

REVISTA JURÍDICA AMBIENTAL

AÑO 1 | N° 1 | ABRIL 2026

RECURSOS NATURALES: SOSTENIBILIDAD Y GOBERNANZA

- Protección jurídica del medio ambiente
- Políticas de desarrollo sostenible
- Legislación ambiental



MARCO LEGAL
AMBIENTAL



MINERÍA
Y PROTECCIÓN
TERRITORIAL



ENERGÍAS
RENOVABLES





REVISTA JURÍDICA AMBIENTAL

Año 1, N° 1, abril 2026

© Asociación Taller de Derecho, 2026

Equipo de Derecho Ambiental – EDERA

Av. Universitaria N°1801, San Miguel – Lima – Perú. Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Correo electrónico: conexion.edera@gmail.com

Coordinadora Editorial: Vanessa Chávarry Meza

Equipo Editorial: Andrea Nashely Flores Paz, Sofía Abigail Gálvez Vásquez, Alexander Fidel Huamaní Ortiz, Fara Daniela Purihuaman Cubillas, Angela Mercedes Quincho Jara, Víctor Hugo Romero Ríos y Nayra Camila Torres Ortiz

Diseño de portada: Ariana Angulo Olazábal

Diagramación: Isabel Salazar Faro

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2026-01407

ISSN: 3119-7752 (en línea)

Revista de periodicidad anual

La presente publicación se encuentra disponible en: <https://conexionambiental.pe/>

El contenido y las posturas vertidas en los artículos publicados en la RJA – EDERA son responsabilidad de los propios autores y no representan necesariamente el punto de vista de la asociación.

Esta publicación ha sido trabajada con el apoyo de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), en el marco del proyecto Bienestar Sostenible, gracias a la valiosa contribución de Mackenzie Scott.

Para el correcto citado de los artículos, se sugiere el siguiente formato:

Apellido, N. (2026). Título del artículo. *Revista Jurídica Ambiental – EDERA*, 1(1), página inicial-página final.

EQUIPO EDITORIAL REVISTA JURÍDICA AMBIENTAL

Sofía Abigail Gálvez Vásquez - Editora en Jefe

Andrea Nashely Flores Paz

Alexander Fidel Huamaní Ortiz

Fara Daniela Purihuanan Cubillas

Angela Mercedes Quincho Jara

Víctor Hugo Romero Ríos

Nayra Camila Torres Ortiz

ASAMBLEA ORDINARIA 2025-2

Consejo Directivo

Liana Muñoz Espinoza (Coordinación General)
Alonso Chura Soto (Subcoordinación General)
Denny Peña Gines (Comunicaciones)
Fara Purihuamán Cubillas (Conexión Ambiental)
Pamela Flores Uquiche (Eventos)
Letizia Ortiz Medina (Formación Académica)
Luisa Gonzales Roque (Máika)
Darinka Cerna Oropeza (Podcast)

Comunicaciones

Daniela Enciso Guardamino
Renzo Zamora Vilchez
Ingrid Mejia Ponte
Maricielo Garay Vilela

Conexión Ambiental

Victor Romero Rios
Sofía Gálvez Vásquez
Romina Cuadros Araujo
Jhany Jove Romnán
Angela Quincho Jara
Diego Escudero
Nayra Torres Ortiz
Andrea Flores Paz
Fernanda Bustamante Tejada

Eventos

Karina Quispe Alí
Naomi Sanchez Chavez
Maite Orellana Bellido
Eduardo Davila Fernandes
Francesca Medina Aguilar

Formación Académica

Guillermo Coterá Bravo
Tamara Barrientos Rivera
Limber Escobar Gavilan
Camila Izquierdo Lopez

Gestión

Claudia Fabián Fabián
Karla Hilario
Brad Gutierrez Atencio

Máika

Romina Chumbes Yauricasa
Sebastian Samaniego Cordova
Joaquín Verástegui Cáceda
Andrea Saldarriaga Castillo
Renzo Gutierrez Chipa

Podcast

Juan Vergara Tam
Luciana Solis Díaz
Luis Medina Inocente
Bianca Ramírez Ynjoque
Ariana Huayra Poma

Consejo Consultivo

Mariano Castro
Fiorella Chinchay
Indira Diaz
Miyanou Dufour
Marco Espinoza
Angélica Ferreyra
Beatriz Fraciskovic
Pedro Gamio

Percy Grandez
Julia Jimenez
Sandra Lock
Nathalie Málaga
Edgardo Portaro
Gabriela Ramírez
Ileana Rojas
Lucía Ruiz

Diego San Martín
Hebert Tassano
Patricia Urteaga
Talia Vela-Eiden
Alberto Ventura
Vito Verna
Gustavo Zambrano

CONTENIDO

EDITORIAL	9
PRESENTACIÓN.....	11
PRÓLOGO	13

ARTÍCULOS

Propiedad privada de recursos naturales y conservación	15
CARLOS ANDALUZ	

Hacia una transición energética equitativa e inclusiva: la generación distribuida en el Perú.....	43
PEDRO GAMIO, FERNANDA BUSTAMANTE Y MARILYN SIGUAS	

La paradoja de la formalización permanente y la ineficacia regulatoria en el Proceso de Formalización Minera del Perú	73
XENNIA CASTRO Y EDUARDO ORMEÑO	

El despertar verde del sistema financiero: desafíos regulatorios de una transformación inevitable <i>La urgencia de una hoja de ruta concreta para las finanzas sostenibles en el Perú</i>	101
VANESSA CHÁVARRY	

La oscuridad como componente del ambiente	117
VITO VERNA	

Arreglos institucionales y legales para las compensaciones de biodiversidad en el Perú	131
CAROL MORA	

La aplicación del principio de retroactividad benigna en
supuestos de modificación de instrumentos de gestión ambiental:
un cambio de criterio necesario 157

ALBERTO VENTURA Y JOSEMARÍA MERA

Intereses y Prejuicios: El peso financiero de impugnar una
multa ambiental ante el OEFA 181

ALEJANDRA SEMINARIO

¿Consultar el otorgamiento de la concesión minera?
¿Podría ser una trampa para la protección del derecho
colectivo a la consulta previa? 195

ANDREA DOMÍNGUEZ

La prohibición de reforma en peor indirecta
Aplicación y límites en los procedimientos sancionadores ante el OEFA 215

WENDY LEÓN

MISCELÁNEA

El Taller de Derecho Ambiental o EDERA PUCP Recuerdos
de origen y formación 235

IVÁN ORTIZ

Una mirada internacional de la evaluación de impacto ambiental 243

ERIKA SERRANO, HELENA VILLENA Y JAVIER VERGARA

ASAMBLEA HISTÓRICA 255

EDITORIAL

Un 26 de junio de 2022, durante la Cuarta Asamblea Ordinaria del ciclo 22-1, EDERA aprueba por unanimidad la conformación de la Comisión Especial para la creación de la Revista Jurídica Ambiental. Este hecho supuso el punto de partida del primer proyecto editorial de derecho ambiental editado exclusivamente por estudiantes. No sería hasta inicios del 2025 que aquella iniciativa se retomaría con impulso, y a mediados del mismo año se conformaría el Equipo Editorial encargado de la ejecución del sueño que trascendió diversas Asambleas. Hoy, después de cuatro años, es un placer para nosotros anunciar la publicación de la Primera Edición de la Revista Jurídica Ambiental.

Es apropiado decir que el legado de EDERA radica en su firme compromiso con el estudio interdisciplinario de problemáticas socioambientales y, sobre esta premisa, promueve la construcción de un espacio académico en el que diversas perspectivas sobre el Derecho Ambiental puedan dialogar y complementarse. En esta línea, la primera edición de la Revista Jurídica Ambiental materializa dicha determinación al reunir los aportes de profesionales con amplia trayectoria en distintas áreas, los cuales ofrecen una visión integral sobre los principales desafíos del Derecho Ambiental en la actualidad. Por lo tanto, tenemos la certeza de que quienes asuman la responsabilidad de mantener vivo este proyecto editorial continuarán con el compromiso que ha caracterizado a EDERA desde sus inicios.

Esta responsabilidad no es ajena a la realidad de nuestro país, donde hablar de Derecho Ambiental ya no es una opción académica, ni una especialidad marginal. Es una necesidad. La crisis climática, la degradación de nuestros ecosistemas y la persistencia de conflictos socioambientales evidencian que el modelo de desarrollo que hemos adoptado arrastra tensiones estructurales que el Derecho no ha sabido, o no ha querido, resolver con la profundidad que el momento exige. Esta revista surge desde esa inquietud. Desde la convicción de que el Derecho Ambiental debe ser pensado críticamente, con rigor, pero también con compromiso. No basta con describir problemas: es necesario asumir postura frente a ellos. No basta con

repetir categorías; es indispensable revisarlas a la luz de nuestra realidad social, económica y ecológica.

Tal y como señalamos líneas arriba, el legado que hemos heredado nos exige seguir rigurosamente criterios de excelencia. En respuesta a esos estándares, esta primera edición contiene diez artículos inéditos de autores nacionales especializados en su materia; una crónica fundacional elaborada de primera mano por uno de los fundadores de EDERA; y, finalmente, una Mesa Redonda Internacional que convoca a profesionales de alto nivel de las siguientes nacionalidades: Chile, Colombia y España.

Con este espíritu, confiamos en que el lector encontrará en esta obra inaugural no solo un nuevo referente académico, sino un motivo para comprometerse con el estudio y la pasión por el Derecho Ambiental.

EQUIPO EDITORIAL

PRESENTACIÓN

En el devenir de los años, el Equipo de Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica del Perú (EDERA) ha logrado construir una destacada y notoria trayectoria académica, así como un merecido reconocimiento en el derecho ambiental peruano, generando además un impacto en espacios distintos al jurídico. En ese sentido, desde 1992 hasta la actualidad, los miembros y colaboradores que integraron el equipo han logrado que el ámbito de acción y participación de la asociación no se limite a cuestiones jurídicas, sino que también intervenga en la comunidad a través de proyectos de incidencia social y ambiental.

Hoy, la Revista Jurídica Ambiental de EDERA es, sin duda alguna, la materialización de una de las metas más ambiciosas que el equipo se ha propuesto a través de sus miembros, colaboradores, coordinadores y escritores, quienes aportaron su compromiso con ahínco y tesón. Por ello, es menester resaltar que esta edición inaugural de la revista ha requerido una atención minuciosa en cada etapa de su planificación y elaboración.

Son, pues, los integrantes de la comisión de Conexión Ambiental y el Consejo Directivo quienes han liderado los esfuerzos por hacer que la revista sea una realidad. El resultado es la satisfacción de saber que se ha logrado un producto que sigue estándares de excelencia en torno a la investigación académica.

En esa misma línea, la invitación a destacados profesionales y expertos para la redacción de artículos es uno de los principales indicadores de la calidad de esta revista. Sus aportes han permitido abordar cuestiones relevantes sobre la relación entre el derecho y el medio ambiente, contribuyendo así al debate académico con esta primera edición.

En las páginas de esta revista, el lector podrá encontrar desde un análisis riguroso de los desafíos más importantes del derecho ambiental contemporáneo, hasta una mirada a la memoria institucional de EDERA desde su fundación. A través de los presentes artículos se analizan aspectos esenciales de la fiscalización y el procedimiento administrativo sancionador, así como la regulación de los recursos

naturales, minería y consulta previa. Asimismo, se estudian nuevas perspectivas sobre las finanzas sostenibles y la transición energética. De este modo, ofrecemos un espacio de reflexión integral sobre la protección del medio ambiente y la sostenibilidad, fortaleciendo la doctrina existente del derecho ambiental en el Perú.

En conclusión, es de nuestro agrado confirmar con rotunda convicción que esta primera edición de la Revista Jurídica Ambiental de EDERA no solo constituirá un impacto positivo en el posicionamiento de nuestro equipo en el ámbito jurídico-ambiental, sino que también representa un aporte a la comunidad académica al reunir artículos de alto nivel, con el objetivo de promover nuestra disciplina de interés.

CONSEJO DIRECTIVO

PRÓLOGO

Durante décadas el derecho ambiental fue percibido como un espacio secundario dentro del debate jurídico. Se creía que hablar de derecho ambiental era hablar de la protección de árboles o ballenas. No obstante, la realidad actual ha transformado esa visión de manera irreversible y nos ha hecho comprender que hablar de derecho ambiental es hablar de agua, seguridad alimentaria, salud, inversión, territorio y, en última instancia, de nuestro futuro y el de las siguientes generaciones. Porque defender el ambiente es, finalmente, defender la vida en su dimensión más concreta.

Actualmente, el derecho ambiental ocupa un lugar central en el debate sobre gobernanza, inversión y sostenibilidad. Ya no es posible comprender el crecimiento económico sin considerar los temas ambientales y sociales, ni diseñar políticas públicas sin considerar los riesgos vinculados con estos temas. En un mundo marcado por la crisis climática y la creciente presión sobre los recursos naturales, el rol del derecho ya no puede limitarse a regular daños cuando éstos ya han ocurrido; sino que se requiere de un derecho capaz de anticipar riesgos, prevenir impactos y contribuir a la construcción de un modelo de desarrollo verdaderamente sostenible. Porque sin sostenibilidad no hay desarrollo, pero tampoco hay sostenibilidad sin derecho.

En este contexto, el nacimiento de esta revista de derecho ambiental -publicada por estudiantes que forman parte del Equipo de Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica del Perú- representa mucho más que el lanzamiento de una nueva publicación académica. Refleja el convencimiento de que la formación jurídica tiene que integrar nuevas perspectivas para responder a los desafíos de nuestro tiempo y contribuir a mejorar la realidad. Además, constituye un hito significativo, ya que se trata de la primera revista especializada en derecho ambiental del país impulsada por estudiantes, quiénes serán las nuevas voces del derecho en un futuro.

Así pues, esta publicación constituye una apuesta por abrir un espacio de reflexión, análisis crítico y discusión rigurosa sobre los desafíos ambientales que enfrenta el

Perú y el mundo. Su finalidad es comprender que el derecho ambiental no se limita a regular recursos naturales ni a imponer sanciones, sino que su esencia radica en viabilizar el desarrollo económico y su sostenibilidad en el tiempo. Por ello, el mérito de esta primera edición no sólo reside en lo que contiene, sino en lo que inaugura: un espacio donde la comunidad jurídica ambiental pueda difundir investigaciones, ensayos, comentarios jurisprudenciales, análisis normativos y reflexiones.

A la luz de ello, aspiro que esta revista se consolide como un punto de encuentro entre la academia y la práctica profesional. Que sus páginas sirvan de plataforma para difundir los debates que hoy enfrenta al derecho ambiental en nuestro país, que van desde la crisis climática y del agua, los conflictos socioambientales, la transición energética, la economía circular, las finanzas verdes, la responsabilidad empresarial y los estándares internacionales de sostenibilidad.

Con esta primera edición, se inicia un camino que espero sea sostenido en el tiempo y enriquecido con nuevas voces. Que esta revista no sea únicamente un medio de difusión del derecho ambiental en el Perú, sino un espacio vivo de debate y construcción jurídica, tan necesario en países como el nuestro. Por ello tenemos el reto de formar juristas capaces de comprender no sólo las normas jurídicas, sino también la complejidad de nuestra realidad que esas mismas normas buscan regular. Porque el futuro no se predice, se construye regulándolo y defendiéndolo desde el derecho.

Como señala un proverbio ampliamente citado, no heredamos la tierra de nuestros antepasados, la tomamos prestada de nuestros hijos. En esa línea Hans Jonas, nos recuerda que debemos actuar de modo que nuestras decisiones sean compatibles con la permanencia de la vida en la Tierra. Que esta revista sea, no sólo un proyecto editorial más, sino un espacio de invitación a pensar en el futuro con seriedad y esperanza. El derecho ambiental no es una moda ni un discurso pasajero, sino un lenguaje jurídico del siglo XXI. Espero que estas páginas puedan inspirar a más estudiantes, investigadores y profesionales a comprender que proteger el ambiente no es un gesto romántico, sino una obligación jurídica y una oportunidad histórica.

VANESSA CHÁVARRY

Coordinadora Editorial

PROPIEDAD PRIVADA DE RECURSOS NATURALES Y CONSERVACIÓN

CARLOS ANDALUZ WESTREICHER¹

► **RESUMEN:**

Análisis del régimen jurídico de los recursos naturales en la Constitución y las leyes; y su contrastación con lo que la legislación, doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden, es decir, la proscripción de la propiedad privada sobre todos los recursos naturales; por cuanto constituirían bienes de dominio público inalienables e imprescriptibles. Análisis de conveniencia de un régimen de propiedad privada aplicado al manejo y conservación de la vicuña y a las plantaciones forestales en tierras de aptitud forestal y de protección.

Palabras clave: Propiedad, patrimonio de la nación, dominio eminente, dominio eminential, recursos naturales.

► **ABSTRACT:**

Analysis of the legal regime for natural resources in the Constitution and the laws; and its contrast with the understanding of the majority of legislation, doctrine, and jurisprudence, that is, the prohibition of private property over all natural resources, as they constitute inalienable and imprescriptible public domain assets. Analysis of the appropriateness of a private property regime applied to the management and conservation of the vicuña and to forest plantations on lands suitable for forestry and protection.

¹ *Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestro en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, profesor de Derecho Ambiental (1992 – actualidad), miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio del Ambiente (2009 - 2013); presidente de la Comisión de Derecho Ambiental del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2024-2025); y autor de seis ediciones del Manual de Derecho Ambiental (2006, 2009, 2011, 2013, 2016 y 2023).*

Este artículo toma como base el trabajo de investigación para optar el grado académico de Maestro en Derecho Empresarial en la Universidad de Lima, titulado: ¿Es eficiente para la conservación de la vicuña y para la promoción de las plantaciones forestales la asignación de derechos de propiedad?

Keywords: Property, national heritage, eminent domain, eminent domain, natural resources.

I. INTRODUCCIÓN

La corriente mayoritaria en nuestro país postula la absoluta propiedad sobre los recursos naturales por parte del Estado, basándose en que supuestamente así lo disponen la Constitución y las leyes, por ser además lo más conveniente para la conservación de tales recursos. En otros términos, sostienen que permitir la asignación de derechos de propiedad privada e incluso comunal, conllevaría inexorablemente, como correlato de esta apropiación “egoísta” del recurso, a la degradación de los recursos naturales, con el consecuente perjuicio para la sociedad. Por el contrario, argumentan que mantener los recursos naturales como propiedad pública garantiza su conservación.

II. MARCO CONCEPTUAL

- No existen bases para afirmar que el ordenamiento jurídico peruano proscriba la propiedad privada sobre todos los recursos naturales².
- Si es posible la propiedad privada sobre algunos recursos naturales, debe evaluarse entonces, en cada caso, la conveniencia de asignar o no derechos de propiedad a los particulares.
- La vicuña es un camélido silvestre que ha sufrido las consecuencias de la depredación por motivo de su valiosa fibra, al punto de colocarla en peligro de extinción; lo que supuso también perder una oportunidad para mejorar la situación económica de quienes comparten ecosistema con esta especie; la privación de los consumidores de acceder a un producto altamente valorado; y, la vergüenza nacional de haber extinguido una especie que el Perú luce en su escudo nacional.
- Ante la alarmante disminución de la población de vicuñas, el Estado peruano, desde 1825, prohibió su caza, implementó un severo sistema punitivo mediante profusa normativa y prohibió el comercio internacional de las vicuñas y sus subproductos.

² La Constitución solo prohíbe explícitamente la propiedad privada sobre el recurso agua, en razón de la Ley 30588 del 22 de junio de 2017, Ley de Reforma Constitucional, que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho fundamental, incorporando el Artículo 7-A, y dispone que el agua es un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible. La sola necesidad de introducir una reforma constitucional para establecer que el agua es un bien de uso público abona en lo que aquí sostenemos: el artículo 66 en modo alguno establece una prohibición absoluta de acceso a la propiedad sobre todos los recursos naturales.

- A contracorriente de la tendencia imperante en materia de políticas públicas para conservación de recursos naturales, siendo además que ya estaba vigente la Constitución de 1993, de la que se alega prohíbe la propiedad privada sobre los recursos naturales, se aprobó la Ley 26496, sobre el Régimen de la Propiedad, Comercialización y Sanciones por la Caza de las Especies de Vicuña, Guanaco y sus Híbridos (11 de julio de 1995), que otorgó la propiedad de las vicuñas y derechos de comercialización de su fibra a las comunidades campesinas en cuyas tierras se hallen dichas especies.
- Para hacer posible la consecución de los objetivos de la Ley 26496, el Estado peruano retiró la vicuña del Apéndice I de la Cites y la trasladó al Apéndice II, que permite su comercialización internacional bajo estricta supervisión del Estado Parte.
- Esta ley está alineada con el Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña (1979) y su Protocolo Adicional (1999), por el que los Gobiernos de Bolivia, Chile, Ecuador y Perú convinieron en que si alguna de las partes alcanzara un nivel de poblaciones de vicuña cuyo manejo permitiere la transformación de fibra en telas, podrá comercializarlos bajo estricto control del Estado.
- Las cifras indican que la población de vicuñas se ha incrementado sustancialmente.
- Si es mejor para la conservación de la vicuña esta política de asignación de derechos de propiedad, ello permite extrapolarlo a otros recursos actualmente subutilizados, como es el caso de las tierras de aptitud forestal degradadas, cuya propiedad se niega a los inversionistas interesados en actividades de reforestación³, argumentando que la propiedad privada está prohibida por la Constitución, que favorece la concentración en pocas manos; y que contribuye a la degradación de recursos naturales por la ausencia de una presencia "tutelar" del Estado, que supuestamente, sí se lograría mediante el otorgamiento de concesiones para reforestación, es decir, con un derecho sujeto a plazo y condiciones.

³ Artículo 37 de la Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre: En tierras de capacidad de uso mayor forestal y de capacidad para uso mayor para protección, con o sin cobertura vegetal, **se prohíbe el cambio de uso actual a fines agropecuarios.**

Se prohíbe el otorgamiento de títulos de propiedad en tierras de dominio público con capacidad para uso mayor para protección, con o sin cobertura vegetal.

III. RÉGIMEN DE PROPIEDAD SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

El artículo 66 de la Constitución de 1993 dispone que: “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”.

A diferencia de las constituciones de 1920, 1933 y 1979, que declaran explícitamente que los recursos naturales pertenecen al Estado, la de 1993 no hace esta expresa alusión. Así, la Constitución de 1920 estableció reserva de la ley *“por razones de interés nacional”* para fijar restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad; mientras que la de 1933 dejó a salvo los derechos legalmente adquiridos y remitió a la ley *“fijar las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares”*; en tanto que la de 1979 hace remisión a la ley para *“fijar las condiciones de su utilización por el Estado y para su otorgamiento a los particulares”*.

Para las constituciones de 1920, 1933 y 1979, los recursos naturales son propiedad del Estado, y ninguna de ellas descarta la propiedad privada, siempre que se haya otorgado el derecho por el Estado y que este se ejerza conforme con el interés público que resguarda la ley.

Es menester entonces ubicar en qué parte del texto del artículo 66 se alude a la titularidad pública de los recursos naturales y, bien mirado, parecería ser que en la parte final del segundo párrafo que establece: “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”.

Esto porque, a diferencia de la Constitución de 1933, el término “concesión” no parece estar siendo utilizado en sentido coloquial, es decir, como sinónimo de dar u otorgar en términos amplios —*“en propiedad o en usufructo”*—, sino como acto jurídico constitutivo utilizado por el Estado para entregar a los particulares, por tiempo determinado y bajo condiciones que garanticen el interés nacional, el aprovechamiento de ciertos bienes públicos. Lo cual nos llevaría a concluir que los recursos naturales efectivamente son bienes públicos y solo se otorgan a particulares mediante concesión.

Si esto es así, por qué en nuestro sistema jurídico los recursos naturales se otorgan, desde siempre —y también bajo la vigencia de la Constitución de 1993—, mediante otras modalidades; incluso respecto de aquellos recursos como el agua, que ahora por expreso mandato constitucional (Art. 7-A), y de su ley de desarrollo

(Ley de Recursos Hídricos), ha sido declarado explícitamente bien de uso público y no susceptible de propiedad privada, y, sin embargo, se otorga mediante licencia, permiso o autorización; cuando siguiendo esta línea interpretativa debería ser solo por concesión.

Si se acepta que la Constitución ha limitado el otorgamiento de recursos naturales únicamente a la concesión, quedaría entonces sin basamento el aprovechamiento otorgado sobre el agua mediante autorización, permiso o licencia; también la autorización para uso del espectro radioeléctrico en servicios de radiodifusión; así como otras modalidades de otorgamiento vigentes en nuestro ordenamiento, como la cesión en uso de aquellas tierras clasificadas por su uso mayor como forestales o de protección⁴; el usufructo de especies silvestres para zootecaderos; los contratos de licencia o servicios para hidrocarburos; etc.

Aunque la redacción del segundo párrafo del artículo 66 es confusa, sería absurdo concluir que el constituyente ha limitado a una única modalidad el otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, es decir, únicamente a la concesión, dejando fuera a otras extensamente difundidas en nuestro ordenamiento y que han sido materia de leyes que desarrollan este mismo artículo.

Debemos, por lo tanto, encontrar un sentido lógico-jurídico a este texto constitucional, porque es principio de interpretación que la norma no contiene absurdos, sino que es necesario encontrar el sentido lógico-jurídico, utilizando al efecto los métodos de integración jurídica acordes con nuestro sistema, luego de lo cual no queda sino concluir que, a despecho de la confusa redacción de este párrafo del artículo 66, la Constitución no ha limitado el otorgamiento de derechos sobre recursos naturales solo a la concesión; interpretación que es avalada por la propia ley de desarrollo constitucional de este artículo, es decir, la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; que en su artículo 19 dispone: "Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares *mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural*".

Claramente la ley de desarrollo constitucional explícitamente declara que no es la concesión la única manera en que el Estado otorga a los particulares derechos sobre los recursos naturales, sino que existen varias "modalidades" para hacerlo, según del recurso que se trate.

⁴ La nueva LFFS no permite que se otorguen derechos de propiedad sobre aquellas tierras, con bosques o sin ellos, que hayan sido clasificadas como de uso mayor forestal o de protección; con arreglo al D.S. 017-2009-AG (2 de septiembre de 2009), Reglamento de Clasificación de Tierras según su Capacidad de Uso Mayor.

Cómo entonces establecer quién es el dueño de los recursos naturales si ello no está implícito en el término “concesión” y que, para que haga sentido jurídico, debería tenerse como único acto constitutivo para entregar a particulares el aprovechamiento de recursos naturales, en tanto constituirían bienes públicos.

La manera de llegar válidamente a la conclusión de que los recursos naturales son propiedad del Estado está en el artículo 71 de la Constitución, que implícitamente declara que son propiedad del Estado, sin perjuicio de los derechos adquiridos: “las minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía”. Pero se establece también que, si no se aprovechan estos recursos en el marco de las condiciones legales, pierden en beneficio del Estado el derecho adquirido, es decir, en beneficio de quien fue el dueño original y que vuelve a serlo al aplicarse la consecuencia prevista en la norma.

Es claro que los particulares que obtienen derechos sobre recursos naturales lo hacen de quién es el dueño, y este no es otro que el Estado o los particulares que los han adquirido del Estado conforme con las reglas establecidas por este. Será en la regulación de cada recurso natural que se establecerá la modalidad de otorgamiento, la naturaleza de cada tipo de derecho y, también, si está o no bajo el alcance del artículo 73 de la Constitución, es decir, si tiene la naturaleza de “*in- alienables e imprescriptibles*”, en cuyo caso su otorgamiento en propiedad estará proscrito. En cualquier caso, corresponde siempre a la ley, dándole contenido a la noción de interés común, la que deberá establecer qué recursos son susceptibles de otorgarse en propiedad y aquellos que no serán materia de transferencia ni de adquisición por prescripción.

Basta una mirada a la manera en que nuestro ordenamiento jurídico dispone el régimen patrimonial sobre los recursos naturales, para caer en la cuenta de que hay ciertos recursos que, en virtud de mandamiento legal, están excluidos de la posibilidad de transferir en propiedad a los particulares, tal es el caso de los recursos hídricos, en todas sus formas, los yacimientos mineros o de hidrocarburos, y los bosques. Mientras que hay otros recursos que, siempre por mandato legal, se otorgan sin ningún inconveniente en propiedad, como sucede con el suelo para habilitaciones urbanas, las tierras aptas para agricultura o ganadería; o recursos silvestres como las vicuñas y guanacos.

En cualquier caso, es importante anotar que el Estado siempre tendrá el dominio eminente (no confundir con lo que se ha venido a denominar dominio eminential y más adelante examinaremos) sobre todos los recursos naturales, porque estos son patrimonio de la Nación, y eso quiere decir que tiene la facultad, en ejercicio de su soberanía y en nombre del bien común o interés público, de establecer la modalidad de otorgamiento de derechos patrimoniales (propiedad, usufructo, cesión en uso, arrendamiento o concesión, licencia, permiso y autorización), así como la facultad

de imponer limitaciones al ejercicio de los derechos que sobre tales recursos tienen los particulares e inclusive la potestad de expropiarlos.

Los que abogan por la propiedad pública sobre todos los recursos naturales sostienen que estos son y serán siempre de dominio público, pero han ido cambiando de sustento, migrando del concepto de patrimonio de la Nación, como basamento para sostener que todo recurso natural es propiedad pública, al de dominio eminential (como supuesto principio de derecho). En ambos casos, desde un enfoque de la simple lógica y más aún desde las instituciones jurídicas, han fracasado estrepitosamente, aunque gocen de apoyo mayoritario por parte de la doctrina y cierta jurisprudencia.

IV. LA ERRADA IDENTIDAD ENTRE PATRIMONIO DE LA NACIÓN Y DOMINIO PÚBLICO

Es lugar común en nuestro país afirmar que los recursos naturales son de propiedad estatal porque constituyen patrimonio de la Nación, es decir, se asimila “patrimonio de la Nación” con “pertenencia al Estado” y, en algunos casos, pertenencia a título de “bien de dominio público” y, por lo tanto, en calidad de “bien inalienable e imprescriptible”.

Se argumenta que esto es así porque está establecido en la Constitución, aunque sin explicar por qué es así o cómo es que llegan a esa conclusión. Pretenden que se acepte, sin sustento alguno, que el patrimonio de la Nación implica propiedad pública en calidad de bien de dominio público, es decir, inalienable e imprescriptible.

En realidad, patrimonio de la Nación, es lo que Du Pasquier denomina norma estándar, es decir, aquella cuyo contenido es por naturaleza flexible, adaptable a diversas circunstancias y cuya determinación queda a criterio de la autoridad competente para dictar las normas de que se trate, o para resolver los asuntos vinculados (como se citó en Rubio, Marcial, 2017, p. 100). Rubio, M. (2017) refiere que es lo que el Tribunal Constitucional denomina concepto jurídico indeterminado (p. 100); y no es otra cosa que completar el contenido de una norma con el especial parecer de quien tiene facultad para hacerlo, así pues, el legislador nos dará su particular razón de por qué algo es de *interés público*, o es por el *bien común* o es *patrimonio de la Nación*. Pero en modo alguno resulta lógico-jurídicamente correcto concluir que cuando algo es patrimonio de la Nación, significa que ese algo es necesariamente de dominio público.

Sin embargo, la doctrina, las normas alentadas por la misma y ciertos fallos judiciales, van por el errado camino de hacer necesaria identidad entre patrimonio de la Nación y bien de dominio público. Así, tenemos la Ley 26821, Ley Orgánica sobre el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (1997), ley de desarrollo del

artículo 66 de la Constitución, conforme es de inferirse del tenor de sus artículos 1, 4 y 19; según los cuales *los recursos naturales mantenidos en su fuente son Patrimonio de la Nación*, en tanto que los extraídos de la fuente —frutos o productos— son de *propiedad* del particular autorizado para ello. Asimismo, establece que, *en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos*". Asimismo, el artículo 4 de la Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (2011) —nueva LFFS—, dispone que las plantaciones forestales en predios privados se consideran recursos forestales, pero *no son parte del patrimonio forestal de la Nación*. La pregunta evidente es: ¿Y por qué no constituiría patrimonio de la Nación una plantación forestal? La respuesta desde esta orilla sería: porque una plantación forestal en tierra de propiedad privada es, justamente, propiedad privada, y el legislador está entendiendo que hay correspondencia entre patrimonio de la Nación y pertenencia al Estado. Sin embargo, este mismo artículo establece que las tierras de capacidad de uso mayor forestal y las tierras para capacidad de uso mayor para protección, *con bosques o sin ellos*, sí constituyen patrimonio forestal, es decir, propiedad estatal inalienable. Quiere decir que tierras totalmente degradadas y sin cobertura boscosa no se pueden dar en propiedad para reforestación; sin embargo, tierras con bosques vírgenes pero clasificadas como de aptitud agropecuaria sí, es decir, se puede tener seguridad jurídica sobre las mejores tierras para sembrar camotes, pero no para sembrar árboles en las peores tierras. ¿Alguien entiende la racionalidad de esto?

En cuanto a la jurisprudencia que recorre este mismo equivocado camino, tenemos un fallo del Tribunal Constitucional que dispone: Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación —no son objeto del derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo— configuran lo que se denomina una "propiedad especial". Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público que consagra su *indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73 de la Constitución Política del Perú*, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil (Sentencia 0048-2004-PI/TC, 2005). En este caso el supremo intérprete constitucional también asimila recurso natural con bien de dominio público, es decir, inalienable e imprescriptible.

Como viene dicho, no hay razón alguna para sostener que nuestra Constitución vigente prohíbe la propiedad privada sobre todos los recursos naturales y, menos aún, para afirmar que tal prohibición deriva de la naturaleza de *patrimonio de la Nación* atribuida a los recursos naturales. Por el contrario, una lectura conjunta de su articulado nos aleja de esta absurda pretensión.

Como es sabido, el patrimonio de la Nación puede ser natural o cultural. En cuanto al patrimonio cultural el artículo 21 de la Constitución es absolutamente claro en que esta noción no está vinculada, necesariamente, a dominio público, ya

que de manera explícita deslinda de la equivocada identidad entre patrimonio de la Nación y pertenencia al Estado, pues dispone que estos bienes son patrimonio de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública.

La desvinculación de la errada identidad entre patrimonio de la Nación y pertenencia al Estado, también es clara para alguna jurisprudencia nacional, como puede verse del fundamento 8 de la Sentencia 30/2025 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en el Expediente 02284-2022-PA/TC ÁNCASH (16.Abril.2025), que expresa: “De hecho, esta Sala Primera no considera pertinente que se alegue que, como parte del Patrimonio Cultural de la Nación, la Plaza de Armas de San Marcos sea un “espacio público”, pues no es su carácter público (o privado) lo que hace de un bien parte del Patrimonio Cultural de la Nación, sino su importancia, valor y significado”.

En relación con el patrimonio natural no hay mención expresa en igual sentido, pero sí muchas otras referencias que nos permite tomar distancia de la absurda asimilación de patrimonio de la Nación con pertenencia al Estado.

Efectivamente, una lectura integral de la Carta nos revela el verdadero significado de patrimonio de la Nación, desligándolo de toda prohibición de otorgar derechos de propiedad a los particulares y vinculándolo al verdadero sentido del dominio eminente del Estado. Así, como se ha visto, el artículo 71 —que está inserto en el Capítulo “*De la Propiedad*”— permite a los particulares ser propietarios de recursos como las minas, tierras, bosques, aguas, combustibles y fuentes de energía. El artículo 88, por su lado, no solo permite el *derecho de propiedad* sobre la tierra, sino que la garantiza y, como es más que obvio, la tierra constituye un recurso natural (p.18).

Esta independencia entre el contenido conceptual de *patrimonio de la Nación* y propiedad pública inalienable queda corroborada por la Ley 26496 (1995), expedida en plena vigencia de la Constitución de 1993 y que, explícitamente, otorga la propiedad de los hatos de vicuña a las comunidades campesinas en cuyas tierras se hallen dichas especies. Es claro que la vicuña es un animal silvestre, en consecuencia, un recurso natural; sin embargo, la ley los está otorgando en propiedad, no en concesión.

Más recientemente, el 14 de diciembre de 2007, entró en vigencia la Ley 29151, Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, que en su artículo 7 inciso d) proclama explícitamente que los bienes inmuebles de dominio privado estatal constituyen patrimonio de la Nación y, como tal, *deben ser vendidos a los particulares a valor comercial*. No hay espacio para duda alguna, esta ley también adhiere a la independencia entre el contenido conceptual de *patrimonio de la Nación* y propiedad pública inalienable, vinculándolo en su lugar con la noción de *interés nacional*.

Adviértase pues, una vez más, como ya lo dejaron claro las Constituciones de 1920, 1933 y 1979, que es a la norma de rango legal y no a la Constitución que le corresponde disponer qué tipo de derechos —incluida la propiedad— se otorga sobre los recursos naturales; lo cual evidentemente no es óbice para que el constituyente pueda reservar el carácter de dominio público a algún recurso en particular, como lo hiciera la de 1920 con los recursos mineros o la vigente con los recursos hídricos; en los demás casos ha depositado en el sano arbitrio del legislador ordinario decidir, mediante norma de rango legal, la transferibilidad, modalidades y condiciones de otorgamiento.

El verdadero contenido conceptual de *patrimonio de la Nación* está referido a que si un bien, sea este material o inmaterial, mueble o inmueble tiene esta calidad, significa que es de *interés nacional* y, como tal, debe regularse la modalidad de los derechos otorgados sobre los mismos y, si es necesario, sobre la base del dominio eminente que sobre todas las cosas tiene el Estado, debe fijarse limitaciones para el ejercicio de esos derechos, sea quien fuere el titular de los mismos. En otra sentencia el Tribunal Constitucional está en línea con este razonamiento, cuando refiere que “al ser los recursos naturales patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional” (Sentencia 03343-2007-PA/TC, 2009).

Desviarse de este correcto sentido ha llevado al legislador a muchos absurdos, como impedir la entrega en propiedad de tierras degradadas —por acción de la agricultura migratoria o minería ilegal— por el solo hecho de haber sido clasificadas como de uso mayor forestal, desalentando que se destinen a plantaciones forestales; o establecer que una plantación forestal en tierras privadas no es patrimonio forestal, es decir, no es de interés nacional.

Eso explicaría por qué una gran parte de las plantaciones forestales del Perú se encuentran en tierras clasificadas para uso mayor agrícola o ganadero, que obedece a la simple razón de que estas tierras permiten propiedad privada y, consecuentemente, mayor seguridad jurídica. Asimismo, por qué buena parte de la producción de café, que se obtiene por generaciones de plantaciones ubicadas en tierras clasificadas como de aptitud forestal o de protección y que sostiene económicamente a miles de productores y trabajadores; además de que contribuye con divisas por ser producto de agroexportación, no han podido ser objeto de las políticas públicas de titulación predial debido a esta absurda prohibición, supuestamente sustentada en la Constitución.

Lo grave es que no estamos aludiendo a una cantidad menor de posibles beneficiarios, pues el Ministerio de Agricultura y Riego (2018) expresa en el Plan Nacional de Acción del Café Peruano que, según el último Censo Nacional Agropecuario (Cenagro) (INEI, 2012), un aproximado de 223 mil familias conducían 425,400 hectáreas de plantaciones de café (p. 25). Esto supone más de la mitad del total de tierras

que se han reforestado en el Perú en toda la historia de la República y ni qué decir de su abrumadora diferencia como aporte al PBI en relación con la totalidad del sector forestal. Confiep (2021) destaca que el Perú se encuentra entre los 10 países que más café exporta en el mundo y que su aporte al PBI nacional asciende a 2 000 millones de soles (párr. 1; mientras que todo el sector forestal significó, según Fischer, E. (2019), exportaciones por solo 124 millones de dólares en 2018.

No es pues una banal discusión en torno a si la Constitución permite o no el acceso a la propiedad respecto de los recursos naturales en general y de tierras que están clasificadas como de aptitud forestal e incluso de protección, en particular, tiene implicancias en la conservación del recurso y en el bienestar de quienes se sirven de él.

V. EL SUPUESTO PRINCIPIO DE DOMINIO EMINENCIAL

En lugar de reconocer que no hay impedimento constitucional para que se otorgue propiedad privada sobre algunos recursos naturales, pues esto está reservado al sano arbitrio del legislador común, el Decreto Legislativo 1079, sobre medidas que garantizan el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas (2008)⁵; y la Ley 29763, nueva LFFS (2011)⁶, inventan un supuesto *principio de dominio eminential*, según el cual los recursos naturales no pueden darse en propiedad a los particulares y siempre deben mantenerse bajo dominio público.

Es importante advertir que este supuesto principio no hace más que repetir lo que antes ya estableció la Ley Orgánica sobre el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, pero basándose en la errada identidad entre “patrimonio de la Nación” y “pertenencia al Estado”; y, en ambos casos, le atribuyen sin justificación alguna la misma consecuencia: el Estado siempre mantiene el dominio sobre los recursos naturales otorgados a particulares.

Claramente nuestro legislador, una abrumadora mayoría de la doctrina nacional y también el Tribunal Constitucional, carecen de solvencia para manejar las categorías jurídicas: “bien de dominio público”, “bien del Estado” y “dominio eminente”. Veamos sino el devenir normativo: por un lado se aprueba en 1995 una ley que transfiere

⁵ “Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada uno de ellos. En cualquiera de los casos, **el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos, productos y subproductos**, en tanto ellos no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados”.

⁶ “El Estado ejerce el **dominio eminential** sobre los recursos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, así como de sus frutos y productos en tanto no hayan sido legalmente obtenidos”. (Artículo II numeral 8).

la propiedad de los hatos de vicuña —especie silvestre y, por lo tanto, recurso natural— a las comunidades campesinas, en plena vigencia de la Constitución de 1993, de la que se dice proscribida la propiedad privada o comunal; se aprueba después mediante Resolución Legislativa el Acuerdo de Paz entre Ecuador y Perú (1998), en virtud del cual el Estado peruano transfirió a la República del Ecuador —a perpetuidad— la propiedad de 100 hectáreas de la zona denominada Tiwinza, ubicada en el departamento de Amazonas, que cuenta con gran diversidad biológica y contiene muchos recursos naturales; y, por otro lado, legisla sobre un pretendido *principio de dominio eminential*, según el cual el Estado siempre conserva el dominio sobre los recursos naturales. No es difícil advertir que, de ser cierto que los recursos naturales deben mantener por siempre la calidad de bien de dominio público, la lógica consecuencia jurídica es que sería nula la transferencia de los hatos de vicuña a las comunidades, como nula sería también la transferencia de la zona denominada Tiwinza al Ecuador.

Vistas las dimensiones de semejantes consecuencias, no es pues disquisición baladí establecer con claridad cuál es el alcance jurídico de “dominio eminential”, introducido por nuestra legislación como supuesto principio, pretendiendo reemplazar con él a la teoría del “dominio eminente”.

Lo cierto es que, a despecho de lo afirmado por quienes quieren ver en el dominio eminente un impedimento para entregar derechos de propiedad sobre recursos naturales, a la luz de esta teoría jurídica, recogida en la legislación de todos los países de inspiración romano germánica, solo tiene sentido hablar de un dominio eminente del Estado en relación con el dominio directo y útil de los particulares. Es decir, el dominio eminente conlleva de suyo el reconocimiento de que hay un dominio directo y útil de los particulares, y solo nos informa que ese derecho, aunque sea uno absoluto como la propiedad o sujeto a plazo y condición como la concesión, puede ser objeto de limitaciones legales en beneficio del bien común. Tal es el caso de las restricciones establecidas respecto del uso y disfrute en los instrumentos de regulación del suelo (zonificación) o las disposiciones sobre imposición de servidumbres; o, inclusive, la privación de la propiedad mediante la expropiación (Andaluz, pp. 25-26).

