el factor social, el económico y la solidaridad, y que se erige como garantía de la igualdad ante la ley y la defensa real de los Derechos Fundamentales (Gonzales, 2004); cuya finalidad es procurar el bienestar de los individuos. El Derecho es pues, promotor de bienestar, para lo cual su misión es remover, hasta donde ello es posible, los obstáculos que impiden la realización del ser humano (Fernández Sessarego, 2013). En consecuencia, “(n)o es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso (Cordillera Escalera), sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un gran costo para la legitimidad de la jurisdicción”. (Tribunal Constitucional, 2009).

Es decir, la resolución de un conflicto entre un derecho privado pre-existente y una nueva regulación ambiental, no puede ser resuelto únicamente atendiendo a los principios de seguridad jurídica, sino también, deben ser ponderados por los principios de razonabilidad<sup>11</sup>; así como por el principio de dignidad y protección a los derechos fundamentales, no solo a partir del derecho a gozar de un ambiente saludable, que se presenta como correlato del derecho a una vida digna; sino, a la propia protección ambiental como derecho colectivo y global.

#### **4. EXPROPIACIÓN REGULATORIA Y LA ACTIVIDAD DE REGULACIÓN AMBIENTAL**

Los supuestos de expropiación regulatoria pueden surgir por la implementación de diversas regulaciones ambientales; puesto que dichas normas pueden interferir con los derechos de propiedad existentes. Un ejemplo típico es el establecimiento de un área natural protegida en zonas donde los administrados cuentan con un derecho previo; que impidan la continuación de la actividad. Y, el problema no es que exista una expropiación directa o indirecta; sino, que las mismas ocurran sin que se dicten medidas que permitan una compensación razonable por las pérdidas sufridas como resultado de una regulación ambiental específica.

A pesar de lo antes señalado, los mecanismos de protección a las inversiones no impiden que los Estados puedan emitir regulaciones en materia ambiental y/o de otras materias de interés público. El caso Methanex es un ejemplo de esta posibilidad. Methanex es una

---

10 Sub-Principio de Progresividad en sentido estricto tal como es definido por los autores.

11 Para mayor detalle, De la Puente, L., & Vargas, D. (2018). Notas sobre la aplicación de la norma ambiental peruana en el tiempo. Lima: Derecho & Sociedad N° 50 pp. 27-36.



empresa canadiense reconocida como el mayor productor de metanol a nivel mundial. Parte de la producción de metanol de Methanex era destinado a Estados Unidos como oxigenante del compuesto MTBE. Cabe indicar que ambos países eran suscriptores del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), o en inglés North American Free Trade Agreement (NAFTA). El artículo 1110 de este acuerdo, protege a los nacionales de los países miembros por “expropiaciones directas o indirectas” que puedan sufrir sus inversiones en los países de otro estado miembro<sup>12</sup>. En el marco de su potestad regulatoria, el Estado de California aprobó la “1999 California Executive Order” estableciendo un riesgo ambiental en el uso de MTBE para la gasolina; y desarrollando regulaciones que requiere que la gasolina que contenga MTBE sea etiquetado de manera prominente en la bomba de despacho, para permitir a los consumidores tomar una decisión informada sobre el tipo de gasolina que deseaban comprar; y que a partir del 31 de diciembre de 2002 no se suministrara gasolina con MTBE.

En función a ello, Methanex alegaba que una parte sustancial de sus inversiones, incluida su participación en el producto oxigenado de California y mercado, fueron tomadas por medidas claramente discriminatorias y entregadas a la industria nacional del etanol (sustituto del metanol). Methanex alega que tal captura es mínima equivale a expropiación según lo previsto en el artículo 1110 del NAFTA. El Tribunal Arbitral desestimó las pretensiones indemnizatorias de Methanex, entre otros, debido al reconocimiento del deber de derecho a regular del Estado, el cual siguió el procedimiento legal previsto y contaba con el sustento científico detrás de sus decisiones con miras a proteger los intereses ambientales de sus ciudadanos.

Y, es que la regulación ambiental encaja perfectamente en el rol actual del estado en el que “la Administración ya no actúa como agente empresarial o económico, pero lo regula en aras del interés general, de la competencia y de la protección de los intereses de los ciudadanos, y, además controla la conformidad de la actuación de las empresas a esta regulación” (Desdentado, 1999, pág. 167). De tal forma, compete al Estado emitir las disposiciones adecuadas al cumplimiento de dichas funciones.

Por ello, se requiere de la intervención del Estado para procurar un uso razonable y sostenible de los recursos, de manera tal que se maximice el beneficio que generen su aprovechamiento. Esta intervención estatal, conocida como la Regulación Social (Ogus, 2003), deviene del “mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico”<sup>13</sup>.

---

12 No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (“expropriation”), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1);(32) and
- (d) on payment of compensation in accordance with [subsequent paragraphs specifying valuation of expropriations and form and procedure of payment].

13 Ver Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente 048-2004-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera.

No es de sorprender entonces que el artículo 10.11 del Tratado de Libre Comercio Perú – USA reconozca también la facultad de las partes de dictar medidas de carácter ambiental, las cuales deben ser ponderadas con las medidas de protección contra la expropiación regulatoria. Es más, la enmienda a dicho tratado desarrolla el Capítulo 18 del TLC, señalando entre otros, que las medidas ambientales no constituyen una expropiación regulatoria, en tanto la medida no sea discriminatoria y obedezca al propósito para el cual se emite. Más aún, el Capítulo 18 del TLC compromete expresamente a las partes a realizar una protección ambiental en sus respectivos países a partir de considerar “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales”. Estos son los mismos parámetros que utiliza el Tribunal Arbitral en el caso Methanex para desestimar el reclamo de los inversionistas en torno a una supuesta expropiación regulatoria.