En realidad, como se deriva de las enseñanzas del célebre jurista Hugo Grocio, nacido nada menos que en 1583; en su también célebre obra *De iure belli ac pacis*, el dominio eminente que sobre todas las cosas tiene el Estado, como expresión de su poder soberano, consiste en la facultad que le asiste, en nombre del bien común, de retener para sí la propiedad de ciertos bienes, como son aquellos de dominio público destinados al uso o servicio público, o los bienes declarados como tal por norma de rango legal; la facultad de imponer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos, sean estos de propiedad, concesión o cualquier otro; o establecer

las modalidades para otorgar derechos, tales como propiedad, concesión, usufructo, cesión en uso, etc.; e, inclusive, la facultad de privar o restringir severamente tales derechos, recurriendo a mecanismos constitucionales como la expropiación o la imposición de servidumbres públicas.

Puede ser atendible que para el legislador ciertos recursos, por considerarse de elevado interés nacional, pueden permanecer bajo el dominio inalienable e imprescriptible del Estado y, obviamente, este no debe otorgar respecto de ellos propiedad, sino que preferirá derechos sujetos a plazo y condiciones —una presencia tutelar de los intereses públicos más cercana— como la concesión; este es el caso del recurso agua. Por el contrario, en ocasiones, siempre invocando el bien común, el Estado se avoca a entregar recursos naturales en propiedad; como sucede con la tierra que tiene vocación agrícola o ganadera o aquellas que están siendo ocupadas con fines de vivienda; en estos casos no solo permite el acceso a la propiedad de estos recursos naturales, sino que le dota de agresivas políticas públicas de formalización para garantizar el acceso a la propiedad privada, a fin de revestirla de seguridad jurídica y facilitar el tráfico patrimonial. Lo propio debería suceder con las tierras degradadas que actualmente están clasificadas como de aptitud forestal, para promover su reforestación con miras a reponer los servicios ambientales y generar fuentes de empleo; sin embargo, la errada noción que la nueva LFFS tiene de patrimonio de la Nación, así como la tergiversación de la teoría del dominio eminente —al que denomina dominio eminential— impiden esto.

En consecuencia, el dominio eminente no siempre constituye un impedimento para que el Estado se desprenda de la propiedad sobre los recursos naturales; simplemente significa que, en función del bien común e independientemente del titular, decide cómo otorgar derechos sobre los mismos, impone limitaciones a su ejercicio, priva o restringe constitucionalmente el derecho. Tampoco significa que el dominio eminente sobre los recursos naturales nos remite necesariamente a que son bienes de dominio público.

En esta misma línea de pensamiento, en relación con el verdadero sentido de dominio eminente, se ubican Kresalja y Ochoa (2012), cuando expresan que la titularidad que corresponde al dominio eminente de la Nación [sic] expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas y, por lo tanto, no debe confundirse el dominio eminente con el dominio público. Añaden que el concepto de dominio eminente se refiere a bienes que constituyen el patrimonio originario del Estado, incluyendo aquellos sobre los cuales puede establecer derechos privados de propiedad; en cambio, el concepto de dominio público se refiere a un régimen jurídico especial de bienes del Estado que son inalienables (p. 188).

Cuesta entender cómo es que cierta doctrina, jurisprudencia y legislación se han desviado de algo que nos ha sido enseñado desde el siglo XVI y que fue recogido en toda la legislación romano germánica; desviación que ha dado lugar a una grosera desnaturalización del contenido de dominio eminente, que puede derivar en graves consecuencias para la generación de riqueza y el adecuado manejo de los recursos naturales.

VI. PROPIEDAD Y CONSERVACIÓN

Smith, F. (1996) nos dice que “una mayoría de personas aún cree que la libertad económica es incompatible con los valores ecológicos y que solo la acción política será capaz de proteger el medio ambiente” (p. 12). Es decir, como destaca Bullard, A. (2010), nos remonta a la vieja “disputa” entre Pigou y Coase, donde el primero aboga por resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social mediante la intervención del Estado (gravando con impuestos o prohibiendo actividades que generan externalidades a fin de corregir los defectos del mercado); y el segundo por hacer intervenir al Estado solo si existen costos de transacción lo suficientemente altos como para justificarlo, sentando así las bases conceptuales económicas de la autonomía privada, la libertad de contratar y la libertad contractual (p. 87).

Smith, F. (1996) sostiene que “un régimen de propiedad privada será capaz de integrar eficazmente los valores ecológicos y económicos” (p. 13), lo que evidentemente va a contracorriente de lo que opina nuestra gran mayoría de ecologistas y políticos que, en buena medida, muchas veces vienen a ser los mismos personajes, dado que lo más frecuente es que hacen parte de la “puerta giratoria” que trasvasa funcionarios de las ONG y la Academia al Estado; y viceversa.

Que los recursos, en general, así como la vicuña y las tierras de aptitud forestal degradadas, en particular, sean propiedad pública, genera fuertes incentivos para que una burocracia, por lo general sin la formación y las capacidades necesarias, “gestione” mediante su planificación y decisiones, frecuentemente desacertadas, dichos recursos; privilegiando muchas veces su propia permanencia en el puesto, gozando de sueldos que se han venido incrementando sustantivamente; manejando presupuesto público; y ejerciendo poder mediante el reglamentarismo, que fundamentalmente genera barreras de acceso y crea un espacio para la corrupción, bajo el común adagio que define burocracia como la “creación de dificultades para vender facilidades”. En términos de Smith, F. (1996): “los burócratas determinan los objetivos a conseguir, los planificadores los traducen en reglamentos y estos son impuestos coactivamente a los ciudadanos” (p. 12).

Smith, F. (1996) nos dice también que el enfoque de los derechos de propiedad se fundamenta en la gran variedad de preferencias humanas existentes y en la división

del trabajo para proteger más eficazmente la diversidad biológica; y destaca cómo la propiedad privada tiende generalmente a estar mejor cuidada que la propiedad común o colectiva (p. 13).

Es en ese marco, creemos, que deben seguir generando incentivos para que el sector privado se vuelque a la actividad productiva en tierras de aptitud forestal degradadas, así como al aprovechamiento sostenible de la vicuña, en este último caso en asociación con los actuales propietarios —las comunidades— o por cuenta propia mediante la adquisición de hatos y tierras; pues esta incursión conllevará a la implementación de mejores técnicas de manejo de la especie, a efectos de mejorar la productividad, tanto en términos de número de especímenes por hectárea como de la calidad de la fibra; mejorar los procesos de transformación de la fibra en tela, así como encontrar más y mejores mercados.

Es conocido el problema de los elefantes en África por la altísima demanda del marfil y, consiguientemente, la caza ilegal. Los lugareños que comparten ecosistema con los elefantes no solo no se benefician de estos, sino que sufren los daños que provocan a sus aldeas, sementeras y precaria infraestructura. Como refiere Smith, F., en estas circunstancias resulta entendible que no estén interesados en proteger a estos animales en peligro de extinción y no es de extrañar que favorezcan la caza furtiva o participen directamente de la misma. Evitar el daño a las aldeas resulta costoso; la internalización de estos costos, altísimos para personas de tan precaria economía, no tendría sentido alguno.

No deja de resultar paradójico que un animal cazado por su valioso marfil, que se puede extrapolar a la fibra en el caso de la vicuña, sea rechazado por los pobladores que comparten ecosistema con estos ejemplares; pero la razón es simple y elemental, a ellos no les favorece en nada estos valiosos subproductos por cuanto les está prohibido aprovecharlos; por el contrario, compiten por recursos con sus animales domésticos. Otro es el resultado cuando a estas poblaciones se les asigna derechos sobre estos especímenes y la posibilidad de obtener un provecho económico, tal como expresa Smith, F. (1996). El elevado precio de un recurso —cuando éste se encuentra sometido al régimen de propiedad privada— no es una amenaza para su porvenir. El valor añadido quizá fomenta la caza furtiva y el robo, pero también incita a invertir más en la protección; proporciona los recursos necesarios para financiar este esfuerzo; anima a los consumidores a economizar el uso del recurso en cuestión, a la vez que incentiva a los productores a incrementar su oferta” (p. 18).

Una estrategia opuesta es la implementada desde la Cites (1975), dirigida básicamente a la prohibición del comercio mediante la inclusión de estas especies en el Apéndice I; de hecho, Cites (1975) acordó que, en aplicación del principio precautorio, ante la incertidumbre respecto de la vulnerabilidad de una especie,

corresponde trasladar esta al Apéndice I. El objetivo, evidentemente, es proteger a la especie en peligro de extinción prohibiendo su tráfico comercial; sin embargo, el efecto parece ser justamente el contrario, pues la prohibición genera un mercado negro que alienta la caza furtiva; la consecuencia es que empeora la situación de la especie y empeora la situación socioeconómica de los lugareños.

Smith, F. (1996) presenta las distintas estrategias que los estados africanos han implementado para enfrentar este problema, con resultados que favorecen la asignación de derechos de propiedad y el comercio con vigilancia estatal. Así, nos refiere que Kenia optó por una estrategia de gestión en propiedad de dominio público; mientras Zimbabwe y Botswana eligieron transferir a los Consejos Tribales Regionales los derechos de propiedad sobre los elefantes (sobre todo los derechos de caza y los derechos a percibir un canon por cada animal matado), que anteriormente pertenecían al Estado. Nos informa que, al cabo de un tiempo, el resultado ha sido espectacular: en diez años en Kenia y toda África oriental el número de elefantes se ha reducido en más del 50%, mientras que en Zimbabwe su número ha crecido rápidamente (pp. 18-19).

Es claro entonces que, con la asignación de derechos de propiedad y los incentivos adecuados, el elevado precio de un recurso, lejos de constituir una amenaza para su conservación, es una garantía para su protección y multiplicación; ya que será el propietario el primer interesado en generar las mejores condiciones para su multiplicación y también para evitar la caza furtiva y la extracción ilegal. Habiendo un mercado legal, productores y consumidores concurrirán libremente, bajo las leyes de la oferta y la demanda, a realizar sus transacciones. Como afirma Smith, F. (1996) los elefantes tienen más posibilidades de sobrevivir si son tratados como ganado de propiedad privada (p. 18).

Por lo tanto, cuanto mayor sean las restricciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad sobre ciertos bienes o a su libre comercialización, menores serán los incentivos para que los agentes se dediquen a la actividad comercial de tales bienes.

VII. EL CASO DE LA VICUÑA

La Ley 26496 otorgó la propiedad de los hatos de vicuña a las comunidades campesinas en cuyas tierras se halla esta especie y, por lo tanto, de la fibra obtenida mediante la saca autorizada y supervisada por el Estado. Cabe resaltar que esto es inédito en nuestro país, toda vez que ni siquiera partes importantes del territorio de las comunidades campesinas y nativas se les otorga en propiedad, ello sucede cuando la aptitud del suelo se ha clasificado para uso forestal o de protección; siendo que en estos casos únicamente se les concede cesión en uso. Esto porque

así lo dispone la nueva LFFS —no la Constitución— y a pesar de toda la protección que al territorio de los pueblos indígenas otorga el Convenio 169 de la OIT.

Cómo se explica que los movimientos ecologistas y políticos que argumentan la proscripción de la propiedad privada o comunal sobre los recursos naturales dejaran pasar la Ley 26496. La explicación parece estar en que su contenido se empezó a negociar antes de la vigencia de la Constitución de 1993 y a la luz del Convenio de la Vicuña, que permite este aprovechamiento por las poblaciones que comparten ecosistema con esta especie. Pero, sobre todo, en nuestra opinión, la falta de oposición se debió a que no es “políticamente correcto” enfrentarse a los intereses de los pueblos indígenas, quienes por cierto recibieron la ley con gran entusiasmo.

7.1. Incremento de la población de la vicuña

La población de vicuñas iba en descenso (menos de 5 mil ejemplares en 1964, según Serfor) hasta que se favoreció a las comunidades campesinas con la Ley 26496, que les permite el aprovechamiento de su fibra, a cambio de ceder el uso de parte del territorio comunal en el que se sustentan las especies domésticas (principalmente ovejas). Al poder incorporar este beneficio las comunidades empezaron a internalizar los costos de cuidar de la vicuña, mejorando su hábitat y ayudando a controlar la caza furtiva, al punto que esta ilegal actividad ha dejado de ser noticia cotidiana.

Según el Serfor (2025), la población estimada de vicuñas en el país es de 286,877 ejemplares, con una tasa de crecimiento anual promedio del 6.33%, beneficiando a miles de familias rurales que dependen de esta especie para su desarrollo socioeconómico en zonas por encima de los 3,800 msnm.

La Ley 26496 entró en vigencia en 1995 y el dato oficial más próximo de población de vicuñas arroja 102,800 ejemplares para 1997, mientras que en 2025 la población alcanza 286,877 especímenes, es decir, un incremento de 279% en 28 años. Esto se condice con la asignación de una categoría de vulnerabilidad más flexible a la que tenía antes de la Ley 26496, ya que dejó de estar al borde de la extinción para ubicarse ahora, según el Decreto Supremo 004-2014-MINAGRI, en la categoría de *Casi Amenazada*; y eso significa que depende solo de un manejo adecuado para su aprovechamiento, lo que se ha venido dando justamente gracias al incentivo que las comunidades campesinas tienen, en mérito de la ley que les otorgó la propiedad de los hatos de este camélido y que les permite vender la fina fibra que cada año esquilan.

Si, a todas luces, los números nos muestran un resultado positivo, tanto en el crecimiento de la especie, como en la cantidad de fibra que aprovechan sus propietarios; sería entonces razonable que los políticos alineados con la propiedad pública salgan a reconocer que la asignación de derechos de propiedad sobre el

recurso vicuña, a favor de las comunidades campesinas, demostró ser una política beneficiosa para el recurso y para las personas que recibieron la propiedad y el encargo de su gestión sostenible.

VIII. EL CASO DE LAS TIERRAS DE CAPACIDAD DE USO MAYOR FORESTAL Y DE PROTECCIÓN

El artículo 4, inciso f, de la nueva LFFS considera que las tierras de capacidad de uso mayor forestal y de capacidad para uso mayor para protección, con bosques o sin ellos, constituyen parte del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación; lo que, como hemos dicho, adhiere a la errada noción que hace necesaria identidad entre patrimonio de la Nación y bien de dominio público; y a que, en virtud del llamado principio de dominio eminential, los recursos que constituyen patrimonio forestal de la Nación siempre permanecen bajo el dominio del Estado. En otros términos, nos dice la norma que ambos tipos de tierras son de dominio público.

En tanto que el artículo 10 dispone que son tierras para forestación o reforestación aquellas que carecen de cobertura forestal o cuya cobertura forestal arbórea original ha sido eliminada en más del 70% y que, por sus características edáficas, fisiográficas e interés social, son susceptibles de forestación o reforestación con fines de producción o protección. Las características edáficas y fisiográficas corresponden a criterios técnicos; mientras que el "interés social", en términos de Du Pasquier (ob cit), es lo que se denomina norma estándar, es decir, es una categoría que puede ser llenada con cualquier contenido, lo cual no es deseable porque lo deja librado al arbitrio de los burócratas, reduciendo la seguridad jurídica.

El artículo 37 de la LFFS dispone que en tierras de capacidad de uso mayor forestal y de capacidad para uso mayor para protección, con o sin cobertura vegetal, se prohíbe el cambio de uso actual a fines agropecuarios. Establece también que se prohíbe el otorgamiento de títulos de propiedad en tierras de dominio público con capacidad para uso mayor forestal y de capacidad de uso mayor para protección, con o sin cobertura vegetal.

Del articulado precedente queda claro que la opción de la nueva LFFS es que estas tierras son bienes de dominio público y así deben permanecer, aunque carezcan de bosques o cobertura vegetal, es decir, aunque se encuentren totalmente degradadas y sin uso productivo alguno, sea económico o ambiental.

En este punto es necesario una breve explicación acerca de la clasificación de tierras y su vinculación con el derecho de propiedad, ya que, dependiendo del uso para el que fue clasificado un espacio territorial, se determinará si esta tierra es de dominio público para siempre o si es susceptible de otorgarse en propiedad privada en algún momento.

El Decreto Supremo 017-2009-AG (2 de septiembre de 2009), Reglamento de Clasificación de Tierras según su Capacidad de Uso Mayor, es un sistema interpretativo de los estudios de suelos, con la ayuda de información climática (zonas de vida) y de relieve. La capacidad de uso mayor correspondiente a cada unidad de tierra, es determinada mediante la interpretación cuantitativa de las características edáficas, climáticas (zonas de vida) y de relieve, los que intervienen en forma conjugada. Está sujeto a cambios en la medida en que se obtengan nuevas informaciones y conocimiento sobre el comportamiento y respuesta de las tierras a las prácticas o sistemas de manejo, es decir, no está grabado en piedra, sino que debe ser dinámico y flexible; atendiendo a los cambios inducidos por acción de fenómenos naturales o por técnicas aplicadas por el ser humano⁷.

Una manera de entender fácilmente esta característica de ser un instrumento dinámico y flexible, es pensar en los magníficos andenes que rodean las majestuosas construcciones de Machu Picchu o Choquequirao, si nos enfocamos solo en las laderas en las que han sido construidos, tendremos que concluir que, a la luz del Reglamento de Clasificación de Tierras según su Capacidad de Uso Mayor, estamos ante tierras de protección, debido a la pronunciada pendiente que pone en riesgo de grave erosión el suelo en caso de pretender cultivarlo o acaso simplemente plantar árboles; se trata entonces de tierras de dominio público inalienables según la LFFS. No obstante, luego de la enmienda técnica introducida por el ser humano, mediante la construcción de andenes que se mantienen en perfecto estado de operación cinco siglos después de haber sido puestos en servicio para el cultivo, estamos ante tierras de aptitud agrícola y, por lo tanto, susceptibles de ser otorgadas en propiedad.

La reclasificación de una unidad de tierra de uso forestal o de protección a uno de los usos agrarios permitiría al Estado dar en propiedad privada estas tierras, antes tenidas como de dominio público. Lo cual permitiría dar solución al antiguo problema de tenencia informal de tierras clasificadas como de aptitud forestal o de protección cuyo uso actual es agrícola o ganadero; como es el caso de la mayor parte de las plantaciones de café. La simple observación de los cafetales y muchas estancias ganaderas nos permiten constatar que, a pesar de haber sido aprovechadas por varias generaciones, las enmiendas técnicas introducidas han conservado el recurso suelo; de manera que condenarlas a la informalidad no

⁷ Artículo 10.- Reclasificación de unidad de tierra. La reclasificación de unidades de tierra se podrá realizar cuando los parámetros edáficos o de relieve hayan incidido en el cambio de su capacidad de uso, producto de prácticas tecnológicas adecuadas como irrigación, rehabilitación de condiciones salinas y mal drenaje y andenería.

La reclasificación no procede para fines de formalización de predios rurales, así como en los casos donde se haya realizado el cambio de uso actual de las tierras sin autorización.

parece lo más adecuado. Lo propio podría decirse de otra realidad incontestable, que es la deforestación producida por la migración y la implantación de cultivos legales e ilegales, o de la minería ilegal; actividades que han dado como resultado la degradación de cantidades importantes de terrenos clasificados como de aptitud forestal o de protección; a lo que tampoco parece adecuado darle la espalda; es preferible generar un régimen de excepción que los incorpore a la formalidad con la condición de que implementen sistemas agroforestales.

Sin embargo, el citado artículo 37 de la nueva LFFS no permite, de manera tajante, la reclasificación para estas tierras, aunque se encuentren sin bosques o cobertura vegetal; asimismo, el artículo 10 del Reglamento de la LFFS excluye la reclasificación con fines de formalización de predios rurales o cuando el cambio de uso actual de las tierras se haya realizado sin autorización. Significa entonces que, de haber estado vigente una norma similar durante el Imperio Incaico, no se habría podido construir todo el sistema de andenería de Machu Picchu o Choquequirao, que, por cierto, están perfectamente operativos hasta la actualidad; sin mencionar que, según el Programa Nacional de Recuperación de los Sistemas de Andenerías (2015), en el Perú existe aproximadamente un millón de hectáreas en andenes” (párr. 3), y cabe destacar que prácticamente todos los andenes han sido desarrollados en tierras que califican como de aptitud forestal o de protección.

La razón que subyace a esta prohibición sería que podría alentarse la conversión de bosques naturales a usos forestales o agrarios, con desmedro de la diversidad biológica, en realidad entonces la justificación es que se pretende impedir la comisión de un fraude de ley, es decir, que se tale un bosque primario para implantar un bosque cultivado y hacerlo aparecer como que la reforestación se hizo en tierras de aptitud forestal degradadas; pero, como no se confía en la capacidad fiscalizadora del Estado o, peor aún, se sospecha de la connivencia de sus funcionarios para la comisión de este ilícito, entonces se opta por una radical prohibición. Desde ya la justificación es bastante endeble; más aún cuando este riesgo de comisión de fraude de ley sería fácilmente conjurado con la actualización de un catastro, con base en imágenes satelitales y su corroboración con trabajos de campo, de manera que, si la solicitud de otorgamiento de propiedad no está dentro de la zona catastrada como de aptitud para reforestación, simplemente la administración deniega el pedido.

La realidad nos informa que año a año la deforestación aumenta en miles de hectáreas sin que el Estado tenga la capacidad de detener este perverso proceso; sin embargo, niega la posibilidad de acceder a la propiedad a quienes, de facto, vienen aprovechando con usos agrarios estas tierras por generaciones; y también prohíbe su propiedad para rehabilitarlas con actividades de forestación y reforestación, lo que permitiría reponer los servicios ambientales, reducir la presión a la madera

proveniente de bosques naturales y generar una cantidad importante de puestos laborales.

La Plataforma de Monitoreo de Cambios sobre la Cobertura de los Bosques —Geo-Bosques— del Ministerio del Ambiente (Minam, 2024), nos muestra una alarmante pérdida anual de bosques naturales, que solo de 2001 al 2023 suman 3'053,354 hectáreas, lo que arroja un promedio anual que bordea las 132,750 hectáreas.

Mientras una superficie equivalente a 10 veces la del Distrito de San Juan de Lurigancho (Lima) se pierde en promedio cada año, nuestras políticas públicas proscriben la propiedad privada sobre tierras de aptitud forestal y de protección, incluso cuando se encuentren degradadas, supuestamente porque alentaría la deforestación, cuando en realidad es el efecto contrario, pues el derecho de propiedad constituye un incentivo para el inversionista, en la medida en que le otorga mayor seguridad jurídica, más aún cuando estamos ante una actividad de largo plazo sobre terrenos de escaso valor comercial. Es decir, lo realmente valioso es lo que el inversionista incorpora al terreno: preparación del predio, fertilización, sembrío, cultivo y mantenimiento, etc. Sin contar con que, por la ubicación de estas plantaciones, por lo general carecen de infraestructura pública diversa, empezando por las vías de comunicación; así como servicios públicos como la seguridad. En consecuencia, es el inversionista quien asume estos costos, por lo tanto, mínimamente debe gozar de las ventajas que brinda el derecho de propiedad.

A esto se suma la intervención estatal, con su carga burocrática para acceder a un derecho de concesión, carente de la solidez que brinda la propiedad; y plagado de requisitos que no le son exigidos a los cultivadores de especies diferentes a la forestales.

IX. INCREMENTO DE LA DEFORESTACIÓN Y ESTANCAMIENTO DE LA REFORESTACIÓN

Quienes abogan por la propiedad pública de todos los recursos naturales sostienen que eso favorece el aprovechamiento sostenible de los mismos, aunque sus razones no causan convicción. Para el caso de las tierras clasificadas como de aptitud forestal, según Vilca, P. (2008), las razones para proscribir su propiedad privada son las siguientes:

Las tierras de uso mayor forestal deben defenderse de la propiedad privada porque constituyen un recurso valioso, dado su alto valor ecológico y económico.

- Al no contar con un Catastro forestal y de tierras deforestadas, no será posible determinar qué tierras se pretenderían adjudicar y dónde se encuentran ubicadas.

- Dadas las limitaciones estatales, no se podrá evitar: La deforestación de bosques y la consecuente afectación a la biodiversidad; la introducción de especies exóticas por la reforestación no controlada; conflictos sociales por el probable desplazamiento de comunidades y personas.
- Estas tierras constitucionalmente son recursos naturales y, por lo tanto, sólo pueden ser entregadas en concesión, no en propiedad (párr. 5).

En cuanto al alto valor ecológico y económico se trata de una aseveración carente de fundamento, desde lo ecológico porque estamos ante tierras degradadas —sin cobertura o con escasa cobertura vegetal— o frente a bosques secundarios, cuya diversidad biológica es sustantivamente inferior a la de un bosque primario; en todo caso, los servicios ambientales fundamentales que presta pueden ser brindados en buena medida por la plantación forestal y, evidentemente, los bienes que proporciona tienen alto valor en el mercado; por lo tanto, desde lo económico es aún más falaz la afirmación, ya que los bienes y servicios que estas tierras prestan son muy limitados, evidentemente un bosque cultivado será, por mucho, más rentable.

La falta de un catastro forestal se resuelve con su pronta implementación por el Estado, por décadas se alude a esta carencia como si fuera algo verdaderamente difícil, aun cuando el Perú cuenta con su propio satélite. El catastro, desde esta óptica, apunta a facilitar la titulación, dar un claro mensaje acerca del lugar en esta actividad está permitida y/o alentada; así como evitar el fraude de ley por quienes pretendan solicitar bosques primarios para cometer el despropósito de hacer tala, rozo y siembra de un bosque cultivado en lo que fue un bosque natural. En otros términos, si las tierras solicitadas no están en el catastro simplemente la solicitud de adjudicación es improcedente, de tal manera se evita que se soliciten áreas con bosques primarios.

En cuanto a que no se podrá evitar la deforestación de bosques y la introducción de especies exóticas, con la consecuente afectación a la diversidad biológica; es una visión determinista que esta vez sí desconfía de la capacidad de vigilancia y control de la burocracia estatal, algo extraño para quienes depositan en la intervención del Estado toda su confianza; en todo caso, no explican cómo un régimen que excluye la propiedad privada sí podría evitar ambas acciones nocivas. Existiendo un catastro la deforestación de bosques primarios sería absolutamente ilegal, administrativa y penalmente; y corresponde al Estado, desde sus Autoridades Forestales, Ministerio Público y Poder Judicial hacer lo que a cada uno toca. En relación con las especies o variedades exóticas que puedan resultar nocivas, existe normativa e institucionalidad suficiente para su control, vigilancia y sanción; ninguna especie o variedad vegetal puede ser introducida sin el pronunciamiento del Servicio Nacional de Sanidad (Senasa).

Los conflictos sociales por el desplazamiento de comunidades y personas son aspectos que en cada caso corresponde al Estado ponderar y atender, como de hecho lo hace Cofopri cuando titula tierras de uso agrario o urbano.

Finalmente, la imposibilidad de otorgar estas tierras en propiedad por ser recursos naturales y, consecuentemente, de dominio público, es una falacia que en este artículo hemos tratado en extenso.

La inconveniencia de titular estas tierras, por razones ambientales o económicas, no resulta convincente. Por el contrario, la lógica económica nos informa que es razonable pensar que un operador de recursos naturales, a título de dueño, estará dispuesto a invertir más trabajo y capital para garantizar la permanencia de su fuente de riqueza, no entendemos por qué el propietario de un recurso quisiera exponerlo a su degradación, si con eso estaría mermando o destruyendo su fuente de riqueza y su patrimonio.

Como refieren Galarza, E. y La Serna, K. (2005), hay un marcado interés empresarial para realizar la reforestación, con el beneficio ambiental y socioeconómico que hemos expresado; y esto obedecería al gran potencial de esta actividad tiene, puesto que el sector forestal peruano es uno de los sectores económicos con mayor potencial de desarrollo, cuyo impacto podría observarse no sólo en las cifras macroeconómicas, sino que también podría ser un gran dinamizador de las economías locales, a través de la generación de actividades productivas. Sin embargo, la situación actual del sector forestal todavía se encuentra muy lejos de lograr estos efectos (p.463).

Efectivamente, la cantidad de hectáreas plantadas, frente al potencial reforestable, es ciertamente bajo, según el Midagri (2020), los bosques plantados cubren una superficie de 824,310 hectáreas a nivel nacional (párr. 1); es decir, abarcan solo el 8.24% de las tierras aptas para la instalación de plantaciones forestales. Según Fischer, E. (2020) la cifra es aún menor y apenas llegaría a 500,000 hectáreas reforestadas (párr. 3).

Si consideramos el tiempo que tomó implantar esta cantidad de hectáreas, el asunto se torna de verdad dramático, ya que, atendiendo a la data proporcionada por el propio Midagri (2020), en 150 años de implementación de las políticas de reforestación, el Estado ha logrado que se reforeste solo 824,310 hectáreas, o sea menos de 5,500 hectáreas por año, frente a un promedio anual de deforestación de 132,750 hectáreas. Por donde se lo mire, esta política basada en la propiedad pública de las tierras aptas para reforestación, que viene siguiéndose por más de 50 años, es un total fracaso: el recurso se degrada a cifras de terror y se renuncia a una actividad económica capaz de mejorar las condiciones de vida de los pobladores locales, entre otros evidentes beneficios.

Más allá de su contribución a la generación de empleo que, según Toledo, E. (2014), significaría la creación de un empleo directo por cada dos hectáreas plantadas; al ingreso de divisas, pues tiene un potencial exportador que llegaría a 3 000 millones de dólares; las plantaciones forestales prestarían grandes servicios ambientales; así, mediante inversiones modernas se puede producir hasta 40 veces más madera por hectárea que los bosques naturales, con la consecuente reducción de presión sobre éstos, permitiendo que se mantenga intacta su diversidad biológica y los procesos ecológicos esenciales; permitiría el control de la erosión, mejoramiento de suelos y mitigación de desastres; contribuiría a la captura de carbono; y ayudaría a generar fuentes para ecoturismo (como se citó en Iberico, J. Ed., 2014, pp. 31-32). Es decir, totalmente alineado con el Principio de Sostenibilidad, el más importante de la Gestión Ambiental.

Lo que se espera del Estado en este caso, desde la acción, es que elabore el catastro forestal de tierras aptas para reforestación, tarea pendiente por décadas; implementado ese catastro, el Estado debería acometer la tarea de otorgar títulos de propiedad a los inversionistas, con la misma o mayor energía con la que Cofopri lo hace con las tierras de aptitud agraria. Una vez tituladas estas tierras el tráfico patrimonial se dinamizaría y facilitaría la concentración de extensiones necesarias para implementar una plantación forestal a escala adecuada. Desde la abstención, le corresponde al Estado desmontar la farragosa legislación —incluidas las directivas de las Autoridades Forestales— que agobian a los inversionistas, en muchos aspectos la desregulación es lo mejor que se puede esperar del Estado.

Para tranquilidad de quienes temen que un régimen de propiedad privada sobre tierras de aptitud forestal degradadas —o cualquier otro recurso natural— pudiera derivar en la desprotección del recurso, debemos poner de relieve que otorgar derechos de propiedad no inhibe la capacidad que le asiste al Estado, en ejercicio de su dominio eminente, de exigir el cumplimiento de las normas generales y especiales sobre conservación que imponen limitaciones y restricciones en aras del bien común; ni de demandar la elaboración e implementación de los instrumentos de gestión ambiental —como el Estudio de Impacto Ambiental o Planes de Manejo Forestal—; así como supervisar y, eventualmente, sancionar el incumplimiento.

El sistema por el que ha optado el Estado para poner en uso las tierras aptas para reforestación y, consecuentemente, para reponer sus servicios ambientales, ha demostrado no ser atractivo para el inversionista privado, quien no ha mostrado interés por la concesión de un bien de dominio público, por el contrario, clama por el acceso a la propiedad privada. Por lo tanto, el sistema de concesiones no es eficiente para conservar el recurso tierra apta para reforestación. Cifras del Serfor

(2020) confirman esto, pues del total de tierras actualmente reforestadas, son 10,912 plantaciones forestales las que se han implantado en tierras de aptitud agraria, es decir, en aquellas que permiten el acceso a la propiedad privada.

X. CONCLUSIONES

Es fundamental partir del reconocimiento de que la Constitución vigente no proscribe el acceso a la propiedad privada de los recursos naturales, salvo del agua. Asimismo, es importante destacar que la asignación de derechos de propiedad sobre las vicuñas que se encuentran dentro del territorio de las comunidades campesinas ha probado ser más eficiente para la conservación de esta especie que un régimen de propiedad pública. En ese sentido, la asignación de derechos de propiedad comunal sobre el recurso vicuña a las comunidades campesinas; y el levantamiento de la prohibición de la comercialización de su fibra, han demostrado ser buenos incentivos establecidos por las políticas públicas para proteger a la especie; además de mejorar el nivel de ingresos de personas empobrecidas.

De igual modo, asignar derechos de propiedad sobre las tierras clasificadas de aptitud forestal, actualmente degradadas y subutilizadas, resulta más eficiente que mantenerlas bajo el régimen de bien de dominio público y otorgamiento mediante concesión. No obstante, esto debe acompañarse del levantamiento de las abrumadoras barreras burocráticas que la nueva LFFS, sus Reglamentos y las Directivas del Serfor establecen.

XI. RECOMENDACIONES

En virtud de lo anteriormente expuesto, debe revisarse la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; y la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, a efectos de que, a partir de una sana interpretación del texto constitucional, se erradique la errada lectura de patrimonio de la Nación y del supuesto "principio" de dominio eminential; y así se deje abierta la posibilidad de otorgar en propiedad comunal o privada los recursos naturales; como por ejemplo las tierras aptas para reforestación.

Al lado de ello, se debe modificar la vigente Ley Forestal y de Fauna Silvestre para permitir el acceso a la propiedad respecto de las tierras clasificadas de aptitud forestal, actualmente degradadas y subutilizadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andaluz, C. (2023). Manual de Derecho Ambiental. Editorial Rodhas.
- Fischer, E. (2019). Agenda pendiente del sector forestal. [Presentación en PowerPoint]. ADEX. En: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Proyeccion-Institucional/Encuentros-Regionales/2019/cajamarca/eer-cajamarca-2019-fischer.pdf>
- Galarza, E y La Serna, K (2005). Las concesiones forestales en el Perú: ¿cómo hacerlas sostenibles? Universidad del Pacífico En: <http://infobosques.com/portal/wp-content/uploads/2016/03/per1.pdf>
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2012). Régimen Económico de la Constitución de 1993. Fondo Editorial de la PUCP.
- Ministerio de Agricultura y Riego (2018). Plan Nacional de Acción del Café Peruano. <https://files.acquia.undp.org/public/migration/pe/171150f8db2f56991220e159b93803d9910f725a445c153bf9b2f998d2fb8a12.pdf>
- Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (2020). <https://www.midagri.gob.pe/portal/462-semana-nacional-forestal>
- Morales, J. y Morante, A. (2008). ¿Reforestar o Deforestar? La Cuestionada Ley de la Selva. Revista de Derecho Administrativo N° 6. Círculo de Derecho Administrativo - PUCP. En: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/51250>
- Plataforma de Monitoreo de Cambios sobre la Cobertura de los Bosques - GeoBosques. <https://geobosques.minam.gob.pe/geobosque/view/perdida.php>
- Programa Nacional de Recuperación de los Sistemas de Andenerías (2015). <https://hidraulicainca.com/acerca-de-hidraulica-inca/programa-nacional-de-recuperacion-de-los-sistemas-de-andenerias/>
- Rubio, Marcial (2017). El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la PUCP.
- Sentencia 0048-2004-PI/TC (Pleno Jurisdiccional). (1 de abril de 2005). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Sentencia 03343-2007-PA/TC (Pleno Jurisdiccional). (19 de febrero de 2009). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>
- Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. (s. f.). *V Censo Nacional de Vicuñas 2025*. Gobierno del Perú. Recuperado 21 de noviembre de 2024, de <https://www.gob.pe/institucion/serfor/campa%C3%B1as/100265-v-censo-nacional-de-vicunas-2025>
- Smith, F. (1996). Introducción a la Ecología de Mercado. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales.
- Vilca, P. (2008). Reforestación, tierras y medio ambiente: ¿inversión a toda costa? En: <https://www.alainet.org/es/articulo/126149>

HACIA UNA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EQUITATIVA E INCLUSIVA: LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA EN EL PERÚ

PEDRO GAMIO AITA¹

FERNANDA M. BUSTAMANTE TEJADA²

MARILYN E. SIGUAS RIVERA³

► **RESUMEN:**

La transición energética peruana demanda un rol activo de la ciudadanía en la producción y uso de electricidad. La generación distribuida (GD) constituye un mecanismo idóneo para materializar este objetivo mediante el prosumo y la valorización justa de excedentes. Este trabajo sostiene que ese involucramiento no podrá escalar ni ser equitativo mientras falte una infraestructura mínima de tecnología avanzada, medición inteligente con capacidad bidireccional y trazabilidad. Aunque desde 2006 existen habilitaciones legales, la generación

¹ *Profesor en la PUCP, Master en políticas públicas del INAP y Universidad Carlos III de España, estudios en Harvard University. Especialización en legislación ambiental en la Universidad Politécnica de España, especialización en Contratos internacionales de Energía en el Petroleum Institute of Texas. Es autor de diversos trabajos sobre energías renovables y cambio climático en el Perú, destacando tres libros sobre Energías renovables y el Perú, Energía en el Perú: ¿Hacia dónde vamos?, publicado por la Fundación Ebert y “Petróleo, medio ambiente y comunidades nativas” y Planeamiento Estratégico y Energías Renovables, publicación de CEPLAN y la publicación de Propuesta Ciudadana sobre la Transición Energética en el Perú.*

² *Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y asistente de docencia en la misma casa de estudios. Fue miembro y directora de la Asociación Civil Ius et Veritas. Cuenta con estudios en el Campus Medioambiental de Birkenfeld, Alemania, orientados al derecho ambiental y de la energía. Sus áreas de interés comprenden el derecho minero, ambiental y energético, con especial énfasis en la regulación del sector energético y las políticas de desarrollo sostenible.*

³ *Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), perteneciente al quinto superior, y asistente de docencia en la misma casa de estudios. Ha sido miembro y directora del Consejo Editorial del portal jurídico-interdisciplinario Pólemos y de la Asociación Civil Derecho & Sociedad. Cuenta con experiencia preprofesional en Contrataciones Públicas y Arbitraje. Realizó estudios en la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile, enfocados en el diseño y análisis de políticas públicas integrales en Latinoamérica. Sus áreas de interés incluyen el derecho administrativo y la regulación de servicios públicos sostenibles.*

distribuida aún no es una realidad en el Perú por la omisión reglamentaria y el sesgo del último proyecto del MINEM —centrado en concesionarios y usuarios regulados—, lo que al supeditar su aplicación a dichas condiciones termina generando una exclusión regulatoria indirecta. A partir de un examen del marco vigente y de experiencias de la Unión Europea, China y América Latina, se identifica un patrón operativo, la expansión efectiva ocurre cuando regulación exigible, incentivos económicos y medición inteligente avanzan en paralelo. El artículo propone una estrategia de masificación tecnológica —compras públicas a escala y cooperación internacional con opciones asequibles— y reubica el rol de MINEM, Osinergmin, gobiernos subnacionales y empresas distribuidoras hacia servicios energéticos centrados en el prosumidor.

Palabras clave: generación distribuida; transición energética; medición inteligente; prosumidores; regulación energética; Perú; inclusión energética.

► **ABSTRACT:**

Peru's energy transition requires citizens to play a leading role in the production and use of electricity; distributed generation is the vehicle to achieve this through prosumption and the fair exchange of surpluses. This paper argues that such involvement will not scale or be equitable as long as there is no minimum infrastructure of advanced technology, smart metering with bidirectional capacity, and traceability. Although legal authorizations have existed since 2006, distributed generation is still not a reality in Peru due to regulatory omissions and the bias of the most recent MINEM draft regulation—focused on concessionaires and regulated users—which, by making its application dependent on these conditions, ends up generating indirect regulatory exclusion. Based on an examination of the current framework and the experiences of the European Union, China, and Latin America, an operational pattern is identified: effective expansion occurs when enforceable regulation, economic incentives, and smart metering advance in parallel. The article proposes a strategy for technological massification—large-scale public procurement and international cooperation with affordable options—and repositions the role of MINEM, Osinergmin, subnational governments and distribution companies toward energy services centered on the prosumer.

Keywords: distributed generation, energy transition, smart measurement, prosumers, energy regulation, Perú, energy inclusion

I. INTRODUCCIÓN

La energía es y ha sido un motor fundamental del desarrollo humano y económico. Desde los primeros usos de la leña hasta la era de los combustibles fósiles, la forma en que producimos y consumimos energía ha definido sociedades, economías y estructuras de poder. Hoy, la humanidad se enfrenta a un desafío distinto, ya no se trata únicamente de producir más energía, sino de producirla de manera sostenible, equitativa y resiliente frente a la crisis climática. Esta realidad coloca a la transición energética en el centro de la agenda global y nacional, pues de su éxito dependerá la capacidad de reducir emisiones, garantizar seguridad energética y asegurar el acceso universal a la electricidad.

Dentro de este contexto, surgen nuevas formas de generación que replantean no sólo las fuentes de generación, sino también la manera en que producimos, distribuimos y consumimos la electricidad, destacando especialmente la Generación Distribuida, que promueve un modelo más cercano al usuario y orientado hacia la sostenibilidad y la inclusión. La generación distribuida surge como un modelo capaz de ayudar a descentralizar el sistema, aprovechar los recursos energéticos locales principalmente renovables y convertir a los usuarios de todo tamaño en actores activos del mercado eléctrico. No obstante, su desarrollo efectivo requiere más que buenas intenciones, y en el Perú la brecha entre el potencial de la generación distribuida y su implementación concreta sigue siendo considerable.

1.1. La transición energética en el Perú

La transición energética suele asociarse a un fenómeno reciente; sin embargo, a lo largo de la historia la humanidad ha atravesado diversos procesos de cambio en la forma de producir y utilizar la energía. Desde el uso de la leña, pasando por el carbón durante la Revolución Industrial, hasta la hegemonía del petróleo y el gas en el siglo XX, cada etapa supuso transformaciones profundas no solo en la producción energética, sino también en la organización social, económica y productiva.

La humanidad atraviesa hoy una diferente y nueva transición energética. Mientras que en el pasado los cambios estuvieron orientados principalmente a incrementar la eficiencia y la capacidad productiva, la transición actual responde a la necesidad de garantizar sostenibilidad ambiental, seguridad energética y justicia social. En las últimas décadas, el sector energético global ha experimentado una transformación estructural, agenda a la que el Perú no es ajeno. El país ha asumido compromisos internacionales como el Acuerdo de París, la Agenda 2030 y sus Contribuciones Nacionalmente Determinadas (NDC), los cuales exigen no sólo la reducción de emisiones, sino también la transformación de la matriz energética y la ampliación del acceso equitativo a la electricidad.

Dichas exigencias encuentran su fundamento en tres razones principales: la urgencia de enfrentar la creciente crisis climática, la necesidad de reducir la dependencia de los combustibles fósiles y la importancia de garantizar un acceso equitativo a la energía como condición esencial para el desarrollo humano (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2025).

En primer lugar, el sector energético es uno de los principales responsables de las emisiones de gases de efecto invernadero, por lo que sin cambios estructurales en la forma de producir y consumir energía resultará inviable cumplir con los objetivos climáticos y limitar el aumento de la temperatura global a 1,5 °C, conforme al IPCC y al Acuerdo de París. En segundo lugar, la dependencia de los combustibles fósiles compromete la seguridad energética, dado su carácter finito, su concentración geográfica y la volatilidad de sus precios, mientras que las energías renovables permiten diversificar la matriz y fortalecer su resiliencia. Finalmente, el acceso universal a energía asequible y limpia es indispensable para el ejercicio de derechos básicos, tal como reconoce el ODS 7 de la Agenda 2030 (Naciones Unidas, 2015), desafío que en el Perú se refleja en las persistentes brechas de electrificación en zonas rurales y amazónicas.

Cómo se ha visto, esta nueva transición energética implica un cambio estructural del modelo centralizado y dependiente de recursos no renovables hacia uno más sostenible y descentralizado, inclusivo y resiliente (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2025). En este contexto, la Generación Distribuida se consolida como un componente estratégico capaz de integrar objetivos ambientales, sociales y económicos.

1.2. El concepto de generación distribuida

La generación distribuida consiste básicamente en producir energía eléctrica a partir de múltiples fuentes de pequeña escala ubicadas cerca de los lugares de consumo (Velásquez, 2012). Aunque la idea general es clara, a nivel internacional no existe consenso sobre qué debe entenderse exactamente por este concepto (Ackermann et al., 2001). Se utilizan distintos términos, como *embedded generation* en países anglosajones, *dispersed generation* en Norteamérica o *decentralised generation* en Europa, y tampoco hay acuerdo respecto a la capacidad máxima de las unidades, que según cada autor u organismo puede variar desde unos pocos kilovatios hasta los 100 MW (Ackermann et al., 2001). A pesar de esas diferencias, el concepto central se mantiene y consiste en generar la energía lo más cerca posible del consumo, ya sea conectada a la red de distribución o funcionando de manera aislada, evitando depender únicamente de grandes plantas centralizadas y de largas redes de transmisión.

En este punto es importante precisar que cuando se habla de generación distribuida conectada, también denominada *on grid*, se hace referencia a aquella generación de energía eléctrica lo más cercana al centro de carga o red de distribución de energía, con la opción de comprar o vender energía eléctrica en el sistema interconectado. En cambio, la modalidad *off grid* corresponde a aquellos sistemas que trabajan de manera aislada (Ramos, 2020). En el Perú, la normativa vigente reconoce únicamente la modalidad *on grid*.⁴ No obstante, en la práctica existen múltiples experiencias *off grid*, especialmente en zonas rurales y amazónicas sin acceso a la red eléctrica, donde los hogares dependen de pequeños sistemas solares domiciliarios o equipos aislados, en muchos casos implementados con apoyo de programas estatales como el FISE⁵. Aunque estos sistemas no están considerados dentro de la regulación vigente, cumplen un rol fundamental al brindar electricidad básica a comunidades.

La regulación de la generación distribuida conectada en el Perú busca optimizar el aprovechamiento de los recursos energéticos y diversificar la matriz eléctrica nacional. La Política Energética Nacional⁶, establece como primer objetivo contar con una matriz diversificada, con énfasis en las fuentes renovables y la eficiencia energética, incorporando expresamente la promoción de la generación distribuida y del uso intensivo y eficiente de energías renovables convencionales y no convencionales. Este enfoque amplía el espacio de participación de ciudadanos, empresas e instituciones, que dejan de ser meros consumidores para convertirse en productores capaces de inyectar excedentes a la red y recibir una compensación por ello.

1.3. El potencial energético desaprovechado en el Perú

Desde hace más de una década, la Ley N.º 28832 (2006)⁷ y el Decreto Legislativo N.º 1221 (2015)⁸ incorporan la Generación Distribuida en el Perú. Resulta increíble que, pese a contar con un marco legal vigente durante tantos años, su implementación aún no se haya materializado. Lo cierto es que ambos dispositivos legales establecen que corresponde al –aún inexistente– reglamento definir la potencia máxima de las centrales y las condiciones técnicas, de seguridad y comerciales necesarias. A

⁴ Ley 28832, Decreto Legislativo N.º 1002 y Decreto Legislativo N.º 1221, que regulan la generación distribuida en Perú

⁵ Véase Fondo de Inclusión Social Energético (FISE), “Programas de electrificación rural mediante sistemas energéticos domiciliarios”, Ministerio de Energía y Minas del Perú.

⁶ Política Energética Nacional 2010-2040, aprobada por el MINEM mediante Decreto Supremo 064-2010-EM.

⁷ Ley N.º 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica

⁸ Decreto Legislativo N.º 1221, Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú

pesar de varios intentos de reglamentación realizados por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), hasta la fecha no se ha aprobado un Reglamento de Generación Distribuida que permita su desarrollo efectivo.

Esta demora demuestra que la Generación Distribuida no es solo un tema pendiente de regulación, sino también una actividad comercial con impacto real, que implica transacciones económicas reales y genera resistencias en algunos actores del mercado. En tal sentido, como toda actividad comercial, requiere un marco normativo claro que establezca las reglas de juego técnicas, los derechos y obligaciones de sus actores, así como los mecanismos de control y supervisión necesarios. No se trata únicamente de aprobar normas, sino de hacer que estas sean viables, ejecutables y efectivas, de manera que realmente funcionen y permitan disfrutar a los ciudadanos de sus beneficios.

La triste realidad es que la ausencia de una reglamentación operativa e integral ha mantenido el desarrollo de la Generación Distribuida en pausa por más de 15 años, y el hecho de que tales proyectos normativos no hayan sido aprobados, se debe en gran medida por falta de voluntad política y lobbies, más que por limitaciones técnicas o jurídicas (Jaramillo, 2024).

Paradójicamente, el Perú cuenta con uno de los mayores potenciales solares de América Latina y del mundo.⁹ El Estado debería aprovechar esta ventaja para impulsar la generación de energía mediante fuentes no convencionales, como la Generación Distribuida, con el fin de reducir la brecha energética, descentralizar la producción y empoderar a comunidades rurales, periurbanas y urbanas. Esto resulta especialmente relevante considerando que gran parte de la población todavía carece de un acceso adecuado y justo a la electricidad, dependiendo en muchos casos de suministros intermitentes o de soluciones altamente contaminantes, como los grupos electrógenos a diésel (Sierra, 2024).

Por otro lado, el retraso en poner en marcha la Generación Distribuida implica pérdidas de beneficios económicos directos para el país. Estamos hablando de beneficios como reducción de costos en la construcción y mantenimiento de redes de transmisión y distribución, así como la posibilidad de ofrecer energía a precios más competitivos. Asimismo, la Generación Distribuida contribuiría a mejorar la seguridad energética, evitando desbalances entre oferta y demanda y disminuyendo el riesgo de cortes que afectan tanto a la economía como a la vida

⁹ Suri, Marcel; Betak, Juraj; Rosina, Konstantin; Chrkavy, Daniel; Suriova, Nada; Cebecauer, Tomás; Caltik, Marek; Erdelyi, Branislav. Potencial mundial de energía fotovoltaica por país. Programa de Asistencia para la Gestión del Sector Energético (ESMAP), Washington, D. C.: Grupo del Banco Mundial. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/466331592817725242>

diaria de las personas (Ramos, 2020). Además de ser una forma de democratizar el mercado de la energía.

Más allá de los beneficios económicos, perdemos también significativos beneficios ambientales y sociales. La Generación Distribuida basada en energías renovables podría reducir drásticamente las emisiones contaminantes, promover la descarbonización del sector eléctrico y permitir que comunidades alejadas o rurales accedan a electricidad confiable, fomentando el desarrollo local y la inclusión social. La no implementación de la Generación Distribuida significa, en la práctica, desaprovechar un mecanismo estratégico para avanzar hacia una mejora en nuestro sistema eléctrico (Ramos, 2020).

Además, permite el desarrollo de comunidades energéticas. Una comunidad energética es un grupo de personas, pequeñas empresas, gobiernos locales u otras entidades que se unen para generar, consumir, compartir y gestionar sus propias energías renovables. El objetivo principal es empoderar a los ciudadanos para que tomen un rol activo en el mercado y en la transición energética, reduciendo la dependencia de las grandes empresas y fomentando un modelo más sostenible y descentralizado.

Todos estos beneficios de la Generación Distribuida no son meras especulaciones ni se trata de ideas desconocidas. Por el contrario, han sido reconocidos y promovidos por el propio Estado peruano en múltiples documentos, planes estratégicos y declaraciones oficiales. El potencial económico, ambiental y social de la Generación Distribuida está ampliamente discutido en la esfera pública y privada, y se alinea de manera directa con los objetivos nacionales de diversificación de la matriz energética, inclusión social, mejor acceso, electrificación rural y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Sin embargo, a pesar de este consenso y del respaldo formal, la realidad es que seguimos viviendo de una promesa. La Generación Distribuida continúa siendo un recurso desaprovechado, un "futuro posible" que el país reconoce pero que todavía no ha logrado materializarse en el presente.

II. MARCO NORMATIVO DE LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA EN EL PERÚ

La generación distribuida ha sido reconocida y habilitada por normas constitucionales y legales del ordenamiento jurídico peruano, configurándose como una facultad legítima del ciudadano usuario y consumidor, con potencial para transformar la relación tradicional entre los usuarios y el sistema eléctrico. Sin embargo, la ausencia de un reglamento operativo ha impedido su materialización. Esta sección analiza el marco jurídico aplicable, el incumplimiento del deber reglamentario por parte del Poder Ejecutivo y los proyectos normativos elaborados hasta la fecha,

con especial énfasis en el más reciente, cuyas omisiones técnicas y exclusiones regulatorias comprometen su implementación efectiva.

2.1. Amparo constitucional y legal de la generación distribuida

El régimen jurídico de la generación distribuida en el Perú se sustenta en un conjunto de normas constitucionales y legales de distinta jerarquía que establecen principios, competencias y obligaciones vinculadas al desarrollo de esta modalidad de producción energética.

Así, desde el plano constitucional, el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú (1993) reconoce el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. Asimismo, su artículo 58 establece que el Estado actúa en una economía social de mercado, que garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, pero también impone al Estado la obligación de complementar la actividad privada, promoviendo el acceso equitativo a los servicios esenciales. Por su parte, el artículo 65 y 67 señala, respectivamente, que corresponde al Estado defender los intereses de los consumidores y usuarios, así como promover el uso sostenible de sus recursos naturales. Por tanto, bajo una lectura conjunta de ambos dispositivos, ello implica un mandato para el Estado peruano de orientar la regulación del sector eléctrico hacia modelos descentralizados de generación que permitan compatibilizar la protección de los usuarios del servicio con la reducción de los impactos ambientales asociados a la producción de energía.

Todo ello ha sido complementado por el Tribunal Constitucional (2022) en el Exp. N.º 02151-2018-PA/TC, en el cual se sostuvo que el acceso a la energía eléctrica forma parte del contenido protegido del derecho a una vida digna, especialmente en contextos de vulnerabilidad estructural y crisis. En dicho pronunciamiento, el Tribunal (2022) reconoció que el acceso a la energía no solo constituye una condición material para el ejercicio de otros derechos fundamentales, sino que también configura un deber estatal de garantía que debe ser atendido mediante políticas públicas concretas.

En coherencia con este marco constitucional, el legislador ha aprobado normas legales que incorporan progresivamente la generación distribuida en el ordenamiento jurídico. La Ley N.º 28832 (2006) fue la primera en introducirla de manera expresa, comprometiéndole al Estado a aprobar un reglamento conforme a su Octava Disposición Complementaria Final: “Las actividades de Generación Distribuida y Cogeneración interconectadas al SEIN¹⁰ se regirán por las siguientes disposiciones, de acuerdo con lo que establezca el Reglamento”.

¹⁰ El Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) del Perú es la red integrada de transmisión y subestaciones que permite el intercambio de electricidad entre las distintas fuentes de

Al respecto, el numeral 11 del artículo 1 de la referida Ley define a la Generación Distribuida como la instalación de generación conectada directamente a las redes de un concesionario de distribución eléctrica, remitiendo la determinación de su potencia máxima al reglamento. Esta definición excluye, en la práctica, tanto a la generación conectada directamente en las instalaciones de los usuarios finales como a los sistemas de distribución sin concesión, cuya potencia no supera los 500 kW conforme a la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley N.º 25844), afectando especialmente a sistemas rurales, comunitarios y de autoconsumo.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N.º 1002 (2008), si bien no regula específicamente la generación distribuida, complementa este marco al promover la inversión de fuentes renovables no convencionales, declarando su desarrollo de interés nacional y estableciendo principios operativos relevantes, como la prioridad de despacho de la energía proveniente de fuentes renovables no convencionales¹¹ y el pago del costo incremental que pudiera derivarse de su incorporación inicial al sistema eléctrico, como parte de los concursos RER. Además de establecer la obligación de aprobarse un plan nacional de energías renovables. Podría sostenerse que este Decreto Legislativo establece principios generales que resultan plenamente extrapolables y no regulan un tipo específico de generación distribuida, sino que da pautas que pueden aplicarse de manera complementaria a las demás disposiciones legales que la regulan.

Más adelante, en el año 2015, el Decreto Legislativo N.º 1221 reforzó el marco jurídico aplicable a la Generación Distribuida en el Perú. En su artículo 2, se establece que los usuarios del servicio público de electricidad que cuenten con equipamiento de generación renovable no convencional pueden generar electricidad para su propio consumo, así como inyectar los excedentes al sistema eléctrico, siempre que ello no afecte la seguridad operacional del sistema de distribución. Esta disposición reitera el rol del MINEM como la entidad competente para aprobar el reglamento específico sobre Generación Distribuida, en el que se determinan la potencia máxima permitida, las condiciones técnicas, comerciales, de seguridad, regulatorias y la definición de las tecnologías renovables no convencionales que habilitan este tipo de generación. Así, expresamente se dispone lo siguiente: “La potencia máxima señalada, las condiciones (...) son establecidos en el reglamento específico sobre

generación del país. Este sistema se abastece principalmente de centrales hidroeléctricas y termoeléctricas (Sembrero y Soto, 2021).

¹¹ Según el artículo 8 del D.L. N.º 1002, en la medida en que exista capacidad disponible en los sistemas de transmisión y/o distribución del SEIN, los generadores que utilicen recursos energéticos renovables gozarán de prioridad para su conexión, hasta alcanzar el porcentaje anual objetivo que fije el Ministerio de Energía y Minas.

generación distribuida que aprueba el Ministerio de Energía y Minas” (Decreto Legislativo N.º 1221, 2015).

De este modo, el diseño normativo revela un patrón constante, y se trata de la remisión reiterada a un reglamento como condición indispensable para la implementación efectiva de la generación distribuida. En cumplimiento parcial de dicho mandato, el MINEM publicó en 2018 un primer Proyecto de Reglamento de Generación Distribuida, que no fue aprobado. Seis años después, en 2024, presentó un nuevo proyecto mediante la Resolución Ministerial N.º 439-2024-MINEM/DM, orientado a la generación distribuida de pequeña escala conectada a los sistemas de utilización de usuarios del servicio público de electricidad. No obstante, este proyecto mantiene condicionamientos que limitan su alcance, especialmente al supeditar su aplicación a la existencia de un concesionario de distribución.

En suma, el marco legal peruano ha reconocido progresivamente el derecho a generar y consumir energía a partir de fuentes distribuidas renovables. Desde su inclusión legal en 2006, pasando por la promoción activa de energías limpias no convencionales en el 2008, hasta la habilitación del autoconsumo en el 2015, la generación distribuida ha sido objeto de reconocimiento formal, con normas con rango de ley, aunque paradójicamente, en franco desacato, no se han aprobado las disposiciones reglamentarias, que la lleven a la práctica.

2.2. El mandato reglamentario y su incumplimiento

La normativa vigente reconoce de manera expresa la obligación del Ministerio de Energía y Minas de proponer un reglamento que permita implementar la generación distribuida en el país. Tal como se explicó en el apartado anterior, esta obligación deriva de normas con rango de ley —como la Ley N.º 28832 y el Decreto Legislativo N.º 1221— que configuran un mandato imperativo normativo vigente y vinculante desde hace más de una década, cuya inobservancia acusa responsabilidades y no puede quedar al arbitrio de la voluntad política del poder ejecutivo. Sin embargo, dicho mandato no ha sido cumplido, lo que genera retrasos al país, en perjuicio del crecimiento sostenido, competitivo y descentralizado y sobre todo el derecho de los ciudadanos a mejorar su calidad de vida.

Esta inacción no puede considerarse una simple demora técnica. En primer lugar, la prolongada ausencia de una reglamentación adecuada vulnera el principio de legalidad, que debe cumplir y hacer cumplir el poder ejecutivo. Conforme al artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, dicho principio exige que toda actuación de la administración pública se sujete a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las competencias conferidas y con arreglo a los fines que justifican su ejercicio.

En este caso, la omisión o cumplimiento defectuoso del mandato de reglamentar por parte del MINEM afecta la operatividad de normas legales vigentes, contrariando el deber estatal de desarrollar los instrumentos necesarios para garantizar su aplicación efectiva.

En segundo lugar, esta omisión cuenta con implicancias directas sobre el ejercicio de derechos constitucionales previamente desarrollados, en tanto afecta el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, el acceso equitativo a servicios esenciales en el marco de una economía social de mercado, y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Así pues, en conjunto, estos derechos exigen que el Estado garantice condiciones que permitan el acceso a la electricidad para toda la población, en las mejores formas posibles, democratizando el mercado eléctrico y haciéndolo más sostenible.

2.2.1. Proyecto de reglamento vigente: omisiones técnicas y exclusiones regulatorias

En cumplimiento parcial del mandato legal, el MINEM publicó en 2024, mediante la Resolución Ministerial N.º 439-2024-MINEM/DM, el Proyecto de Reglamento de Generación Distribuida conectada a Sistemas de Utilización de los Usuarios del Servicio Público de Electricidad. De acuerdo con el Oficio N.º 1395-2025-MINEM-DGE (2025), esta propuesta se inserta en un proceso de reglamentación progresiva estructurado en dos etapas: una primera, orientada a la pequeña escala y sustentada en el Decreto Legislativo N.º 1221; y una segunda, dirigida a la mediana escala, basada en la Ley N.º 28832.

El proyecto actualmente en evaluación se ubica en la primera etapa y regula la generación distribuida de pequeña escala para Usuarios del Servicio Público de Electricidad, con equipos conectados a sus sistemas de utilización. Su ámbito comprende el SEIN, los Sistemas Aislados y los Sistemas Eléctricos Rurales, siempre que el suministro sea prestado por un concesionario de distribución y el usuario tenga la condición de regulado. Bajo este diseño, el concesionario actúa como puerta de entrada conforme a lo previsto en los artículos 8, 9, 10 y 11 del proyecto, otorga la conformidad técnica para el acceso a las redes de distribución, evalúa la solicitud con los requisitos técnicos (incluida la medición electrónica bidireccional), autoriza cualquier modificación de las instalaciones y suscribe el Convenio de Conexión y Operación, en el que se fijan las condiciones de operar como generador distribuido y la valorización de los excedentes.

La consecuencia práctica es clara, las zonas sin concesión activa o microrredes comunitarias no atendidas por un concesionario, quedan fuera del alcance de esta etapa. En los hechos, el régimen se restringe a instalaciones conectadas al SEIN o a

redes de distribución concesionadas, dejando al margen a numerosas poblaciones rurales y aisladas que enfrentan pobreza energética estructural.

Concretamente, la exclusión de los sistemas aislados y rurales impide que territorios como la Amazonía —por ejemplo, Loreto—, sin conexión a una red concesionada, participen en la generación distribuida. En estas zonas, el suministro depende habitualmente de generadores diésel que operan 3–4 horas al día, con costos de combustible elevados que profundizan las brechas geográfica y financiera en el acceso a energía continua y asequible (Sembrero y Soto, 2021). Así pues, únicamente las capitales provinciales de Iquitos, Nauta, Requena y Yurimaguas disponen de un suministro de 24 horas; las demás capitales de provincia reciben entre 12 y 18 horas diarias, y las capitales de distrito entre 3 y 6 horas (Sembrero y Soto, 2021). Aunque debemos informar que, por iniciativa de la empresa eléctrica pública de Francia, por convenio con Electro Oriente, hay en curso un proceso de instalación de sistemas solares fotovoltaicos modernos, junto a baterías de litio, que son respaldados por grupos térmicos. Esto ha permitido una diferencia en la calidad del servicio en pequeñas ciudades como San Lorenzo¹².

El proyecto de reglamento omite aspectos técnicos fundamentales para su viabilidad en el contexto peruano, como la incorporación generalizada de medidores o sistemas de medición inteligente¹³ y la necesaria coordinación con gobiernos regionales y locales, elementos clave para un despliegue mayor, más descentralizado y acorde con las particularidades socioeconómicas del país. La ausencia de estos componentes no favorece la realización efectiva del derecho a acceder a energía limpia con infraestructura descentralizada, segura y confiable en condiciones de equidad y profundiza la desigualdad estructural ya existente entre zonas interconectadas y aisladas.

Frente a ello, se han planteado propuestas para que los sistemas aislados y rurales se empoderen y evolucionen hacia esquemas de generación distribuida, incorporando almacenamiento con baterías para asegurar continuidad del servicio y promoviendo programas de alfabetización energética que fortalezcan la gestión local del consumo y la generación.

¹² Desde la Universidad se ha planteado la modificación de la base regulatoria de la tarifa de distribución en sistemas aislados, para que no sólo se base en el valor de mercado de los combustibles fósiles.

¹³ Cabe mencionar que el referido proyecto de reglamento si bien exige medición electrónica bidireccional para los puntos con Generación Distribuida, ello no configura un sistema generalizado de infraestructura de medidores inteligentes ni dispone su despliegue progresivo a nivel nacional. La obligación queda limitada por requerir de un concesionario de distribución según su artículo 10, así como remite a regulación secundaria aspectos esenciales del mismo.

Estas medidas, de ser incorporadas, no solo ampliarían el alcance regulatorio de la generación distribuida, sino que también fortalecerían su impacto social, económico y ambiental en la transición energética del país. Sin embargo, la discusión sobre un acceso democrático real a la generación distribuida no debe quedarse en un plano meramente declarativo y normativo por parte del Estado, sino que requiere que este provea las herramientas necesarias para que dicho acceso sea efectivo y con participación de la empresa privada y la sociedad civil. Es aquí donde los medidores inteligentes adquieren un rol decisivo, constituyen la infraestructura mínima indispensable para que cualquier usuario, ya sea conectado al SEIN o en un sistema aislado o rural, pueda medir, gestionar, registrar y valorizar de manera justa la energía que produce y consume.

III. LA INFRAESTRUCTURA OLVIDADA: MEDIDORES INTELIGENTES COMO REQUISITO HABILITANTE

Si la generación distribuida pretende pasar del plano declarativo a una realidad operativa en todo el territorio nacional, requiere de un soporte tecnológico capaz de dar seguridad, registrar, gestionar y valorar la energía con criterios verificables. En este escenario, los medidores inteligentes no son un mero accesorio técnico, sino la pieza que enlaza a toda la población con el sistema eléctrico bajo reglas claras de seguridad, adecuado intercambio y compensación.

Más que simples aparatos de conteo, estos dispositivos permiten que la energía fluya con trazabilidad y que cada kilovatio hora, ya sea consumido o inyectado a la red, sea contabilizado con exactitud. Su instalación masiva constituye, por tanto, una condición previa para garantizar que los beneficios de la generación distribuida alcancen a todos los segmentos de la población, incluidos los ubicados en zonas no conectadas.

En las siguientes páginas se describirá su funcionamiento y relevancia en la medición bidireccional, la transparencia tarifaria y la gestión de la red, así como los riesgos y desigualdades que se mantienen cuando esta infraestructura permanece ausente.

3.1. Medidores inteligentes: definición, funcionamiento y su papel en un sistema eléctrico moderno

Los medidores inteligentes constituyen el núcleo tecnológico de la Infraestructura de Medición Avanzada, un sistema integrado de dispositivos, redes de comunicación y aplicaciones informáticas que mide, registra y transmite, en tiempo real o casi real, la información relativa al consumo y la generación de energía eléctrica (Quirós-Tortós y Vargas, 2022). A diferencia de los medidores electromecánicos

convencionales, incorporan la capacidad de medición bidireccional, registrando de forma diferenciada la energía que el usuario toma de la red y la que inyecta a ella, lo que resulta esencial para la generación distribuida.

Esta capacidad sustenta la trazabilidad, al generar historiales verificables de consumo y generación que pueden auditarse y transmitirse de manera segura al operador. Sobre esa base se garantiza la justicia tarifaria, pues el pago o la compensación al usuario se calcula por la energía efectivamente intercambiada, evitando cobros estimados o compensaciones arbitrarias (Álvarez et al., 2023). Entre sus funciones adicionales se incluyen la transmisión automática de datos, la gestión remota de servicios como cortes, reconexiones o cambios tarifarios, y el soporte para esquemas diferenciados por franjas horarias o estacionales, promoviendo un consumo más eficiente (Quirós-Tortós y Vargas, 2022). En conjunto, esta tecnología optimiza la gestión de la red, reduce pérdidas técnicas y no técnicas, y habilita la participación activa de los prosumidores en el mercado eléctrico, así como la “posibilidad de enviar alertas o notificaciones al usuario en caso de anomalías o altos niveles de consumo” (Valencia y García, 2024, p. 533).

3.2. Consecuencias de su ausencia: desigualdad, informalidad y estancamiento

En ese sentido, y por sus funciones anteriormente expuestas, podemos aseverar que la falta de medidores inteligentes en el sistema eléctrico peruano limita de forma sustancial el desarrollo de la generación distribuida y genera impactos negativos en tres planos interrelacionados, desigualdad de oportunidades, informalidad y estancamiento.

En primer lugar, la ausencia de medición bidireccional perpetúa una desigualdad estructural entre usuarios que pueden acceder a esquemas de facturación justa y aquellos que permanecen sujetos a métodos de estimación o a la simple no contabilización de la energía inyectada. Sin esta infraestructura, las comunidades rurales y aisladas, que ya enfrentan barreras geográficas y económicas para acceder a energía asequible, ven imposibilitada su integración como prosumidores, reforzando su exclusión del mercado eléctrico y de los beneficios de la transición energética, es decir, a un sector energético moderno, descarbonizado y renovable (Álvarez et al., 2023).

En segundo lugar, esta carencia fomenta prácticas informales y riesgosas. Al no contar con un registro confiable y verificable de la energía generada y consumida, se abren espacios para conexiones irregulares y manipulaciones de medidores tradicionales, fuera del marco regulatorio (Valencia y García, 2024).

Finalmente, la ausencia de medidores inteligentes contribuye al estancamiento tecnológico y normativo. Sin datos precisos y en tiempo real, los operadores ca-

recen de información para optimizar la gestión de la red, planificar inversiones o implementar tarifas horarias que incentiven el consumo eficiente. En otras palabras, se retrasa la adopción de modelos de mercado más dinámicos y competitivos, en los que los prosumidores puedan participar activamente y recibir una retribución justa por sus excedentes (Valencia y García, 2024).

En suma, la falta de esta infraestructura no solo impide materializar el potencial de la generación distribuida, sino que también mantiene al país rezagado respecto de las mejores prácticas internacionales en medición y gestión energética, bloqueando una transición energética inclusiva, competitiva y sostenible.

IV. LECCIONES INTERNACIONALES: CÓMO SE IMPLEMENTA LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA EN LA PRÁCTICA

En varios países, la generación distribuida ha dejado de ser un concepto en desarrollo para convertirse en parte estructural de sus sistemas eléctricos. A continuación, se examinan los principales casos de la Unión Europea y de América Latina, destacando sus peculiaridades, así como, las estrategias y herramientas que han permitido su expansión.

4.1. Unión Europea: del derecho al autoconsumo a la infraestructura habilitante

En la Unión Europea (UE), la generación distribuida constituye un eje central de la transición energética. Desde 2019, la Directiva (UE) 2018/2001 reconoce el derecho de los ciudadanos a generar, almacenar, consumir y vender energía renovable, de manera individual o colectiva, obligando a los Estados miembros a garantizar el acceso no discriminatorio a la red, simplificar los procedimientos administrativos y establecer mecanismos claros de compensación por los excedentes inyectados (Mordor Intelligence, 2024).

La expansión de la generación distribuida en la UE se ha sustentado en tres pilares. El primero es un marco normativo estable y vinculante que no se limita al reconocimiento formal del autoconsumo, sino que establece condiciones operativas concretas¹⁴, como procedimientos de conexión simplificados y digitalizados¹⁵, ac-

¹⁴ Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 2018/2001 sobre energías renovables, reforzando el marco normativo del autoconsumo y los derechos del prosumidor.

¹⁵ Real Decreto 244/2019, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica en España.

ceso a la red sin discriminación¹⁶, y mecanismos transparentes de valorización de excedentes de modo que el prosumidor reciba un pago o crédito justo y previsible¹⁷. Este entorno reduce la incertidumbre regulatoria y genera seguridad jurídica para ciudadanos e inversionistas.

El segundo pilar corresponde a los incentivos económicos y fiscales orientados a superar la barrera del costo inicial¹⁸. Países como Noruega y Alemania han implementado subsidios, deducciones fiscales y obligaciones de instalación de sistemas solares en edificaciones nuevas, acelerando la adopción de tecnologías renovables y dinamizando la industria local^{19 20 21}. Estas políticas permitieron, por ejemplo, que Alemania superara el millón de prosumidores, consolidando la generación distribuida como un fenómeno de escala.

El tercer pilar, y el más determinante para la integración técnica, es la infraestructura habilitante. El despliegue masivo de medidores inteligentes ha permitido una medición precisa y bidireccional, asegurando intercambios energéticos justos y la integración eficiente de millones de pequeños generadores. Sin esta infraestructura, incluso los marcos normativos más avanzados y los incentivos más ambiciosos tendrían un alcance limitado.

El impacto de este enfoque integrado es verificable. En el Reino Unido, hacia 2020 existían más de un millón de instalaciones fotovoltaicas distribuidas, con una capacidad total de 13,563 MW²², a lo que se sumaron 545 MW adicionales ese mismo año, representando un crecimiento del 27 % respecto a 2019 (Mordor Intelligence,

¹⁶ Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, Hoja de Ruta del Autoconsumo, 2023, que establece medidas para garantizar el acceso no discriminatorio a la red y eliminar barreras normativas.

¹⁷ IDAE, Preguntas Frecuentes sobre Autoconsumo, 2023, sobre compensación de excedentes y procedimientos de conexión simplificados.

¹⁸ Agencia Europea de Medio Ambiente, Renewable Energy Incentives in Europe, 2022, sobre incentivos económicos y fiscales para promover la adopción de energías renovables.

¹⁹ Enova SF, Programas de apoyo para la instalación de sistemas solares fotovoltaicos residenciales, disponible en: <https://www.enova.no/privat/alle-energitiltak/solenergi/solcelleanlegg/>, consultado el 20 de septiembre de 2025.

²⁰ *PV Magazine*, "La energía solar será obligatoria en los nuevos edificios de Berlín a partir de 2023", 18 de junio de 2021, disponible en: <https://www.pv-magazine.es/2021/06/18/la-energia-solar-sera-obligatoria-en-los-nuevos-edificios-de-berlin-a-partir-de-2023/>.

²¹ *PV Magazine*, "Alemania elimina el IVA y anuncia exenciones fiscales para autoconsumos fotovoltaicos", 16 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.pv-magazine.es/2022/09/16/alemania-elimina-el-iva-y-anuncia-exenciones-fiscales-para-autoconsumos-fotovoltaicos/>.

²² Solar Energy UK, UK solar capacity grows by 545 MW in 2020, 21 de enero de 2021, disponible en: <https://solarenergyuk.org/news/uk-solar-capacity-grows-by-545-mw-in-2020/>, consultado el 21 de septiembre de 2025.

2024). En conjunto, la experiencia europea demuestra que el reconocimiento del derecho al autoconsumo resulta insuficiente si no se acompaña de incentivos adecuados e infraestructura tecnológica que haga posible su ejercicio efectivo.

4.2. Experiencias de América Latina y sus marcos normativos y técnicos

En América Latina, la implementación de la generación distribuida presenta ritmos dispares; sin embargo, las experiencias de Chile, Brasil, México y Colombia evidencian que, cuando existe un marco regulatorio claro, infraestructura técnica adecuada y procedimientos de acceso transparentes, su adopción puede avanzar con rapidez.

Chile ha desarrollado uno de los marcos más consistentes de la región. La Ley N.º 20.571, complementada por la Ley N.º 21.118 y el Decreto N.º 88 de 2020, regula a los Pequeños Medios de Generación Distribuida (PMGD), instalaciones de hasta 9 MW conectadas a redes de distribución²³. Su régimen combina coordinación obligatoria con las distribuidoras, supervisión del Coordinador Eléctrico Nacional y exigencias técnicas, como limitaciones horarias de inyección, planes de mantenimiento y monitoreo remoto, orientadas a preservar la seguridad y calidad del sistema^{24 25}.

Brasil ha registrado una expansión acelerada desde la Resolución REN N.º 482/2012 de la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL)²⁶, que distingue entre microgeneración y minigeneración y obliga a las distribuidoras a adaptar normas técnicas, cumplir plazos máximos de conexión e implementar plataformas digitales de gestión²⁷. El sistema de créditos energéticos, que se descuentan de la factura durante un periodo de hasta 60 meses, ha incentivado tanto la inversión residencial como la comercial, situando a Brasil como líder regional en fotovoltaica distribuida²⁸.

²³ República de Chile, Ley N.º 20.571

²⁴ República de Chile, Ley N.º 21.118 que modifica la Ley 20.571, disponible en: <https://generaciondistribuida.minenergia.cl/documentos/ley-21118> consultado el 21 de septiembre de 2025.

²⁵ República de Chile, *Decreto N.º 88 de 2020 que aprueba reglamento PMGD*, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=1150437>, consultado el 21 de septiembre de 2025.

²⁶ Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Resolução Normativa N.º 482 de 17 de abril de 2012, disponible en: <https://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf> consultado el 21 de septiembre de 2025.

²⁷ Ibid.

²⁸ Portal Solar, Créditos de energía solar: como funciona a compensação?, disponible en: <https://www.portalsolar.com.br/creditos-energia-solar>, consultado el 20 de septiembre de 2025.

En México, la Ley de la Industria Eléctrica y el Manual de Interconexión para centrales menores de 0,5 MW priorizan la integridad técnica de la red²⁹, estableciendo que la capacidad instalada no supere la demanda esperada del circuito ni incremente su carga máxima. Si bien este enfoque ha facilitado la integración en zonas de alta concentración de demanda, su alcance territorial sigue siendo limitado³⁰.

Colombia, a través de la Ley N.º 1.715 de 2014 y normas complementarias, distingue entre autogeneración y generación distribuida según la potencia instalada³¹, imponiendo a los operadores de red obligaciones de ventanilla única digital, publicación de capacidad disponible y simplificación de trámites para pequeños proyectos³². Para instalaciones de mayor escala, se exigen mecanismos de monitoreo remoto y programas de generación, aplicándose la regla de “orden de llegada” para la asignación de capacidad³³.

En conjunto, estas experiencias confirman que el éxito de la generación distribuida no depende únicamente del reconocimiento normativo, sino de la articulación efectiva entre reglas claras, infraestructura compatible y mecanismos digitales de gestión que reduzcan la discrecionalidad de las distribuidoras y permitan escalar la generación distribuida más allá de proyectos piloto.

4.3. Comparación estructural: ¿de qué infraestructura carece el Perú?

La revisión de los modelos europeos y latinoamericanos revela que, a pesar de las diferencias culturales, regulatorias y económicas, existe un patrón común en los países donde la generación distribuida se ha desarrollado con éxito, todos han asegurado la disponibilidad de infraestructura habilitante, especialmente sistemas de medición inteligente capaces de registrar el flujo bidireccional de energía, ga-

²⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley de la Industria Eléctrica*, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec.pdf>, consultado el 21 de septiembre de 2025.

³⁰ Secretaría de Energía, *Manual de Interconexión de Centrales de Generación con Capacidad Menor a 0.5 MW*, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5394833, consultado el 21 de septiembre de 2025.

³¹ República de Colombia, *Ley N.º 1.715 de 2014*, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=57353>, consultado el 20 de septiembre de 2025.

³² Ministerio de Minas y Energía, *Manual de Interconexión para Centrales Menores de 0,5 MW*, disponible en: <https://minenergia.gov.co/documents/11977/norm-ley-1715-2014.pdf>, consultado el 20 de septiembre de 2025.

³³ Ministerio de Minas y Energía, *Resolución 40283 de 2022*, disponible en: https://gestornormativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/resolucion_minminas_40283_2022.htm, consultado el 18 de septiembre de 2025.

rantizar la trazabilidad de los excedentes y viabilizar compensaciones justas entre prosumidores y distribuidoras.

En la Unión Europea, esta infraestructura ha sido desplegada de manera masiva y coordinada, permitiendo que millones de pequeños generadores se integren a la red con un seguimiento técnico preciso y en tiempo real. En América Latina, aunque en menor escala, Chile, Brasil y Colombia han incorporado progresivamente medidores inteligentes y plataformas digitales que centralizan las solicitudes, transparentan la capacidad disponible en las redes de distribución y estandarizan los requisitos técnicos de conexión.

El Perú, en cambio, presenta una carencia crítica en este ámbito. No cuenta con un sistema nacional de medición inteligente que permita la medición bidireccional de manera uniforme, lo que imposibilita establecer un esquema preciso de compensación de excedentes. Además, carece de plataformas digitales que permitan a los usuarios conocer en tiempo real las condiciones técnicas y la capacidad de conexión de las redes, lo que deja espacio para la discrecionalidad en la gestión de solicitudes.

A esta limitación técnica se suma una restricción normativa que impone el actual Proyecto de Reglamento de Generación Distribuida (2024), impidiendo una generación distribuida democratizada. Esta exclusión contrasta con las experiencias internacionales, donde la inclusión de toda la población y la participación de comunidades energéticas han sido principios rectores desde las primeras etapas de regulación.

Mientras que en Europa y en varios países latinoamericanos la regulación, los incentivos y la infraestructura han evolucionado de forma paralela para facilitar la expansión de la generación distribuida, en el Perú persisten barreras fácticas y vacíos regulatorios que impiden su despliegue a gran escala, dentro del sistema interconectado y en los sistemas aislados. La falta de infraestructura habilitante no es solo un obstáculo técnico, es una barrera estructural que limita la equidad en el acceso y la capacidad del país para avanzar hacia una transición energética inclusiva.

V. MASIFICACIÓN DE LA NUEVA TECNOLOGÍA EN PERÚ: UNA PROPUESTA VIABLE

Como ya se ha venido mencionando líneas atrás, la transición hacia un modelo energético descentralizado y basado en fuentes renovables no depende únicamente de la voluntad política o de la existencia de un marco legal favorable; también requiere de un soporte tecnológico que haga posible su funcionamiento a gran escala. La masificación de las nuevas tecnologías es clave y constituye uno de los

pilares para que la generación distribuida se convierta en un componente estructural del sistema eléctrico nacional.

El concepto de “masificación tecnológica” implica ir más allá de instalar algunos sistemas piloto o algunos proyectos aislados. Supone una política pública sostenida que, en un plazo determinado, logre que la mayoría de los usuarios, tanto urbanos como rurales, tengan acceso a tecnologías de generación y medición modernas, con estándares técnicos compatibles y con esquemas de financiamiento que permitan su adopción sin generar discriminación o desigualdades. Esta masificación no es únicamente una cuestión técnica, sino también un proceso económico y social porque involucra a fabricantes, distribuidores, instaladores, operadores de red, organismos reguladores y, sobre todo, a la ciudadanía como prosumidora activa.

En este escenario, resulta importante examinar modelos internacionales que han conseguido reducir los costos de acceso y acelerar la adopción de estas tecnologías. La experiencia china, con su capacidad de producción masiva y oferta tecnológica competitiva, ofrece un punto de partida valioso para este análisis, mientras que el diagnóstico local revela las brechas normativas, financieras e institucionales que será necesario cerrar para que la masificación tecnológica sea una realidad y no solo una aspiración.

5.1. El caso chino: proveedor estratégico de tecnología asequible

En el mercado global de energías renovables, China se ha consolidado como el principal productor y exportador de tecnología fotovoltaica y de medición inteligente. De acuerdo con la Agencia Internacional de Energías Renovables, más del 80 % de la capacidad fotovoltaica instalada a nivel mundial en 2023 utilizó paneles fabricados en este país (IRENA, 2024). Este liderazgo responde a políticas industriales sostenidas orientadas a la producción masiva, la integración de la cadena de suministro y la reducción de costos mediante economías de escala, lo que ha permitido ofrecer tecnologías competitivas sin sacrificar estándares de calidad (IRENA, 2024).

Empresas chinas han desarrollado dispositivos con medición bidireccional, monitoreo de calidad de energía y comunicación remota en tiempo real (Ezhilarasi et al., 2023), facilitando la expansión de redes inteligentes en distintos países, especialmente en Asia y América Latina (Berg Insight, 2024). Varios países han sabido aprovechar esta ventaja competitiva. Brasil, por ejemplo, ha suscrito acuerdos de suministro con fabricantes chinos para equipar proyectos de generación distribuida y ampliar la cobertura de redes inteligentes (smart grids)³⁴. Esta cooperación

³⁴ Energía Estratégica, *Brasil proyecta que su micro y mini generación distribuida alcanzará 64 GW de capacidad en 2029*. Disponible en: <https://www.energiaestrategica.com/brasil-proyec->

tecnológica ha permitido reducir costos de instalación y viabilizar proyectos en zonas de baja rentabilidad comercial para las distribuidoras, donde de otro modo las inversiones hubieran sido inviables³⁵.

Para el Perú, el modelo tecnológico chino, bien administrado, con transparencia y regulado como país, representa una oportunidad estratégica en dos frentes³⁶. Por un lado, la importación de equipos fotovoltaicos y medidores inteligentes a precios competitivos podría reducir de forma significativa la inversión inicial necesaria para los proyectos de generación distribuida. Por otro lado, la negociación de convenios bilaterales o licitaciones internacionales con cláusulas de transferencia tecnológica permitiría desarrollar capacidades locales en instalación, operación y mantenimiento³⁷. De esta forma, no solo se aceleraría el despliegue de infraestructura habilitante, sino que también se fortalecería la autonomía técnica del país en el marco de su transición energética.

5.2. Diagnóstico actual: barreras

El despliegue de infraestructura habilitante para la generación distribuida en el Perú enfrenta tres limitaciones estructurales que han frenado su desarrollo. La primera se relaciona con la insuficiente implementación de infraestructura de medición. La cobertura de medidores inteligentes y sistemas de medición avanzada sigue siendo limitada, lo que dificulta la integración técnica y económica de los consumidores y restringe el funcionamiento eficiente del mercado de generación distribuida.

La segunda barrera es la brecha de financiamiento. La adquisición de equipos fotovoltaicos y medidores inteligentes exige inversiones iniciales elevadas, especialmente restrictivas para hogares, pequeñas empresas y comunidades rurales y periurbanas. La ausencia de mecanismos de financiamiento blando, subsidios, incentivos fiscales y asistencia técnica perpetúa un círculo vicioso en el que la baja

[ta-que-su-micro-y-mini-generacion-distribuida-alcanzara-64-gw-de-capacidad-en-2029/](#) , consultado el 19 de septiembre de 2025.