Es decir, la protección ambiental no debería entrar en conflicto con el régimen de protección a las inversiones, en tanto no constituyan un abuso de derecho, o una medida discriminatoria o arbitraria, pueden afectar válidamente los intereses económicos de los inversionistas. Esto es muy importante puesto como hemos mencionado las medidas generales, debidamente sustentadas, que implican límites o estándares más estrictos que encarezcan el negocio o la actividad económica, no pueden ser consideradas como medidas expropiatorias, sino a la internalización de los costos, la prevención de la contaminación y más aun de la conservación del ambiente que alberga tal actividad económica.

## **5. MEDIDAS AMBIENTALES EQUIVALENTES A UNA EXPROPIACIÓN EN LA GESTIÓN DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS**

Si bien la regulación ambiental no necesariamente puede considerarse una medida arbitraria equivalente a una expropiación; hay otros tipos de disposiciones más concretas que pueden afectar a determinados inversionistas y conllevar a la pérdida del valor económico de su inversión. Esto, fue evidenciado en el proceso arbitral seguido por la empresa Metalclad contra México, basado nuevamente en el Acuerdo NAFTA. Metalclad es una empresa con base en Estados Unidos de América que adquirió a la empresa Confinamiento Técnico de Residuos Industriales (COTERIN); con el fin de adquirir, desarrollar y operar una estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de la Pedrera en Guadalcázar. Al momento de la adquisición de COTERIN, ésta empresa contaba con un permiso Federal para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos y en base a tal autorización – cuya vigencia fue confirmada por autoridades mexicanas - Metalclad inicio de la construcción del relleno de seguridad. Sin embargo, antes de poder iniciar su operación, el gobierno de Guadalcázar no sólo desconoció el permiso que le fuera dado por el Gobierno Federal, sino que emitió un Decreto Ecológico que establecía que la zona donde se encontraba el relleno sanitario requería ser protegido ambientalmente para la protección de un cactus único. Este Decreto Ecológico tornaba incompatible el proyecto con la legislación ambiental; puesto que la norma de creación de la zona de protección establecía su preservación; impidiendo cualquier conducta de descarga de contaminantes al suelo, subsuelo y en toda clase de corrientes o depósito de aguas, así como el desarrollo de actividades contaminantes en el sitio. Asimismo, prohibía toda actividad que requiera permisos o licencias excepto aquella relacionada con la exploración, extracción y utilización de los recursos naturales. De acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Arbitral, no era necesario evaluar ni considerar los motivos o la intención para adopción del decreto ecológico por las autoridades

mexicanas, sino que por sí mismo, el decreto constituía una expropiación, en la medida que la actividad de Metalclad ya no podía continuar, y la inversión ya había sido resuelta.

Esto nos lleva a reflexionar sobre antecedentes normativos similares ocurridos en nuestro país. Así tenemos el caso de Cuenca del Huayabamba, en donde se discutió la constitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 032-2010-GRSM/CR, que declaró de Interés Regional y Necesidad Pública la protección de la Cuenca del Huayabamba como Zona Restringida para la actividad minera y petrolera, así como para la ocupación de asentamientos humanos, en zonas que corresponden, de acuerdo a la Zonificación Ecológica Económica, de conservación y protección ecológica, así como el establecimiento de los usos, la conservación de los servicios ecosistémicos y las restricciones necesarias, ubicada dentro del departamento de San Martín, Provincias de Huallaga y Mariscal Cáceres. Si bien este caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional declarando fundada en parte de demanda por cuanto una regulación de esta naturaleza, podría conducir a una interferencia ilegítima en las competencias del Poder Ejecutivo; lo cierto es que, de no haber mediado dicho pronunciamiento, los titulares de derechos mineros y petroleros existentes en dichas áreas tenían expedito el camino para accionar por tratarse de una expropiación regulatoria.

### **5.1. PÉRDIDA DE DERECHOS PRE-EXISTENTES POR EL ESTABLECIMIENTO DE UNA ZONA RESERVADA**

De acuerdo a la Ley 26834 - Ley de las Áreas Naturales Protegidas (1997), las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país. De la misma forma, el artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica define un área protegida como “un área geográficamente definida que es delimitada o regulada y gestionada para lograr objetivos de conservación específicos”. La reserva de áreas para la protección ambiental y conservación de ecosistemas es de larga data. En 1941, Perú ratificó la Convención de Washington para la Protección de la Flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América. Según se expone en el preámbulo de esta Convención la finalidad de la misma era “proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico (...)”<sup>14</sup>.

Las Áreas Naturales Protegidas constituyen patrimonio de la Nación; y son establecida de acuerdo a la mejor representatividad de la diversidad biológica, ya sea por diversidad de regiones, ecosistemas y paisajes; endemismos; rarezas; diversidades genéticas u otros criterios biológicos adicionales como ser paraderos de migración de aves. Por ello, en el proceso de creación debe poderse determinar su valor biológico y la urgencia de su protección.