³⁵ PV Magazine LATAM, *La generación solar distribuida alcanza en Brasil los 30 GW*. Disponible en: <https://www.pv-magazine-latam.com/2024/07/05/la-generacion-solar-distribuida-alcanza-en-brasil-los-30-gw/> , consultado el 21 de septiembre de 2025.

³⁶ ExpoChina Perú, *Perú busca en China cooperación para desarrollar sistemas de energía solar*, disponible en: <https://expochina.pe/peru-busca-en-china-cooperacion-para-desarrollar-sistemas-de-energia-solar/> , consultado el 15 de septiembre de 2025.

³⁷ Energía Estratégica, *FES Perú reunirá a líderes tecnológicos globales con innovaciones en energía solar y almacenamiento*, disponible en: <https://www.energiaestrategica.com/fes-peru-reunira-a-lideres-tecnologicos-globales-con-innovaciones-en-energia-solar-y-almacenamiento/> , consultado el 21 de septiembre de 2025.

demanda impide aprovechar economías de escala y reducir costos (Santiváñez, 2024).

La tercera limitación corresponde a la débil coordinación interinstitucional. No existe un plan nacional integral que articule de manera efectiva al Ministerio de Energía y Minas, Osinergmin y los gobiernos subnacionales en una política coherente de energías renovables, generación distribuida y redes inteligentes. Esta desarticulación dificulta la priorización territorial, la optimización de recursos públicos y la articulación con programas de electrificación rural, a lo que se suma una estructura de mercado altamente centralizada que limita la integración de pequeños generadores.

Pese a estos desafíos, la experiencia internacional demuestra que pueden superarse mediante una combinación de reformas regulatorias, estrategias de financiamiento e inversión en infraestructura habilitante. Un enfoque escalonado permitiría iniciar el despliegue en zonas con alto potencial solar y déficit de acceso, y luego extenderlo a áreas urbanas de mayor densidad de consumo. En última instancia, el reto de la generación distribuida en el Perú depende de la convergencia entre viabilidad técnica, voluntad política y un diseño institucional capaz de integrar a todos los actores de la transición energética.

5.2.1. Estrategias de implementación: compras públicas, cooperación, incentivos

La masificación tecnológica de la generación distribuida en el Perú requiere un enfoque integral que articule instrumentos de política pública de naturaleza económica, tecnológica y regulatoria, de manera coherente y coordinada. En primer lugar, el Estado, a través del Ministerio de Energía y Minas, con el apoyo de Osinergmin, podría liderar licitaciones internacionales para la adquisición de medidores inteligentes y paneles fotovoltaicos a gran escala, lo que permitiría reducir costos unitarios mediante economías de escala y, simultáneamente, fijar estándares técnicos uniformes para los equipos instalados a nivel nacional³⁸.

En segundo lugar, la cooperación internacional constituye un eje estratégico para complementar el despliegue tecnológico (Lucar, 2020). La suscripción de acuerdos bilaterales con países líderes en manufactura de tecnologías renovables permitiría acceder a equipamiento a precios competitivos e incorporar cláusulas de transferencia tecnológica, capacitación de personal local y asistencia técnica

³⁸ Ministerio de Energía y Minas del Perú. *Proyectos piloto: Sistema de Medición Inteligente*. Recuperado de: <https://distribucionelectrica4.minem.gob.pe/giz/?p=7797>, consultado el 21 de septiembre de 2025.

para la instalación y el mantenimiento (Gao, 2025). Estas iniciativas pueden canalizarse mediante convenios gubernamentales o alianzas público-privadas, aprovechando marcos ya existentes, como el Memorándum de Entendimiento Perú–China de 2014, que contempla la cooperación en sectores estratégicos, incluido el energético³⁹.

El tercer eje es la creación de incentivos económicos que reduzcan la barrera de entrada para los usuarios (Santivañez, 2024). Estos pueden incluir créditos fiscales, subsidios directos para la adquisición de medidores inteligentes o tarifas preferenciales para prosumidores que inyecten excedentes a la red. En zonas rurales y periurbanas, donde la capacidad de inversión es limitada, podrían priorizarse esquemas de financiamiento blando o modelos de leasing energético, en los que el usuario paga por el servicio sin asumir el costo total de la infraestructura. Este tipo de instrumentos ha sido aplicado con éxito en la región, como lo demuestra el programa de financiamiento impulsado por la CAF⁴⁰ para proyectos sostenibles. En el caso peruano, mecanismos existentes como el FOSE y el FISE podrían ser evaluados y ajustados para cumplir un rol más activo en la promoción de la generación distribuida.

5.2.2. Recomendaciones normativas para una infraestructura equitativa

La masificación tecnológica debe ir acompañada de reformas reglamentarias que garanticen un acceso equitativo y sostenible a la generación distribuida. En particular, resulta clave establecer la obligatoriedad progresiva de medidores inteligentes en nuevas conexiones y renovaciones de suministro, mediante un cronograma que priorice zonas con alto potencial renovable y déficit de acceso.

Asimismo, es necesario implementar un registro nacional de equipos y proveedores certificados que asegure estándares de calidad, compatibilidad y seguridad. Este instrumento permitiría al Estado y a los usuarios contar con información confiable para la toma de decisiones, reduciendo riesgos técnicos y prácticas inadecuadas.

³⁹ Ministerio de Energía y Minas del Perú. (2014). *Memorándum de Entendimiento Perú-China*. Recuperado de: https://dar.org.pe/archivos/MDE_peru_china.pdf

⁴⁰ CAF. (2025). *CAF promueve el desarrollo sostenible con un plan de créditos de 5.200 millones de dólares*. El País. Recuperado de: <https://elpais.com/america-futura/2025/06/29/caf-promueve-el-desarrollo-sostenible-con-un-plan-de-creditos-de-5200-millones-de-dolares.html>

VI. ROLES Y RESPONSABILIDADES EN LA MODERNIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA ENERGÉTICA: ESTADO, EMPRESAS Y CIUDADANÍA

Llegado a este punto, queda claro que la garantía del acceso equitativo a la energía y la implementación efectiva de la generación distribuida dependen de avances tecnológicos, de la iniciativa privada y de un compromiso normativo y operativo por parte del Estado. Los roles y responsabilidades de todos estos agentes exigen no sólo la emisión de una reglamentación integral, sino también la acción coordinada de las entidades competentes, la participación transparente de la inversión privada, el ejercicio de los mecanismos de control político, así como la reinversión de las empresas del sector eléctrico.

6.1. La obligación de hacer operativas las normas

La medida prioritaria es la aprobación de un reglamento integral que supere el enfoque limitado del proyecto normativo publicado en 2024 y cumpla con el mandato legal vigente. Dicho reglamento debe abordar los desafíos regulatorios, técnicos, territoriales y socioeconómicos del país, incorporando no solo la microgeneración conectada al SEIN o a redes concesionadas, sino también los sistemas aislados y las microrredes, garantizando un alcance efectivo para toda la población.

Como señala Gamio (2021), el reglamento debe definir con claridad la clasificación de la generación distribuida, los límites de capacidad, las tecnologías admitidas, las modalidades de valorización de excedentes y los criterios tarifarios aplicables. Asimismo, debe establecer reglas precisas para cada etapa del proceso: estándares de calidad e incentivos en la instalación, requisitos técnicos y plazos razonables para la conexión, y condiciones claras para la operación y comercialización, incluyendo la posibilidad legal de imponer la compra obligatoria de excedentes por parte de las distribuidoras como mecanismo de incentivo (Gamio, 2021).

Un eje estructural del reglamento debe ser la incorporación progresiva y generalizada de sistemas de medición inteligente. Esta infraestructura es indispensable para garantizar la trazabilidad, verificación y retribución justa de la energía producida e inyectada por los usuarios, sin la cual no es posible habilitar un esquema efectivo de medición bidireccional ni consolidar la figura del prosumidor en el mercado eléctrico.

6.2. El rol de las entidades públicas: MINEM, OSINERGMIN y gobiernos subnacionales

La implementación efectiva de una reglamentación integral sobre generación distribuida exige una actuación articulada de las entidades públicas, conforme

a sus competencias constitucionales y legales. En este marco, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), como ente rector de la política energética, tiene el deber de proponer, impulsar y aprobar las reformas regulatorias necesarias para el desarrollo del sector, obligación expresamente prevista en la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 28832 y en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1221 (Gamio, 2021).

Osinergmin, en su calidad de organismo regulador técnico, cumple un rol complementario esencial. Su participación activa en el proceso regulatorio, a través de soporte técnico, estudios especializados y propuestas normativas, resulta determinante para garantizar la viabilidad técnica, económica y jurídica de la generación distribuida y de la transición hacia un sistema eléctrico más descentralizado, equitativo y sostenible (Gamio, 2021).

Por su parte, los gobiernos subnacionales deben contribuir, dentro de sus competencias, a la promoción y facilitación de proyectos de generación distribuida, particularmente en zonas periurbanas, rurales y aisladas. Su intervención es clave para articular la política energética nacional con las realidades territoriales, promoviendo capacitación, acompañamiento técnico y una implementación equitativa del modelo en todo el país.

6.3. Control político y exigibilidad: facultades del congreso y de la ciudadanía

En caso de incumplimiento o ejecución insuficiente de dicha obligación por parte del MINEM, corresponde al Congreso de la República ejercer su función de control político. Conforme a los artículos 97 y 131 de la Constitución, el Congreso tiene la facultad de citar o interpelar a los ministros de Estado a fin de supervisar la correcta ejecución de sus competencias y garantizar el respeto al principio de legalidad. Estos mecanismos permiten fiscalizar la gestión del Poder Ejecutivo sin invadir su función reglamentaria, pero sí asegurando la tutela de los derechos fundamentales vinculados al acceso equitativo a la energía.

Asimismo, la ciudadanía, en ejercicio de su derecho a la participación y al control social, puede exigir el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de infraestructura energética mediante mecanismos de acceso a la información, denuncias y acciones de garantía, asegurando que la transición energética no quede sujeta a la indolencia o a la lenta discrecionalidad administrativa sino a parámetros verificables y exigibles.

6.4. Reinención de las empresas del sector eléctrico ante la reconfiguración del mercado

En un escenario de masificación de la generación distribuida en el Perú, se reducirá, de manera gradual e inevitable, la energía que los usuarios adquieren de la red y, con ello, los ingresos tradicionales de las empresas de distribución. Ese efecto es esperable si hogares y comercios cubren una mayor parte de su demanda con producción propia; sin embargo, asumir que las distribuidoras no ajustarán su modelo de negocio sería un error. La propia autoridad regulatoria de la materia ha señalado que las empresas pueden transitar hacia actividades vinculadas a la generación distribuida, prestando servicios complementarios como la instalación y el mantenimiento del equipamiento asociado (Rodríguez y Solís, 2018). La reinención del empresariado implicará la sustitución de una lógica centrada en ventas de kWh por una propuesta de valor que conlleva acompañar el ciclo de vida de las soluciones “detrás del medidor”, apalancarse en la medición inteligente para mejorar la información y la atención, y estructurar ofertas que reduzcan barreras de entrada sin trasladar riesgos indebidos al prosumidor. Bien gestionada, la generación distribuida no es una amenaza al negocio de distribución, sino el detonante para que las empresas se posicionen como plataformas de servicios energéticos y aliadas de una transición energética inclusiva.

Dicho de otra forma, el cambio no es solo tecnológico, exige nuevas reglas de juego en el mercado eléctrico. Con la Generación Distribuida, el usuario deja de ser receptor pasivo para convertirse en actor que produce, almacena y gestiona su energía; la empresa de distribución evoluciona desde la facturación tradicional hacia la integración segura y eficiente de recursos distribuidos; y la política pública debe asegurar acceso abierto a la red, transparencia de información y protección al consumidor tanto frente a las grandes distribuidoras como en las transacciones entre los propios prosumidores, con reglas que prevengan prácticas abusivas en la venta de excedentes.

VII. CONCLUSIONES

- a) En el Perú, la generación distribuida no ha pasado del reconocimiento legal a la realidad operativa por una omisión reglamentaria persistente y por un diseño normativo reciente que restringe su alcance a usuarios regulados atendidos por concesionarios, dejando fuera microrredes, sistemas aislados y zonas sin concesión activa.
- b) Sin medición inteligente bidireccional con trazabilidad no hay valorización justa de excedentes, ni facturación precisa, ni gestión eficiente de redes; por tanto, la masificación de la generación distribuida es inviable técnica y socialmente, sin esta infraestructura habilitante mínima.

- c) La evidencia comparada (UE, América Latina y China) muestra un patrón robusto, la expansión sostenible solo ocurre cuando la regulación es exigible, incentivos económicos y medición inteligente avanzan en paralelo, apoyados por plataformas digitales que estandarizan y transparentan trámites.
- d) El reglamento necesario debe ser integral y escalonado, habilitar la pequeña escala como puerta de entrada, pero incluir explícitamente sistemas aislados y rurales sin condicionarlos a un concesionario de distribución; fijar plazos perentorios y tramitación digital; definir reglas de conexión, operación y comercialización con criterios uniformes y verificables.
- e) Para asegurar equidad, el marco debe obligar la compra o compensación trazable de excedentes y definir un esquema tarifario que evite trasladar costos a quienes no pueden invertir, protegiendo al consumidor y evitando subsidios cruzados regresivos.
- f) La masificación tecnológica requiere una política pública de escala, compras públicas de medidores inteligentes y sistemas solares fotovoltaicos con estándares nacionales, cooperación internacional con cláusulas de transferencia tecnológica y financiamiento inclusivo (créditos blandos, leasing energético, garantías).
- g) Es imprescindible un programa nacional de medición inteligente con cronograma por fases y prioridad en zonas con déficit de acceso; toda nueva conexión o renovación debería incorporar medidor inteligente certificado.
- h) El MINEM debe cumplir el mandato reglamentario y liderar la coordinación interinstitucional; Osinergmin, asegurar la consistencia técnico-económica y la supervisión efectiva; los gobiernos subnacionales, coejecutar despliegues y programas de alfabetización energética; y las empresas distribuidoras, reorientarse hacia un modelo de servicios energéticos orientado al prosumidor.
- i) El Congreso y la ciudadanía cuentan con herramientas de exigibilidad (control político, acceso a la información y acciones de garantía) para cerrar la brecha entre reconocimiento legal y ejercicio efectivo del derecho al autoconsumo.
- j) Si Perú alinea regulación vinculante, incentivos y medición inteligente —con ejecución coordinada y enfoque de inclusión— la generación distribuida pasará de leyes incumplidas y promesa normativa a instrumento operativo de una transición energética equitativa, competitiva y descentralizada.
- k) El avance de la generación distribuida en el SEIN y sistemas aislados debe ser parte de un planeamiento, sujeto a metas de corto, mediano y largo plazo, como parte del plan nacional de energías renovables. Su avance debe ayudar al cumplimiento de las metas de reducción de gases de efecto invernadero del Perú, dentro de los compromisos asumidos ante Naciones Unidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Agencia Europea de Medio Ambiente. (2022). *Renewable Energy Incentives in Europe*. <https://www.eea.europa.eu>
- Agência Nacional de Energia Elétrica. (2012). *Resolução Normativa N.º 482, de 17 de abril de 2012*. <https://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>
- Álvarez Alonso, O., Afonso Pérez, N. A., González-Salas Mosquera, A., & Hernández Raya, E. (2023). *La medición inteligente en América Latina y el Caribe: Recomendaciones regulatorias para incentivar el despliegue de la medición inteligente a nivel nacional*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://share.google/MqqdeBXDmAffSg9n9>
- Berg Insight. (2024). *Smart Metering in Latin America*. <https://media.berginsight.com/2024/08/16140020/bi-smla2-ps.pdf>
- CAF. (2025, 29 de junio). *CAF promueve el desarrollo sostenible con un plan de créditos de 5.200 millones de dólares*. *El País*. <https://elpais.com/america-futura/2025-06-29/caf-promueve-el-desarrollo-sostenible-con-un-plan-de-creditos-de-5200-millones-de-dolares.html>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2014). *Ley de la Industria Eléctrica*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIElec.pdf>
- Comisión de Regulación de Energía y Gas. (2021). *Resolución CREG 174 de 2021*. https://gestornormativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/resolucion_creg_0174_2021.htm
- Constitución Política del Perú. (1993). *Diario Oficial El Peruano*. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf>
- Decreto Legislativo N.º 1002. (2008). *Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables*. *Diario Oficial El Peruano*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/893170/DL-1002.pdf?v=1593214541>
- Decreto Legislativo N.º 1221. (2015, 24 de septiembre). *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*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/PlantillaMarcoLegalBusqueda/Decreto-Legislativo-1221.pdf
- Decreto Ley N.º 25844. (1992, 19 de noviembre). *Ley de Concesiones Eléctricas*. *Diario Oficial El Peruano*.
- Ezhilarasi, P., Ramesh, L., Sanjeevikumar, P., & Khan, B. (2023). A cost-effective smart metering approach towards affordable deployment strategy. *Scientific Reports*, 13. <https://www.nature.com/articles/s41598-023-44149-9>
- Gamio, P. (2021). La reforma pendiente de energía: generación distribuida. *THEMIS Revista de Derecho*, (80), 257–276. <https://doi.org/10.18800/themis.202102.012>
- Gao, G. (2025). Cooperación entre China y América Latina en energía limpia: un modelo de análisis bajo la Iniciativa de la Franja y la Ruta. *Asia / América Latina*, 9(Especial), 28–43. https://www.asiaamericalatina.org/docs/IEALCVI/IEALCVI_2.pdf

- Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2023). *Preguntas frecuentes sobre autoconsumo*. <https://www.idae.es>
- International Energy Agency. (2022). *Smart Grids and Metering: Deployment and Trends*. <https://www.iea.org/reports/smart-grids>
- Ley N.º 27444. (2001, 10 de abril). *Ley del Procedimiento Administrativo General*. *Diario Oficial El Peruano*. <https://presidencia.gob.pe/integridad-institucional/docs/LEY-N-27444-d.pdf>
- Ley N.º 28832. (2006). *Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica*. *Diario Oficial El Peruano*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documento/PlantillaMarcoLegalBusqueda/Ley%20N%C2%B0%2028832%20-%20LASE.pdf
- Ministerio de Energía y Minas. (2014). *Memorándum de Entendimiento Perú-China*. https://dar.org.pe/archivos/MDE_peru_china.pdf
- Ministerio de Energía y Minas. (2025). *Oficio N.º 1395-2025-MINEM-DGE*. [Sin URL].
- Ministerio de Minas y Energía (Colombia). (2022). *Resolución 40283 de 2022*. https://gestor-normativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/resolucion_minminas_40283_2022.htm
- Mordor Intelligence. (2024). *Smart Grids and Metering: Global Report*. <https://mordorintelligence.com>
- Quirós-Tortós, J., & Vargas Ramírez, L. (2022). *Medidores inteligentes: Conceptos básicos de medidores inteligentes e infraestructura de medición avanzada* [Presentación en PowerPoint]. Proyecto Distribución Eléctrica 4.0, MINEM–FONAFE–GIZ. <https://distribucionelectrica4.minem.gob.pe/giz/wp-content/uploads/2020/07/2-Conceptos-basicos-de-medidores-inteligentes-e-Infraestructura-de-Medicion-Avanzada.pdf>
- Ramos, E. (2020). La generación distribuida: El camino hacia la producción descentralizada de electricidad y pautas para su reglamentación. *Forseti. Revista de Derecho*, 8(11), 7–35. <https://doi.org/10.21678/forseti.v8i11.1255>
- República de Chile. (2012). *Ley N.º 20.571*. <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=1038222>
- República de Chile. (2018). *Ley N.º 21.118 que modifica la Ley 20.571*. <https://generacion-distribuida.minenergia.cl/documentos/ley-21118>
- República de Chile. (2020). *Decreto N.º 88 que aprueba reglamento PMGD*. <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?idNorma=1150437>
- República de Colombia. (2014). *Ley N.º 1715 de 2014*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=57353>
- Resolución Ministerial N.º 291-2018-MEM/DM. (2018, 31 de julio). *Autorizan publicación de proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Generación Distribuida*. *Diario Oficial El Peruano*.
- Resolución Ministerial N.º 439-2024-MINEM/DM. (2024, 25 de noviembre). *Disponen la publicación del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Ge-*

- neración Distribuida conectada a Sistemas de Utilización de los Usuarios del Servicio Público de Electricidad. Diario Oficial El Peruano.* <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7281740/6223160-decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-generacion-distribuida.pdf?v=1732640497>
- Rodríguez, A., & Solís, B. (2018). *Reporte de Análisis Económico Sectorial – Electricidad* (Año 6, Núm. 11). Osinergmin. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/RAES/RAES-Electricidad-diciembre-2018-GPAE-OS.pdf
- Santiváñez, A. (2024). *Subsidios cruzados para promover generación eléctrica renovable.* <https://santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2024/08/1.-Venero-A.-Subsidios-cruzados-para-promover-generacion-electrica-renovable.pdf>
- Sembrero Huaranga, M., & Soto Gutiérrez, M. E. (2021). *Loreto: Una mirada al sector energía y una propuesta para una transición energética con fuentes renovables.* Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR). <https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2023/07/LIBRO-RER-LORETO.pdf>
- Solar Energy UK. (2021, 21 de enero). *UK solar capacity grows by 545 MW in 2020.* <https://solarenergyuk.org/news/uk-solar-capacity-grows-by-545-mw-in-2020/>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022, 31 de mayo). *Expediente N.º 02151-2018-PA/TC.* <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02151-2018-AA.pdf>
- Valencia, M., & García, R. (2024). Impacto de la tecnología de medición entre medidores tradicionales e inteligentes en el sector urbano del cantón Esmeraldas. *Reincisol*, 3(6), 527–544. [https://doi.org/10.59282/reincisol.V3\(6\)527-544](https://doi.org/10.59282/reincisol.V3(6)527-544)

LA PARADOJA DE LA FORMALIZACIÓN PERMANENTE Y LA INEFICACIA REGULATORIA EN EL PROCESO DE FORMALIZACIÓN MINERA DEL PERÚ

XENNIA FORNO CASTRO POZO¹

EDUARDO ALEXIS ORMEÑO ESPINOZA²

► RESUMEN:

El presente artículo analiza críticamente el proceso de formalización de la Minería Artesanal y de Pequeña Escala (MAPE) en el Perú, examinando su evolución normativa e institucional entre 2002 y 2025. Pese a la profusa legislación implementada, la evidencia empírica del Registro Integral de Formalización Minera (REINFO) demuestra una eficacia limitada, caracterizada por altas tasas de suspensión y una formalización efectiva mínima. El estudio sostiene que la sistemática prórroga de los plazos legales ha configurado un esquema de “incentivos perversos”, donde la inscripción registral, lejos de ser un mecanismo de tránsito hacia la legalidad, ha mutado en un escudo de impunidad que paraliza la persecución penal del delito de minería ilegal y sus variantes agravadas. Se discute la distinción dogmática y normativa entre minería informal e ilegal, así como las falencias estructurales de la descentralización de competencias hacia los Gobiernos Regionales. Finalmente, se concluye la necesidad de una reconfiguración institucional, proponiendo la creación de una Autoridad Nacional Autónoma, la eliminación de las exenciones automáticas de responsabilidad penal y la implementación de una cláusula de caducidad (*Sunset Clause*) que restablezca la credibilidad y el imperio de la ley en el sector.

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Counsel de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría de las áreas de Energía, Minería y Recursos Naturales así como de Medioambiente y Desarrollo Sostenible. Contacto: xennia.forno@ppulegal.com

² Egresado de Derecho de la Universidad Científica del Sur. Practicante Profesional de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría de las áreas de Energía, Minería y Recursos Naturales así como de Medioambiente y Desarrollo Sostenible. Miembro de la American Bar Association, participa en la “Section of Environment, Energy, and Resources” y en la “Administrative Law and Regulatory Practice Section”. Contacto: eduardo.ormeno@ppulegal.com

Palabras clave: Minería Artesanal y de Pequeña Escala, REINFO, formalización minera, incentivos perversos, ineficacia regulatoria, Gobernanza de Recursos Naturales.

► **ABSTRACT:**

This article critically analyzes the formalization process of Artisanal and Small-Scale Mining (ASGM) in Peru, examining its regulatory and institutional evolution between 2002 and 2025. Despite the extensive legislation implemented, empirical evidence from the Integral Registry of Mining Formalization (REINFO) demonstrates limited efficacy, characterized by high suspension rates and minimal effective formalization. The study argues that the systematic extension of legal deadlines has configured a scheme of “perverse incentives,” where registry enrollment, rather than serving as a transitional mechanism toward legality, has mutated into a shield of impunity that paralyzes the criminal prosecution of illegal mining and its aggravated forms. The dogmatic and normative distinction between informal and illegal mining is discussed, as well as the structural shortcomings of decentralizing competencies to Regional Governments. Finally, the article concludes on the need for an institutional reconfiguration, proposing the creation of an Autonomous National Authority, the elimination of automatic criminal liability exemptions, and the implementation of a Sunset Clause to restore credibility and the rule of law in the sector.

Keywords: Artisanal and Small-Scale Mining, REINFO, mining formalization, perverse incentives, regulatory failure, Natural Resources Governance.

I. INTRODUCCIÓN

La Minería Artesanal y de Pequeña Escala (en adelante, “MAPE”) constituye en el Perú una actividad económica de profunda raigambre histórica, caracterizada por la extracción de minerales generalmente al margen de los procedimientos formalmente establecidos. En vista de que esta práctica se ha desarrollado mayoritariamente en un contexto de informalidad estructural, se desprende que sus operaciones conllevan riesgos significativos en materia ambiental, de salud pública y seguridad laboral, sobre todo, porque con los actuales precios de los minerales en el mercado internacional muchas de las actividades realizadas por los denominados “mineros en proceso de formalización” superan ampliamente los parámetros legales que identifican a la minería artesanal y también a la pequeña minería, superando incluso en producción a algunas medianas empresas mineras. Asimismo, dado que este fenómeno está impulsado por una confluencia de factores históricos, geográficos y socioeconómicos, resulta necesario admitir que su regulación representa un desafío complejo y multifacético para el Estado peruano.

Por consiguiente, en respuesta a la problemática antes descrita, se implementó a partir de la década de 2000 un proceso para su solución, cuyo objetivo primordial era integrar a los actores de la MAPE dentro de un marco legal y técnico que garantizara la sostenibilidad de sus operaciones y mitigara los impactos adversos derivados de la informalidad. No obstante, a pesar de todo el esfuerzo legislativo desplegado durante el período comprendido entre 2002 y 2025, se observa que la proliferación normativa —caracterizada por su complejidad y, en el fondo, por su limitada efectividad— ha obstaculizado el cumplimiento de los objetivos propuestos.

La implementación de las normas emitidas para la solución de la informalidad en las actividades mineras solo ha mostrado como resultado una baja tasa de formalización, agravada por la diversidad de contextos regionales y la frecuente prórroga de los plazos legalmente establecidos. Este fenómeno ha derivado en una situación paradójica, traducida en la transformación del proceso de formalización en una suerte de “proceso permanente”, por cuanto carece de consecuencias tangibles para aquellos sujetos que incurren en incumplimiento, generando un ciclo de impunidad e ineficacia regulatoria.

Por ende, resulta imperativo realizar una revisión exhaustiva y una reformulación estratégica de las políticas implementadas hasta la fecha. Es propósito de este artículo examinar los factores que han contribuido a la persistencia de la minería informal, así como las consecuencias de la falta de formalización inciden negativamente en el medio ambiente, la seguridad y la economía de las comunidades afectadas. Adicionalmente, se reflexionará sobre la necesidad de establecer plazos realistas y mecanismos efectivos que promuevan una transición hacia una minería sostenible en seguridad, temas ambientales y debidamente regulada.

II. EL PROCESO DE FORMALIZACIÓN DE LA MAPE EN EL PERÚ

El proceso de formalización de la Minería Artesanal y de Pequeña Escala MAPE en el Perú se origina, en primer lugar, en la necesidad imperiosa de abordar una problemática histórica vinculada a la explotación de recursos minerales. Dicha problemática se debe fundamentalmente a dos factores: (i) la presencia de depósitos minerales accesibles —cuya extracción no demanda procesos técnicos complejos ni inversiones elevadas— y (ii) la persistencia de prácticas extractivas arraigadas desde períodos coloniales e incluso prehispánicos.

A manera de ilustración histórica, el proceso de conquista del Perú en lo referente a la actividad minera evidencia, según lo documentan Salazar-Soler (2020), dos fases claramente diferenciadas. En una primera fase, caracterizada por la recolección directa, se procedió a la apropiación de metales preciosos que habían sido acumulados previamente por el Imperio Incaico; este periodo inicial se distinguió, por tanto, por la apropiación de recursos ya existentes, sin que mediaran aún procesos sistemáticos de explotación de yacimientos. Posteriormente, en una segunda fase, se transitó hacia la explotación activa de depósitos minerales por parte de los conquistadores, la cual se encontró regulada e influenciada durante el Virreinato del Perú por un extenso corpus jurídico español que fue evolucionando. Dicho marco normativo, que incluía las Leyes de Indias, las Ordenanzas de Toledo, así como las Ordenanzas del Perú y de México (Basadre, 1978, p. 29), sentó las bases de una práctica minera institucionalizada. De este modo, estas operaciones, configuradas desde entonces como actividades tradicionales en diversas regiones del país, consolidaron un legado extractivo cuyas reverberaciones persisten hasta la actualidad.

Por otra parte, el desarrollo de la MAPE ha sido condicionado, como señala Palao (2023), por factores heterogéneos según el contexto regional. En efecto, en Puno, su origen se atribuye a la explotación colonial de minerales en zonas excluidas de la minería industrial. En contraste, en La Libertad, surge a partir de la reactivación de minas abandonadas por empresas formales. Asimismo, en el Sur Medio, se manifiesta en yacimientos auríferos con alta concentración de oro, pero reservas limitadas, lo que induce al minado selectivo artesanal. Finalmente, en Madre de Dios, las características geográficas particulares, sumadas a la migración masiva, facilitan la proliferación de operaciones informales.

Esta situación se complementa con lo expuesto por Palomino (2015), quien sostiene que “cuando un yacimiento no justifica económicamente su explotación, aun cuando el mineral se encuentre a nivel superficial, permanecerá inerte en su fuente hasta que otro agente económico de menor escala decida aprovecharlo por considerar económicamente viable su explotación” (p. 289). Dicho de otro modo, la persistencia de la MAPE se explica, en parte, por la incapacidad de la gran minería

para aprovechar yacimientos marginales, lo cual genera un vacío ocupado por actores informales o, en otros casos, ilegales.

Aunado a ello, la falta de oportunidades económicas formales en estas regiones, sumada a la histórica presencia de actividades extractivas, ha consolidado la MAPE como una fuente de sustento para algunas familias. Esta realidad socioeconómica compleja dificulta la implementación de estrategias de formalización que no consideren las particularidades de cada contexto regional y las necesidades de las poblaciones involucradas. En consecuencia, políticas basadas únicamente en imposiciones legales y técnicas, sin abordar las causas estructurales de la informalidad, no solo resultan ineficaces, sino incluso contraproducentes, ya que ignoran la interdependencia entre subsistencia y contexto geocultural.

Los esfuerzos estatales por formalizar a la minería informal se remontan a mediados de la década de 1990, motivados por la urgencia de mitigar sus significativos impactos socioambientales. En dicha coyuntura, las figuras de Pequeño Productor Minero (en adelante, "PPM") y Productor Minero Artesanal (en adelante, "PMA") respondieron a una estrategia de reactivación sectorial, dado que estas "nacieron como herramienta para incentivar y desarrollar la industria, en una época, en que el precio de los metales estaba en su ciclo más bajo y únicamente los grandes proyectos podían subsistir por sus volúmenes de ventas" (De la Puente Brunke, 2010, p. 109).

No obstante, la consolidación normativa de estos esfuerzos se materializó recién con la promulgación de la Ley No. 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 013-2002-EM. Estos instrumentos fueron determinantes al establecer las definiciones técnicas del minero artesanal, sus características operativas y los procedimientos administrativos para su formalización.

Bajo este marco, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, "TUO de la LGM"), aprobado mediante el Decreto Supremo No. 014-92-EM, establece en su artículo 91 las definiciones y requisitos jurídicos centrales para diferenciar las categorías. En lo concerniente a los PPM, la normativa exige, en primer término, la acreditación ante el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "MINEM") de tres criterios fundamentales: (i) la dedicación habitual a la explotación y/o beneficio directo de minerales, ya sea como personas naturales, jurídicas, cooperativas mineras o centrales de cooperativas; (ii) la posesión, bajo cualquier título legal, de una extensión máxima de dos mil (2,000) hectáreas —incluyendo denuncios, petitorios y concesiones mineras—; y (iii) una capacidad instalada de producción y/o beneficio que no supere las trescientas cincuenta (350) toneladas métricas diarias. Cabe precisar que, para yacimientos metálicos tipo placer, este último límite se amplía a tres mil (3,000) metros cúbicos por día.

Respecto a los PMA, deben cumplir requisitos diferenciados. En efecto, se exige: (i) dedicación habitual, como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, empleando métodos manuales y/o equipos básicos, bajo las mismas modalidades de organización que los PPM; (ii) posesión, a cualquier título, de una extensión máxima de mil (1,000) hectáreas; y (iii) capacidad instalada de producción y/o beneficio que no exceda las veinticinco (25) toneladas métricas por día. Para los yacimientos metálicos tipo placer, el límite se establece en doscientos (200) metros cúbicos por día.

No obstante, la pertinencia de clasificarlos basándose en parámetros de hectareaje y producción plantea serias limitaciones. Al respecto, Gutiérrez (2018) advierte que:

[...] la extensión superficial no determina el valor económico de la concesión y la producción es difícil de cuantificar, dado que la mayoría de los actores no declaran ni llevan contabilidad, justificado por la carencia de capital o financiamiento necesarios para alcanzar el estándar de producción mínima. (p. 432)

De este modo, pone de manifiesto la complejidad inherente a la definición de criterios objetivos y verificables para la diferenciación de las categorías de minería, particularmente en un contexto caracterizado por la prevalencia de la informalidad y la escasez de recursos.

Aunado a la barrera económica, existe una desconexión geográfica en el diseño de las políticas públicas, dado que el marco normativo fue concebido originalmente para la minería filoniana —predominante en la sierra y la costa— y no para la minería aluvial de la Amazonía. Esta carencia regulatoria resulta crítica, pues ignora que, a diferencia de las labores subterráneas, la extracción aluvial se realiza en lechos y riberas de ríos, lo que configura dinámicas operativas y ambientales sustancialmente distintas (Grandez, 2013).

A lo anterior se suma el rol estratégico de la formalización de la MAPE como mecanismo para mitigar riesgos socioambientales, tarea que corresponde al Estado. Cabe subrayar que la informalidad no solo intensifica la degradación ambiental —contaminación por mercurio, erosión de suelos—, sino que también expone a trabajadores a condiciones laborales precarias, carentes de seguridad y derechos básicos. Además, la falta de supervisión estatal impide la adopción de tecnologías limpias y protocolos de manejo sostenible, profundizando conflictos socioambientales y limitando el desarrollo de cadenas de valor responsables. Por ello, avanzar hacia la formalización integral se configuró como un imperativo para conciliar productividad económica, conservación de ecosistemas y bienestar comunitario.

La problemática asociada a la MAPE se agrava significativamente por su desarrollo en zonas con altos índices de pobreza y acceso limitado a actividades económicas formales y rentables. Esta situación, a su vez, se ve exacerbada por condiciones climáticas adversas —como sequías prolongadas o suelos degradados que reducen la productividad agrícola—, lo cual restringe, en ciertos casos, las opciones de subsistencia tradicionales. En este contexto, la minería informal se presenta como una alternativa viable para estas comunidades, convirtiéndose no solo en una fuente de ingresos, sino también en un mecanismo de generación de empleo, pese a sus riesgos inherentes.

La dinámica actual de los PPM y PMA se configura a partir de la convergencia de distintos estratos mineros que experimentan cinco procesos simultáneos, un crecimiento productivo acelerado —que aporta cerca del 40% de la producción nacional de oro— marcado por una expansión territorial descontrolada; una formalización deficiente caracterizada por irregularidades y vacíos normativos; la continuidad de la minería informal e ilegal; la injerencia de organizaciones criminales transnacionales; y, por último, la emergencia de conflictos sociales de índole delictiva y, a menudo, letal (Vera, 2024).

Villanueva Ubillús y Vila Benites (2023) vinculan esta compleja realidad con un escenario paradójico, argumentando que la presión internacional por la trazabilidad, lejos de garantizar transparencia, ha estimulado la aparición de “emprendedores logísticos”. Según los autores, estos intermediarios aprovechan la debilidad estatal para proveer documentación aparentemente formal, instaurando un *compliance* performativo que simula legalidad mientras las dinámicas extractivas opacas permanecen inalteradas.

Por consiguiente, para comprender la dimensión jurídica del problema, resulta indispensable remitirse a las definiciones normativas que delimitan el espectro de la legalidad minera. En primer término, el Decreto Legislativo No. 1336 —norma que establece disposiciones para el proceso de formalización minera integral— define en su artículo 2.1 a la minería formal como “aquella actividad ejercida por una persona, natural o jurídica, que cuenta con la autorización de inicio o reinicio de actividades y, cuando corresponda, con el título de concesión de beneficio otorgado por la autoridad competente”. En esencia, esta definición subraya la imperatividad de poseer permisos explícitos y títulos habilitantes válidos para operar dentro del marco legal.

En contraposición, la conceptualización de la minería informal ha experimentado una evolución significativa. Originalmente, el artículo 2 del Decreto Supremo No. 006-2012-EM la caracterizaba como aquella actividad que, aun presentando rasgos de minería ilegal, se desarrollaba en zonas autorizadas por sujetos que habían iniciado su proceso de formalización dentro de los plazos legales. No obstante, el

numeral 2.2 del Decreto Legislativo No. 1336 redefinió este concepto, estableciendo que actualmente constituye minería informal aquella actividad realizada en zonas no prohibidas por personas inscritas en el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO), siempre que cumplan con la normativa administrativa y las condiciones técnicas del artículo 91 del TULO de la LGM.

2.1. La implementación del Registro Integral de Formalización Minera y su brecha de efectividad

Desde una perspectiva normativa, el Registro Integral de Formalización Minera (en adelante, "REINFO") fue instituido mediante el Decreto Supremo No. 018-2017-EM. Este dispositivo legal no solo buscó ordenar el sector, sino que estableció disposiciones complementarias específicas para simplificar requisitos y otorgar incentivos en el marco del proceso integral de formalización.

En ese tenor, el proceso no se agota con la inscripción; esta etapa inicial únicamente habilita al administrado para comenzar el trámite, declarando su actividad y el área de operación sin que ello le confiera automáticamente la condición de minero formal. Por el contrario, la culminación exitosa exige el cumplimiento concurrente de requisitos sustanciales como (i) la obtención del derecho minero; (ii) la acreditación del derecho sobre el terreno superficial; (iii) la aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal (IGAFOM); y (iv) la autorización de inicio de operaciones.

Respecto al IGAFOM, es menester precisar que, conforme al artículo 6 del Decreto Legislativo No. 1336, este constituye un requisito ineludible. Bajo esa tesis, su naturaleza es dual porque debe presentarse en modalidad correctiva si la actividad ya se encuentra en ejecución, o en modalidad preventiva si el proyecto aún no ha iniciado operaciones.

Cierto es que, al contrastar el diseño normativo con la realidad operativa, se evidenció históricamente una fractura estructural. Conforme a los datos públicos del MINEM, hasta finales de 2024 el REINFO ascendía a 84,441 administrados, de los cuales un alarmante 76.7% —equivalente a 64,819 casos— se encontraba en estado de suspensión por incumplimiento de obligaciones. A juzgar por esta data, el sistema arrastraba un esquema de informalidad registral que demandaba una reingeniería inmediata.

Ante esta crisis de efectividad, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Supremo No. 012-2025-EM, publicado el 29 de junio de 2025, el cual marcó un punto de lo que parecía una inflexión en la política de formalización. Este dispositivo estableció el cierre definitivo del proceso y dispuso, por única vez, una nueva prórroga de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2025. De lo que se sigue que dicho beneficio

se restringió exclusivamente a quienes mantenían una inscripción vigente o una suspensión no mayor a un año.

Este escenario crítico se mantuvo vigente hasta el 3 de julio de 2025, fecha en la que se publicó la Resolución Directoral No. 0004-2025-MINEM/DGFM. Este acto administrativo materializó el mandato de depuración establecido en el artículo 2 del Decreto Supremo No. 012-2025-EM, norma que introdujo un criterio de selectividad para la prórroga del proceso de formalización.

En efecto, el dispositivo legal estableció una distinción taxativa basada en la conducta administrativa del administrado donde la extensión del plazo hasta diciembre de 2025 se reservó exclusivamente para inscripciones vigentes o con suspensiones menores a un año conforme lo estipula el numeral 2.2. Mientras que, *contrario sensu*, el numeral 2.3 dispuso la culminación definitiva del proceso para aquellos sujetos cuya inactividad o incumplimiento se hubiera prolongado por un periodo superior al año computado al 30 de junio de 2025.

En aplicación estricta de este criterio de temporalidad y permanencia en el incumplimiento, la autoridad administrativa declaró concluido el proceso de formalización de 50,565 inscripciones que superaban dicho umbral de suspensión. Esta medida representó un hito de depuración normativa sin precedentes en el sector al segregar y retirar del sistema a los actores que demostraron una falta de vocación de formalidad sostenida en el tiempo.

Consecuentemente, la fisonomía del registro ha experimentado una transformación sustancial. A noviembre de 2025, de acuerdo con la información consignada en la base de datos pública del MINEM, el REINFO presenta un total de 31,560 registros, de los cuales 23,420 se encuentran vigentes y solo 8,140 permanecen suspendidos. De ahí que deba arribarse a la conclusión de que, si bien la purga administrativa ha sincerado las cifras, el desafío subsistente radica en garantizar que los 23,420 mineros vigentes logren la formalización definitiva, evitando que el REINFO se convierta nuevamente en un refugio de permanencia indefinida para actividades que no logran cumplir con los estándares técnicos y ambientales exigidos.

No obstante, el escenario jurídico experimentó una transformación el 26 de diciembre de 2025, con la publicación en el diario oficial "El Peruano" de la Ley No. 32537. Este dispositivo legal modifica el artículo 6 del Decreto Legislativo No. 1293 y dispone, como medida central, la extensión de la vigencia del proceso de formalización minera integral hasta el 31 de diciembre de 2026, o en su defecto, hasta que entre en vigor la futura Ley de la Pequeña Minería y Minería Artesanal.

A mayor abundamiento, la Ley No. 32537 introduce mecanismos de control de carácter perentorio mediante sus disposiciones complementarias finales, las cuales

buscan mitigar la opacidad del registro. Entre las disposiciones más relevantes se observan:

- La ejecución de un Censo Nacional de la MAPE coordinado por el INEI en un plazo máximo de seis meses.
- La obligación de los titulares de realizar un “sinceramiento georreferenciado” de la ubicación real de sus operaciones en un plazo de ciento veinte días calendario.
- La transferencia definitiva de la totalidad del acervo documentario de los gobiernos regionales hacia el MINEM en un plazo de sesenta días.
- La SUNAFIL debe reglamentar, en un plazo de sesenta días, los procedimientos para verificar la incorporación de los trabajadores mineros en planilla.

De ahí deba arribarse a la conclusión de que la brecha de efectividad del Registro Integral de Formalización Minera no solo es técnica, sino política. El ciclo constante de prórrogas pone en duda la capacidad de cierre del sistema y refuerza la percepción de una informalidad permanente. Al respecto, es menester recordar que el artículo 6 del Decreto Legislativo No. 1293 estableció inicialmente una vigencia temporal de treinta y seis meses. No obstante, la inestabilidad normativa se manifestó con la publicación de la Ley No. 31007 el 17 de octubre de 2019, cuya Primera Disposición Complementaria Final amplió el plazo del proceso hasta el 31 de diciembre de 2021.

Posteriormente, dicha fecha fue diferida nuevamente mediante la Ley No. 31388 hasta el 31 de diciembre de 2024 y, más adelante, a través de la Ley No. 32213, se extendió hasta el 30 de junio de 2025. Este patrón de dilación continuó con el Decreto Supremo No. 012-2025-EM, norma que prorrogó la vigencia hasta diciembre de 2025 exclusivamente para inscripciones vigentes o con suspensiones breves, hasta culminar con la reciente Ley No. 32537, publicada el 26 de diciembre de 2025, la cual extiende el proceso hasta finales de 2026. En ese tenor, el éxito de este nuevo plazo dependerá de la validación técnica y objetiva de la información georreferenciada declarada por los mineros ante la Ventanilla Única, evitando que la prórroga se convierta en un nuevo paliativo frente a la falta de cumplimiento sustancial de los estándares ambientales y sociales exigidos.

2.2. Distribución de mineros formalizados por departamento en el REINFO

La ineficacia intrínseca del proceso de formalización no se manifiesta de manera uniforme en el territorio nacional; por el contrario, los datos actualizados a no-

viembre de 2025 revelan profundas disparidades que responden a la diversidad de contextos geográficos y operativos de la MAPE.

A modo de ejemplo, el departamento de Arequipa se consolida como la jurisdicción con mayor índice de eficacia operativa, concentrando la mayor proporción de formalizaciones a nivel nacional, con un total de 694.

Al respecto, este desempeño contrasta ostensiblemente con otras regiones de alta densidad minera cuya capacidad de respuesta institucional resulta insuficiente. Por ejemplo, Puno, a pesar de su relevancia histórica en la actividad, solo registra un total de 103 formalizaciones efectivas a la fecha. Se desprende que, tras el liderazgo de Arequipa, le siguen con márgenes significativos de diferencia La Libertad (con un avance progresivo en sus registros finales), Ayacucho (189 formalizados) y Lima (159 formalizados), esta última evidenciando un crecimiento marginal respecto al periodo anterior.

Consecuentemente, en el extremo opuesto de la escala de eficacia, regiones como Ucayali (10), Lambayeque (21), Loreto (21) y Tumbes (15) presentan cifras ínfimas que evidencian una escasa penetración de la política de regularización. Esta marcada heterogeneidad, sumada a la elevada proporción de inscripciones bajo la condición de "suspendido", pone de manifiesto que el estándar normativo uniforme no responde adecuadamente a las particularidades locales. De ahí que deba arribarse a la conclusión de que las barreras estructurales persisten, impidiendo que el volumen de los padrones se traduzca en una legalidad efectiva para el minero artesanal.

2.3. Sobre el régimen de suspensión y exclusión del REINFO

Es pertinente precisar que, conforme al artículo 2 de la Ley No. 32213 y el artículo 2 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 009-2025-EM, el MINEM ejerce la rectoría sobre la pequeña minería y minería artesanal. Bajo esta potestad, la Dirección General de Formalización Minera asume la competencia exclusiva para tramitar las solicitudes de modificación, exclusión y suspensión de inscripciones en el REINFO, centralizando la operatividad que anteriormente era compartida con los Gobiernos Regionales.

En este contexto, el Decreto Supremo No. 009-2021-EM introdujo un marco integral para la gestión del REINFO, enfatizando la importancia de la actualización periódica de los listados de inscritos en estado de suspensión. Dado que el registro posee un carácter dinámico, es esencial que estas modificaciones reflejen con precisión la situación administrativa de los mineros en tiempo real.

Por esta razón, la suspensión de una inscripción en el REINFO acarrea consecuencias jurídicas significativas. Conforme al artículo 7 del Decreto Supremo No. 018-2017-

EM, la inscripción activa constituye un requisito indispensable para la continuidad de las actividades mineras dentro del proceso de formalización. En consecuencia, la suspensión implica la pérdida automática de los derechos y beneficios asociados, prohibiendo taxativamente la ejecución de actividades mineras en el área correspondiente, disposición que se enmarca en la política estatal de ordenamiento y fiscalización de la MAPE.

Es menester precisar que el marco normativo matriz que regula la estancia en el sistema es el Decreto Supremo No. 001-2020-EM, publicado el 15 de enero de 2020. En su artículo 7, esta norma estableció taxativamente las “Condiciones y requisitos de permanencia”, disponiendo que la vigencia de la inscripción en el REINFO no es automática, sino que está condicionada al cumplimiento de tracto sucesivo de obligaciones administrativas, tributarias y ambientales.

Por otra parte, para levantar la suspensión de una inscripción, el administrado debe cumplir con una serie de requisitos establecidos en el artículo 4 del citado Decreto Supremo No. 009-2021-EM. Así mismo, entre dichos requisitos se destacan:

- i. la presentación del Instrumento de Gestión Ambiental y Formalización Minera (IGAFOM) con sus componentes correctivo y preventivo ante la Dirección Regional de Energía y Minas o la entidad competente, a través de la Ventanilla Única de Formalización;
- ii. la acreditación de la vigencia de la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), manteniendo la condición de activo y la categoría de renta de tercera categoría, acorde con la actividad minera;
- iii. en caso de involucrar sustancias sujetas a control, la inscripción en el Registro para el Control de Bienes Fiscalizados; y
- iv. la presentación de las declaraciones semestrales de producción minera a través de la extranet del MINEM, conforme a los plazos establecidos en el numeral 2.1.5 del artículo 2 del Decreto Supremo No. 032-2020-EM. Se debe añadir que, según la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo No. 009-2025-EM, dicha declaración tiene carácter de declaración jurada, por lo que cualquier falsedad advertida conlleva las sanciones correspondientes. Asimismo, dicha información goza de carácter confidencial de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 del TUO de la LGM.

De ahí que el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos impida el levantamiento de la suspensión, lo que limita significativamente las posibilidades de reincorporación al proceso de formalización.

Ahora bien, es imperativo subrayar que, en el marco de la legislación relativa a la formalización de la MAPE, la inscripción o el cumplimiento de cualquier modalidad

normativa otorga, exclusivamente, el derecho a iniciar el proceso de formalización. Por lo tanto, el reconocimiento inicial como minero formal no exime al solicitante de la obligación de satisfacer los requisitos subsiguientes prescritos por la ley. De ello resulta necesario admitir que el incumplimiento de tales requisitos puede acarrear la imposición de sanciones administrativas, tales como la exclusión del proceso de formalización, entre otras consecuencias jurídicas de similar envergadura.

En tal caso, la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley No. 32213, aprobado por el Decreto Supremo No. 009-2025-EM, establece un mecanismo de exclusión del REINFO. Conforme a esta disposición, las personas con inscripción suspendida que sólo cuenten con el RUC y no hayan cumplido con los requisitos para levantar dicha suspensión desde la vigencia del Decreto Supremo No. 009-2021-EM, disponen de un plazo único e improrrogable de cuarenta y cinco días calendario, contados desde la entrada en vigor del Decreto Supremo No. 009-2025-EM, para presentar al menos uno de los requisitos del artículo 4 del mencionado Decreto Supremo No. 009-2021-EM. A su vez, es de aclararse que para este fin no se considera suficiente contar únicamente con un RUC vigente; más precisamente, si se opta por presentar la declaración semestral de producción, esta debe abarcar la totalidad de los semestres omitidos. De lo que se concluye que las inscripciones de quienes no cumplan con lo establecido serán excluidas del registro de manera definitiva.

Adicionalmente, durante el plazo establecido, el MINEM puede requerir el apoyo de las Direcciones Regionales para brindar asistencia técnica a los administrados con inscripción suspendida, con el objetivo de facilitar el levantamiento de dicha suspensión. A mayor abundamiento, la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento antes citado faculta al MINEM a requerir el apoyo de los Gobiernos Regionales para realizar diligencias de verificación de campo y de gabinete en el marco de los procedimientos de modificación y exclusión del REINFO. Estas acciones resultan fundamentales para sustentar técnicamente las causales de exclusión, asegurando la fiabilidad de la información bajo las disposiciones de los artículos 9, 10 y 11 del Decreto Supremo No. 018-2017-EM.

Asimismo, durante el plazo establecido, el MINEM puede requerir el apoyo de las Direcciones Regionales para brindar asistencia técnica a los administrados con inscripción suspendida, con el objetivo de facilitar el levantamiento de dicha suspensión. Asimismo, se impone una exigencia específica para las personas inscritas por actividad de explotación que utilicen explosivos, las cuales tienen un plazo de noventa días calendario para iniciar el trámite de autorización correspondiente ante la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (en adelante, SUCAMEC), bajo sanción de revocación definitiva. No obstante, esta exigencia no aplica a aquellos que, me-

diante declaración jurada en el Sistema de Ventanilla Única, manifiesten no utilizar explosivos en sus actividades.

2.4. La distinción jurídica entre minería informal y el delito de minería ilegal

Habiendo examinado en las secciones precedentes el estricto régimen de permanencia en el REINFO y los perentorios plazos de exclusión establecidos por la normativa reciente, es ineludible abordar las consecuencias sustantivas de quedar fuera de este registro. La exclusión definitiva del proceso de formalización no solo implica una barrera administrativa, sino que coloca al sujeto en una posición de riesgo penal inmediato. Por tanto, para comprender el impacto real de las normas de exclusión analizadas, resulta imperativo trazar una línea divisoria clara entre la figura del minero informal —quien aún se mantiene bajo el amparo del proceso administrativo— y la del minero ilegal, cuya conducta traspasa el umbral de lo punible. A continuación, se desarrollará esta distinción jurídica y dogmática, esencial para determinar cuándo el incumplimiento de los requisitos del REINFO deviene en la comisión de un delito ambiental.

Bajo esa premisa, se debe reconocer que la coexistencia de la minería formal, informal e ilegal en el Perú ha configurado históricamente una problemática estructural que exige un abordaje integral. Si bien la actividad extractiva representa un motor económico fundamental para el erario nacional y diversas comunidades locales, su desarrollo al margen de la legalidad conlleva externalidades negativas críticas en los ámbitos ambientales y sociales.

En este complejo escenario, resulta imperativo establecer con precisión la distinción conceptual y jurídica entre la minería informal y la ilegal. Al respecto, San Martín (2022) ofrece criterios diferenciadores esenciales para delimitar la naturaleza y las implicancias jurídicas de cada modalidad:

[...] podemos diferenciar al minero ilegal del informal al sostener que el primero realiza una actividad minera con conocimiento que lo que está haciendo es un delito y una afrenta al ambiente; mientras que el segundo presenta a un actor o actores que pretenden formalizar su actividad para poder convertirse en formales y adoptar, si reúnen los requisitos, un PPM o PMA, a través de los trámites ante la autoridad competente. (pp. 172 – 173)

Esta distinción subraya que, mientras la minería ilegal conlleva una intencionalidad delictiva y una vulneración consciente del ordenamiento, la informalidad refleja

una voluntad de transición hacia la legalidad administrativa. No obstante, ambas realidades demandan respuestas estatales diferenciadas.

Ahora bien, la diferencia sustancial no radica únicamente en la intencionalidad, sino que se fundamenta en dos elementos objetivos concurrentes constituidos por la zona de operación y el estatus administrativo. Bajo esta premisa, el minero informal es aquel que opera en zonas permitidas y cuenta con una inscripción vigente en el REINFO, sometién dose a la fiscalización administrativa. En contraposición, el minero ilegal ejecuta sus actividades en zonas de exclusión —como las Áreas Naturales Protegidas— o, aun estando en zonas permitidas, carece de autorización y se encuentra fuera del proceso de formalización, circunstancia que activa el *ius puniendi* estatal ante la configuración de un daño ambiental potencial o efectivo.

Para dotar de contenido jurídico a esta distinción, resulta imperativo remitirse al artículo 3 del Decreto Supremo No. 001-2020-EM, el cual define las “Áreas restringidas”. Dicha norma establece que no es posible acceder ni permanecer en el REINFO si la actividad se superpone a áreas naturales protegidas, zonas arqueológicas o áreas donde ya existen derechos mineros de terceros con instrumentos ambientales aprobados. Por lo tanto, operar en estas zonas convierte la actividad, ipso jure, en materia de exclusión del proceso y, consecuentemente, en ilícita.

La necesidad de un marco normativo robusto para enfrentar la minería ilegal ha sido destacada por la doctrina. En esta línea, Calderón (2012) advierte que, si bien este fenómeno es de larga data, el Ejecutivo tardó en comprender la urgencia de establecer un régimen sancionador penal específico. Este enfoque persecutor se justifica en la lesividad de la conducta, dado que “la norma no sólo sanciona ejercer la minería ilegal sin la autorización correspondiente, sino que exige, además, en el ámbito penal, que se cause o pueda causarse un perjuicio con esta actividad” (p. 147).

Por ende, una regulación eficaz debe articular dos ejes estratégicos enfocados a (i) facilitar la incorporación de la minería informal a la legalidad mediante mecanismos accesibles y (ii) combatir frontalmente la minería ilegal con sanciones proporcionales al daño ambiental que esta produce. Solo esta dualidad permitirá mitigar la conflictividad social y promover una MAPE sostenible.

La justificación dogmática para la criminalización de la minería ilegal reside en la naturaleza del bien jurídico tutelado, el medio ambiente. Lerma (1996) conceptualiza el medio ambiente como un interés de protección trascendental, señalando que:

El medio ambiente constituye, a nuestro entender, tanto un bien jurídico pluridimensional en la medida que afecta tanto a los bienes jurídicos individuales y el hombre integrado por la vida, la salud y eventualmente también la libertad y la dignidad humana, como un bien jurídico supraindividual, que alude a las propias

condiciones de existencia de la sociedad como tal y del que es titular la colectividad humana. (p. 170)

Esta postura es reforzada por Alastuey (2004), quien sostiene que el ambiente posee una autonomía especial al constituir el presupuesto básico para el desarrollo de los restantes bienes jurídicos. En consecuencia, la protección penal frente a la minería ilegal no se limita a prevenir la degradación ecosistémica, sino que salvaguarda las bases mismas de la subsistencia social y económica, cumpliendo con el mandato constitucional del artículo 2, numeral 22, de la Constitución Política del Perú y los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

Pues bien, resulta sustancial considerar que el delito ambiental, desde una perspectiva dogmática, se configura como un comportamiento —ya sea por acción u omisión— tipificado en la ley penal que contraviene el ordenamiento destinado a la salvaguardia del ambiente, bajo el apercibimiento de una sanción punitiva (Ipenza, 2018).

Visto bajo un enfoque integral, se puede definir al delito ambiental como un injusto penal que trasciende la mera infracción administrativa, configurándose como una agresión dirigida contra la estabilidad de los ecosistemas y la salud pública, cuya sanción penal se justifica por la puesta en peligro de las condiciones materiales que permiten el ejercicio de los demás derechos fundamentales.

La urgencia de esta tutela penal se hace evidente al observar que la minería ilegal vulnera directamente este bien jurídico pluridimensional, generando efectos que trascienden lo ambiental y afectan la seguridad jurídica y el desarrollo nacional. Un indicador alarmante de esta realidad es que el 44% del oro exportado por el país tiene origen en actividades ilegales (IPE, 2024), lo cual exige una respuesta legislativa contundente para ordenar el sector y luchar frontalmente contra esta actividad delictiva.

Normativamente, la distinción se cristalizó con la promulgación del Decreto Legislativo No. 1100 el 18 de febrero de 2012. Su artículo 3 estableció que la mera titularidad de concesiones o la solicitud de certificaciones no autorizan la explotación, definiendo como ilegal toda actividad realizada sin la “autorización de inicio/reinicio de operación minera”. Este dispositivo buscó eliminar la ambigüedad operativa, vinculando la legalidad al cumplimiento efectivo de requisitos técnicos.

Posteriormente, la definición jurídica fue perfeccionada el 16 de septiembre de 2018 mediante el artículo 34 del Decreto Legislativo No. 1451. Esta modificación resulta trascendental para el análisis, pues reconfigura el tipo administrativo al establecer taxativamente que es minería ilegal aquella actividad ejercida por persona, natural o jurídica, que se realiza “sin contar con la autorización de la autoridad administrativa competente o sin encontrarse dentro del proceso de formalización

minera integral impulsado por el Estado". De este modo, la norma introduce dos criterios excluyentes de legalidad, esto es la falta de título habilitante o la ajenidad al proceso de formalización, además de ratificar la prohibición absoluta de toda actividad extractiva en zonas restringidas.

En el ámbito punitivo, la evolución legislativa ha mostrado una tendencia hacia el endurecimiento de la política criminal frente al fenómeno de la minería ilegal. Inicialmente, el Decreto Legislativo No. 1102 incorporó al Código Penal el artículo 307-A (delito base) y el 307-B (formas agravadas). Posteriormente, el Decreto Legislativo No. 1351 del año 2017 modificó el tipo penal para precisar los verbos rectores y la relación con el proceso de formalización.

No obstante, la reforma más reciente y significativa se concretó el 20 de enero de 2026 con la promulgación del Decreto Legislativo No. 1695. Esta norma modifica el artículo 307-A del Código Penal, introduciendo cambios sustanciales en la tipificación para cerrar brechas de impunidad y elevar el reproche penal.

En primer lugar, se amplían los verbos rectores del tipo penal, incluyendo expresamente la actividad de "beneficio" u otra actividad minera, lo que permite sancionar no solo la extracción, sino también el procesamiento de minerales obtenidos por la actividad minera ilegal. En segundo lugar, se eleva el extremo mínimo de la sanción punitiva. La nueva redacción establece que la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años, lo que evidencia una valoración legislativa de mayor gravedad del injusto penal.

Asimismo, el dispositivo ratifica que la conducta es punible tanto si se realiza sin autorización de la entidad competente, como si el agente se encuentra fuera del proceso de formalización, siempre que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

De lo expuesto se desprende que el delito de minería ilegal, bajo su configuración actual, debe entenderse como un tipo penal de peligro que no requiere la destrucción efectiva del ecosistema para su consumación, sino la puesta en peligro del bien jurídico mediante la realización de actividades extractivas o de beneficio fuera del control estatal. La exclusión del REINFO, por tanto, deja de ser un mero trámite administrativo para convertirse en el hecho detonante que habilita la persecución penal bajo estas nuevas y más severas reglas de juego.

Por su parte, las formas agravadas recogidas en el artículo 307-B del Código Penal elevan la punibilidad a una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años ante supuestos de mayor lesividad. Es menester precisar que, a diferencia del tipo base, este agravante no ha sufrido modificaciones desde su incorporación mediante el Artículo Primero del Decreto Legislativo No. 1102, publicado el 29 de febrero de 2012. Entre los supuestos que configuran estas agravantes se encuentran

la realización de actividades en zonas no permitidas, Áreas Naturales Protegidas o tierras de comunidades nativas, así como el uso de dragas, la afectación de sistemas de irrigación o el empleo de menores de edad, entre otros.

Por lo que, con la inclusión inicial de este delito en el Código Penal y sus sucesivas modificaciones, el bien jurídico protegido es —como se ha mencionado previamente— el ambiente y, como señala Huamán (2016), el delito de minería ilegal se encuentra intrínsecamente vinculado con el daño ambiental:

El tipo base de este delito se compone de tres elementos normativos centrales: a) la realización de un acto minero; b) la carencia de autorización de la entidad administrativa competente; y c) el daño potencial o efectivo al medio ambiente. (p. 428-429)

A juzgar por los elementos expuestos, el delito de minería ilegal debe entenderse como una conducta extractiva y de beneficio que, al operar en una zona de absoluta ajenez al control estatal y carecer de cualquier expectativa de formalización, se convierte en una actividad de aprovechamiento ilícito de recursos que prioriza el rédito económico inmediato sobre la sostenibilidad, generando daños que, por su naturaleza, suelen ser irreversibles para el patrimonio natural.

Ahora bien, con la finalidad de reforzar esta tipificación, el 7 de enero de 2017 se promulgó el Decreto Legislativo No. 1351, el cual modificó y amplió la redacción del tipo penal. Conforme al artículo 2 de dicho decreto, se estableció que incurre en delito de minería ilegal quien realice actividades de exploración, extracción, explotación u otros actos similares de recursos minerales metálicos y no metálicos, sin la debida autorización de la entidad administrativa competente, siempre que estas conductas causen o puedan causar perjuicio, alteración o daño al ambiente, sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Asimismo, se introdujo la sanción penal expresa también a quienes ejecuten dichas actividades fuera del proceso de formalización minera, siempre que produzcan los efectos lesivos anteriormente mencionados.

Esta intrínseca relación entre la actividad minera ilegal y el daño ambiental justifica la penalización de esta conducta, buscando prevenir y sancionar las graves consecuencias que puede acarrear para los ecosistemas en dónde se realiza la actividad y la salud pública. La evolución legislativa en torno a la minería ilegal refleja un esfuerzo por parte del Estado para abordar una problemática compleja y multifacética. Si bien la promulgación de los decretos legislativos mencionados representa un avance significativo en la lucha contra esta actividad ilícita, la efectividad de estas normas ha dependido de su correcta implementación y fiscalización.

Resulta crucial considerar que la formalización de la minería no debe limitarse a un mero cumplimiento de requisitos legales, sino que debe ir acompañada de un enfoque integral que aborde las causas estructurales que llevan a la informalidad, como la falta de oportunidades económicas, la presencia de economías ilícitas y la débil presencia del Estado en ciertas zonas del país. Solo a través de un abordaje integral que combine la aplicación de la ley con el desarrollo social y económico se podrá lograr una transformación sostenible del sector minero.

III. CUANDO LA FORMALIZACIÓN Y SUS PRÓRROGAS SE CONVIERTEN EN PROBLEMA

En el ámbito de las políticas públicas, el concepto de incentivos perversos describe aquellas situaciones en las que un sistema diseñado para estimular comportamientos positivos termina, paradójicamente, fomentando conductas contraproducentes o indeseables. Esta categoría analítica resulta crucial para evaluar la eficacia del proceso de formalización de la MAPE en el Perú, cuyo diseño institucional parece haber generado un esquema de recompensas distorsionado.

En efecto, la finalidad teórica del proceso es otorgar seguridad jurídica a aquellos administrados que cumplan con los estándares normativos, permitiéndoles transitar hacia la legalidad. Sin embargo, las constantes prórrogas y la desnaturalización de los mecanismos transitorios han “desdibujado” el objetivo principal del régimen, tal como advierte Forno (2022), al impedir que el proceso arribe a una conclusión definitiva. Esta dilación indefinida favorece indirectamente a los operadores al margen de la ley, consolidando un escenario donde la inscripción registral no es un paso hacia la formalidad, sino un fin en sí mismo para eludir la fiscalización.

La manifestación más crítica de este incentivo perverso reside en la interacción entre la normativa administrativa y la persecución penal. A mayor abundamiento, el 7 de enero de 2017 se promulgó el Decreto Legislativo No. 1351, dispositivo que introdujo modificaciones sustanciales al Código Penal en materia de delitos ambientales. No obstante, su Disposición Complementaria Final Única estableció una exención de responsabilidad penal para el delito de minería ilegal —tipificado en el artículo 307-A—, aplicable a quienes se insertaran en el REINFO dentro de los plazos del Decreto Legislativo No. 1293.

Posteriormente, este régimen de excepción fue ampliado por la Ley No. 31007, publicada el 17 de octubre de 2019, la cual extendió los alcances de dicha exención. Esta norma dispuso la reapertura de inscripciones por un plazo de ciento veinte días hábiles, permitiendo que nuevos actores se acogieran al beneficio bajo el mismo procedimiento del Decreto Legislativo No. 1293.

Por consiguiente, se ha configurado un “escudo legal” donde la mera inscripción en el REINFO —independientemente del cumplimiento sustancial de las obligaciones ambientales— actúa como una causal automática de exención de punibilidad. Cierto es que el artículo 4.5 del Decreto Legislativo No. 1293 señala que los sujetos no inscritos están sujetos a toda la fuerza de las sanciones administrativas, civiles y penales; sin embargo, en la práctica, el sistema privilegia la formalidad del registro sobre la legalidad material de la operación.

De ello resulta necesario admitir que existe una contradicción normativa que debilita el *ius puniendi* estatal. La inscripción en el REINFO funciona, de facto, como una amnistía temporal renovable que permite a infractores ambientales operar bajo un manto de legalidad aparente, desincentivando el compromiso real con la formalización y perpetuando un círculo de impunidad.

Por otra parte, la persistencia de este esquema no es solo consecuencia de un diseño legal defectuoso, sino también de fallas estructurales en la gestión pública. Al respecto, Wilson et al. (2024) identifican tres obstáculos fundamentales que condicionan la eficacia del proceso desde la perspectiva del Estado:

- i. Se advierte la ausencia de una visión integral a largo plazo que articule las acciones entre el nivel nacional y regional, derivando en una fragmentación de competencias que diluye la responsabilidad institucional
- ii. Existe un déficit crónico de presupuesto y capital humano asignado a las Direcciones Regionales de Energía y Minas (DREM), lo que restringe severamente su capacidad operativa para fiscalizar y acompañar a los mineros en proceso de formalización.
- iii. La lentitud en la transferencia de recursos desde el Gobierno Central obliga a una ejecución presupuestal apresurada y poco técnica al cierre de los ejercicios fiscales.

De ahí que se genere un círculo vicioso sobre los magros resultados obtenidos —producto de la falta de recursos y planificación— que justifican la precariedad presupuestal del año siguiente, consolidando un sistema administrativo disfuncional que, ante su incapacidad de resolver expedientes, opta por la prórroga de plazos.

El aspecto más erosivo para la credibilidad del sistema, como hemos venido sosteniendo, es el uso sistemático de las prórrogas. Lo que nació como un marco transitorio para formalizar la MAPE se ha transformado en un “proceso permanente”, desprovisto de consecuencias tangibles para el incumplimiento. Bajo el esquema normativo previo, consolidado por la Ley No. 32213 y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo No. 009-2025-EM, se había establecido con claridad que la vigencia del proceso de formalización minera integral culminaría de forma definitiva el 31 de diciembre de 2025.

Ciertamente, la publicación de la Ley No. 32537 el 26 de diciembre de 2025 —la cual modifica el artículo 6 del Decreto Legislativo No. 1293 para extender la vigencia del proceso de formalización hasta el 31 de diciembre de 2026— constituye el hito más reciente en un ciclo de postergaciones sistemáticas que totaliza cinco prórrogas sucesivas. Este recurrente diferimiento del horizonte legal no solo desnaturaliza el carácter transitorio del régimen, sino que consolida una expectativa de impunidad entre los administrados. Al percibirse la inexistencia de un plazo preclusivo firme, se erosiona drásticamente el incentivo para el cumplimiento de los estándares ambientales y técnicos, perpetuando una situación donde la permanencia en el registro actúa como un escudo contra la fiscalización en lugar de un tránsito hacia la legalidad.

De esta forma, la problemática se agrava por la inestabilidad temporal del régimen, pues las sucesivas ampliaciones de plazos constituyen en sí mismas un incentivo perverso, pues envían al administrado la señal de que el proceso es de naturaleza indefinida y que el incumplimiento carece de consecuencias reales (USAID, 2023).

En ese sentido, Cano (2021) argumenta que esta inestabilidad normativa genera desincentivos racionales para la formalización debido a que, si las reglas cambian constantemente y los plazos siempre se extienden, el costo de oportunidad de cumplir con la ley se eleva frente a la comodidad de mantenerse en la “zona gris” del REINFO. Por lo que se desprende que, la ausencia de un horizonte temporal firme, sumada a la impunidad penal garantizada por el registro y la debilidad institucional del Estado, ha creado un ecosistema donde la informalidad es la estrategia más rentable. Para revertir esta situación, resulta imperativo no solo ajustar el marco normativo penal, sino dotar al proceso de plazos preclusivos reales y de una capacidad estatal de fiscalización que devuelva la credibilidad al sistema regulatorio.

Un ejemplo palmario de esta inestabilidad regulatoria se observa en la modificación de los plazos de cumplimiento. Si bien el Decreto Supremo No. 001-2020-EM fijó cronogramas para la declaración de producción semestral, normas posteriores como el Decreto Supremo No. 005-2022-EM flexibilizaron dichas exigencias, permitiendo que declaraciones correspondientes a los años 2021 y 2022 se presentaran extemporáneamente hasta finales de 2022. Esta práctica de legislar “hacia atrás” para regularizar incumplimientos refuerza la percepción de que la normativa es elástica y negociable.

A lo indicado se suma la bonanza de los precios internacionales de los minerales, la escasa capacidad de las autoridades competentes para solucionar el tema, la falta de verdaderas sanciones o incentivos para concluir con el proceso de formalización y la enorme capacidad económica de los mineros ilegales (e informales) para ejercer presión social (bloqueos de carreteras, marchas subvencionadas, representantes en

los distintos poderes del Estado) la solución no se avizora en el corto ni mediano plazo, con las consecuencias negativas en el ambiente, seguridad de los trabajadores y en la sociedad en general.

IV. CONCLUSIONES

El análisis de la evolución normativa y fáctica de la MAPE en el Perú revela que el proceso de formalización, lejos de constituir un mecanismo transitorio y eficaz para la regularización del sector, se ha transformado en un sistema burocrático permanente que no responde a la realidad operativa ni social de los mineros. De lo que se concluye que la rigidez de los parámetros técnicos para definir al Pequeño Productor Minero y al Productor Minero Artesanal, sumada a una desconexión con las particularidades de la minería aluvial y la escasa presencia estatal, ha generado una barrera de entrada a la legalidad que perpetúa la informalidad estructural.

Por otra parte, es imperativo admitir que el Registro Integral de Formalización Minera ha sufrido una grave desnaturalización de sus fines. Si bien fue concebido como una herramienta de ordenamiento administrativo, en el fondo, ha operado como un “escudo legal” que impide la persecución efectiva del delito de minería ilegal. Ello autoriza a concluir que la distinción jurídica entre minero informal e ilegal se ha diluido en la práctica, dado que la mera inscripción en el registro —independientemente del cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental (IGAFOM) o la acreditación de derechos— otorga una exención de responsabilidad penal que incentiva la permanencia indefinida en esta “zona gris” regulatoria.

Asimismo, la evidencia examinada demuestra la configuración de ‘incentivos perversos’ derivados de la inestabilidad legislativa. Las sucesivas leyes de prórroga, que han extendido la vigencia del proceso hasta finales de 2026, envían una señal contradictoria al administrado al sugerir que el incumplimiento de los plazos y estándares ambientales no conlleva consecuencias reales de exclusión ni sanción. Consecuentemente, se ha consolidado un esquema de impunidad donde resulta más rentable mantenerse como un minero “en vías de formalización” que asumir los costos de la legalidad plena, erosionando así la autoridad del Estado y la eficacia del *ius puniendi* en materia de protección ambiental.

Finalmente, resulta necesario admitir que la solución a la problemática de la MAPE no reside únicamente en la promulgación de nuevas prórrogas o normas penales más severas, sino en una reingeniería integral de la política pública. De ahí que deba arribarse a la conclusión de que es urgente establecer plazos preclusivos improrrogables, depurar el REINFO de manera efectiva y articular una estrategia que combine la interdicción de la minería ilegal con incentivos económicos y técnicos

reales para quienes demuestren vocación de formalidad. Solo mediante un retorno a la seguridad jurídica y el restablecimiento del principio de autoridad será posible transitar hacia una minería social y ambientalmente sostenible.

V. RECOMENDACIONES

La crisis estructural de la MAPE no es consecuencia de una anomia legal, sino, paradójicamente, de una hiperinflación normativa que ha generado incentivos perversos. El análisis precedente demuestra que el modelo de formalización vigente, basado en la descentralización de competencias hacia los Gobiernos Regionales y en la prórroga sistemática de plazos, ha fracasado. La reciente publicación del Decreto Supremo No. 009-2025-EM, que centraliza temporalmente funciones en la Dirección General de Formalización Minera (DGFM), constituye un reconocimiento tácito de la incapacidad operativa de las Direcciones Regionales de Energía y Minas (DREM). Sin embargo, esta medida reactiva resulta insuficiente si no se atacan los cimientos institucionales del problema.

Para transitar de un “proceso permanente” a una legalidad efectiva, es indispensable un shock institucional que dote al Estado de autonomía técnica real y que redefina las fronteras entre la infracción administrativa y el delito ambiental. Bajo esa tesitura, y con el objetivo de reencauzar el proceso hacia estándares de sostenibilidad y seguridad jurídica, se desarrollan a continuación las siguientes propuestas de reforma estructural.

5.1. Creación de una autoridad nacional de formalización adscrita al MINEM

Si bien el Decreto Supremo No. 009-2025-EM devuelve la competencia operativa al MINEM a través de la Dirección General de Formalización Minera (DGFM), esta figura adolece de una debilidad estructural: su naturaleza de órgano de línea. Conforme al Reglamento de Organización y Funciones del MINEM, la DGFM depende jerárquicamente del Viceministerio de Minas, lo que la sujeta a los ciclos políticos y limita su capacidad de fiscalización autónoma.

Por consiguiente, se recomienda la creación de la Autoridad Nacional de Formalización Minera, constituida bajo la figura de un Organismo Técnico Especializado, conforme al artículo 33 de la Ley No. 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. A diferencia de la actual DGFM, esta Autoridad contaría con personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio y autonomía funcional, técnica, económica y administrativa. Dicha autonomía resulta vital para blindar el proceso de depuración del Registro Integral de Formalización Minera frente a presiones

políticas o conflictos de interés que suelen permear a los órganos de línea ministerial.

En ese mismo orden de ideas, la nueva entidad absorbería las funciones de la actual DGFM y centralizaría las competencias de fiscalización y sanción que hoy se encuentran dispersas o débilmente ejecutadas. De este modo, la DGFM desaparecería para dar paso a este ente técnico superior. Aunque la creación de un Organismo Técnico Especializado implica un costo inicial, este se compensa mediante la recaudación directa por tasas de tramitación y multas, además de reducir la enorme pérdida fiscal que representa la minería ilegal. Una estructura de gobernanza dirigida por un Consejo Directivo garantizaría que las decisiones se basen en criterios técnicos y no en la coyuntura política del momento.

5.2. Eliminación del incentivo perverso en la normativa penal

Existe un consenso doctrinario en que el actual diseño normativo otorga una suerte de inmunidad al minero inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera. La Disposición Complementaria Final Única del Decreto Legislativo No. 1351 ha sido interpretada en la práctica forense como una barrera de impunidad que paraliza la persecución del delito de minería ilegal tipificado en el artículo 307-A del Código Penal, por el solo hecho de contar con una inscripción administrativa e independientemente de la conducta ambiental del sujeto.

Resulta imperativo modificar este esquema para establecer que la protección legal no es un estatus permanente, sino una condición dinámica sujeta a verificación. Para tal efecto, se propone una reforma legislativa donde se consigne expresamente que no exime de responsabilidad penal la inscripción en el registro cuando el agente, pese a contar con dicha inscripción, realice actividades mineras en zonas prohibidas o áreas naturales protegidas. Del mismo modo, la protección legal debe decaer cuando se utilice maquinaria o equipos distintos a los declarados y autorizados para la pequeña minería y minería artesanal, o cuando el sujeto haya sido sancionado administrativamente con la suspensión o exclusión del registro por incumplimiento de sus instrumentos de gestión ambiental. Para tal efecto, se propone la siguiente redacción normativa para reformar la exención de punibilidad:

Propuesta de Texto Sustitutorio:

No exime de responsabilidad penal la inscripción en el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO) cuando el agente, pese a contar con dicha inscripción: a) Realice actividades mineras en zonas prohibidas o áreas naturales protegidas; b) Utilice maquinaria o equipos distintos a los

declarados y autorizados para la pequeña minería y minería artesanal; o, c) Haya sido sancionado administrativamente con la suspensión o exclusión del registro por incumplimiento de sus instrumentos de gestión ambiental.

El Ministerio Público podrá iniciar o continuar la investigación penal por el delito de minería ilegal tipificado en el artículo 307-A, independientemente del estado del procedimiento administrativo, cuando se verifique la afectación grave al medio ambiente o a la salud pública.

Esta modificación devuelve al Ministerio Público la facultad de perseguir el crimen ambiental basándose en la realidad de los hechos y no en la formalidad de un registro, eliminando el incentivo perverso de mantenerse en el REINFO solo para evitar la cárcel.

5.3. Establecimiento de un plazo de un *sunset clause*

La historia de las prórrogas en el Perú responde a un problema de credibilidad estatal. Esto se conoce como el problema de la “inconsistencia temporal” pues los agentes (mineros) anticipan que el Estado, ante la presión social, siempre extenderá el plazo, por lo que el incentivo racional es no formalizarse.

Para romper este ciclo, se recomienda la implementación legislativa de una Cláusula de Caducidad (*Sunset Clause*), que prohíba expresamente al Poder Ejecutivo emitir Decretos de Urgencia o Decretos Supremos que extiendan la vigencia del proceso más allá de la fecha estipulada (diciembre de 2026).

Esta medida debe ir acompañada de un mecanismo de interdicción automática. El sistema debe operar de tal manera que, al día siguiente del vencimiento del plazo, el estatus jurídico del sujeto cambie *ipso iure* de “minero en vías de formalización” a “minero ilegal”. Esto implica:

- i. Cancelación automática de todas las inscripciones que no hayan obtenido la autorización de inicio de actividades.
- ii. Activación inmediata de la competencia penal y de interdicción, sin necesidad de procedimientos administrativos previos de exclusión.

Solo mediante la certeza de una fecha de cierre inamovible y consecuencias inmediatas, se generará la presión necesaria para que los actores con vocación real de legalidad completen sus trámites, depurando definitivamente el sistema de aquellos que utilizan la formalización como fachada.

VI. UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE LOS LÍMITES DEL DERECHO FRENTE A LA REALIDAD SOCIAL

Resulta imperativo admitir que la reforma normativa y el rediseño institucional, por sí solos, no constituyen una panacea. La historia legislativa del Perú está plagada de normas técnicamente impecables que devinieron en letra muerta al colisionar con una realidad socioeconómica que las desborda. En ese sentido, la propuesta de endurecer la persecución penal y centralizar la fiscalización administrativa debe entenderse, no como la solución definitiva, sino como el restablecimiento necesario de la autoridad estatal, presupuesto ineludible para implementar cualquier política de desarrollo posterior.

Sin embargo, el Estado debe ser consciente de que la MAPE no es únicamente un problema delictivo, sino fundamentalmente un fenómeno para miles de familias en zonas donde otras actividades económicas han dejado de ser rentable y la presencia estatal es una ficción. Pretender erradicar la informalidad exclusivamente mediante la interdicción y el cierre de registros, sin ofrecer alternativas económicas viables, podría desencadenar una convulsión social de consecuencias imprevisibles. Por ende, el “*Sunset Clause*” o cierre definitivo del REINFO no debe interpretarse como el fin de la pequeña minería, sino como el fin del desorden tolerado.

En ese sentido, el verdadero desafío para la nueva institucionalidad —la propuesta de una Autoridad Nacional— no será solamente expulsar a los ilegales, sino acompañar técnicamente a quienes sí tienen vocación de formalidad para que transiten hacia tecnologías limpias y hacia cadenas de valor trazables y justas. La formalización no puede seguir siendo un trámite de ventanilla; debe convertirse en un proceso de transformación productiva. De lo contrario, seguiremos legislando para una realidad imaginaria, mientras en los socavones de la informalidad se sigue imponiendo la ley del más fuerte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alastuey Dobón, M. C. (2004). *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 Código Penal)*. Editorial Comares.
- Basadre Ayulo, J. (1978). *Derecho Minero Peruano*. Tipografía y Offset Peruana.
- Cano, Á. (2021). *Formalización de la minería artesanal y de pequeña escala en la Amazonía peruana: Lecciones aprendidas y propuestas de solución*. Estudio elaborado para USAID en el marco de su Proyecto Prevenir.
- De la Puente Brunke, L. (2010). *Derecho ambiental e industria minera en el Perú* (2.ª ed.). Instituto de Estudios Energéticos Mineros - IDEM.

- Forno Castro-Pozo, X. (2022). Proceso de formalización minera: ¿mito o realidad?. *Revista Rumbo Minero*, (144), 256–259. <http://vlex.com/vid/proceso-formalizacion-mine-ra-mito-903180966>.
- Grandez Barrón, P. (2013). El proceso de formalización de la pequeña minería y la minería artesanal y sus implicancias en la interdicción de la minería ilegal. *Revista Jurídica del Perú*, (153), 99–107.
- Gutiérrez Guardia, C. A. (2018). *Lecciones de Derecho Minero*. Editorial Iustitia.
- Huamán, D. (2016). El delito de minería ilegal: Principales aspectos sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes. *Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, 423-445. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Instituto Peruano de Economía. (2024). *Análisis comparativo de acciones gubernamentales frente a la minería ilegal e informal en América del Sur*. https://www.ipe.org.pe/portal/wp-content/uploads/2024/06/2024_Junio_Analisis-comparativo-de-la-respuesta-gubernamental-a-la-mineria-informal-e-ilegal-en-America-del-Sur.pdf.
- Ipenza Peralta, C. (2018). *Manual de delitos ambientales: Una herramienta para operadores de justicia ambiental*. Derecho Ambiente y Recursos Naturales; Sea Shepard Legal.
- Jáuregui Morán, G., Pautrat Medina, L., Leandro Reaño, J., Calderón Valverde, L., & Soto Palacios, M. A. (2012). Nuevo Esquema Normativo Penal aplicable a la Minería Ilegal. *Revista Derecho & Sociedad*, (39), 143-158. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13071>.
- Lerma Gallego, I. (1996). El delito ecológico. *Cuadernos de Política Criminal*, (58), 169–176.
- Palao Málaga, L. (2023). A los 20 años de la búsqueda de la formalización de la pequeña minería y minería artesanal: Muestra poblacional de estudio: El centro poblado La Rinconada. *Ius Verum Revista de Derecho*, (2), 50-66. <http://vlex.com/vid/20-anos-busqueda-formalizacion-931397335>.
- Palomino Seguí, D. J. (2015). Un proceso de formalización inconcluso y una nueva era de Planck para la industria minera. Breves apuntes sobre la necesidad de superar la figura del minero informal. *Revista De Derecho Administrativo*, (15), 287-302. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15182>.
- Salazar-Soler, C. (2020). Minería y moneda en la época colonial temprana. En C. Contreras (ed.), *Compendio de historia económica del Perú II: Economía del período colonial temprano* (pp. 109-228). Banco Central de Reserva del Perú; Instituto de Estudios Peruanos.
- San Martín Villaverde, D. (2022). *El derecho minero*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- USAID. (2023). *Corrupción en la minería artesanal y de pequeña escala en la Amazonía peruana* (Documento de Política No. 2023-8). Proyecto Prevenir de USAID.
- Vera Miller, D. (2024). Informe Especial: El riesgo de la infiltración ilegal y criminal en la pequeña minería y la minería artesanal. *Revista Gobernanza Social*. <https://www>.

solidaritasperu.com/infiltracion-ilegal-y-criminal-en-la-pequena-mineria-y-la-mineria-artesanal/.