El establecimiento de un área natural protegida se realiza a través del establecimiento de una Zona Reservada; que es un régimen transitorio para que puedan realizarse los

---

14 Tal como refiere Pedro Solano, “Esta convención, sin embargo, sirvió como marco legal y político para que el Perú empiece a establecer Parques y Reservas Naturales, aunque de una manera bastante desorganizada y aislada durante los primeros años”. Solano, Pedro. La Esperanza es Verde. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima 2005. P 38.

estudios requeridos que permitan determinar la categoría y extensión de la misma. Sobre eso, el artículo 59º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG; contiene los requisitos que deben contenerse en los expedientes para la creación de zonas reservadas, el cual consiste en:

- a) Expediente técnico justificatorio, incluyendo mapa y memoria descriptiva;
- b) Objetivos y usos permitidos compatibles con su finalidad;
- c) La conformación de una comisión para definir la(s) categorías(s) y extensión definitiva, que incluirá la participación de las poblaciones locales, Gobiernos Regionales y Municipales;
- d) El plazo máximo que se concede a la comisión para proponer la categoría definitiva, extensión y límites del Área Natural Protegida, o si es que la misma no debe ser incluida en el SINANPE;
- e) Evaluación de la presencia en la zona, de comunidades campesinas o nativas así como de indicios razonables de la existencia grupos humanos en aislamiento voluntario de contacto inicial o esporádico.

El artículo en cuestión no recoge ninguna exigencia a la autoridad de determinar e identificar los derechos y/o títulos habilitantes existentes previo al establecimiento del área reservada; a pesar que ella es información mínima de base que debería recogerse en la propia iniciativa de creación, a fin de poderse diseñar la estrategia necesaria para preservar el valor ambiental de la conservación del espacio biológicamente sensible.

Esta norma es a su vez desarrollada a través de la Resolución de Presidencia N° 324-2014-SERNANP que aprueba disposiciones complementarias al Reglamento de la Ley de ANP, en materia de establecimiento de ANP de administración nacional, del proceso de categorización de zonas reservadas, el cual indica que, el expediente para la creación de un área natural protegida, debe contener también información sobre “las principales actividades económicas que se desarrollan en el ámbito de la propuesta, así como los principales proyectos de obras públicas o privadas que se proyectan en el ámbito”<sup>15</sup>

La existencia de derechos previos a la creación de un Área Natural Protegida no es ajena al marco legal vigente. Así, el antes mencionado Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas recoge también:

Artículo 44.- De los derechos de propiedad y posesión

44.1 El ejercicio del derecho de propiedad preexistente a la creación de un Área Natural Protegida debe ser compatible con su carácter de Patrimonio de la Nación.  
(...)

Artículo 45.- Inscripción registral (...)

---

15 Ver artículo 5º de las Disposiciones complementarias al Reglamento de la Ley de ANP en materia de establecimiento de ANP de administración nacional del proceso de categorización de zonas reservadas aprobada mediante RP 324-2014-SERNANP.

45.3 No se desconoce el derecho de posesión previamente adquirido al establecimiento de un Área Natural Protegida, pero no procede la adquisición de la propiedad por prescripción.

#### Artículo 46.- Limitaciones y restricciones de uso

46.1 Las limitaciones y restricciones al uso de predios de propiedad privada ubicados al interior de un Área Natural Protegida, cuya existencia es posterior a la propiedad, son establecidas en el dispositivo legal de su creación, en el respectivo Plan Maestro o mediante Resolución Jefatural específica del INRENA. En este último caso se debe tomar en consideración la categoría del Área Natural Protegida, la situación legal del titular y el contenido de los instrumentos de planificación.

46.2 No se permite el establecimiento de nuevos asentamientos humanos dentro de las Áreas Naturales Protegidas posteriores a su creación. (...)

Como puede verse, a pesar que el titular de un derecho pueda ser pre-existente a la creación de un área protegida, todo hace indicar que dicho establecimiento implica una carga para el particular que debe soportar, en la medida que sus actividades “pueden ser consideradas una amenaza al derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrio y adecuado al desarrollo de la vida” (Tribunal Constitucional, 2009) En este caso - Cordillera Escalera - las actividades de hidrocarburos fueron suspendidas hasta no contar con el Plan Maestro aprobado; y la primera versión de este Plan Maestro concluía que el derecho pre-existente (contrato de licencia) no era compatible con el objetivo de creación del ANP<sup>16</sup>.

Lo que cuestionamos no es la necesidad de la creación de Áreas Naturales Protegidas, ni otra regulación que permita efectivizar la protección ambiental en beneficio de los ciudadanos; sino dichas medidas que tengan efectos similares a la expropiación o que no sean adecuadamente compensadas. Nótese al respecto que la opción de compra prevista en el artículo 47º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, solo alcanza a la transferencia de predios, más no así de otros derechos de explotación de recursos naturales:

#### Artículo 47.- Opción de compra

En caso de venta de predios privados al interior de un área natural protegida, el propietario deberá otorgar una primera opción de compra al Estado, mediante carta notarial a la Jefatura del Área, por un plazo no menor a sesenta (60) días. En caso que el Estado no ejerza la opción de compra, siempre le corresponderá el derecho de retracto, de acuerdo al Artículo 5 de la Ley N° 26834.

Es a través de esta disposición que “se hace manifiesta la intención de consolidar la titularidad de los derechos de propiedad dentro de las áreas protegidas a favor del Estado” (Monteferri, 2008). En cuanto a su operatividad, la ejecución de esta opción de compra podría ser realizada bajo la normativa de contrataciones del Estado y en particular, en el procedimiento de contrataciones directas previstos en el artículo 27 de la Ley, cuyo literal i) prevé que excepcionalmente, una Entidad puede contratar directamente

---

<sup>16</sup> Ordenanza Regional N° 25-2007-GRSM/CR, de fecha 23 de julio del 2007, que aprueba el Plan Maestro del Área de Conservación Regional “Cordillera Escalera”.

con un determinado proveedor “para (...) y la adquisición de bienes inmuebles existentes”.