Villanueva Ubillús, A., & Vila Benites, G. (2023). Performing traceability: Unpacking the artisanal and small-scale gold mining (ASGM) trade circuit in Peru. *Journal of Rural Studies*, 102, 103088. <https://doi.org/10.1016/j.jrurstud.2023.103088>.

Wilson, A., Quiñón, A., & Sánchez-Ancochea, D. (2024). *Hacia una mejor formalización de la minería artesanal y de pequeña escala (MAPE) en el Perú: explorando cuellos de botella y opciones de política pública* [Documento de Trabajo]. Centro de Estudios sobre Minería y Sostenibilidad de la Universidad del Pacífico y Departamento de Desarrollo Internacional de la Universidad de Oxford.

EL DESPERTAR VERDE DEL SISTEMA FINANCIERO: DESAFÍOS REGULATORIOS DE UNA TRANSFORMACIÓN INEVITABLE

LA URGENCIA DE UNA HOJA DE RUTA CONCRETA PARA LAS FINANZAS SOSTENIBLES EN EL PERÚ

VANESSA CHÁVARRY MEZA¹

► RESUMEN:

En las últimas décadas el sistema financiero global se ha enfrentado a una nueva coyuntura y ésta es ciertamente la que ha traído consigo los temas ambientales, específicamente el cambio climático; la cual le ha exigido redefinir sus objetivos y procesos teniendo que abandonar su indiferencia a temas fuera del mercado. Hoy en día el sistema financiero se ha convertido en un agente importante en la promoción de la sostenibilidad y de la obtención de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), debiendo integrar factores ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en la evaluación de los riesgos típicamente económicos, el diseño de sus instrumentos financieros y la viabilidad de los mercados.

Las normas e instrumentos diseñados para garantizar la estabilidad macroeconómica y evitar crisis, resultan hoy insuficientes frente a los riesgos sistémicos que presentan los temas ambientales. Así surgen las finanzas verdes, como una herramienta financiera diseñada para alcanzar el objetivo global que es la sostenibilidad. Hoy no sólo resulta impensable excluir los riesgos ambientales y sociales de la evaluación de los proyectos a ser financiados, sino también considerar que el Derecho Financiero y Ambiental son antagónicos.

Así, el presente artículo aborda la transformación estructural del sistema financiero ante los nuevos desafíos, examina las principales herramientas internacionales en materia de finanzas verdes y subraya la necesidad de que Perú adopte incentivos y apruebe una taxonomía verde que sirvan de bases para su transición hacia un sistema financiero verde.

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia líder del equipo de Derecho Ambiental de Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados.

Palabras clave: Finanzas sostenibles / Finanzas verdes / Sostenibilidad financiera / ESG / derecho ambiental / derecho financiero / riesgos climáticos

► **ABSTRACT:**

In recent decades, the global financial system has confronted a novel conjuncture, one that has precipitated the emergence of environmental concerns, particularly the issue of climate change. This has necessitated a reevaluation of its objectives and processes, compelling it to relinquish its indifference to extra market issues. In the contemporary context, the financial system has emerged as a pivotal entity in the promotion of sustainability and achievement of the Sustainable Development Goals (SDGs). It is imperative that the financial system integrates environmental, social, and governance (ESG) factors into the evaluation of conventional economic risks, the design of its financial instruments, and the viability of markets.

The prevailing financial regulations and instruments, meticulously crafted to ensure macroeconomic stability and forestall systemic crises, have proven inadequate in addressing the pervasive risks posed by environmental concerns. This has led to the emergence of green finance, a financial instrument designed to achieve the global objective of sustainability. In the contemporary context, it is not only unthinkable to exclude environmental and social risks from the evaluation of projects to be funded, but it is also erroneous to assume that Financial and Environmental Law are in opposition.

This article addresses the structural transformation of the financial system in the face of new challenges, examines the main international instruments in the field of green finance, and highlights the need for Peru to adopt incentives and adopt a green taxonomy that will serve as the basis for its transition to a green financial system.

Keywords: Sustainable finance / Green finance / Financial sustainability / ESG / Environmental law / Financial law / Climate risks

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente los temas ambientales y sociales han estado alejados de la esfera económica. Era impensable que el pilar más robusto y conservador de la estructura económica -el sistema financiero- pudiera siquiera incluir estos temas. El sistema financiero operaba con el objetivo de lograr el crecimiento económico y a partir de ello, buscaba gestionar todo tipo de riesgos económicos en las operaciones financieras. Bajo esos criterios, se desarrollaron mecanismos para identificar, medir y mitigar estos riesgos, tales como los riesgos de: mercado, crédito, liquidez y operacional, los cuales fueron eficaces en su momento para anticipar pérdidas, gestionar incertidumbres y asegurar que las instituciones financieras cumplieran su labor, inclusive en escenarios de crisis.

Sin embargo, dichos mecanismos de medición de riesgos no habían considerado los factores que los humanos no controlamos y que la naturaleza, especialmente sus efectos, podían ser un factor determinante para nuestra sociedad y el mercado. Por ello, las amenazas económicas que en antaño fueron predominantes y sirvieron de sostén al sistema financiero, han quedado -en cierto modo- relegados por los que hoy en día son los riesgos que aquejan a la población mundial. Hoy en día, la población mundial, enfrenta riesgos vinculados a la crisis sanitaria, fenómenos naturales extremos, escasez de agua, pérdida de biodiversidad, entre otros desafíos; los cuales claramente amenazan la sostenibilidad de las actividades empresariales, financieras y públicas a nivel global (Ministerio del Ambiente, 2025).

Los efectos de estos fenómenos en nuestras economías son múltiples; ejemplos de ello son los incendios forestales, terremotos, huaycos, inundaciones y conflictos sociales, cuyas consecuencias generan serios impactos en los mercados tanto locales como internacionales, dado que nuestra economía se desenvuelve en un contexto globalizado, dinámico e integrado. Por consiguiente, una crisis o evento natural en algún lugar del mundo puede comprometer la continuidad de las cadenas de valor al otro lado del planeta.

De ahí que los temas ambientales y sociales han dejado de situarse fuera del mercado y sólo en el plano del mero cumplimiento normativo o de las iniciativas empresariales voluntarias, para convertirse en variables determinantes para la estabilidad y sostenibilidad del propio sistema financiero; interviniendo hoy en su gestión, regulación y supervisión. El sistema financiero, por su parte, se ha visto en la necesidad de asumir un rol protagónico en la transición hacia economías bajas en carbono, lo cual ha implicado ciertamente replantear el marco regulatorio y prudencial²

² El marco prudencial involucra todo el conjunto de normas y regulaciones que las autoridades financieras imponen a las instituciones como bancos, aseguradoras e intermediarios para ga-

existente, buscando contribuir a la transición hacia una sociedad sostenible que garantice la disponibilidad de recursos financieros para fines ambientales (Ministerio del Ambiente, 2025 p. 20).

Derivado de lo anterior, en las últimas décadas, los bancos centrales, entidades bancarias y organismos multilaterales han comenzado a promover regulaciones orientadas a la identificación y gestión de riesgos sociales y ambientales en las operaciones financieras, incorporando factores ambientales, sociales y de gobernanza (ESG por sus siglas en inglés) como parte de los procesos de evaluación del riesgo y de la debida diligencia en el marco de las operaciones financieras; así como para la creación de productos verdes y sostenibles.

Ello ha logrado algo que parecía inverosímil, que es la articulación de dos ramas del Derecho que en antaño parecían incompatibles e incluso antagónicas: el Derecho Ambiental y el Derecho Financiero. No obstante, en el contexto actual, no sólo es indispensable incorporar abogados especializados en Derecho Ambiental al equipo, a fin de ejecutar operaciones de fusiones y adquisiciones y/o la de un financiamiento de un proyecto; sino que, también requieres este tipo de abogados para comprender los nuevos productos que se están introduciendo en el mercado financiero actual: bonos verdes, créditos verdes, bonos azules, bonos sociales, bonos sostenibles y los bonos de carbono. Y esto también ocurre en la otra dirección, ningún abogado especializado en Derecho Ambiental puede trabajar o siquiera entender los temas de finanzas verdes, sin el conocimiento de conceptos, herramientas y/o la legislación que manejan los expertos en Derecho Financiero. Así, el trabajo colaborativo se convierte en esencial para atender los nuevos desafíos del mercado mediante la articulación de ambas especialidades del Derecho.

Es a propósito de esta transformación de las finanzas, que en el presente artículo se busca presentar esta evolución de las finanzas tradicionales a lo que hoy llamamos las finanzas verdes, así como los instrumentos diseñados para su implementación, las barreras que obstaculizan dicha transición y los desafíos que este proceso genera para nuestro país en la adopción de un sistema financiero sostenible.

II. DE LAS FINANZAS TRADICIONALES A LAS FINANZAS VERDES: EVOLUCIÓN Y CAMBIO DE PARADIGMA

Tal como lo hemos indicado previamente, el mundo actualmente enfrenta una variedad de dilemas ligados con la sostenibilidad ambiental —como son el cambio

rantizar su seguridad, solvencia y estabilidad financiera, buscando proteger a los ahorradores e inversores, evitar crisis financieras y asegurar que el sistema en su conjunto pueda resistir *shocks* o perturbaciones.

climático, la pérdida de biodiversidad, la contaminación, el estrés hídrico, entre otros—, a los que se suman desafíos de carácter social. Quedarnos de espectadores frente a ello, no es ya una alternativa, porque éstos pueden poner en jaque los sistemas económicos y sociales del mundo. Dada la presencia de este nuevo escenario, resulta obligatorio canalizar recursos económicos, a través de los mercados financieros hacia la implementación de actividades que prevengan o mitiguen estos efectos, o en todo caso, traten de manejar una transición hacia sistemas económicos y sociales más resilientes frente a esos cambios que pueden ser irreversibles y perjudiciales para el planeta.

Así surgen las finanzas verdes. Las cuales buscan canalizar recursos financieros hacia inversiones que generen impactos ambientales positivos. Como parte de ellas, se pueden encontrar el financiamiento de actividades ambientales de conservación, recuperación de la biodiversidad, reducción de la contaminación, los bionegocios, los bonos y créditos verdes y el financiamiento climático, a través del cual se busca la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (Ministerio del Ambiente, 2025 p. 35). Pero en la medida que se ha ido integrando temas sociales, también ha ido ampliándose el alcance y denominación, transitando de las finanzas verdes hacia las finanzas sostenibles, las cuales integran de manera concurrente las dimensiones ambientales y sociales. Así, en este ámbito, cobran relevancia instrumentos como los bonos sostenibles, por ejemplo.

No obstante, las finanzas verdes no constituyen simplemente otra categoría adicional dentro del sistema financiero caracterizada por nuevos productos, sino que representan un nuevo paradigma, en el cual la lógica clásica de riesgo-retorno se ve complementada por la noción de riesgo-impacto. Bajo esta nueva óptica las decisiones de inversión deben evaluar no sólo la rentabilidad económica, sino también los riesgos ambientales y sociales. La incorporación de este novedoso enfoque en la regulación bancaria y la supervisión prudencial ha reconfigurado la práctica del derecho financiero, al incorporar el reconocimiento de nuevas tipologías de riesgo: físico, de transición y de responsabilidad civil.

Los riesgos físicos emergen del impacto ocasionado por fenómenos climáticos extremos —tales como huracanes, incendios forestales, inundaciones, sequías prolongadas, subida del nivel del mar y el deterioro de los ecosistemas—; así como de incidentes ambientales, entre los cuales se incluyen derrames o fugas de sustancias químicas. Si bien estos eventos podrían interpretarse como casos aislados, en realidad, una vez materializados, generan consecuencias financieras directas. Entre estas se cuentan incumplimientos crediticios, pérdidas de activos asegurados, depreciación de activos e, incluso, la reducción de los ingresos fiscales de los países.

Por su parte, los riesgos de transición se derivan del proceso de ajuste hacia una economía baja en carbono, es decir a propósito de los cambios normativos y tec-

nológicos que se vienen dando, asociados a esta transición, generando así una reevaluación del valor de una amplia gama de activos. Así, tenemos la obsolescencia de activos contaminantes y la desvalorización de industrias intensivas de carbono (NGFS, 2020) o casos como las regulaciones sobre las pinturas con plomo o el azufre en el combustible, las cuales han implicado ciertas prohibiciones no sólo por los propios productos o estableciendo parámetros sino también por los bienes que emplean estos productos, como es el caso de la importación de vehículos con motores que puedan usar el combustible que en nuestro país se comercializa.

Por último, está el riesgo de responsabilidad civil que podría surgir de los costos legales y/o reputacionales vinculados al incumplimiento de la normativa ambiental o social (OECD, 2021); entendiendo por social no sólo a los conflictos sino también los temas laborales, violaciones a los derechos humanos o crisis sociales. A ello se suman los riesgos que surgen de manera imprevista cuando las partes afectadas por daños o pérdidas inician acciones legales para demandar una indemnización.

Como es posible observar, la complejidad de estos nuevos riesgos ha exigido una reconceptualización de las finanzas tradicionales, en las cuales ya no resulta suficiente modelar precios y probabilidades con base en datos históricos, sino que es necesario enfrentar una incertidumbre radical asociada a factores ambientales. Éstos no pueden preverse con precisión o datos históricos y operan en horizontes de décadas y no de días, meses o años como lo hacían los riesgos tradicionales. ¿Cómo se miden los impactos del cambio climático cuándo éstos no son previsibles en el corto plazo? Ciertamente, esta nueva mirada desafía toda la lógica tradicional que sostenía el sistema financiero y nos lleva a escenarios donde una sequía prolongada en una región no sólo afectará la producción agrícola de la zona, sino también los precios de los alimentos, pudiendo incrementar la pobreza, generando inestabilidad política, incrementos en los flujos migratorios y, en última instancia, el caos generalizado si queremos ser excesivos. A lo anterior se suma que los desafíos ambientales poseen un carácter global; la crisis climática, en efecto, trasciende toda frontera nacional, por lo que resulta imperativa una coordinación multilateral para su efectiva confrontación.

Es por todo lo previamente indicado que existe una estrecha relación entre las finanzas verdes y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), uno de los marcos internacionales que orientan hoy las agendas de desarrollo sostenible. Mediante las finanzas verdes se procura la alineación de los flujos financieros y las políticas con las metas ambientales, sociales y económicas consagradas en los ODS. Así, se plantea que el sistema financiero de un país puede contribuir con el crecimiento verde a través de las finanzas verdes (Ministerio del Ambiente, 2025 p. 22).

Es a partir de ello que ciertos países e instituciones multilaterales -como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Interamericano de

Desarrollo (BID)- han promovido activamente la adopción de marcos regulatorios verdes, taxonomías sostenibles y estándares de divulgación de riesgos climáticos, con el fin de garantizar transparencia, credibilidad y trazabilidad en el uso de los recursos financieros destinados a la sostenibilidad (BID, 2022). Así, uno de los hitos más relevantes fue la adopción de los Principios de Ecuador, en el 2003, que establecieron la exigencia de gestionar los riesgos sociales y ambientales en las operaciones financieras y los *Green Bond Principles* por parte de la *International Capital Market Association* (ICMA), los cuales establecieron criterios básicos para la emisión de bonos verdes, asegurando que los fondos recaudados se destinen efectivamente a proyectos ambientales. Posteriormente, el *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD), impulsada por el *Financial Stability Board*, marcó un punto de inflexión al proponer un marco estandarizado para la divulgación de riesgos climáticos en los informes financieros corporativos, el cual se ha consolidado con la creación del *International Sustainability Standards Board* (ISSB), cuyo objetivo es unificar los criterios globales de reporte en materia de sostenibilidad.

En nuestro país, las primeras señales al respecto se dieron con la publicación de normativa promovida por la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). La primera de ellas, en el 2015, estableció que las empresas con valores inscritos en el Registro Público de Mercado de Valores debían dar a conocer al mercado las políticas, los estándares y las acciones que implementen para gestionar su impacto en los aspectos ESG como anexo en sus memorias anuales. Ese mismo año, la SBS aprobó el Reglamento para la Gestión de Riesgo Social y Ambiental, con el objetivo de establecer requerimientos mínimos para la gestión del riesgo social y ambiental al otorgar créditos a proyectos con una inversión total igual o superior a US\$ 10 millones; y el Ministerio del Ambiente y la Asociación de Bancos (Asbanc) firmaron ese mismo año, el primer Protocolo Verde para impulsar actividades conjuntas para incorporar los temas ambientales en el sistema financiero peruano.

Posteriormente, se aprobaron una serie de dispositivos³ que han buscado impulsar inversiones verdes en nuestro país y es así que el 2021, el Estado peruano estructuró y emitió los primeros dos bonos sostenibles y un bono social. Posteriormente, el año 2023, se aprobó el Decreto Supremo N° 007-2023-MINAM, por el cual se aprueba la Hoja de Ruta de Finanzas Verdes para el Perú, la cual busca promover la incorporación de acciones que contribuyan al cumplimiento de los compromisos

³ Lineamientos para el Crecimiento Verde (Resolución Ministerial N° 161-2016-MINAM, Política Nacional de Competitividad y Productividad (Decreto Supremo N° 345-2018-EF), Plan Nacional de Competitividad y Productividad (Decreto Supremo N° 237-2019-EF), Marco de Bonos Sostenibles de Perú (Resolución Ministerial N° 221-2021EF/52), Política Nacional del Ambiente (Decreto Supremo N° 023-2021-MINAM).

ambientales asumidos por nuestro país en materia de cambio climático, economía circular y biodiversidad.

A pesar de esta serie de dispositivos normativos que han sido aprobados en nuestro país, lo cierto es que para que las finanzas verdes puedan cobrar una real relevancia en nuestro sistema financiero aún tenemos temas pendientes, como lo es prioritariamente la aprobación de una taxonomía verde, la adecuación y mejora de la normativa sobre finanzas verdes, el fortalecimiento de capacidades ambientales en los funcionarios de entidades del sector público y el sector financiero, la identificación de carteras de financiamiento verdes, el diseño e implementación de instrumentos financieros verdes, entre otros. Es decir que, si bien estamos en carrera al establecimiento de las finanzas verdes en nuestro país, ésta aún no ha concluido.

III. LA INTEGRACIÓN DE LOS RIESGOS AMBIENTALES, SOCIALES Y DE GOBERNANZA (ESG) EN LA REGULACIÓN FINANCIERA

En el 2003 surgieron los Principios de Ecuador (EP), adoptados por entidades financieras internacionales con el fin de garantizar que los proyectos que financian y asesoran se desarrollen de manera socialmente responsable, reflejando prácticas sólidas de gestión ambiental; buscando con ello contribuir con el desarrollo de los ODS. Desde su creación, los Principios de Ecuador han sido revisados y actualizados periódicamente para adaptarse a los nuevos desafíos y realidades del entorno global. La versión más reciente, conocida como EP4, fue lanzada en 2019 y establece estándares más precisos en áreas clave como la evaluación de riesgos climáticos, la transparencia, la rendición de cuentas y la gestión integral de impactos ambientales y sociales.

Los Principios consideran que los impactos negativos en los ecosistemas, las comunidades y el clima generados por un proyecto deben evitarse siempre que sea posible; y si son inevitables, deben minimizarse, mitigarse y compensarse. En ese marco, se plantea la identificación y gestión de los riesgos ambientales y sociales en el financiamiento de proyectos de US \$10 millones o más.

Para conseguir ese propósito, parten de la premisa que no todas las regulaciones ambientales en el mundo son iguales y en esa medida, clasifica los países conforme a sus regulaciones: (i) *países designados*, con una sólida gobernanza ambiental y social, que cuentan con sistemas de legislación y capacidad institucional diseñados para proteger a las personas y el ambiente; y, (ii) *países no designados*, con gobernanzas ambientales y sociales más laxas. Perú, ocupa la segunda lista.

A partir de ello, se establecen diferentes etapas según el tipo de categoría del proyecto:

- *Categoría A*, aquellos con posibles riesgos o impactos ambientales y sociales negativos significativos.
- *Categoría B*, proyectos con potenciales riesgos o impactos ambientales y sociales negativos limitados que son pocos en cantidad, generalmente específicos del sitio, en gran medida reversibles y fácilmente abordables a través de medidas de mitigación.
- *Categoría C*, aquellos con riesgos o impactos ambientales y sociales adversos mínimos o no adversos.

Respecto a las etapas, se plantea una primera etapa de revisión y categorización previo al otorgamiento del financiamiento, es decir en esta primera etapa, la entidad financiera deberá categorizar el proyecto que pretende financiar, en razón a las características previamente indicadas. De acuerdo con la categoría, se establecerá el alcance de la debida diligencia ambiental y social a realizarse, la cual será proporcional a la naturaleza, escala y etapa del proyecto y al nivel categorizado según los riesgos e impactos ambientales y sociales identificados.

Luego viene la etapa de evaluación, la cual debe proponer medidas para minimizar, mitigar y compensar o remediar los riesgos e impactos para los trabajadores, las comunidades afectadas y el ambiente, de manera relevante y apropiada a la naturaleza y escala del proyecto propuesto. Para los proyectos de Categoría A y, en ciertas circunstancias los de Categoría B, la documentación del proceso de evaluación debe incluir una evaluación de los impactos ambientales y sociales que se generan o pueden generar. Los proyectos calificados con riesgo alto, necesariamente, tienen que pasar por un mayor control y supervisión por parte de la entidad financiera. Mientras que para proyectos Categoría B y potencialmente Categoría C, corresponderá una evaluación ambiental o social limitada o focalizada. El proceso de evaluación debe contener el cumplimiento de las leyes pertinentes del país, relacionados con los aspectos ambientales y sociales, si es un país designado; si es un país no designado, esta revisión también incluye el cumplimiento de las Normas de Desempeño del IFC.

Después de la evaluación, para todos los proyectos Categoría A y Categoría B, la entidad financiera requerirá el desarrollo de un sistema de gestión ambiental y social, debiendo preparar un Plan de Gestión Ambiental y Social para abordar los problemas planteados en el proceso de evaluación e incorporar las acciones necesarias para cumplir con los estándares aplicables. Cuando las normas aplicables no se cumplan a criterio de la entidad financiera, se exigirá la preparación de un Plan de Acción de Principios del Ecuador, a fin de establecer compromisos y reducir las brechas para cumplir con los Principios de Ecuador. Adicionalmente, para los proyectos Categoría A y algunos proyectos Categoría B, se deberá contar con un

revisor independiente que evalúe el cumplimiento del desempeño ambiental y social de la empresa a lo largo del tiempo de vida del financiamiento.

Todos estos alcances propuestos por los Principios de Ecuador para la gestión de los riesgos ambientales y sociales en las operaciones financieras fueron recogidos el año 2015 por la SBS en la Resolución SBS N° 1928-2015, la cual aprueba el Reglamento para la Gestión del Riesgo Ambiental y Social; y es a partir de allí que las entidades financieras en nuestro país han venido teniendo que adecuar sus procesos y lineamientos, lo cual ha implicado serios desafíos, fundamentalmente porque sus funcionarios no tenían capacidades ambientales y porque no tenemos un marco legal claro y articulado que integre ambas materias. Sin embargo, su implementación se tuvo que dar sobre la marcha y esto generó un aprendizaje y pruebas de acierto y error. A partir de ello, se fortalecieron y mejoraron los procesos de debida diligencia, en donde el tema ambiental y social pasó a ser un factor importante en la revisión legal; y en caso se identificaran riesgos ambientales y sociales, las cláusulas contractuales sobre estos temas debían ser lo suficientemente sólidas y claras para tratar de mitigar contingencias a futuro para la entidad financiera. De este modo, el mercado generó exigencias y requerimientos para las empresas interesadas en obtener los financiamientos, que muchas veces fueron más eficaces que la propia supervisión ambiental realizada por el Estado.

Hoy en día es inimaginable que una operación financiera se lleve a cabo sin una adecuada categorización y debida diligencia del proyecto a ser financiado. Los abogados a cargo de este proceso no sólo se deben avocar en los temas legales tradicionales, sino que deben incorporar temas ambientales y sociales, así sea el financiamiento de proyectos educativos o la construcción de un supermercado, donde los temas ambientales eran antes impensables. Además, se debe evaluar también los posibles riesgos reputacionales que se pueden generar para las entidades financieras a propósito de los financiamientos que otorgan; en esa línea, es ya obligatorio advertir, por ejemplo, en un financiamiento de un proyecto minero si dicha empresa tiene conflictos sociales con sus áreas de influencia, ya que sabemos que, si ello es así, es posible que la empresa no pueda desarrollar su proyecto a futuro y en esa medida, no tenga los recursos económicos suficientes para poder pagar el financiamiento.

Como se puede ver, la irrupción del riesgo ambiental y social en el sistema financiero global ha transformado la manera en que las instituciones financieras evalúan y gestionan los proyectos de inversión que manejan, lo cual ha requerido también que el servicio legal en estas operaciones evolucione. Pero esta evolución exige también contar con marcos legales claros, sólidos y adaptativos, capaces de enfrentar desafíos complejos y de largo plazo, como lo son los relacionados con los temas ESG.

IV. DESAFÍOS REGULATORIOS E INSTITUCIONALES EN LA TRANSICIÓN HACIA UN SISTEMA FINANCIERO VERDE

Tal como se ha mostrado, las finanzas verdes surgieron a partir de instrumentos desarrollados por el propio mercado, con el objetivo de migrar el sistema económico hacia uno más sostenible alineado con las necesidades del planeta y uno en el cual se pudiera gestionar estos nuevos riesgos. Pero ésta no es una tarea que involucra sólo al sector privado o al sector público, ya que para el primero es meramente voluntario ya que no es su función y el segundo, no tiene los recursos suficientes para hacer frente a todos los desafíos a los que nos enfrenta los temas ambientales. Así que resulta necesario un trabajo en conjunto y articulado de movilización de capital privado e institucional, pero para que ello sea posible y para hablar el mismo lenguaje, se hace necesario el establecimiento de normas y definiciones claras sobre qué se puede considerar inversiones o productos financieros sostenibles o verdes.

En esa línea, el tratamiento de los temas ambientales dentro de la regulación financiera ha presentado a nivel internacional una marcada heterogeneidad. Las distintas formas en que los países abordan los temas ambientales y sus riesgos reflejan sus contextos económicos, políticos y sociales, así como sus niveles de desarrollo institucional. Europa se ha posicionado como la líder en la materia al aprobar la taxonomía verde con la publicación del Reglamento (UE) 2020/852, que aprueba la Taxonomía Verde en el contexto del Plan de Acción sobre Finanzas Sostenibles, la cual clasifica las actividades económicas según su contribución a la sostenibilidad, permitiendo orientar las inversiones y evitar prácticas de *greenwashing*⁴ tan comunes hoy en día.

La Taxonomía Verde europea fue aprobada el 2020, sin embargo, su implementación ha sido gradual, con los primeros criterios técnicos entrando en vigor el 2021, con fechas clave de cumplimiento y reporte que aún continúan evolucionando. Y debe quedar claro que la aplicación de los criterios aquí plasmados, nos impactará de alguna manera por la globalización en la que vivimos.

En Estados Unidos, pese a la resistencia inicial, la presión ejercida por grandes inversionistas y aseguradoras ha impulsado a reguladores y empresas a reconocer los riesgos climáticos en las operaciones financieras, aunque aún está bastante fragmentada y lejos de lo regulado en el caso europeo.

⁴ El *greenwashing* es una práctica publicitaria donde se difunden mensajes tergiversados o exagerados respecto del impacto positivo o negativo en el ambiente de distintos productos o servicios. Así, una empresa se presenta a sí misma o a sus productos como ecológicos o sostenibles, cuando en realidad no lo son. Este término que significa "lavado verde", se utiliza para dar una imagen falsa de responsabilidad ambiental con el objetivo de atraer a los consumidores que buscan productos o servicios más amigables con el ambiente.

En América Latina, la situación es particular. A pesar de que la región es una de las más vulnerables a riesgos físicos del cambio climático y también depende en gran medida de la exportación de sus recursos naturales, nuestras legislaciones no han avanzado en conjunto. Colombia fue el primer país de la región en aprobar una taxonomía verde en abril del 2022, le siguió México en el 2023, Costa Rica el 2024 y Chile en mayo de este año. En Brasil se ha publicado este año (2025) un proyecto con una propuesta de taxonomía que viene siendo discutida; y en Perú sólo tenemos la Hoja de Ruta de Finanzas Verdes del 2023, manteniendo así una posición rezagada en comparación del resto de la región.

Pero cuál es la real importancia de contar con una taxonomía. Primero que la taxonomía da definiciones, clarifica y clasifica qué inversiones y actividades económicas son sostenibles en el marco de los objetivos trazados, cerrando así el espacio a acciones que no cumplen con estos criterios y permitiendo identificar y sancionar las prácticas *greenwashing*. Segundo, permite tener criterios claros para crear un sistema de clasificación de actividades económicas o inversiones sostenibles, que no causen perjuicios significativos a ninguno de los objetivos que persigue la propia taxonomía y que respetan las garantías sociales mínimas durante el desarrollo de sus actividades o inversiones. En definitiva, una taxonomía brinda un lenguaje común que favorecerá la credibilidad y la transparencia del mercado.

Así, se presenta la primera barrera y reto para nuestro país para transitar hacia un sistema financiero verde y, es la falta de estandarización y definición de lo que es verde o sostenible. Ello en tanto que no existe -a la fecha- un marco consensuado de las actividades y/o productos de finanzas verdes tanto para el mercado financiero como para las entidades públicas. Esta situación, como bien se ha advertido en la Hoja de Ruta para las Finanzas Verdes para el Perú, limita la elegibilidad de actividades, proyectos o gastos que cumplan con criterios socioambientales y hace posibles prácticas de *greenwashing* (Ministerio del Ambiente, 2025 p. 44). Para enfrentar este reto, resulta indispensable que nuestro país cuente con una taxonomía verde que nos oriente y guíe en este camino hacia las finanzas verdes. A ello se suma la necesidad de realizar mejoras en el marco normativo vigente de los sectores económicos sobre finanzas verdes.

Seguido a lo anterior, se constata la falta de capacidades -en estos nuevos temas- en actores claves del sistema financiero y sector público. Existen limitados conocimientos sobre las finanzas verdes y sus impactos positivos tanto en la economía como en el ambiente; sumado a lo cual, está que el desconocimiento fortalece la resistencia cultural dentro del sector financiero, donde lo ambiental aún se percibe como accesorio frente a los indicadores clásicos de rentabilidad. Superar este desconocimiento sólo se logra con la generación y fortalecimiento de capacidades en finanzas verdes, no sólo a funcionarios del sector público sino también a actores

del sector privado que les permita el conocimiento de instrumentos financieros con componentes verde o el desarrollo de los mismos, así como de herramientas para gestionar los riesgos ambientales y advertir sus efectos en los portafolios de inversión.

A esto se suma, la falta de beneficios o incentivos económicos y no económicos generados por el Estado que impulsen el tránsito hacia las finanzas verdes, permitiendo la movilización de recursos privados hacia proyectos ambientales propios o mixtos. Desde el Estado peruano no se ha priorizado el uso de incentivos de este tipo para buscar la promoción de temas verdes o ambientales en nuestro país; las medidas con las que contamos son ciertamente limitadas. Ello no genera estímulos en el sector privado para buscar desarrollar instrumentos financieros o desarrollar proyectos de este tipo.

Así, se identifica la falta de articulación y colaboración existente entre las entidades financieras, ambientales y el sector privado, que dificulta la implementación de políticas integrales. Es necesario generar espacios de colaboración y propuestas de acción conjunta orientadas a tener una visión clara y unificada sobre la sostenibilidad que esperamos tener en nuestro país.

En consecuencia, la transición hacia un sistema financiero sostenible no constituye únicamente un desafío técnico o económico, sino una transformación total que involucra también lo jurídico e institucional. El gran desafío requiere dejar atrás la visión tradicional del sistema financiero para dar espacio a la sostenibilidad. Evidentemente, la construcción de este nuevo paradigma no es inmediata y como hemos visto en el caso de Europa, esto es progresivo; sin embargo, el camino ya está trazado, es un rumbo inevitable: el sistema financiero ya no puede permanecer al margen de los desafíos globales. Las finanzas verdes están aquí para ayudarlo en esa tarea.

V. CONCLUSIONES

Como se ha expuesto a lo largo del presente artículo, la transformación verde del sistema financiero representa uno de los procesos más complejos y trascendentales de la gobernanza corporativa global. Más que una tendencia, constituye una reconfiguración estructural del modo en que las finanzas se relacionan y enfrentan con las nuevas realidades y preocupaciones de la sociedad. En este nuevo paradigma, en donde se aspira a lograr los ODS, las finanzas verdes surgen como el facilitador clave, proporcionando herramientas para movilizar el capital económico hacia proyectos que apoyan en la tarea de alcanzar los mismos y para permitir gestionar los riesgos ESG, que son actualmente variables claves.

De esa manera, el reconocimiento del riesgo ambiental en todas sus dimensiones (físico, de transición y de responsabilidad civil) ha superado lo comprensible,

desbordando los conceptos clásicos y adentrándonos en entornos caracterizados por la volatilidad e incertidumbre. Este cambio obliga a repensar en los modelos de supervisión, valoración de activos y de divulgación de información clásicos. Y desde el propio mercado se han creado herramientas que han permitido la gestión de estos nuevos riesgos, como es el caso de los Principios de Ecuador.

Ahora bien, desde la perspectiva jurídica, esta transición ha implicado la incorporación de temas ambientales y sociales en el universo del derecho financiero. Es impensable hoy en día que las operaciones financieras evalúen únicamente pensando en los típicos riesgos de solvencia, rentabilidad y estabilidad; cabe ahora mirar los riesgos que el cambio climático, la pérdida de biodiversidad y los conflictos sociales podrían generar en las mismas. Esto ciertamente en la práctica nos conduce a atender una necesidad de trabajo articulado y en equipo de dos áreas del derecho que antes parecían ser antagónicas.

Pero la real transformación del sistema financiero tradicional sólo será posible si es que contamos con normas claras que clarifiquen y clasifiquen lo que se debe entender por finanzas verdes, sino vamos a caer y fomentar prácticas de *greenwashing* que a la larga lo que hacen es desalentar la movilización real hacia prácticas o proyectos verdes. Perú ya ha mostrado ciertos indicios de que está en el camino hacia esa transformación, pero aún vamos relegados de nuestros vecinos, Colombia y Chile, quienes ya cuentan con taxonomías verdes y marcos legales que incentivan el desarrollo de las finanzas verdes en sus jurisdicciones.

Así, la implementación de taxonomías verdes, estándares de divulgación climática y mecanismos de debida diligencia ambiental y social contribuyen a generar confianza en el mercado, reducir asimetrías de información y prevenir el *greenwashing*; sin embargo, estos instrumentos sólo serán eficaces si se respaldan en un marco jurídico sólido, con reglas claras de verificación, monitoreo y sanción que garanticen su cumplimiento efectivo. Y para ello es fundamental el fortalecimiento de capacidades, no sólo del sector privado, sino también de los supervisores, ya que no es posible exigir una supervisión en temas de finanzas verdes, si es que los funcionarios públicos no tienen claro estos conceptos y sus alcances.

Finalmente, este nuevo paradigma demanda un sistema financiero capaz de asumir un papel activo en la transición ambiental, estableciendo incentivos adecuados, reforzando la transparencia y asegurando que las decisiones de inversión y crédito se alineen con los objetivos climáticos y de sostenibilidad global. La transformación es ineludible, pero su éxito dependerá de la capacidad de los marcos regulatorios para acompañar, orientar y consolidar esta transformación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2022). *Finanzas sostenibles en América Latina y el Caribe: Avances y desafíos*. <https://publications.iadb.org>
- CEPAL. (2023). *Financiamiento para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*. <https://www.cepal.org>
- Equator Principles Association. (2019). *The Equator Principles IV*. <https://equator-principles.com>
- European Commission. (2020). *EU Taxonomy Regulation (Regulation (EU) 2020/852)*. <https://finance.ec.europa.eu><https://www.gob.pe/institucion/minam/noticias/781613-minam-aprueba-hoja-de-ruta-de-finanzas-verdes>
- IFRS Foundation. (2023). *IFRS S1 and S2 Sustainability Disclosure Standards*. <https://www.ifrs.org>
- International Capital Market Association (ICMA). (2021). *Green Bond Principles*. <https://www.icmagroup.org/sustainable-finance>
- Ministerio del Ambiente (2025). *Hoja de Ruta de Finanzas Verdes para el Perú*.
- Network for Greening the Financial System (NGFS). (2020). *Guide for Supervisors: Integrating climate-related and environmental risks into prudential supervision*. <https://www.ngfs.net>
- OECD. (2021). *Environmental Risk and Financial Stability*. <https://doi.org/10.1787/1a3e282e-en>
- Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD). (2017). *Final Report: Recommendations of the TCFD*. <https://www.fsb-tcfid.org>

LA OSCURIDAD COMO COMPONENTE DEL AMBIENTE

VITO VERNA CORONADO¹

► **RESUMEN:**

La contaminación lumínica afecta la vida silvestre y la salud y cultura humana, además de representar un desperdicio energético y económico significativo. Su regulación y control resultan esenciales no solo para preservar el equilibrio ambiental, sino también para restablecer la relación de la humanidad consigo misma y garantizar el ejercicio efectivo de derechos vinculados al disfrute del medio ambiente.

En las líneas que siguen se presenta una breve exposición de los problemas relacionados con este tipo de contaminación, una introducción a los conceptos clave para entenderla, los instrumentos de gestión ambiental relacionados con el control de la luz artificial y una breve descripción de la regulación peruana en esta materia.

Palabras clave: Contaminación lumínica, estándares de emisión, cielos oscuros, luz artificial, derecho al medio ambiente.

► **ABSTRACT:**

Light pollution affects wildlife as well as human health and culture, and it also represents a significant waste of energy and economic resources. Its regulation and control are essential not only to preserve environmental balance but also to restore humanity's relationship with itself and to ensure the effective exercise of rights related to the enjoyment of the environment.

The following pages present a brief overview of the problems associated with this type of pollution, an introduction to the key concepts needed to understand it, the environmental management instruments related to the control of artificial light, and a concise description of Peruvian regulation on the subject.

¹ *Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister por la Università Commerciale Luigi Bocconi.*

Keyword: Light pollution, emission standards, dark skies, artificial light, right to a healthy environment.

I. INTRODUCCIÓN

Las líneas que siguen buscan introducir al lector en una temática poco conocida y con un importante componente técnico, la cual reviste una enorme importancia en la protección jurídica del ambiente. La contaminación lumínica, entendida en términos generales, se produce cuando la luz artificial se proyecta en ecosistemas o zonas que, por razones de orden biológico, sanitario, cultural o científico, deberían conservarse oscuras.

Desde un punto de vista jurídico – regulatorio, nuestro país ha avanzado muy poco, la ley y reglamento, recientemente aprobados, contienen disposiciones que abordan principalmente el impacto de los equipos de publicidad exterior (EPE) en la salud humana, dejando todo lo demás para después.

En este escenario, cobra particular importancia resaltar que la contaminación lumínica es mucho más que una pantalla encendida durante la noche que altera el ciclo circadiano de miles de residentes urbanos; resulta esencial decir, además, que sus efectos pueden alterar gravemente la flora y la fauna, nuestra salud y, quizás lo más importante, empobrecer lo que somos como civilización.

Precisamente en ello radica la motivación del autor para escribir esta pequeña contribución, cual es, llamar la atención hacia un tema esencial de la problemática ambiental, el cual ha sido relegado en la agenda regulatoria nacional, quizás por el desconocimiento de la real magnitud de sus efectos perjudiciales.

El artículo inicia con una descripción de los principales problemas que ocasiona la luz artificial en la biosfera, la salud y cultura humana, con la intención de subrayar la necesidad de su regulación legal; a continuación, se aborda el concepto jurídico de “contaminación” como categoría relativa y no absoluta; y, los diversos instrumentos de gestión ambiental diseñados para su control o eliminación.

Finalizamos, haciendo una muy breve reseña normativa que no pretende ser exhaustiva ni jurídicamente robusta, sino descriptiva de lo poco que ha avanzado nuestro país en la regulación de esta forma de contaminación.

II. IMPORTANCIA DE LA OSCURIDAD

Entorno o medio ambiente son términos que aluden, de forma simplificada, a una gran cantidad de condiciones que caracterizan un determinado espacio. Una de las más notorias, sensorialmente hablando, es la oscuridad.

La contaminación lumínica nos priva de la oscuridad, la cual, como veremos más adelante, es condición necesaria para la supervivencia equilibrada de seres vivos y, en nuestro caso, el disfrute pleno del derecho a la salud y al medio ambiente,

ambos reconocidos en convenios internacionales y las constituciones de la mayoría de los países del mundo.

Todas las especies que conforman la biosfera en la Tierra han evolucionado influenciadas por los ciclos constantes de luz y oscuridad, los cuales se suceden indefectiblemente en cada lugar de la Tierra como efecto de la rotación del planeta sobre su eje. Por ello, no debemos de olvidar que todos los seres vivos somos seres de luz y en igual medida, de oscuridad, ambas condiciones moldearon nuestra evolución y son esenciales para sobrevivir en equilibrio y salud.

La relación de cada especie con la oscuridad o ausencia de luz natural es diferente, algunos animales descansan durante la noche, otros, en cambio, utilizan esta fase para estar más activos y poder alimentarse, pero indefectiblemente, la oscuridad se relacionará directamente con las funciones y patrones vitales de todos los seres animados del planeta.

En un reciente informe de la Oficina de las Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Ultraterrestre (UNOOSA, 2020, p. 24), se recordó que aproximadamente el 30% de todos los vertebrados, incluidos más del 60% de mamíferos y más del 60% de los invertebrados, son nocturnos y que, por lo tanto, la oscuridad constituye una parte esencial de su ecosistema.

En tal sentido, las acciones para la conservación de las especies, la preservación de la biodiversidad y, en definitiva, la protección del derecho a gozar de un medio ambiente adecuado, no deben dejar de considerar el control de la contaminación lumínica como un elemento clave e indispensable de estos esfuerzos.

Durante milenios los humanos hemos contemplado el cielo nocturno absortos por su belleza, la cual palidece frente a los inconmensurables misterios que encierra. La oscuridad aportó orientación espacial a antiguos viajeros antes del descubrimiento de la brújula, orientación temporal y estacional a los agricultores, fue fuente de respuesta e inspiración para religiones de todos los tiempos. Cada cultura sobre la Tierra creó sus propias constelaciones, uniendo las estrellas con líneas imaginarias, convirtiéndolas así en proyecciones astrales de su cultura e iconografía.

El firmamento nocturno se relacionó a lo largo de nuestra historia con nuestras vidas de múltiples y maravillosas formas, moldeó nuestra cultura, religión y economía, aportó respuestas a nuestra inquieta mente sobre el pasado el presente e incluso el futuro.

El proceso de concentración poblacional en grandes e iluminados núcleos urbanos ha eliminado la posibilidad de que miles de millones de personas puedan contemplar el universo a través del cielo nocturno, lo que significa una pérdida con implicancias psicológicas, sociológicas y quizá axiológicas; en definitiva, culturales, que nos empobrecen tanto en un sentido retórico como en uno práctico.

Asimismo, que la luz artificial ilumine el cielo constituye una pérdida económica significativa también, una ineficiencia que nos sale caro y además nos priva de un bien o recurso natural², alimentando de paso, el cambio climático. Según DarkSky International (2023), al menos el 30% de toda la iluminación exterior, solo en EE. UU., se desperdicia, principalmente por luces sin protección. Esto suma 3 300 millones de dólares y la liberación de 21 millones de toneladas de dióxido de carbono al año³.

Una cuestión adicional ¿Por qué es importante que todos podamos contemplar el universo, algo que solo es posible durante la noche? La respuesta a esta enorme y trascendente cuestión excede en mucho lo que puedan leer en este breve artículo. Sin embargo, la contemplación del cosmos fue y es central para explicar nuestra propia existencia, sentido y destino.

Somos seres contruidos con los mismos elementos químicos que vemos esparcidos por todo el universo. El calcio de nuestros huesos, el hierro en nuestra sangre y el carbono de nuestra piel y órganos fueron forjados a partir de fusiones nucleares que tuvieron lugar en el núcleo de estrellas que cumplieron su ciclo de existencia y murieron hace miles de millones de años. Parafraseando a Carl Sagan, somos el universo contemplándose a sí mismo.

Los descubrimientos científicos realizados desde que, en el siglo XVII, Galileo Galilei apuntó por primera vez un telescopio rudimentario al cielo nocturno son asombrosos, definen lo que somos en términos sociales, culturales y tecnológicos. Supimos, por ejemplo, que no somos el centro del universo, que los astros solo aparentemente giran en torno a nosotros y que en realidad habitamos un pequeño planeta que orbita una estrella bastante común, situada en la periferia de una galaxia —la Vía Láctea— que es solo una entre miles de millones más.

Estos descubrimientos, al contrario de lo que podemos pensar, no nos empequeñecen, nos enaltecen. El descubrimiento de nuestra insignificancia cósmica es la prueba indubitable de nuestra grandeza como especie inteligente. Por lo tanto, saberlo, nos hace mejores, nos nutre de verdad científica, la cual, y como toda verdad, nos libera, felizmente.

Este efecto liberador solo es posible con la conjunción de conocimiento y contemplación estelar, por ello, debemos devolver a nuestros congéneres su conexión con

² De acuerdo con la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, se consideran recursos naturales 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, como lo es el paisaje, por ejemplo.

³ <https://darksky.org/resources/what-is-light-pollution/effects/energy-climate/>

el cosmos. Hoy, queda claro, que la protección de los cielos nocturnos importa para la ciencia, para el ambiente y para la humanidad en todas las acepciones de esta singular palabra.

III. RESEÑA DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL QUE PODRÍAN APLICARSE

Debemos ser conscientes que cuando la luz artificial ilumina la noche se produce una alteración del entorno natural: un impacto ambiental, el cual podrá —o no— ser calificado jurídicamente como contaminación ambiental. Coloquialmente solemos decir que la contaminación se produce cuando una sustancia, una condición física (como la luz) o un organismo se encuentra en el lugar equivocado, en la concentración equivocada y en el momento o por tiempo equivocado. Es decir, el contaminante no pertenece, es un elemento extraño en lugar, concentración o tiempo.

En este punto, es necesario añadir que la contaminación es relativa, casi nunca absoluta. Un lugar, componente ambiental, especie viva, etc. estará o no contaminado o contaminada con relación a un umbral cuantitativo (objetivo) o cualitativo, el cual será fijado por una norma atendiendo a criterios como el uso antrópico del bien o servicio, una función ecosistémica determinada, la tolerancia biológica, la capacidad de carga o la protección de la salud pública.

La presencia de un contaminante —de cualquier tipo, sea físico como la luz, biológico o químico— tendrá efectos perjudiciales dependiendo de su presencia, concentración y tiempo de permanencia. Por ello, los estándares de emisión restringen la cantidad de contaminantes que pueden ser legalmente liberados al ambiente, mientras que los estándares de calidad ambiental (ECA) establecen magnitudes máximas de contaminantes presentes en el cuerpo receptor, que no constituyen un riesgo negativo significativo para la salud o el ambiente.

¿Cuándo estaremos frente a una situación de contaminación lumínica? La respuesta es sencilla: cuando la cantidad de luz exceda el umbral de tolerancia, que incluso podría ser cero. Ahora bien ¿Cómo fijamos el umbral o umbrales de tolerancia? La respuesta depende de lo que queramos preservar, proteger o permitir.

En tal sentido, las regulaciones sobre calidad ambiental —como las relativas a la calidad del aire, del suelo, del agua o del ruido— establecen umbrales o límites objetivos, denominados Estándares de Calidad Ambiental (ECA), que delimitan los niveles de contaminación presentes en el medio receptor que no representan un riesgo para la salud, las actividades humanas o el ambiente, de aquellos que sí tienen esa potencialidad.

En segundo lugar, estas regulaciones —que constituyen referentes objetivos diseñados para discernir entre lo tolerado y legal, y lo riesgoso e ilegal— se complementan con instrumentos de gestión ambiental, que buscan prevenir, mantener o reducir los niveles de contaminación presente en el entorno.

Estos instrumentos, pueden ser: del tipo “comando y control”, económicos o voluntarios, entre otros.

Para efectos de este artículo, nos centraremos en los instrumentos Comando y Control, dentro de los cuales tenemos los estándares de emisión, los estándares tecnológicos y estándares de producto. Los estándares de emisión imponen límites a la liberación de contaminantes en la fuente de generación, los más conocidos son los límites máximos permisibles (LMP). En el Perú, por citar algunos ejemplos, tenemos los LMP para emisiones atmosféricas de las actividades de generación termoeléctrica aprobados mediante el Decreto Supremo N° 030-2021-MINAM (2021); los LMP de ruido generado por las aeronaves que operan en el territorio nacional, aprobados mediante el Decreto Supremo N° 005-2019-MINAM (2019); o los LMP para efluentes de los establecimientos industriales pesqueros de consumo humano directo e indirecto, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 010-2018-MINAM (2018).

Los estándares tecnológicos restringen la liberación de contaminantes mediante la imposición, a través de la regulación, del uso obligatorio de un tipo de específico de tecnología, probadamente menos contaminante o menos riesgosa que otras disponibles en el mercado. De esta forma, los actores económicos, para operar legalmente, deberán trabajar únicamente usando la tecnología o tecnologías que la norma legal habilita. Un ejemplo de este tipo de regulación lo vemos en el sector Pesca, cuando, mediante la Resolución Ministerial N° 621-2008-PRODUCE (2008), se dispuso que los titulares de la industria estaban obligados a implementar innovación tecnológica para mitigar sus emisiones al medio ambiente.

Por su parte, los estándares de producto previenen la liberación de contaminantes —la luz artificial incluida— interviniendo en la manufactura de ciertos bienes, a través de normas técnicas de producto, evitando así que estos sean producidos utilizando ciertos contaminantes. Un ejemplo muy importante de este tipo de normas es el Decreto Supremo N° 014-2021-MINEM (2021), que establece medidas relacionadas al contenido de azufre en los productos Diesel, Gasolina y Gasohol para su comercialización. Esta norma legal establece un límite de hasta 10 ppm de contenido de azufre en los combustibles, hoy es 50 ppm. Esta medida será exigible entre los años 2026 y 2027. Así, cuando estas nuevas gasolinas entre en combustión en los vehículos producirán mucho menos óxidos de azufre (SOX) que los combustibles actuales.

La actividad de normalización de productos —mediante las Normas Técnicas Peruanas (NTP)— y su certificación —mediante laboratorios acreditados— constituyen instrumentos de gestión ambiental claves; de ahí la necesidad de involucrar de manera decidida al INACAL en la misión de controlar la contaminación lumínica en particular y la contaminación, en todas sus formas, en general.

El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) representa otro instrumento clave para el control de este tipo de contaminación física, pues le corresponde analizar y gestionar los posibles impactos lumínicos de los proyectos de inversión sometidos a su evaluación. Corresponde al Ministerio del Ambiente (MINAM) y al Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) emitir las guías necesarias para una mejor elaboración y evaluación de los estudios ambientales en este extremo.

Realizada esta breve introducción a los instrumentos de gestión ambiental que pueden ser aplicados para el control de la contaminación lumínica, pasemos a revisar lo avanzado en el Perú en esta materia.

IV. LO AVANZADO HASTA LA FECHA EN EL PERÚ

En nuestro país contamos con la Ley N° 31316, del 27 de julio de 2021, para la prevención y control de la contaminación lumínica, y su reglamento, aprobado el 12 de noviembre de 2025, por Decreto Supremo N° 021-2025-MINAM.

El objetivo de la Ley es establecer el marco regulatorio aplicable a todas las fuentes de contaminación lumínica en el país, con la finalidad de contribuir con la mejora de la calidad de vida humana y de la fauna silvestre, a través de la prevención de riesgos a la salud, la promoción de la eficiencia energética, la seguridad vial, y evitar la alteración del paisaje (Ley N° 31316, 2021, art. 1). Asimismo, su ámbito de aplicación incluye la iluminación proveniente de actividades deportivas, industriales, productivas y de servicios, elementos de publicidad exterior (EPE), y el alumbrado de las vías públicas (Ley N° 31316, 2021, art. 2).

Antes de continuar, es importante definir algunos conceptos técnicos clave que se utilizan en el control de la contaminación lumínica, para lo cual nos valdremos de la siguiente tabla:

Tabla 1
Conceptos técnicos respecto al control de la contaminación lumínica

Concepto	Definición Legal	Explicación
Luminancia	Es la intensidad luminosa por unidad de área de luz que viaja en una dirección determinada, comúnmente medida en candelas por metro cuadrado (cd/m ²). Su métrica depende del ángulo del observador hacia una superficie con una intensidad luminosa (Ley N° 31316, 2021).	Es el brillo aparente del objeto. Como percibimos la luz que emite o refleja una fuente o superficie. Un objeto será más o menos brillante en función a la cantidad de luz que llegue al ojo, lo que depende de nuestra posición y ángulo relativo a la fuente.
Iluminancia	Es la cantidad de flujo luminoso que incide sobre una superficie, y su unidad de medida es el lux o lm/m ² (lúmenes sobre metro cuadrado) (Ley N° 31316, 2021).	Es la cantidad de luz que llega a una superficie. Si tenemos un poste de luz, la iluminancia será medida en función a la cantidad de luz que llega al suelo.
Intensidad luminosa	Intensidad luminosa. Es la cantidad de luz que es percibida respecto del ángulo sólido por el que fluye el flujo luminoso y que es emanada directamente desde una fuente de luz artificial (Ley N° 31316, 2021).	Es la medida de la cantidad de luz emitida en una dirección determinada. En un poste de luz que apunta hacia abajo, la intensidad luminosa será más alta en el centro, y se irá debilitando en los bordes
Flujo radiante	Potencia emitida, transportada o recibida en forma de radiación. (Ley N° 31316, 2021).	Energía total emitida por una fuente, medida en vatios.

Fuente: Elaboración propia

La Ley se estructura en 3 capítulos, uno para EPE, otros para iluminación en vías públicas y un tercero, dedicado al alumbrado de actividades deportivas, industriales, productivas y de servicios. En cada caso, se definen las funciones normativas de las autoridades, las obligaciones de los administrados, la necesidad de elaborar la tipificación respectiva de las infracciones y la función de fiscalización administrativa.

Dentro de las medidas, cuyo desarrollo encarga al reglamento para los EPE, tenemos: restringir la autorización de los EPE, prohibiciones zonales y distancias mínimas para su instalación, así como horarios de funcionamiento nocturno.

Respecto de las funciones: para el Ministerio del Ambiente, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y los gobiernos subnacionales, tenemos las que se destacan en la siguiente tabla.

Tabla 2
Funciones de las autoridades

Autoridad	Funciones
Ministerio del Ambiente	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborar límites máximos de luminancia para publicidad exterior • Desarrollar protocolo de monitoreo de luminancia para publicidad exterior • Aprobar lineamientos para entidades públicas sobre la adquisición de fuentes de contaminación lumínica
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental	<ul style="list-style-type: none"> • Monitorear aleatoriamente la luminancia de EPE y comunicar superaciones a la Entidad de Fiscalización Ambiental.
Respecto de las vías, según su competencia: Ministerio de Transportes y Comunicaciones/ Gobiernos Regionales/ Municipalidades Provinciales y distritales	<ul style="list-style-type: none"> • Denegar/restringir instalación de EPE en zonas por seguridad vial, salud, etc. • Realizar inventario de ubicaciones donde no se permiten EPE
Municipalidades Provinciales y distritales	<ul style="list-style-type: none"> • Implementar planes de prevención y control de contaminación lumínica en coordinación con municipalidades distritales y provinciales, según corresponda.

Fuente: Elaboración propia.

Para el caso de vías públicas y actividades deportivas, industriales, productivas y de servicios, la regulación es similar. Dentro de las funciones normativas: encarga al MINAM, Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Ministerio de Educación (MINEDU), Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y al Ministerio de la Producción (PRODUCE), definir los parámetros de iluminancia y luminancia aplicables a los equipos de alumbrado, postes de alumbrado público y en general fuentes artificiales de alumbrado, vale decir, les encarga definir estándares de emisión, de producto y/o tecnológicos, que limiten este tipo de contaminación.

Finalmente, la Ley dispone un plazo de 180 días hábiles para la aprobación de LMP de luminancia para los EPE y para la aprobación del protocolo de monitoreo de

luminancia para estos artefactos, además de declarar de necesidad pública e interés nacional la evaluación, identificación y mitigación de los impactos provenientes de la contaminación luminosa en los diferentes ámbitos del país.

El proyecto de reglamento de la Ley fue publicado para consulta pública el 1 de marzo de 2024, y en su articulado destacan el desarrollo de los nuevos requisitos legales aplicables a los EPE y su tipificación, la creación de zonas de protección contra la contaminación lumínica (ZPCL), con cuatro categorías, que van desde las áreas intrínsecamente oscuras, por contener observatorios astronómicos o áreas naturales protegidas, hasta las áreas de brillo y luminosidad alta, donde se ubican los centros de las ciudades, zonas industriales, zonas de actividades comerciales y de servicios, definiciones clave para la aplicación de la norma, entre otros aspectos de desarrollo normativo (Resolución Ministerial N° 073-2024-MINAM, 2024).

El nuevo reglamento de la Ley difiere del proyecto reseñado antes, respecto de la creación de una zonificación de zonas oscuras, instrumento que al parecer es dejada de lado por la autoridad ambiental.

Entre las principales disposiciones que introduce la nueva reglamentación podemos reseñar las siguientes:

- a. Respecto a los EPE, el reglamento limita su ámbito de aplicación a aquellos con área de exhibición igual o mayor a 12 metros cuadrados; desarrolla los requisitos para la autorización de operación y renovación, ficha técnica; establece prohibiciones para el otorgamiento de la referida autorización, la cual busca preservar una distancia mínima de quinientos metros respecto de zonas residenciales, de protección para áreas verdes, parques, playas, áreas naturales protegidas y ecosistemas frágiles; delimita un horario de no funcionamiento, que va de las 00:00 horas a las 7:00 horas, todos los días; y, aprueba una tipificación especial.
- b. Respecto del alumbrado de las vías públicas y la iluminación en la que se desarrollen actividades deportivas, industriales, productivas y/o de servicios, el nuevo reglamento prácticamente no avanza en desarrollar lo establecido en la ley, salvo por lo establecido en las Disposiciones Complementarias y Finales Segunda y Tercera, que, en el primer caso establece la obligación para el Ministerio de la Producción y los Gobiernos locales de elaborar un diagnóstico que recomiende o no regular los aspectos relativos a la contaminación lumínica; mientras que en el segundo, crea un obligación en cabeza de los titulares de proyectos de inversión consistente en incorporar en sus respectivos estudios ambientales aspectos relacionados con la prevención de los impactos lumínicos que produzcan.

Cómo advertimos antes, el control de la contaminación lumínica implica la definición de normas con un contenido técnico importante, desde los límites máximos permisibles de luminancia, iluminancia, intensidad luminosa o flujo radiante, protocolos de monitoreo, hasta la determinación de normas técnicas de producto para las fuentes de iluminación y para su instalación, sin estos instrumentos regulatorios y un sólido sistema de normalización técnica, acreditación y certificación, la regulación no podrá ser aplicada a cabalidad. En tal sentido, el avance descrito solo establece las bases de una regulación, la cual, está aún lejos de ser operativamente aplicable.

Es notorio que nuestra legislación pone un énfasis especial en los EPE, lo que se explicaría por su afán de proteger principalmente la salud humana en contextos urbanos. Sin duda, este es un aspecto fundamental de este tipo de regulaciones, pero que está lejos de abarcar toda la problemática. La contaminación lumínica debería ser abordada en forma integral, como lo pretende la ley. Lamentablemente, el nuevo reglamento solo cumple mínimamente con su objetivo de desarrollo normativo.

Un referente importante de este tipo de regulación en la región es Chile, país que aprobó su primera norma en el año 1998, con la dación del Decreto N° 686, que luego es desarrollado en el año 2013, a través del Decreto N° 43, norma que estableció límites de emisión aplicables a la contaminación lumínica, pero con un enfoque territorial restringido a zonas de interés para la observación astronómica. Actualmente, estas normas han sido derogadas y sustituidas por el Decreto Supremo N°1/2022 MMA, que fue publicado en el Diario Oficial el 18 de octubre de 2023 y que incorpora un enfoque integral de protección, que incluye a la salud humana, la protección de hábitats y biodiversidad, la ciencia y la explotación turística y, por ende, económica del cielo nocturno (Decreto Supremo N.º 1/2022 MMA, 2023).

La regulación chilena establece restricciones o límites relativos a la intensidad luminosa, luminancia e iluminancia y radiancia espectral, aplicables a las fuentes lumínicas reguladas, vale decir, constituye una norma de LMP que incide en la fuente y no solo en la luminancia (brillo aparente) o iluminancia (luz recibida en la superficie del objeto).

Respecto del control y fiscalización, la norma chilena plantea esta actividad desde la certificación, mediante laboratorios acreditados, vale decir, *ex ante* a la instalación de las luminarias o proyectores; mientras que para el caso de los EPE el control se produce *in situ*, verificando el cumplimiento de los límites establecidos.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La contaminación lumínica afecta negativamente la flora y la fauna, daña nuestra salud mental, cultura y valores, tanto individuales como colectivos, además de ser

un desperdicio irracional de recursos económicos, por todo ello, debe ser combatida, al igual que la contaminación del aire, la de la cuenca del Amazonas o la que afecta los océanos; y es el Ministerio del Ambiente el responsable de liderar esta noble labor, para lo cual deberá articular a los actores involucrados, que son muchos y con igual cantidad de intereses, desde una aproximación holística, sistémica, preventiva y precautoria, gradual y técnica.

El riesgo más grande que enfrenta el control de la contaminación lumínica es que su importancia sea minimizada, debido a la aparente poca notoriedad de sus efectos. La luz artificial nos permite ver durante la noche, pero el precio que pagamos tanto humanos como los demás seres vivos no es menor.

Los efectos en nuestra salud mental, conciencia ontológica individual y colectiva, estructura valorativa derivada de la conciencia del "ser", pérdida de especies, desequilibrios ecosistémicos, por no mencionar las pérdidas económicas, me atrevería a decir que son enormes.

La luz artificial nos permite ver durante la noche, pero al mismo tiempo nos arrebató la oportunidad de contemplar el cosmos, reduciendo así nuestra experiencia del mundo. Creo que esta limitación sensorial luego se expresa en nuestra conciencia ontológica, convirtiéndonos en seres menores, superficiales y utilitarios, ensimismados y atrapados en un mundo artificialmente limitado, breve y cercano.

La historia de la humanidad comenzó en comunidad perfecta con la naturaleza, gradualmente las civilizaciones humanas fueron debilitando su vínculo con los ecosistemas, lo que viene produciendo disfuncionalidades negativas tanto en toda la vida sobre el planeta, como en los propios humanos. Hoy, quiero creer que la humanidad busca transitar el camino de regreso hacia una nueva comunión con el ambiente y sus reglas y, parte importante de este camino -que promete devolvernos gradualmente, calidad de vida, armonía, paz y conocimiento- es reencontrarnos con una maravillosa noche estrellada.

NOTA: USO DE LA IA GENERATIVA

En este texto se utilizó la inteligencia artificial OpenAI 2025 generativa para la elaboración parcial del Resumen del artículo y la elaboración de la Tabla 2 que presenta las principales funciones de las autoridades competentes, las cuales fueron extraídas directamente del texto legal proporcionado por el autor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DarkSky International. (2023, October 17). *Light pollution wastes energy and money and damages the climate*. <https://darksky.org/resources/what-is-light-pollution/effects/energy-climate/>
- Decreto Supremo N.º 014-2021-EM, *Decreto Supremo que establece medidas relacionadas al contenido de azufre en el Diesel, Gasolina y Gasohol para su comercialización y uso y simplifican el número de Gasolinas y Gasohol* (21 de mayo de 2021). Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N.º 005-2019-MINAM, *Establecen Límites Máximos Permisibles de ruido generado por las aeronaves que operan en el territorio nacional* (3 de junio de 2019). Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N.º 010-2018-MINAM, *Aprueban Límites Máximos Permisibles para Efluentes de los Establecimientos Industriales Pesqueros de Consumo Humano Directo e Indirecto* (30 de setiembre de 2018). Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N.º 030-2021-MINAM, *Aprueban Límites Máximos Permisibles para emisiones atmosféricas de las actividades de generación termoeléctrica* (30 de octubre de 2021). Diario Oficial El Peruano. Disponible en el portal del MINAM y en El Peruano.
- Decreto Supremo N.º 1/2022 del Ministerio del Medio Ambiente, *Establece Norma de Emisión de Luminosidad Artificial Generada por Alumbrados de Exteriores* (18 de octubre de 2023). Diario Oficial de la República de Chile.
- Ley N.º 31316, *Ley de Prevención y Control de la Contaminación Lumínica* (27 de julio de 2021). Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N.º 021-2025-MINAM, *reglamento de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Lumínica de Perú* (12 de noviembre de 2025). Diario Oficial El Peruano.
- OpenAI. (2025). ChatGPT (Aug 2025 version) [Modelo de lenguaje grande]. <https://chat.openai.com/>
- Resolución Ministerial N.º 073-2024-MINAM, *Disponen la publicación del proyecto de Reglamento de la Ley N.º 31316, Ley que regula la prevención y control de la contaminación lumínica, con sus Anexos; así como el proyecto de Decreto Supremo que lo aprueba y la Exposición de Motivos* (1 de marzo de 2024). Diario Oficial El Peruano.
- Resolución Ministerial N.º 621-2008-PRODUCE, *Establecen disposiciones dirigidas a titulares de plantas de harina y aceite de pescado y de harina residual de pescado, a fin de realizar la innovación tecnológica para mitigar sus emisiones al medio ambiente* (24 de julio de 2008). Diario Oficial El Peruano.
- United Nations Office for Outer Space Affairs. (2020). *Dark and Quiet Skies for Science and Society: On-line Workshop report and recommendations*.

ARREGLOS INSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LAS COMPENSACIONES DE BIODIVERSIDAD EN EL PERÚ

CAROL MORA PANIAGUA¹

► RESUMEN:

El presente artículo desarrolla la evolución legal e institucional del régimen de compensación ambiental en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y en aplicación del principio de jerarquía de mitigación de la gestión ambiental, aplicable al diseño y desarrollo de proyectos de inversión; asimismo, aborda los desafíos regulatorios y de gobernanza para asegurar las condiciones habilitantes necesarias que permitan impulsar compensaciones de biodiversidad en atención a sus principios rectores asegurando la cero pérdida neta de biodiversidad por el desarrollo de actividades económicas en el Perú.

Palabras clave: Compensaciones ambientales, evaluación de impacto ambiental, jerarquía de mitigación.

► ABSTRACT:

This article discusses the legal and institutional evolution of the environmental compensation regime within the National Environmental Impact Assessment System (SEIA) and in application of the principle of mitigation hierarchy in environmental management, applicable to the design and development of investment projects. It also addresses the regulatory and governance challenges involved in ensuring the necessary enabling conditions to promote biodiversity compensation in accordance with its guiding principles, ensuring zero net loss of biodiversity from economic activities in Peru.

Keywords: Biodiversity offset, environmental impact assessment, mitigation hierarchy

¹ *Abogada graduada con sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con Diploma en Derechos Humanos de la misma casa de estudios, con Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, con estudios de maestría en Derechos Humanos por la PUCP y en Derecho por la Universidad del Rosario de Colombia. Es directora de Política y Gobernanza Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), organización en la que labora desde el 2010.*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de planificación, diseño e implementación de proyectos de inversión pública y privada demanda importantes desafíos en cuanto a la gestión anticipada de impactos ambientales; en el caso peruano, el sistema funcional a través del cual transita dicha gestión es el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), creado en el 2001 mediante la Ley N° 27446 y reglamentado en el 2009 mediante el Decreto Supremo N° 009-2009-MINAM. Este sistema ambiental ha buscado dar coherencia normativa e institucional a través del establecimiento de principios jurídicos y estándares mínimos al régimen de evaluación ambiental de los estudios de impacto ambiental de los proyectos de inversión. La rectoría del sistema recae en el Ministerio del Ambiente (Minam) y, en dicho sentido, esta entidad ejerce un rol de coordinación del mismo, así como la función normativa del régimen marco, sin perjuicio de que actualmente las unidades ambientales de los sectores ostentan también función normativa en el ámbito técnico de sus sectores, asunto en el que profundizaremos más adelante.

Considerando la complejidad de un sistema ambiental tan trascendental como el SEIA, y siendo conscientes de los desafíos institucionales que demanda su funcionamiento y estandarización, es objetivo del presente artículo analizar concretamente una de las etapas residuales y excepcionales de los procesos de elaboración y evaluación de los estudios ambientales, como lo es el proceso de elaboración y aprobación de los planes de compensación ambiental en el marco de las estrategias de manejo ambiental de los estudios de impacto ambiental. Es clave señalar que, cuando nos referimos a compensación ambiental para efectos del presente análisis, nos referimos a las compensaciones de biodiversidad por biodiversidad, por el impacto ambiental residual causado por la ejecución de los proyectos de inversión que no pudieron ser eliminados ni mitigados. La compensación, en este ámbito, no se refiere a un resarcimiento de tipo económico o pecuniario.

La trascendencia de analizar un tema de esta naturaleza recae en la importancia de asegurar una atención integral de los impactos ambientales generados en el marco de la ejecución de los proyectos de inversión en el país, reduciendo cualquier escenario en el que los impactos que no pudieron ser eliminados o mitigados *in situ* generen cargas mayores al entorno. Los impactos ambientales deben ser compensados en una zona conexas al área de emplazamiento del proyecto de inversión.

En dicho sentido, el presente artículo tiene como objetivo analizar la evolución regulatoria de la compensación ambiental, su implementación en virtud de la adherencia del principio de jerarquía de mitigación - JdM en el marco del SEIA. Adicionalmente, se desarrollarán aquellas normas nacionales complementarias e instrumentos internacionales relacionados con la compensación ambiental y con

la protección de la diversidad biológica, en tanto el régimen se encuentra directamente alineado a las metas de conservación nacional.

Reconociendo que desde el 2012, periodo en el que se iniciaron conversaciones concretas sobre la reglamentación de la compensación ambiental en el Perú, hemos atravesado una importante evolución normativa, lo cierto es que existen desafíos técnicos, legales, sociales e institucionales relevantes que deben ir implementándose progresivamente para poder aspirar a compensaciones ambientales que aseguren óptimos y medibles resultados de conservación y aseguren retribuciones equitativas a las comunidades locales que contribuyen con los esfuerzos para la compensación de biodiversidad. El esquema legal y de gobernanza para el diseño de las compensaciones deberá evolucionar con los propios procesos de evaluación de impacto ambiental y el SEIA, así como brindar elementos que permitan discernir entre los escenarios en los que las compensaciones no sean un instrumento idóneo de conservación (IUCN, 2016) ni de gestión integral de impacto ambiental y, por lo tanto, las condiciones de viabilidad del proyecto de inversión estén comprometidas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN EL ÁMBITO DEL SEIA

2.1. El principio de jerarquía de mitigación en el ámbito del SEIA

El principio jurídico rector que orienta las evaluaciones de impacto ambiental y la certificación ambiental, como acto administrativo resultante de dichas evaluaciones, es el principio de prevención, el mismo que es un principio jurídico de la gestión ambiental en general. Este principio actúa orientado a la eliminación y evitación de impactos en aquellos escenarios donde existe certeza científica sobre los efectos adversos de determinada intervención y que, por ende, deben limitarse por sobre todo. El principio de prevención tiene una doble dimensión: en primer lugar, implica que la oportunidad en la que deben gestionarse los títulos e instrumentos de gestión ambiental correspondientes es de forma previa y anticipada al desarrollo de las actividades económicas; y en segundo lugar, sobre la naturaleza de las medidas, en cuanto se prioriza la eliminación, prevención o evitación de impactos ambientales y, cuando ello no fuera posible, la minimización en temporalidad y dimensión de los mismos.

Alineado a dicho principio, en el ámbito del SEIA resulta de aplicación el principio de jerarquía de mitigación, cuya adherencia es imperativa durante todo el proceso de elaboración de los estudios ambientales y evaluación de impacto ambiental.

Al respecto, existe una relación de integración de ambos principios; el principio de prevención, en el marco del SEIA, se operativiza a través de la adherencia a la

jerarquía de mitigación durante el proceso de diseño de los estudios y su respectiva evaluación.

La jerarquía de mitigación como proceso, es un proceso esencial, secuencial, prelativo y fundamental para el diseño e implementación de medidas que priorizan la evitación y mitigación del impacto ambiental generado por la ejecución de los proyectos de inversión. El objetivo luego de la correcta aplicación de la JdM es lograr la cero pérdida o ganancia neta de biodiversidad, de manera preferente.

La JdM también es inherente al propio diseño de medidas de compensación ambiental. El éxito de la compensación se basa en la correcta aplicación de este proceso, pues para compensar un ecosistema afectado negativamente por intervenciones habilitadas y autorizadas, se deben realizar de manera previa acciones que eviten, minimicen, reparen o restauren dicha afectación en el área de emplazamiento. Es clave que, en este terreno, lo que se gestionan son los impactos y no los daños ambientales; se gestiona el efecto jurídico permitido y no el menoscabo ambiental que se realiza de manera irregular por el incumplimiento de algún mandato o disposición ambiental. Este régimen no contempla las compensaciones ambientales ordenadas a manera de medidas correctivas o administrativas de otro tipo.

En el caso peruano, ambos conceptos tienen una connotación jurídica sustancialmente diferente, ya que la primera es admitida, tolerada y permitida; mientras que, en el ámbito del daño ambiental, nos encontramos ante una situación de ilicitud y un impacto negativo no tolerado por el sistema jurídico, porque los niveles de riesgo colocan a los bienes jurídicos protegidos en una situación de amenaza. La compensación, en el primer concepto, tiene naturaleza restaurativa, mientras que el manejo del segundo concepto tiene naturaleza correctiva, complementario al régimen sancionatorio.

En cuanto al impacto ambiental, Guillermo Espinoza señala que el impacto ambiental es una modificación significativa del ambiente, de los sistemas naturales y transformados y de sus recursos, provocada por los comportamientos humanos y que pueden ser positivos o negativos. Las normas del SEIA definen el impacto ambiental como un efecto o alteración, de tipo positivo o negativo, en uno o más componentes del ambiente provocado por la acción de un proyecto (Minam, 2001, p. Anexo 1). Dentro del régimen de impactos ambientales podemos identificar impactos ambientales y sociales, directos e indirectos, negativos y positivos, sinérgicos y acumulativos; los impactos que deben gestionarse en el marco de la evaluación de impacto ambiental son todos. Recientemente, el Minam ha publicado el proyecto de "Lineamientos para la identificación e incorporación de medidas de adaptación y mitigación al cambio climático en los proyectos de inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental", a fin de incluir la variable climática en la gestión anticipada de impactos ambientales.

El orden prelativo de la herramienta de la jerarquía de mitigación debe garantizarse fundamentalmente, pues de lo contrario, el diseño de medidas de manejo ambiental de los proyectos de inversión no garantizaría la gestión adecuada de los impactos ambientales negativos, los cuales se tendrían que desarrollar sin un esquema que impida la retribución o resarcimiento de los impactos inevitables identificados en términos de biodiversidad.

Ahora bien, la jerarquía de mitigación existe para tomar decisiones sobre un ecosistema siguiendo un orden de prelación o secuencia procedimental; en primer lugar, se priorizan medidas destinadas a evitar o eliminar impactos; en segundo lugar, se buscan medidas para la mitigación de los impactos generados; y en tercer lugar, medidas para restaurar los ecosistemas ecológicamente equivalentes a los intervenidos *in situ*, es decir, en el ámbito de influencia de los proyectos de inversión causantes de los impactos.

Dicho ello, el ordenamiento jurídico peruano se limita a reconocer la jerarquía de mitigación como un mecanismo dentro del SEIA, mas no como un principio rector que rige dicho sistema, dejándola a un nivel distinto al de principios rectores como el de participación, indivisibilidad, complementariedad, responsabilidad compartida, eficacia y eficiencia. Por su parte, no fue hasta el 2014 que el Ministerio del Ambiente desarrolló normativa especial sobre la compensación ambiental, aprobando los “Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental” mediante la Resolución Ministerial N.º 398-2014-MINAM (en adelante, los “Lineamientos”) y una “Guía General para el Plan de Compensación Ambiental” aprobada mediante Resolución Ministerial N.º 066-2016-MINAM.

Esta normativa, fue derogada mediante la Resolución N.º 421-2024-MINAM, que aprobó la Guía para la compensación ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (en adelante, “Guía para la Compensación Ambiental”).

Si bien la aprobación de los lineamientos, la guía del 2016 y la posterior guía antes descrita representan un avance significativo en el desarrollo normativo del principio de jerarquía de mitigación, se trata de disposiciones cuya aplicación son de naturaleza orientativa, que proporciona justamente disposiciones a los titulares de proyectos, a las autoridades certificadoras y a las entidades a cargo de la elaboración de estudios ambientales sobre la implementación de la compensación ambiental. En ese sentido, podría entenderse como no mandatoria la propia exigencia de la implementación de la jerarquía de mitigación y de los estándares en los que la aplicación de este principio debe darse, aun cuando se trata de un proceso lógico e inherente al régimen de evaluación de impacto ambiental.

Si bien los principios operan como criterios de interpretación que no requieren inexcusablemente la positivización o formalización para su exigibilidad, resulta primordial elevar el reconocimiento legal de este principio, que debe regir en los procesos de evaluación de impacto ambiental y en el propio actuar de los evaluadores, considerando además el esquema fragmentado que subsiste en relación a los procesos para la certificación ambiental, donde las autoridades ambientales sectoriales ostentan competencias en relación a los estudios ambientales categoría II (estudios de impacto ambiental semidetallados), pasibles también de generar e implementar compensaciones, y respecto de los cuales aún los sectores conservan competencias normativas ambientales estructurales en relación a su sector.

En el 2024, el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace) aprobó los Lineamientos para la aplicación de la jerarquía de mitigación con enfoque en el manejo de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos en la evaluación de los estudios ambientales a cargo del Senace. Los elementos más importantes de estos lineamientos que conducirían el accionar de los administrados y evaluadores del Senace son los siguientes: i) la aplicación del análisis de alternativas en el diseño de los proyectos como una consideración necesaria para realizar el diseño conceptual de actividades de los proyectos de inversión, visibilizando la importancia de comparar impactos ambientales a través de metodologías de evaluación; y ii) el desarrollo de principios adicionales de la compensación ambiental, además de los ya reconocidos en los Lineamientos del Minam, tales como el principio de equidad, de participación de los actores, contexto del paisaje y límites a las compensaciones, transparencia, y ciencia y conocimiento tradicional. Conforme se advierte, estos lineamientos representan un avance en el desarrollo normativo y de aplicación, ya que trascienden el enfoque de jerarquía de mitigación hacia las etapas iniciales de diseño y conceptualización de los proyectos, no limitándose al proceso de elaboración y evaluación de estudios ambientales como punto de partida.

La secuencia de acciones de la jerarquía de mitigación para la prevención y mitigación de impactos ambientales, en el marco de un proyecto de inversión, comprende medidas para prevenir o evitar que los impactos ambientales sucedan; para minimizarlos reduciendo de esta manera su intensidad, su temporalidad o el grado o los niveles de impacto (significancia); para reparar o restaurar *in situ* las áreas degradadas o en proceso de degradación producto del impacto residual que no pudo ser evitado o mitigado; y finalmente la compensación ambiental que consiste en el resarcimiento ambiental o de biodiversidad por biodiversidad *ex situ* respecto del impacto residual que no pudo ser gestionado mediante las formas antes señaladas.

En efecto, en cuanto a la compensación, la "Guía para la Compensación Ambiental" es una herramienta que comprende medidas y acciones para el tratamiento de los

impactos ambientales residuales que causan afectaciones a la biodiversidad y a los servicios ecosistémicos asociados, y corresponde exclusivamente sobre impactos residuales que no pudieron ser eliminados o evitados, mitigados o restaurados (numeral 4.2.4). La finalidad de la compensación ambiental es conservar las características esenciales de la biodiversidad y la funcionalidad de los ecosistemas en un área ecológicamente equivalente a la impactada a fin de asegurar la no pérdida de biodiversidad. En correspondencia con ello, la referida guía precisa que las medidas de compensación ambiental son un conjunto de acciones “que tienen por finalidad de sustituir un área, hábitats o ecosistemas, así como los componentes ambientales y/o sus funcionalidades afectadas por los impactos residuales, en un entorno con condiciones similares al área que será impactada por un proyecto de inversión” (Minam, 2024, numeral 3.3).

En ese contexto, la compensación es funcional porque podría permitir garantizar la conservación de la biodiversidad en términos de paisaje. Sin embargo, la compensación ambiental no debe ser entendida como una licencia o habilitación para afectar negativamente los ecosistemas al saltarse etapas previas de la JdM, tampoco habilita al titular del proyecto a evitar incurrir en los costos necesarios y esfuerzos exhaustivos ante la prevención, mitigación, restauración o rehabilitación de ecosistemas en virtud del principio de internalización de costos que rige la gestión ambiental; el rol de los evaluadores es transcendental en este extremo para discriminar una correcta aplicación del principio de JdM. Al respecto, la “Guía para la Compensación Ambiental” establece como unos de sus principios aplicables a la compensación ambiental el de “límites a la compensación ambiental”, principio que parte del hecho de que no en todos los casos la biodiversidad afectada por los impactos residuales podrá ser compensada, lo cual ameritará el rediseño del proyecto, que deberá proponer medidas para evitar estos impactos y así alcanzar su viabilidad ambiental. El mandato de análisis de alternativas que debe contemplarse en los estudios ambientales es medular para identificar opciones de diseño de los proyectos si el impacto residual es no compensable.

Dicha disposición es acertada y se encuentra alineada con otros instrumentos internacionales como la Política WCC-2016-Res-059-SP de UICN, denominada Política de UICN sobre compensaciones de biodiversidad. En su artículo 9, desarrolla límites a las compensaciones ambientales relacionadas con su probabilidad de éxito. En ese sentido, precisa que, si bien las compensaciones ambientales teóricamente son válidas, estas también pueden elevar los rangos de amenaza de especies o ecosistemas amenazados cuando se produzcan factores como la desviación de costos, impactos en áreas de exclusión, entre otros.

Corresponde indicar que, si bien se advierte que la Guía para la Compensación Ambiental resulta compatible con los límites que se imponen a las compensaciones

a nivel internacional, su *enforcement* puede resultar frágil, inclusive toda vez que se trata de una guía de naturaleza orientativa. Como se señaló previamente, el marco legal del SEIA no ha terminado de reconocer esta consecuencia jurídica respecto a las compensaciones ambientales, siendo que recomendamos ajustes normativos a la Ley del SEIA y su reglamento para integrar estos elementos a la adherencia a la jerarquía de mitigación del macroproceso de evaluación de impacto ambiental, así como dejar claridad a la consecuencia aparejada por la imposibilidad de realizar compensaciones eficientes.

Lo anterior permite concluir que es necesario avanzar hacia la consolidación del marco legal en materia de compensación ambiental, siendo que han transcurrido diez años desde que, por primera vez, se aprueba su regulación específica sobre esta fase de la gestión de impactos. En efecto, las primeras normas del 2014 que fueron producto de un proceso participativo y sobre la base de la experiencia comparada de Alemania, Colombia, Chile y Brasil, en su momento aspiró a promover la construcción de una experiencia aplicada reconociendo que las normas del SEIA eran claras sobre la necesidad de realizar compensaciones, pero asumiendo que la implementación de esta fase dependería, en gran medida, de la disponibilidad e información técnica sobre los territorios y el estado de conservación de los mismos, la aprobación de métricas para asegurar la equivalencia ecológica y la claridad sobre determinados arreglos legales que resultaban fundamentales.

Por ello, esta norma en su momento justificaba su naturaleza orientadora y de exigibilidad progresiva con la finalidad de generar hallazgos sobre las compensaciones, promover compensaciones exitosas de oficio por parte de los titulares de los proyectos e ir construyendo un marco de información territorial y técnica. Tras más de diez años de desarrollo normativo sobre la aplicación de los mecanismos de compensación, resulta imprescindible su consolidación a nivel institucional, partiendo por el reconocimiento explícito de la jerarquía de la mitigación a nivel del SEIA, a fin de que sea un principio rector observado al momento de diseñar los proyectos, los estudios ambientales y las propias compensaciones.

2.2. Sobre las regulaciones específicas en materia de diversidad biológica

Las compensaciones ambientales bien desarrolladas pueden sumar a los esfuerzos de conservación nacional. El ordenamiento jurídico peruano ha avanzado progresivamente en la construcción normativa sobre protección de la diversidad biológica. Como punto de partida, el artículo 68 de la Constitución Política del Perú precisa que el Estado tiene a su cargo la promoción y conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. En el 2005, se aprobó la Ley General

del Ambiente, Ley 28611, la cual, en su artículo 97, establece catorce lineamientos para políticas sobre diversidad biológica; entre ellos:

- La conservación de la diversidad de ecosistemas, especies y genes, así como el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales de los que depende la supervivencia de las especies.
- El rol estratégico de la diversidad biológica y de la diversidad cultural asociada a ella, para el desarrollo sostenible.
- El enfoque ecosistémico en la planificación y gestión de la diversidad biológica y los recursos naturales.
- El reconocimiento de los derechos soberanos del Perú como país de origen sobre sus recursos biológicos, incluyendo los genéticos.
- El reconocimiento del Perú como centro de diversificación de recursos genéticos y biológicos.
- La prevención del acceso ilegal a los recursos genéticos y su patentamiento, mediante la certificación de la legal procedencia del recurso genético y el consentimiento informado previo para todo acceso a recursos genéticos, biológicos y conocimiento tradicional del país.
- La inclusión de mecanismos para la efectiva distribución de beneficios por el uso de los recursos genéticos y biológicos, en todo plan, programa, acción o proyecto relacionado con el acceso, aprovechamiento comercial o investigación de los recursos naturales o la diversidad biológica.
- La protección de la diversidad cultural y del conocimiento tradicional.
- La valorización de los servicios ambientales que presta la diversidad biológica.
- La promoción del uso de tecnologías y un mayor conocimiento de los ciclos y procesos, a fin de implementar sistemas de alerta y prevención en caso de emergencia.
- La promoción de políticas encaminadas a mejorar el uso de la tierra.
- El fomento de la inversión pública y privada en la conservación y el aprovechamiento sostenible de los ecosistemas frágiles.
- La implementación de planes integrados de explotación agrícola o de cuenca hidrográfica que prevean estrategias sustitutivas de cultivo y promoción de técnicas de captación de agua, entre otros.
- La cooperación en la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica marina en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional, conforme al Derecho Internacional.