Una mejora en el sistema conllevaría que en el caso de la creación de un área natural protegida donde exista un derecho incompatible con los objetivos de creación de dicha área, lo conveniente sería que, por su naturaleza, tal operación de adquisición sea ejecutada conforme el procedimiento previsto en el Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA aprobó el nuevo Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192, “Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura”. Esto por cuanto si bien el Decreto Legislativo 1192 limita su alcance a Obras de Infraestructura<sup>17</sup>; nada impide que puedan celebrarse asociaciones público – privadas para la administración de áreas naturales protegidas<sup>18</sup>, siempre que exista una ley habilitante del Congreso sobre ese extremo.

El inconveniente con ambas medidas es que se encuentra limitada a la adquisición de bienes inmuebles, y los derechos afectados por estas medidas corresponden a títulos habilitantes para la realización de actividades de aprovechamiento de recursos naturales que no implican el derecho superficial, el cual requiere aun ser obtenido por el propietario del suelo. Por ello, es importante para efectos de la Planificación de la Gestión del Área Natural Protegida incluya la valorización y la medición del impacto de las medidas compensatorias por la pérdida de valor de tales títulos.

## **5.2. RESTRICCIONES AL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES POR LA CATEGORIZACIÓN DE UN ÁREA NATURAL PROTEGIDA**

---

17 Obras de Infraestructura: Comprenden la ejecución de proyectos de inversión pública, asociaciones público privadas y aquellos mecanismos de promoción de la inversión privada creados o por crearse.

18 Así, el artículo 17º A de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, incorporad por el artículo 26º del Decreto Legislativo 1451, señala;

Artículo 17A.- Los derechos otorgados por el SERNANP tienen los siguientes plazos de vigencia: 17A.1 Con relación al aprovechamiento del recurso natural paisaje:

a) Concesión para el aprovechamiento del recurso natural paisaje con fines turísticos, hasta por cuarenta (40) años renovables.

b) Contratos de servicios turísticos, hasta por diez (10) años renovables.

c) Autorización para el desarrollo de actividades turísticas en predios de propiedad privada, por el plazo de vigencia del proyecto turístico o plan de acción aprobado.

d) Acuerdos para la prestación de servicios turísticos, hasta por dos (02) años renovables.

e) Permiso para actividades eventuales con fines turísticos y recreativos, por el periodo que dure la actividad, no pudiendo ser mayor a quince (15) días.

17A.2 Con relación al manejo y aprovechamiento sostenible de los recursos de flora y de fauna Silvestre en ANP:

a) Contrato para el aprovechamiento sostenible de recursos de flora y fauna silvestre, hasta por veinte (20) años renovables.

b) Acuerdo de actividad menor, hasta por cinco (05) años renovables.

c) Autorización para realizar caza deportiva en las áreas naturales protegidas, hasta por cinco (05) años renovables.

d) Autorización para el aprovechamiento de árboles caídos naturalmente sin fines comerciales, hasta por tres (3) meses no renovable.(...)

El artículo 27° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas señala que el aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área. Esto quiere decir, que para determinar la aptitud de las actividades dentro de un área natural protegida, es el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas - SERNANP la autoridad competente para pronunciarse sobre la posibilidad de realización de la actividad, en base a la información técnica especializada con la que cuente y sobre la cual tiene competencia.

Lo cierto es que, entre el momento de creación de un área protegida, a través de una Zona Reservada, y la determinación de su categoría, pueden suscitarse una serie de actos de otorgamiento de derechos a particulares, que podrían determinar posteriores restricciones al derecho concedido y la pérdida de valor de la utilidad económica del mismo. Para ello, se ha determinado que las solicitudes para aprovechar recursos naturales al interior de las Áreas Naturales Protegidas sean otorgadas si se cumplen las condiciones de ser compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área; y con opinión previa favorable de la autoridad del SINANPE.

Teniendo en cuenta, que existen áreas en donde solo se autoriza su uso indirecto<sup>19</sup>, la categorización de un área natural protegida no es un tema menor para la determinación de la existencia de Legítimas Expectativas de los inversionistas extranjeros cuando deciden invertir en dicho Estado Anfitrión. Este elemento ha sido analizado en una serie de laudos arbitrales<sup>20</sup>, todos ellos reconociendo para el inversionista el derecho de reclamar en la vía internacional cuando las acciones del Estado anfitrión tienen un efecto perjudicial sobre la inversión (Asqari, 2014), puesto que “a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”<sup>21</sup>.

Por ello, se requiere que el Estado receptor de la inversión se conduzca “de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes”<sup>22</sup>.

Este grado de diligencia que se le requiere al Estado, no es otro que la aplicación del principio de proporcionalidad “entre el interés público buscado y el impacto que tiene la expropiación o la medida regulatoria de carácter general en el propietario afectado” (López Escarcena, 2020); el que debe estar presente en la emisión de cualquier acto, por

---

19 En estas áreas, Parques Nacionales, Santuarios Históricos y Santuarios Nacionales, no puede haber utilización directa de los recursos sino para fines de investigación, recreación, educación y turismo.

20 Para más información sobre Legítimas Expectativas y Trato Justo y Equitativo, puede consultarse los siguientes laudos: *Saluka Investments BV v. Czech Republic*; *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*; *CME v. Czech Republic*; y, *Waste Management v. United Mexican States*.

21 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. ¶ 154.

22 *Ibid.*

ejemplo, en aplicación del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM "Precisa la obligación de solicitar opinión técnica vinculante en defensa del patrimonio natural de las Áreas Naturales Protegidas". La norma citada señala que la autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante, así como sus renovaciones, que se hayan otorgado en favor de actividades de aprovechamiento de recursos naturales o a la habilitación de infraestructura que se realicen al interior de las Áreas Naturales Protegidas; serán nulas de pleno derecho, si no cuentan con la opinión técnica previa vinculante del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP.

### **5.3. IMPOSIBILIDAD DE CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD POR LA ZONIFICACIÓN DEL ÁREA NATURAL PROTEGIDA**

De acuerdo a los numerales 37.1, 37.3 y 37.4 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, se señala que el Plan Maestro constituye el documento de planificación estratégica de más alto nivel para la gestión del Área Natural Protegida. Mediante este documento se establece la zonificación del Área Natural Protegida, y en su elaboración deben participar instituciones públicas y privadas vinculadas al Área Natural Protegida.

Por ello, los Planes Maestros son elaborados bajo procesos participativos, revisados cada 5 años y definirán, por lo menos:

- a. La zonificación, estrategias y políticas generales para la gestión del área.
- b. La organización, objetivos, planes específicos requeridos y programas de manejo.
- c. Los marcos de cooperación, coordinación y participación relacionados al área y sus zonas de amortiguamiento.
- d. La extensión de la Zona de Amortiguamiento. La Zona de Amortiguamiento no es parte de la ANP, sin embargo, se requiere informes favorables del SERNANP para actividades en estas zonas.

De acuerdo con lo indicado, la zonificación es pues una herramienta de planificación que responde a las necesidades del manejo de las áreas naturales protegidas, conforme a lo previsto en su plan de maestro. Esta zonificación debe efectuarse de acuerdo con los requerimientos y objetivos de creación, lo que implica también que existan áreas de exclusión del aprovechamiento de recursos naturales dentro de ANPs que previamente han sido categorizada para uso directo<sup>23</sup>.

En consecuencia, el realizar una actividad en un área natural protegida de uso directo, no es garantía de poder continuar con la actividad de aprovechamiento de recursos naturales que se haya venido ejecutando hasta la fecha de aprobación del Plan Maestro y de la consiguiente zonificación. Basta que se establezca una Zona de Protección

---

23 En las áreas de uso directo pueden haber diversos grados de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, siempre bajo la supervisión del Estado. Estas categorías permiten el establecimiento de Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Reservas Nacionales, Reservas Comunales, Bosques de Protección y Cotos de Caza.



Estricta<sup>24</sup> o una Zona Silvestre<sup>25</sup> con posterioridad a la emisión de un título habilitante de extracción de recursos naturales, para que, a primera vista, se encuentre proscrita la realización de actividades de tales actividades. Este potencial conflicto entre los derechos del inversionista y los objetivos de protección del área natural fue originalmente resuelto a través del Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM “Establecen disposiciones para la elaboración de los Planes Maestros de las Áreas Naturales Protegidas”; cuyo texto inicial planteaba que:

4.2 No podrán establecerse Zonas de Protección Estricta (ZPE) y Zonas Silvestres (ZS), sobre predios de propiedad privada y/o que contengan derechos adquiridos o preexistentes conforme a la norma aplicable, salvo consentimiento escrito del titular del derecho.

Es decir, no existía la imposibilidad de zonificar un área natural protegida de aprovechamiento directo restringiendo los derechos pre-existentes a dicho acto; sino, que se requería un paso previo relacionado con la información y el consentimiento expreso del afectado con la medida. Lo que debía ocurrir en caso no se llegase a un acuerdo y se evaluase la necesidad inminente de protección del área, es la transferencia del derecho previo a favor del estado, previo pago de la compensación respectiva.

A pesar de ello, la disposición mencionada fue modificada en el año 2018 mediante Decreto Supremo N° 004-2018-MINAM; siendo que su texto actual es:

4.2 El SERNANP y los Gobiernos Regionales establecen la zonificación de las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional y regional, respectivamente, en base a los lineamientos y directivas técnicas establecidas y con sujeción al marco jurídico vigente.

Esta modificación no ha implicado una desprotección ni una mayor exposición al riesgo de expropiación regulatoria, en tanto las Disposiciones Complementarias al Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, en materia de Planes Maestros de Áreas Naturales Protegidas de administración nacional”, aprobadas mediante Resolución Presidencial N° 49-2014-SERNANP, aterrizan el contenido de los “lineamientos y directivas técnicas” que deben tenerse en cuenta para la zonificación de áreas naturales protegidas:

Artículo 15º.- Diseño de la zonificación

(...)

---

24 Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original. En estas Zonas sólo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica.

25 Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados.

15.2 La Jefatura es responsable de elaborar y sustentar técnicamente la zonificación del ANP. Mediante esta se precisa las regulaciones para el desarrollo de las diferentes actividades dentro del ANP. Para su diseño la Jefatura del ANP tomará en cuenta los siguientes lineamientos:

- Debe considerar su diseño
- La categoría y objetivos de establecimiento.
- Los requerimientos para mantener la diversidad biológica, característica del área natural protegida y los procesos que la sustentan.
- La seguridad de las personas, sean pobladores locales o visitantes.
- El respecto al significado cultural que el ámbito tenga en la población.
- Las expectativas de uso del espacio por los diferentes actores del ANP en tanto estas sean compatibles en el ANP.
- La zonificación no tiene efectos retroactivos, ni debe afectar los derechos adquiridos con anterioridad al establecimiento del ANP.
- Durante las sucesivas actualizaciones de la zonificación, las Zonas de Protección Estricta no deberán reducirse y las Zonas de Uso Especial no se deberá ampliar. Salvo excepciones debidamente sustentadas por la Jefatura del ANP y aprobado en forma conjunta por la DGANP y DDE.
- El Establecimiento de Zonas de Protección Estricta y Silvestres sobre predios en propiedad privada y/o que contengan derechos adquiridos o preexistentes se requiere el consentimiento escrito del titular del derecho. En los casos de modificación de la zonificación, solo se requiere recabar el consentimiento de los titulares de derechos sobre los ámbitos donde se proponga la ampliación de zona silvestre o zona de protección estricta.

Cabe indicar que estas disposiciones se encuentran alineadas a lo ya previsto en los artículos 4º y 5º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas; que indican que cuando se declaren Áreas Naturales Protegidas que incluyan predios de propiedad privada, se podrá determinar las restricciones al uso de la propiedad del predio, y en su caso, se establecerán las medidas compensatorias correspondientes; y que la administración del Área Natural Protegida promoverá la suscripción de acuerdos con los titulares de derechos en las áreas, para asegurar que el ejercicio de sus derechos sea compatible con los objetivos del área. Esto por cuando, el ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales éstas fueron creadas.

Por ello, el establecimiento de zonas de protección estrictas dentro del área natural protegida, en la cual previamente se haya establecido la compatibilidad como un derecho de aprovechamiento de recursos naturales, podría implicar una medida equivalente a la expropiación solo en el caso que no se haya seguido escrupulosamente el procedimiento previsto en las normas de la materia.

#### **5.4. RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD POR AMPLIACIÓN DE ZONAS DE AMORTIGUAMIENTO EN PREDIOS CON DERECHOS PRE-EXISTENTES**

Una de las principales innovaciones que trajo consigo la Ley de Áreas Naturales Protegidas, fue la creación de las zonas de amortiguamiento, las cuales son definidas como “aquella(s) zona(s) adyacente(s) a los límites del área natural protegidas que, por su ubicación, requiere de un tratamiento especial para garantizar el cumplimiento de los fines de conservación”.

En ese sentido, el Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM “Establecen disposiciones para la elaboración de los Planes Maestros de las Áreas Naturales Protegidas” señala que las zonas de amortiguamiento son “aquellas zonas adyacentes a las Áreas Naturales Protegidas del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, que por su naturaleza y ubicación requieren un tratamiento especial para garantizar la conservación del área protegida, conforme a lo indicado en el artículo 25 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas”.

Nuevamente, es el Plan Maestro el instrumento que definirá en cada caso la extensión de la Zona de Amortiguamiento, en base a criterios técnicos que permitan cumplir los objetivos de la misma, debiendo contemplar límites máximos, bajo los lineamientos definidos por el SERNANP, en el marco de las políticas y lineamientos referidos al ordenamiento territorial, establecidos por el Ministerio del Ambiente. Al respecto, las Disposiciones Complementarias al Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, en materia de Planes Maestros de Áreas Naturales Protegidas de administración nacional”, aprobadas mediante Resolución Presidencial N° 49-2014-SERNANP; señalan:

Artículo 17º.- De la Zona de Amortiguamiento

17.1 Las Zonas de Amortiguamiento son aquellos espacios adyacentes a las Áreas Naturales Protegidas del SINANPE; que por su naturaleza y ubicación, requieren un tratamiento especial que garantice la conservación del Área Natural Protegida. Las actividades realizadas en las Zonas de Amortiguamiento no deben poner en riesgo el cumplimiento de los fines del Área Natural Protegida.

17.2 Las zonas de amortiguamiento en Áreas Naturales Protegidas contiguas y/o cercanas podrán superponerse entre sí.

17.3. Las Zonas de amortiguamiento de Áreas Naturales Protegidas contiguas o conlindantes no incluirán a las ANPs como parte de ellas, aunque tales ANPs seguirán cumpliendo la función de zona de amortiguamiento. (...)

Estas disposiciones no hacen sino confirmar que las zonas de amortiguamiento no son áreas naturales protegidas, son “áreas de tratamiento especial que garantice la conservación del Área Natural Protegida”. Este tratamiento especial no es otro, más que los requisitos de compatibilidad y opinión técnica favorable previstos en el artículo 116º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-2001-AG y modificado el Decreto Supremo No. 003-2011-MINAM. Estas medidas traen consigo importantes cargas hacia los titulares de derechos pre-existentes, puesto que la emisión de la compatibilidad y la opinión técnica previa favorable, serán emitidas únicamente en tanto las actividades a evaluar no contravengan

los objetivos de creación del Área Natural Protegida<sup>26</sup>.

Por ello, es importante que tanto el expediente de creación del Área Natural Protegida, así como el expediente de categorización, extiendan la consulta a los sectores respecto de los derechos previamente otorgados; o, que se encuentren en proceso de evaluación, no solo respecto de la Zona Reservada, sino también de la Zona de Amortiguamiento del Área Natural Protegida, cuando la proyección de la Zona de Amortiguamiento se extienda por fuera de la Zona Reservada. Es decir, la fijación de una Zona Reservada no solo debe considerar el Área Natural Protegida sino también su Zona de Amortiguamiento.

¿Puede el establecimiento de una zona de amortiguamiento generar un detrimento en el valor del derecho del tercero que recibe la carga? Sí, puesto que si bien el establecimiento de una zona de amortiguamiento es parte del ordenamiento territorial; que, tal como señala el artículo 22 de la Ley 30230 - Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, constituye "un proceso político y técnico administrativo destinado a orientar la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio, sobre la base de la identificación de potencialidades y limitaciones, considerando criterios económicos, socioculturales, ambientales e institucionales"; el cambiar el régimen de autorización de actividades impactará en los procesos de desarrollo de cualquier inversión al pasar de un régimen monista (una sola autoridad ambiental competente, la sectorial); a un régimen dual al incorporarse la necesidad de contar con una autorización previa de SERNANP (ya sea a través de compatibilidad o de opinión favorable). Tanto así que "si el SERNANP niega dicha compatibilidad, el carácter vinculante de dicha negativa implica que la autoridad sectorial deberá denegar el otorgamiento del título habilitante solicitado, al margen de que el solicitante haya cumplido con los alcances de la normativa sectorial, puesto que al evaluarse la compatibilidad futura de la actividad a ser desarrollada, ésta no calza con los objetivos de planificación y protección de la ANP" (Huapaya, 2018). A pesar de ello, si el proceso de establecimiento de la Zona de Amortiguamiento determina la existencia de un derecho pre-existente incompatible con los objetivos de conservación del área natural protegida; el establecimiento de dicha zona debe ser evaluado a la luz de la proporcionalidad entre el derecho del particular y los objetivos colectivos; y, en la medida que se trate de un supuesto de revocación de derechos que origine perjuicio económico al administrado, contemplar la indemnización correspondiente en sede administrativa en los artículos 213º y 216º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS.

---

#### 26 Artículo 116.- Emisión de Compatibilidad y de Opinión Técnica Previa Favorable

(...) 116.1. La emisión de Compatibilidad es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación a través de la cual se analiza la posibilidad de concurrencia de una propuesta de actividad, con respecto a la conservación del Área Natural Protegida de administración nacional, o del Área de Conservación Regional, en función a la categoría, zonificación, Plan Maestro y objetivos de creación del área en cuestión. (...)

dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la recepción de la solicitud de la autoridad competente.

116.2. La Opinión Técnica Previa Favorable es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación del contenido del instrumento de gestión ambiental correspondiente a una actividad, obra o proyecto específico a realizarse al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional y/o de su Zona de Amortiguamiento, o de un Área de Conservación Regional, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión del Área Natural Protegida. (...)

## **6. LA OPINIÓN TÉCNICA FAVORABLE A LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL Y LA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE LOS INVERSIONISTAS**

La necesidad de la regulación en materia ambiental pasa por entender que toda actividad humana genera un impacto en la naturaleza, el cual puede ser positivo o negativo dependiendo de la evaluación y diagnóstico que se realice respecto de los efectos del proyecto y a los objetivos de las políticas oficiales trazados. Esta evaluación del proyecto encuentra su sustento esencial en que sin la existencia del proyecto no se generarían impactos ambientales.

La opinión técnica previa favorable del SERNANP se encuentra enmarcada en el procedimiento de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental – EIA – presentado por el interesado, conforme a lo dispuesto por el artículo 88° del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas; sin perjuicio de los procedimientos que deban realizarse para la obtención de otros permisos, autorizaciones y/o licencias que se requieren para el inicio de las actividades.; y que se ejerce como parte de “la auténtica función protectora de las ANP por parte del SERNANP” (Huapaya, 2018).

Esta evaluación de los impactos es previa al inicio de la actividad, a través de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y brindará información respecto de la viabilidad del proyecto y las medidas de mitigación de impactos negativos que deben adoptarse para el desarrollo del mismo. Tanto la Ley General del Ambiente como la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, consagran dicho presupuesto y condicionan la ejecución de cualquier proyecto a la obtención de una opinión favorable por parte de autoridades autoritativas emitir opinión previa como condición para la emisión de la certificación ambiental.

En ese sentido, una reclamación por la falta de aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, cuando esta se deba a razones de carácter meramente técnica, no podría constituir una reclamación válida dentro la protección a las inversiones; siempre y cuando dicha decisión no se torne arbitraria y se encuentra debidamente sustentado en los objetivos de creación del área natural, así como de sus documentos de gestión. Esta fue igualmente la percepción del Tribunal Arbitral del caso Maffezzini c. Reino de España, en tanto se desestimó este extremo de la reclamación al no poderse acreditar los daños sufridos por el reclamante respecto a la demora en la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental.

Debemos recordar que el análisis del cumplimiento de los estándares internacionales, en este caso de la protección a las legítimas expectativas de los inversionistas, no es una carta blanca para que realicen sus actividades económicas sin seguir o cumplir los requisitos mínimos de la legislación ambiental nacional, pero también es cierto que el estándar bajo el cual se analice si la denegatoria de una opinión técnica favorable constituye un acto arbitrario, debe ser analizado en función al derecho internacional y no el derecho interno. Es importante tener en consideración que el Trato Justo es una protección para los inversionistas, pero no es una garantía de un resultado exitoso en el negocio iniciado, ni tampoco otorga de facto una renuncia a la potestad regulatoria de los Estados<sup>27</sup>.

---

27 “(...) un inversor no podía, en el momento de la inversión en disputa, tener la expectativa razonable de que, en ausencia de un compromiso específico, la regulación no iba a ser modificada (...)” Charanne B.V y Construcion Investments S.A.R.L. v. Reino de España. Laudo

## 7. COMENTARIOS FINALES

La preservación de ecosistemas sensibles y valiosos desde el punto de vista de la biodiversidad es una tarea fundamental del Estado y debe formar parte de las políticas públicas que deben ser abordadas de forma impostergable, más aún en el contexto de crisis ambiental en la que nos encontramos. Para que dicha preservación sea efectiva, no basta el mero reconocimiento de los derechos de aprovechamiento de recursos naturales pre-existentes al momento de la creación del área natural protegida; sino que se requiere examinar la viabilidad de tales derechos a la luz de los objetivos de conservación buscados y determinar la compatibilidad entre los mismos. Esto nos lleva a su vez a aceptar que los derechos pre-existentes no son intangibles, sino que pueden ser legítimamente recortados por razones de interés público y general. Pero esta afectación no puede ser arbitraria, debe conllevar necesariamente a la activación del proceso de revocación del título pre-existente, que pasa por compensar e indemnizar al titular del derecho cuando esta medida le ocasione un perjuicio económico.

El establecimiento de áreas naturales protegidas, la zonificación de las mismas y la determinación de sus zonas de amortiguamiento no son regulaciones generales ni cargas genéricas que recibe el administrado, sino que en muchas circunstancias son medidas que tienen la potencialidad de despojar la utilidad económica a una inversión. Por ello se requiere trabajar en un sistema transparente de compensación e indemnización del particular cuyo derecho se verá afectado por dichas medidas. Este es el estándar que recogen los tratados internacionales de protección de inversiones para las medidas equivalentes con la expropiación; puesto que no puede usarse una obligación ambiental nacional o internacional como excusa para adoptar una decisión que pueda contravenir un tratado de protección de inversiones, sino que corresponde al Estado tomar las medidas necesarias para cumplir tanto con su obligación de garantizar un medio ambiente sano a sus ciudadanos; como también cumplir respetuosamente con los compromisos internacionales asumidos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andaluz, A. (2003). *Derecho Ambiental: Propuestas y Ensayos*. Santa Cruz: UPSA.
- Asqari, Z. (2014). *Investor's Legitimate Expectations and the Interests of the Host State in Foreign Investment*. *Asian Economic and Financial Review*, 4(12). 1906-1918: [http://www.aessweb.com/pdf-files/ae-fr-2014-4\(12\)](http://www.aessweb.com/pdf-files/ae-fr-2014-4(12)).
- Baldwin, R., & Cave, M. (1999). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University.
- Baughen, S. (2006). *Expropriation and Environmental Regulation: The lessons of NAFTA Chapter Eleven*. *Journal of Environmental Law* Vol 18 No 2, 207–228.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI. (30 de agosto de 2000). *Laudo Caso ARB (AD)/97/1. Metalclad Corporation y Estados Unidos Mexicanos*.
- De la Puente, L., & Vargas, D. (2018). *Notas sobre la aplicación de la norma ambiental*

- peruana en el tiempo. Lima: Derecho & Sociedad N° 50 pp. 27-36.
- Desdentado, E. (1999). La crisis de la identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes. Valencia: Tirant lo blanch.
- Driesen, D. (2003). The Economic Dynamics of Environmental Law. Massachusset Institute of Technology.
- Fernández Sessarego, C. (2013). Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho. *Ius et ratio*. Vol. 1 N° 1.
- Field, B., & Field, M. (2001). *Economía Ambiental*. McGraw Hill.
- Gonzales, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Derecho & Sociedad* No. 23, 144-159.
- Hernandez, J. (2016). *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones*. Caracas: Editorial jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público.
- Huapaya, R. (2018). La técnica de los informes vinculantes para la protección de las áreas naturales protegidas en el derecho peruano. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 17 pp. 405-438.
- Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ARB/06/18 Decision on Jurisdiction and Liability (ICSID).
- Laffont, J. (2005). *Regulation and Development*. Cambridge University Press.
- López Escarcena, S. (2020). Más allá del efecto y de la intención: la proporcionalidad en los arbitrajes de inversiones. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)* N° 22. <http://dx.doi.org/10.22235/rd.vi22.2213>.
- Monteferri, B. (2008). Áreas Naturales Protegidas: los efectos jurídicos de su establecimiento sobre predios de propiedad privada. *Revista de Derecho Administrativo* N° 6. *Círculo de Derecho Administrativo*, pp. 338-361.
- OECD. (2004/04). "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment*, <https://doi.org/10.1787/780155872321>.
- Ogus, A. (2003). *Regulatory Institutions and Structures*. *Annals of Public and Cooperative Economics*. Vol. 73. N° 04, 627-648.
- Pasquel, E. (2005). Tomando la propiedad en serio: Las expropiaciones regulatorias o indirectas. *Ius et veritas* 31, 114-126.
- Rodríguez, J. (2017). *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. *Ius Humani Revista de Derecho*. Vol. 6, 95-105.

- Solano, P. (2005). *La Esperanza es Verde*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Tribunal Constitucional. (11 de noviembre de 2003). Sentencia Exp. 0008-2003-AI/TC. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001.
- Tribunal Constitucional. (1 de Abril de 2005). Sentencia Exp. 0048-2004-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28258 - Ley de Regalía Minera. Perú.
- Tribunal Constitucional. (19 de febrero de 2009). Sentencia Exp. 03343-2007-PA/TC. Acción de amparo contra las actividades de hidrocarburos del Lote 103 ubicado dentro del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera.
- Tribunal Constitucional. (05 de noviembre de 2012). Sentencia Exp. 00239-2010-PA/TC. Acción de Amparo Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C. contra la Municipalidad de Lima.
- Tribunal Constitucional. (31 de agosto de 2017). Sentencia Exp. 06251-2013-PA/TC.
- Wagner, J. (1999). *International Investment, Expropriation and Environmental Protection*. *Golden Gate University Law Review* Vol. 29, 465-533 <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1765&context=ggulrev>.