Adicionalmente a la protección de la diversidad biológica, la Ley General del Ambiente desarrolla considerandos sobre los servicios ambientales, su importancia y las obligaciones en torno a ellos para asegurar su provisión. En ese sentido, el artículo 94 establece que los recursos naturales y demás componentes del ambiente cumplen funciones que permiten mantener las condiciones de los ecosistemas y del ambiente, reconociendo, además, que es deber del Estado establecer mecanismos para valorizar, retribuir y mantener la provisión de dichos servicios ambientales, procurando lograr la conservación de los ecosistemas, la diversidad biológica y los demás recursos naturales. Adicionalmente, la referida ley entiende a los servicios ambientales como la protección del recurso hídrico, la protección de la biodiversidad, la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero, la belleza escénica, entre otros. Finalmente, el artículo 94 establece que el Ministerio del Ambiente es quien promueve la creación de mecanismos de financiamiento, pago y supervisión de servicios ambientales.

Cabe indicar que, a nivel internacional, en junio de 1993 y mediante Resolución Legislativa 26181, el Perú había ratificado el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) con la finalidad de consolidar la conservación de la diversidad biológica para conducir a un futuro sostenible. En consecuencia, y en el marco del rol estratégico del Estado en la conservación de biodiversidad, desde 1997 contamos con la Ley 26839, Ley sobre la Conservación y aprovechamiento sostenible de la Diversidad Biológica y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 068-2001-PCM. Adicionalmente, el Perú cuenta con diversos instrumentos para la gestión de la biodiversidad en el Perú, tales como la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica (ENDB) al 2021 (catalogada como el principal instrumento de planificación para el cumplimiento de los objetivos de la ley, de acuerdo con el artículo 7) y su Plan de Acción 2014-2018.

Ahora bien, corresponde precisar que tanto la ENDB como el CDB y la Ley General del Ambiente establecen que la gestión de la diversidad biológica se rige por el enfoque ecosistémico. Este enfoque es entendido como una estrategia para el manejo integrado de las tierras, aguas y recursos vivos, que promueve la conservación y uso sostenible en un modo equitativo, en concordancia con lo establecido en el CDB. Asimismo, busca comprender y gestionar la diversidad biológica, considerando los factores ambientales, ecológicos, económicos y socioculturales, la cosmovisión indígena, y la planificación territorial, utilizando instrumentos técnicos sustentatorios para el ordenamiento territorial, como la zonificación ecológica y económica.

Con respecto a las estrategias planteadas para reducir las presiones directas e indirectas para la diversidad biológica y sus procesos ecosistémicos, corresponde traer a colación al Plan de Acción 2014-2018, que planteó como Objetivo Estratégico 3 (OE3): "Reducir las presiones directas e indirectas para la diversidad biológica y sus procesos ecosistémicos". Para alcanzar dicho objetivo, trazó dos metas específicas:

- Meta 6: Al 2021 se ha incrementado en 20% la conciencia y valoración de los peruanos sobre el aporte de la biodiversidad al desarrollo y bienestar nacional.
- Meta 7: Para el 2021 se ha reducido en 5% la tasa de degradación de los ecosistemas, con énfasis en ecosistemas forestales y frágiles.

Al respecto, cabe precisar que estas metas son concordantes con las Metas de Aichi 3 y 5 para la Diversidad Biológica. Estas metas están relacionadas a la aplicación de incentivos positivos para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica (Meta 3) y la reducción de la pérdida de todos los hábitats naturales, incluidos los bosques, y se habrá reducido de manera significativa la degradación y fragmentación (Meta 5).

De lo expuesto, queda en evidencia que contamos con un marco normativo extenso que reconoce un rol estratégico del Estado en la conservación de la diversidad biológica. Esta normativa y consecuente desarrollo en instrumentos de planificación parte desde un mandato constitucional y legal, pero también a partir de compromisos internacionales que han sido asumidos en el marco del CDB. En ese sentido, el Estado, a través del ENDB y su plan de acción establece las metas nacionales y acciones estratégicas para mejorar el estado de la biodiversidad y mantener la integridad de los servicios ecosistémicos.

2.3. La dinamización de la compensación ambiental como herramienta para garantizar la conservación de la biodiversidad

Conforme se puede advertir, el marco normativo peruano ha tenido un desarrollo progresivo sobre la compensación ambiental. La Ley General del Ambiente determinó, a través del artículo VI, que, en el marco del principio de prevención, “la gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental” y, cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, adoptar las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación que correspondan.

Ello es aplicable, por ejemplo, para el caso de las evaluaciones ambientales, las cuales han sido previstas por esta ley y también por la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, así como su reglamento, el Decreto Supremo 019-2019-MINAM, que regulan la identificación, evaluación, mitigación y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos producto de programas y/o proyectos de inversión.

Esta gestión de los impactos ambientales debe estar prevista dentro de los estudios ambientales, conforme a lo señalado en el artículo 10 de la Ley del SEIA y el Anexo IV

de su reglamento, en donde la compensación ambiental puede estar comprendida dentro de la estrategia de manejo ambiental, además del plan de manejo y plan de contingencias, en caso corresponda.

Además, no debe dejar de considerarse la valorización económica de los impactos ambientales que el artículo 26 de este reglamento, el cual comprende la valorización del “daño ambiental generado, el costo de la mitigación, control, remediación o rehabilitación ambiental que sean requeridos, así como el costo de las medidas de manejo ambiental y compensaciones que pudieran corresponder”.

Además de estas leyes y reglamento, y conforme se desprende de lo ya desarrollado en el presente artículo, en el Perú se han aprobado progresivamente diversas normas relacionadas a la compensación ambiental, que se constituyen como herramientas para garantizar la conservación de la biodiversidad:

- *Resolución Ministerial N.º 398-2014-MINAM, Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)*

Aprobados en el 2014, estos lineamientos fueron publicados para aquellos proyectos clasificados con categoría III, esto es, para aquellos proyectos que pueden llegar a producir impactos ambientales negativos significativos, y que, además, les corresponda un plan de compensación ambiental, debido a que se prevén impactos ambientales negativos que no han podido ser evitados. En ese sentido, estos lineamientos definen los principios asociados a la compensación ambiental, las obligaciones asociadas a los planes y el contenido mínimo que deben tener, así como el tipo de medidas que se pueden implementar (medidas de conservación y restauración).

Actualmente, esta resolución está sin efecto por la Resolución Ministerial N.º 00421-2024-MINAM, Guía para la compensación ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA).

- *Resolución Ministerial N.º 066-2016-MINAM, Guía General para el Plan de Compensación Ambiental*

Aprobada en el 2016, esta guía fue una herramienta complementaria a los lineamientos señalados previamente, y orienta a los titulares de los proyectos de inversión, entidades involucradas en los procesos de evaluación y fiscalización ambiental, sobre los aspectos que deben de tomar en cuenta al momento de elaborar la línea base, la identificación y caracterización de los impactos ambientales, así como las medidas que deben estar comprendidas dentro del plan de compensación ambiental.

Actualmente, fue dejada sin efecto por la Resolución Ministerial N.º 00421-2024-MINAM, Guía para la compensación ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA).

- Resolución Ministerial N.º 183-2016-MINAM, Guía Complementaria para la Compensación Ambiental: Ecosistemas Altoandinos

Aprobada también en el 2016, esta guía estuvo enfocada en brindar directrices para la aplicación de la compensación ambiental en ecosistemas altoandinos, esto es, pajonales, tolares, césped de puna.

En ese marco, determinó el proceso para estimar las pérdidas y ganancias basado en el valor ecológico, estableciendo un total de seis pasos, y una metodología para la estimación del valor ecológico o estado de conservación de un área, en función a los siguientes atributos del ecosistema: (i) florística del sitio, (ii) estabilidad del suelo, (iii) integridad biótica.

- Resolución de Presidencia Ejecutiva N.º 00045-2023-SENACE/PE, Lineamientos para la aplicación de la jerarquía de mitigación con enfoque en el manejo de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos en la evaluación de los Estudios Ambientales a cargo del Senace

Aprobados en el 2023, estos lineamientos brindan una serie de definiciones y recomendaciones que puedan orientar a los equipos de evaluación del Senace para mejorar la comprensión de la biodiversidad y de los servicios ecosistémicos en el marco de la aplicación de la jerarquía de mitigación aplicada en los procedimientos de evaluación ambiental de estudios ambientales de categorías II y III.

- Resolución Ministerial N.º 00209-2024-MINAM, Guía para la aplicación de la jerarquía de mitigación en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental

Aprobado en el 2024, esta guía forma parte de la caja de herramientas del SEIA que el Minam ha aprobado progresivamente, y que buscan orientar la aplicación de las diferentes etapas del proceso de evaluación de impacto ambiental, contando así con un marco de referencia común para el fortalecimiento del SEIA.

En ese contexto, en esta herramienta se definen cuáles serán los criterios y lineamientos para la aplicación de la jerarquía de mitigación, específicamente durante el diseño y en el proceso de elaboración y evaluación de los estudios ambientales sujetos al SEIA, pero también siendo aplicables a los instrumentos de gestión ambiental complementarios a este sistema.

Asimismo, brinda una serie de buenas prácticas a ser implementadas por los titulares de los proyectos de inversión para promover la adecuada aplicación de la jerarquía de mitigación. Así, por ejemplo, el uso de tecnologías limpias, el desarrollo de capacitación y formación, y la vinculación con el sistema financiero, que requiere de la aplicación de la jerarquía como condición de financiamiento.

- Resolución Ministerial N.º 00421-2024-MINAM, Guía para la compensación ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA)

Aprobada en el 2024, esta guía dejó sin efecto las Resoluciones Ministeriales N.º 398-2014-MINAM y N.º 066-2016-MINAM mencionados anteriormente, para dar paso a una nueva Guía que también forma parte de la caja de herramientas del SEIA.

Esta guía es de aplicación para los titulares de los proyectos de inversión, entidades involucradas en los procesos de evaluación (incluidas entidades opinantes) y fiscalización ambiental, pero también a la ciudadanía que participa en los procesos de evaluación de impacto ambiental.

En ese marco, define una serie de principios y lineamientos aplicables a la compensación ambiental, brindando criterios para la determinación del área a compensar y el tipo de medidas de compensación ambiental (que comprende acciones de conservación y restauración).

Finalmente, siendo esta guía de carácter transversal para todos los sectores, cada uno de estos pueden aprobar guías y/o lineamientos acordes a esta guía y de acuerdo a sus particularidades, pero previa opinión favorable del Minam.

2.4. Principios rectores de las compensaciones ambientales

La compensación ambiental también ha sido desarrollada a nivel internacional para orientar a los países sobre cómo asegurar su aplicación efectiva mediante un adecuado soporte institucional y normativo, en donde la decisión política es clave. En ese contexto, el Banco Mundial (2016) ha identificado las siguientes condiciones que deben implementarse tanto a nivel institucional como a nivel normativo, siendo estas las siguientes:

- Principios centrales
- La sostenibilidad financiera para las compensaciones ambientales
- Sistemas de compensación ambiental

2.4.1. Respeto de los principios centrales

En cuanto a la primera condición, han sido advertidas en la normativa nacional peruana señalada previamente de la siguiente manera:

Principios generales: La Guía para la Compensación recoge los siguientes principios orientadores de manera alineada:

- a. Adhesión a la jerarquía de mitigación, a fin de asegurar que el titular del proyecto de inversión se asegure de seguir, en orden secuencial, la implementación de las medidas de prevención, minimización, restauración y compensación ambiental.
- b. Pérdida neta cero de biodiversidad y funcionalidad de los ecosistemas, orientadas a que se logre un balance entre el impacto ambiental generado y el resultado de la aplicación de las medidas de prevención, minimización, restauración y compensación ambiental, esperando llegar a lograr incluso una ganancia neta.
- c. Equivalencia ecológica, que implica que las áreas en donde se realizará la compensación ambiental deban tener atributos ecológicos similares a las áreas impactadas por la ejecución del proyecto de inversión.
- d. Adicionalidad, que consiste en alcanzar resultados de conservación por encima y más allá de los resultados que habrían ocurrido si no se hubiera realizado la compensación.

Sobre la adicionalidad, es preciso indicar que el Banco Mundial enfatiza que las autoridades deben considerar el riesgo de desplazamiento de costos al elegir áreas potenciales para la compensación. Por ejemplo, usar la compensación ambiental en Áreas Naturales Protegidas podría afectar el presupuesto estatal asignado para su gestión, ya que los costos podrían ser cubiertos por el financiamiento del promotor del proyecto (público o privado). Para mitigar este riesgo, existen estrategias como destinar la ayuda a inversiones o actividades de compensación que no estén financiadas por el gobierno. Otra alternativa es el cofinanciamiento, mediante subvenciones de contrapartida que se mantengan solo si el gobierno sigue asignando un presupuesto mínimo necesario.

En el caso peruano, se considera más acertado priorizar las compensaciones en las zonas de amortiguamiento de las áreas naturales protegidas o zonas adyacentes sometidas a amenazas, degradadas o en proceso de degradación, ya que estas áreas no gozan del mismo nivel de protección jurídica ni presupuestario que las áreas que forman parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sinanpe). Lo anterior se acentúa considerando los niveles de riesgo y amenazas, principalmente por actividades ilícitas. En ese contexto, debemos tomar en

cuenta la Guía para la Compensación Ambiental, que establece lo siguiente sobre la compensación en áreas naturales protegidas, zonas de amortiguamiento y áreas de conservación regional (Minam, 2024, p.11).

- Se debe demostrar el cumplimiento de adicionalidad (áreas comprobadas que no tienen un alto grado de conservación o evidencian oportunidades de brechas por cubrir).
- Se debe priorizar las áreas que se encuentren dentro de zonas de recuperación, zonas de aprovechamiento directo y zonas de uso especial.
- Se debe priorizar aquellas que presenten mayor cantidad de cambios generados en los ecosistemas disturbados por actividades naturales o de origen antrópico.
- Se debe priorizar áreas con ecosistemas que requieran algún tipo de manejo para su conservación.

2.4.2. Respeto de la sostenibilidad financiera para las compensaciones ambientales

Uno de los retos para dinamizar las compensaciones ambientales es la implementación de los planes contenidos en los estudios de impacto ambiental. Para ello, es clave que los titulares de los proyectos de inversión diseñen medidas de compensación con un enfoque ecosistémico y manejo adaptativo, con el objetivo de garantizar que los beneficios que se obtengan se mantengan en el tiempo a través de estrategias de monitoreo y evaluación (Minam, 2024, p.12).

Por ello, no solo se debe considerar la sostenibilidad desde un aspecto netamente financiero, sino que también se debe garantizar el soporte institucional para que las acciones de compensación ambiental sean permanentes, lo cual coincide con lo promovido por el Banco Mundial. Ahora bien, para asegurar la implementación a largo plazo, el Banco Mundial propone medidas como (Banco Mundial, 2016, pp. 31-34):

- El desarrollo de un eventual reconocimiento legal de protección y conservación mediante figuras jurídicas adecuadas, como contratos de conservación, aprobación de normas, entre otros.
- La aplicación de herramientas de gestión territorial, como la zonificación y categorías de uso de suelo.
- La sostenibilidad financiera.

En cuanto a la sostenibilidad financiera, el marco normativo peruano vincula la aplicación de la compensación a los proyectos de inversión dentro del ámbito del

SEIA, en tanto que así se cuenta con una fuente de financiamiento segura en el tiempo, aunque ello no debe impedir que se exploren otros tipos de financiamiento (Banco Mundial, 2016, pp. 31-34).

Ello va en la línea de lo señalado por el Banco Mundial, que considera que, si bien el ideal es que el titular del proyecto provea de recursos en un plazo más largo de sus actividades, estos solo están dispuestos a financiar costos de inversión iniciales, por lo que propone explorar financiamiento a través de otros proyectos de conservación como (Banco Mundial, 2016, pp. 31-34):

- Asignación de presupuesto ordinario: en donde las autoridades, en el marco de sus competencias, pueden destinar presupuesto público para garantizar la continuidad de las acciones de compensación ambiental.
- Proyectos financiados por otros actores, como los donantes, en el marco de la cooperación internacional: aunque es preciso indicar que la cooperación no es necesariamente de largo plazo, siendo calificado por el Banco Mundial como un tipo de financiación de “auge y caída”, que dista mucho de ser ideal.
- Ingresos autogenerados: en función a los ingresos provenientes de las tarifas de los visitantes, de los albergues, servicios de guía u otros servicios turísticos, o tasas por los productos recolectados legalmente.
- Fondos fiduciarios para la conservación: los cuales permiten a los promotores de proyectos a reservar recursos para costear los gastos recurrentes del mantenimiento de la biodiversidad, en el escenario de que se logren reservar. En caso de que se logre, pueden servir como un fondo de dotación que genera un flujo de ingresos anual sostenible. Sin embargo, si no se reserva lo suficiente, se convertiría en un fondo de amortización que apoya actividades de conservación específicas durante cierto tiempo, pero no indefinidamente.

2.4.3. Respetto de los sistemas de compensación ambiental

Finalmente, con relación a los sistemas de biodiversidad, de acuerdo con el Banco Mundial, están clasificados de la siguiente manera (Banco Mundial, 2016, pp. 31-34):

- Fondos de compensación: los cuales consisten en que quienes ejecuten algún proyecto de aprovechamiento o productivo, puedan contribuir con el pago de una cuota fija o porcentaje, que se destinan a la compensación de un proyecto específico o, de manera indirecta, a varios proyectos.
- Iniciativas de titulares de proyectos, ya sea privadas o públicas: este es el modelo que actualmente está considerando nuestro marco legal, aunque a la fecha sea de aplicación voluntaria y todavía se requiere robustecer aún más para asegurar su aplicación.

- Iniciativas de gobierno: quiénes son las encargadas de llevar a cabo las acciones de compensación ambiental como parte de una estrategia de conservación, cuyos costos son asumidos por el inversor público o privado.
- Bancos de hábitat: conocidos también como bancos de mitigación, comprenden la adquisición de créditos a terceros que han llegado a restaurar un área o a titulares de áreas dentro de un mismo ámbito, en donde se puedan llevar a cabo acciones de compensación.

Respecto de los bancos de hábitat, es preciso indicar que pueden llegar a ubicarse dentro de territorios comunales o individuales, y el valor de los créditos que se comercializan varía en función a diversas consideraciones (valor de la tierra, competencia, demanda, etc.). Asimismo, suelen haber intermediarios que ponen a estos actores interesados con quienes comercializan los créditos, sin perjuicio que la responsabilidad legal la conserva el titular del proyecto respecto del éxito o no de las compensaciones ambientales.

III. SOBRE LA HOJA DE RUTA INSTITUCIONAL Y LEGAL PARA LA VIABILIDAD DE LAS COMPENSACIONES AMBIENTALES

3.1. Aspectos legales e institucionales

Aunque puede entenderse como evidente, resulta fundamental que se afine, como criterio interpretativo, la naturaleza obligatoria de las compensaciones ambientales en tanto que siempre que resulte necesario, estas deben ser realizadas. Su naturaleza excepcional tiene que ver con su carácter residual respecto de los impactos ambientales que no pudieron ser evitados y nada tiene que ver con el hecho de que su aplicación resulte elegible por parte de los administrados u operadores. En dicha línea, es responsabilidad de las autoridades ambientales sectoriales y gobiernos regionales que ejercen competencias de evaluación de impacto ambiental el asegurar la correcta adhesión de los proyectos de inversión a la jerarquía de mitigación.

Así, considerando su obligatoriedad, el Minam deberá elevar el carácter mandatorio de determinadas disposiciones contenidas en la norma del 2024, alineadas con sus normas predecesoras del 2014 y 2016, referidas a la inviabilidad de las compensaciones ambientales y de la certificación ambiental en caso el impacto ambiental residual resulte no tolerable, o cuando, siendo tolerable, las medidas de compensación ambiental propuestas no permitan garantizar una correcta compensación de la biodiversidad. Actualmente, los reglamentos de protección ambiental sectoriales, que siguen siendo aprobados por los ministerios correspondientes, no recogen con claridad este supuesto.

En la misma línea, los límites de las compensaciones deben ser advertidos con claridad en una norma de mayor jerarquía del Minam y como parte del cuerpo jurídico del SEIA. En este sentido, es importante señalar que la guía del 2016 del Minam advertía con claridad que, en caso exista un riesgo inaceptable de pérdida permanente e insustituible del valor ecológico existente y, por ende, estemos ante un escenario de incertidumbre sobre si en general el proyecto puede generar una cero pérdida neta de biodiversidad siendo ineficiente la compensación planteada, correspondería el rediseño del proyecto y el planteamiento de alternativas (Minam, 2016, p.14). La determinación de la condición de riesgo de pérdida de un ecosistema consideraría las variables de rareza, vulnerabilidad, fragilidad, complejidad, y dificultad e imposibilidad de reemplazo (Minam, 2016, p.14).

Otros ejemplos claros sobre límites a las compensaciones que deben estar claramente definidos en el marco legal han sido recogidos por IUCN. Por ejemplo, se menciona en la resolución de 2016 que las compensaciones no serán idóneas si los impactos impulsarán que se eleve el nivel de riesgo o vulnerabilidad de especies que ya se encuentran en situación de amenaza cuando la certidumbre sobre las compensaciones no sea clara o exista falta de información al respecto, cuando los valores ambientales sacrificados o perdidos sean exclusivos o específicos de un espacio como el caso de las especies endémicas, cuando se generarán impactos o externalidad en zonas de exclusión, entre otros (IUCN, 2016, numeral 9) aspectos que deben quedar contemplados como supuestos que justifican la no procedencia de las compensaciones y por ende la no viabilidad ambiental de los proyectos en los términos que se encuentran diseñados.

Para abordar dicho pendiente normativo, es necesario que complementariamente a las disposiciones del Minam, el Senace, como entidad que hoy concentra la evaluación ambiental de la mayor cantidad de sectores pasibles de realizar compensaciones ambientales, también establezca un marco regulatorio específico que permita reducir los niveles de discrecionalidad técnica, en tanto debe ser el proceso para la certificación ambiental una potestad reglada.

Otro aspecto que debe ser valorado para ponderar el éxito de las compensaciones tiene que ver con el estatus legal de las áreas donde se realizarán las compensaciones ambientales. La complejidad territorial y la ausencia de procesos de planeación y organización territorial en el país dificultan la identificación temprana de áreas elegibles saneadas, las zonas de exclusión o no intrusión, las áreas intangibles, las zonas de propiedad comunal, áreas con derechos adquiridos o preexistentes, entre otras variables que deben ser caracterizadas en el mapa de ecosistemas correspondientes para valorar la viabilidad legal de la compensación en virtud de las intervenciones y derechos posibles de establecer. Ello sin considerar que el régimen prioriza el desarrollo de acciones de compensación ambiental en áreas

degradadas o en proceso de degradación para escalar el cumplimiento del principio de adicionalidad. Los títulos habilitantes que el titular o administrado deberá gestionar para implementar sus acciones de conservación o restauración son independientes de la certificación ambiental del proyecto; cualquier mecanismo de simplificación administrativa que se plantee en esta instancia deberá ser compatible con los objetivos del SEIA.

Un asunto vinculado a la ruta legal e institucional a la vez tiene que ver con la temporalidad de las compensaciones. No existe consenso ni respuestas irrefutables en la experiencia comparada sobre lo que resulta más justo, eficiente y seguro al momento de establecer el periodo y la extensión de las compensaciones, y si estas deben estar asociadas al derecho de aprovechamiento o desarrollo del proyecto irremediamente. Como sabemos, los derechos sobre los recursos naturales y para el desarrollo de proyectos se terminan anticipadamente, caducan, se transfieren, se ceden, se cancelan y, en general, pueden resolverse; así como apuntar a estandarizar una opción que permita enfocar los esfuerzos en asegurar que los resultados medibles y esperables de conservación de las áreas que se cumplan en su totalidad o en una proporción que advierta el éxito de la compensación con una alta certeza. Disposiciones como las de IUCN mencionan, respecto a la temporalidad, que las compensaciones deben durar al menos tanto como el impacto del que se trate aspirando así a un régimen de perpetuidad; el cual, por supuesto, de cara a esquemas de asignación de derechos con temporalidad específica, no resulta asegurable.

Somos conscientes que esta problemática ya existe al momento de exigir la ejecución integral de los instrumentos de gestión ambiental de cierre o abandono en sectores riesgosos, como minería e hidrocarburos, donde una vez que se extingue la responsabilidad legal del titular, es complejo asegurar el cumplimiento de los instrumentos complementarios, sin perjuicio de las garantías financieras que se hayan aprobado.

La perpetuidad puede funcionar en esquemas como los bancos de hábitat, donde de alguna manera la conservación agrupada o acumulada puede permitir integrar los compromisos de distintas inversiones ambientales y procurar la sostenibilidad y el éxito de las compensaciones. Todos estos elementos deben ser analizados integralmente de manera que la propuesta cumpla con el carácter adicional que deben representar las medidas, así como con la institucionalidad y gobernanza desplegada para el seguimiento, monitoreo y verificación de resultados progresivos. Aunque el cumplimiento de los planes de compensación se encuentra sometido a un régimen de infracciones y sanciones correspondiente, ya que, a manera de ejemplo, el no cumplimiento del cronograma correspondiente, de las medidas de compensación comprometidas, de las inversiones o el desarrollo de acciones no contempladas en

los planes constituye una inobservancia al instrumento aprobado, lo cierto es que lo que nos interesa principalmente es el éxito de las compensaciones en términos de biodiversidad ganada y conservación lograda.

Finalmente, un punto de inflexión tiene que ver con la adherencia de las medidas al principio y criterio de adicionalidad, que rige otros ámbitos de la conservación global y que adquiere especial relevancia en el régimen de compensaciones, en tanto caracteriza su existencia. La regulación no puede abordar con exhaustividad los supuestos que constituyen una adición y que, con la compensación planteada, se lograrán beneficios ambientales que no existirían de no darse las medidas de compensación. Una clara limitación tiene que con las medidas que proponen la creación o ampliación de áreas naturales protegidas (ANP), cuyo impulso, gestión y mantenimiento debe darse en principio con cargo al presupuesto público; pero ello deberá ser evaluado caso a caso y ponderar el nivel de riesgo, amenaza o necesidad de financiamiento o priorización que requiere determinada área, sin que ello suponga la desviación de costos previamente previstos.

3.2. Aspectos sociales

Hay dos elementos clave que deben ser atendidos en este punto. El primero tiene que ver con el rol estratégico de las comunidades locales que realizan acciones de contribución de servicios ecosistémicos en el área elegible para la compensación ambiental y que deben ser valoradas y retribuidas económicamente en condiciones de equidad y justicia, sobre la base del desempeño y resultado obtenido. El paradigma de las comunidades como beneficiarias de los esquemas de compensación ambiental debe quedar relegado para aspirar a figuras de asociatividad.

Otro aspecto tiene que ver con las áreas elegibles para las compensaciones ambientales. Como hemos señalado, el éxito de las compensaciones se encuentra condicionado a varios elementos; por un lado, la disponibilidad de áreas para desarrollar las compensaciones y por otro, las medidas de gestión que se establezcan con todas las condiciones que ello supone a su vez. Con relación a la disponibilidad del área elegible, resulta fundamental que previamente se realicen adecuados procesos de elaboración de la línea base de los estudios ambientales, que se caracterice adecuadamente el área impactada y sus elementos, así como la dimensión de los impactos ambientales que se están generando. Dicha caracterización deberá considerar, a su vez, un análisis comparativo sobre los atributos antes de la intervención del proyecto y la proyección de pérdida con el desarrollo del mismo.

Al respecto, el régimen actual de compensaciones prioriza como área elegible aquellas ubicadas en el área de influencia del proyecto; si ello no es posible, se priorizarán las áreas adyacentes, con el potencial ecológico comprobado. El proceso

de selección de dichas áreas deberá orientarse por el cumplimiento del principio de conectividad ecológica en virtud del enfoque de microcuenca, de manera que se asegure una ganancia no solo en biodiversidad sino el menor impacto socioambiental posible. Esta es una limitación que podrían alcanzar en esquemas como los bancos de hábitat sino aseguran altos niveles de representatividad territorial y de la biodiversidad.

IV. CONCLUSIONES

1. La compensación ambiental se constituye como una fase estratégica de la gestión de impactos ambientales en el marco del SEIA y que puede realizar el titular de un proyecto de inversión en adherencia al proceso secuencial de jerarquía de mitigación; un proceso esencial, secuencial, prelativo y fundamental para el diseño y aplicación de medidas orientadas a la prevención y mitigación del impacto ambiental generado por proyectos de inversión, y que es de carácter imperativo para cumplir el mandato general de prevención o evitación de impactos ambientales.

2. La compensación ambiental regulada en el ámbito del SEIA se refiere a las compensaciones de biodiversidad por biodiversidad y tienen su origen en el principio de prevención, el principio de internalización de costos y el principio de solidaridad de la gestión ambiental. No se admiten en este ámbito compensaciones económicas que no trasladen la responsabilidad de conservación de la biodiversidad a los titulares, incluyendo la verificación de los resultados medibles.

3. No obstante, la jerarquía de mitigación no tiene un reconocimiento como principio rector en las normas marco del SEIA. Su positivización se ha dado justamente en el marco del régimen de compensaciones, siendo fundamental estandarizar su aplicación el régimen sectorial para la certificación ambiental que subsiste en el Perú. Su no referencia expresa como parte de los principios rectores del SEIA, como el de participación, indivisibilidad, complementariedad, responsabilidad compartida, eficacia y eficiencia, no deberá limitar su observancia y aplicación como parte del proceso de elaboración y evaluación de los estudios ambientales, en tanto proceso lógico para la evitación y reducción de impactos ambientales.

4. La compensación ambiental, en tanto fase de la jerarquía de mitigación, ha sido desarrollada por la normativa especial ambiental. De esa forma, y tras derogaciones normativas, actualmente existe una Guía para la compensación ambiental en el marco del SEIA del año 2024, así como Lineamientos para la aplicación de la jerarquía de mitigación con enfoque en el manejo de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos en la evaluación de los estudios ambientales a cargo del Senace desde el año 2023. Si bien constituyen avances significativos en el desarrollo normativo,

estos instrumentos son de tipo orientador, más no tienen la fuerza normativa y mandatoria necesaria para constituirse como disposiciones mandatorias.

5. La compensación ambiental, como fase estratégica de la gestión anticipada de impactos ambientales, no debe entenderse como voluntaria en ningún extremo. Su naturaleza residual y excepcional tiene que ver con el hecho que opera respecto de impactos ambientales residuales tolerables y no tolerables compensables.

6. El marco internacional asociado a la compensación ambiental puede orientar al Estado peruano a asegurar la aplicación efectiva de las compensaciones ambientales, y ello se puede lograr a través de un fortalecimiento normativo e institucional. En ese sentido, las condiciones descritas por el Banco Mundial pueden contribuir a dinamizar las compensaciones ambientales cuando corresponda su aplicación; así como la experiencia comparada y las lecciones aprendidas resultantes de procesos en otros países de la región especialmente.

7. Los procesos de elaboración y aprobación de los planes de compensación ambiental deben asegurar el cumplimiento de principios estructurales de las compensaciones de biodiversidad como lo son el criterio de adicionalidad, el de conectividad ecológica, el de sostenibilidad y temporalidad, para asegurar que las compensaciones sean posibles y exitosas en términos de cero pérdidas de biodiversidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Espinoza, G. (2001). Fundamentos de evaluación de impacto ambiental. Banco Interamericano de Desarrollo.

International Union for Conservation of Nature. (2016). Política de la UICN sobre compensaciones de biodiversidad [Resolución WCC-2016-Res-059-SP]. https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/resrecfiles/WCC_2016_RES_059_ES.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1992). Convenio sobre diversidad biológica. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4483796/Convenio%20Diversidad%20Biológica.pdf?v=1682541736>

Perú. 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. Ley 27466, 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. 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 183-2016-MINAM, Guía Complementaria para la Compensación Ambiental: Ecosistemas Altoandino, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 2016.
- Perú. Resolución de Presidencia Ejecutiva 00045-2023-SENACE/PE, Aprueban los Lineamientos para la aplicación de la jerarquía de mitigación con enfoque en el manejo de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos en la evaluación de los Estudios Ambientales a cargo del Senace, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de mayo de 2023.
- Perú. Resolución Ministerial 00209-2024-MINAM, Guía para la aplicación de la jerarquía de mitigación en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de julio de 2024.
- Perú. Resolución Ministerial 00421-2024-MINAM, Guía para la compensación ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), Diario Oficial *El Peruano*, 29 de noviembre de 2024.
- World Bank Group. (2016). Biodiversity offsets: A user guide. <https://www.cbd.int/financial/doc/wb-offsetguide2016.pdf>

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD BENIGNA EN SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DE INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL: UN CAMBIO DE CRITERIO NECESARIO

ALBERTO VENTURA RIVAS PLATA¹

JOSEMARÍA MERA MONTENEGRO²

► RESUMEN:

El artículo analiza la aplicación del principio de retroactividad benigna en procedimientos administrativos sancionadores ambientales iniciados en supuestos de modificaciones de Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA). Se sostiene que los IGA (y sus modificaciones) son fuente de obligaciones exigibles y que, en la práctica, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) sanciona frecuentemente la genérica infracción de “incumplir el IGA”. Este tipo infractor opera como una norma sancionadora en blanco, pues su contenido se “completa” con las obligaciones concretas del IGA; por ello, cuando el IGA es modificado, también cambia materialmente el alcance y contenido de la conducta sancionable. En ese sentido, se propone que, si la modificación aprobada resulta más favorable, debe operar la retroactividad benigna y archivar el caso, especialmente en supuestos donde cumplir el compromiso modificado sería irrazonable operativamente. Asimismo, se revisa un último criterio adoptado por el OEFA, centrado en la subsanación voluntaria, además de posibles salidas prácticas bajo el nuevo Reglamento de Supervisión.

Palabras clave: IGA, OEFA, retroactividad benigna, procedimiento administrativo sancionador, norma en blanco fiscalización ambiental.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Área de Proyectos de Infraestructura y Recursos Naturales de Miranda & Amado.

² Egresado de Derecho de la Universidad de Piura. Asociado del Área de Proyectos de Infraestructura y Recursos Naturales de Miranda & Amado.

► **ABSTRACT:**

The article analyzes the application of the benign retroactivity principle in environmental administrative sanctioning proceedings in cases of amendments to Environmental Management Instruments (IGA). It argues that IGA (and their amendments) are a source of enforceable obligations and that, in practice, the Environmental Assessment and Enforcement Agency (OEFA) frequently sanctions the generic infraction of “failure to comply with the IGA.” This infraction operates as a blank sanctioning norm, since its content is “completed” by the specific obligations set out in the relevant IGA; therefore, when an IGA is amended, the scope of what is sanctionable also changes materially. On that basis, the article proposes that if the approved amendment is more favorable, benign retroactivity should apply and the case should be dismissed/closed, especially in situations where complying with the amended commitment would be operationally unreasonable. It also reviews OEFA’s most recent approach, focused on voluntary remediation, as well as potential practical pathways under the new Supervision Regulation.

Keywords: benign retroactivity, administrative sanctioning proceedings, blanket provision, environmental enforcement.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, no cabe duda de que los Instrumentos de Gestión Ambiental (en adelante, los "IGA") se han vuelto muy protagónicos en la gestión y operación de los proyectos de inversión, desempeñando un rol crucial en la actividad económica del país. De acuerdo con la Ley No. 28611, Ley General del Ambiente (LGA), estos sirven como mecanismos, implementados por los titulares de proyectos de inversión para la ejecución de la política ambiental.

En ese sentido, los IGA sirven como una especie de "radiografía" del proyecto de inversión, pues reflejan detalladamente, desde una perspectiva ambiental, los componentes de este, los potenciales impactos al medioambiente, las medidas necesarias para su mitigación, la vida útil del proyecto, entre otros aspectos. Asimismo, cabe recordar que todo lo previsto en los IGA termina siendo de obligatorio cumplimiento por parte del titular del proyecto de inversión, bajo apercibimiento de ser sancionado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, los IGA orientan las decisiones empresariales, ya que los administrados deben asegurarse de que la operación y el porvenir del proyecto sea compatible con los términos del mencionado instrumento. Además de seguir la política ambiental nacional, el cumplimiento del IGA busca evitar violaciones o transgresiones a las normas ambientales, las cuales están constantemente bajo la supervisión y fiscalización del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) para la mayoría de los sectores.

Sin embargo, como se mencionará, los proyectos de inversión fluctúan, son dinámicos. En consecuencia, los IGA suelen ser objeto de modificaciones, dirigidas a reflejar cambios en los componentes del proyecto, en su vida útil, medidas y compromisos, así como sus plazos de cumplimiento. Estas modificaciones plantean una serie de problemas jurídicos relevantes cuando, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador (PAS), se fiscaliza y pretende sancionar el incumplimiento de obligaciones que han sido modificadas de manera más favorable para el titular del proyecto.

En este contexto, adquiere especial relevancia el principio del derecho administrativo sancionador de la retroactividad benigna, el cual plantea que, cuando una norma o disposición sancionadora es modificada de manera más favorable para el administrado, dicha modificación puede aplicarse retroactivamente. La principal problemática que aborda este artículo consiste en determinar si una modificación posterior y favorable del IGA, en cuanto elemento que integra el contenido de un tipo infractor configurado como una norma sancionadora en blanco, incide en la determinación de responsabilidad administrativa, al alterar el contenido concreto de la obligación cuyo incumplimiento se imputa.

El presente artículo está estructurado en seis secciones. La primera desarrolla la naturaleza, contenido y efectos jurídicos de los IGA y sus modificaciones. En la segunda, se analiza el incumplimiento de los compromisos establecidos en el IGA, su condición de norma sancionadora en blanco y los supuestos específicos de supervisión. La tercera sección analiza el principio de irretroactividad y el de retroactividad benigna y cómo este último principio debe ser aplicado ante la modificación de un IGA en el marco de un PAS. En la cuarta sección, se da a conocer y analiza el criterio del OEFA ante el escenario antes mencionado. Por su parte, la quinta sección recoge una reciente casación que ha cambiado el criterio del OEFA frente a los supuestos de incumplimientos de obligaciones contenidas en el IGA que han sido modificadas. Finalmente, se presentan las conclusiones del artículo de investigación.

II. EL INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Aunque la primera exigencia legal expresa de obtener una certificación ambiental para las obras o actividades que puedan provocar impactos ambientales no tolerables al ambiente tiene su origen en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo No. 613, publicado en 1990 y derogado por la LGA; frente a la necesidad de tener predictibilidad sobre los impactos ambientales de las actividades humanas expresadas por medio de los distintos proyectos de inversión, a través de la Ley No. 27446, se creó el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley del SEIA). En ese sentido, y de acuerdo con dicha ley, el SEIA se constituye como un sistema de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos que son generados por los proyectos de inversión.

Complementando lo mencionado, de acuerdo con la LGA, los IGA son mecanismos destinados a la ejecución de la política ambiental, teniendo como base a los principios recogidos en dicha ley. En ese sentido, son instrumentos diseñados para efectivizar el cumplimiento de la política nacional ambiental, así como las normas ambientales. Sin que el presente trabajo tenga la finalidad de listar todos los tipos de IGA que forman parte del ordenamiento jurídico, pasamos a enumerar algunos de los más relevantes y conocidos.

Tomando como punto de partida al SEIA, los IGA sujetos a este sistema tienen por naturaleza carácter preventivo, es decir, regulan ex ante de manera concreta un proyecto de inversión, que el administrado somete a evaluación de la entidad competente. Estos son la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y los Estudios de Impacto Ambiental Detallados y Semidetallados (EIA-D y EIA-sd, respectivamente),

según la magnitud de los impactos ambientales del proyecto. También se encuentra en este grupo la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), que internaliza la variable ambiental en las propuestas de políticas, planes y programas de desarrollo de las instituciones del Estado.

El Reglamento de la Ley del SEIA, aprobado por Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, también prevé la existencia de IGA complementarios al SEIA. En esta clasificación se encuentran los IGA necesarios para la modificación del proyecto de inversión, como la Modificación del IGA o un Informe Técnico Sustentatorio (ITS). También, se encuentran los de tipo correctivo, que se predicen de aquellos proyectos o actividades que no obtuvieron ex ante la aprobación de un IGA preventivo; los planes de abandono; planes de cierre y otros que son establecidos por las entidades sectoriales competentes.

Independientemente de la clasificación antes mencionada, el aspecto transversal a todos los IGA es que estos contienen una serie de medidas, compromisos, plazos de cumplimiento, etc., que condicionan la construcción, operación y abandono de los proyectos de inversión. Aunque la mayoría de estos son de índole ambiental, no es inusual que también contengan materias distintas, como la socioambiental o de seguridad.

El cumplimiento de las medidas mencionadas es objeto de supervisión y fiscalización por parte del OEFA, quien también supervisa otras obligaciones ambientales normativas que son establecidas en las distintas leyes y reglamentos ambientales sectoriales. Sin embargo, el incumplimiento de los compromisos consignados en los IGA es de las conductas más sancionadas por el OEFA. En los reportes públicos de esta entidad se reconoce dentro de la estadística anual que dicha infracción es en la que más incurren los administrados y es por la que más multas se imponen³.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado –así como la práctica en la defensa de procedimientos administrativos sancionadores ambientales–, podemos afirmar que se sanciona más la genérica infracción de *“Incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad competente”*⁴ que el incumplimiento de obligaciones ambientales establecidas en las normas sectoriales específicas; sanción conocida como *“Incumplir el IGA”*⁵.

³ De acuerdo con el documento “OEFA en cifras focalizado del primer trimestre de 2023”, así como los últimos reportes publicados en los últimos 4 años por lo menos.

⁴ De acuerdo con el ítem 3.1 del Cuadro de Tipificación de Infracciones Administrativas y Escala de Sanciones Relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 006-2018-OEFA-CD, publicada el 16 de febrero de 2018.

⁵ En adelante, usaremos este término para referirnos a la mencionada infracción.

La ya citada genérica infracción, en su norma tipificadora, indica como base legal referencial (entiéndase, de sustento) al Reglamento de la ley del SEIA. En ese marco, el artículo 13 del citado reglamento establece que los instrumentos de gestión ambiental que no forman parte del SEIA tienen carácter complementario y que las obligaciones contenidas en ellos deben definirse de forma concordante con los objetivos, principios y criterios del sistema, bajo un enfoque de integralidad y complementariedad orientado a la protección ambiental y al desarrollo sostenible.

Por su parte, el artículo 29 del mismo reglamento regula específicamente el alcance de las obligaciones exigibles al titular de un proyecto de inversión, precisando que las medidas, compromisos y obligaciones deben incorporarse en los planes que conforman el IGA, pero que, durante la etapa de fiscalización, también resultan exigibles aquellas obligaciones que se deriven de otras secciones del estudio ambiental, aun cuando no se encuentren formalmente incorporadas en estos. Esto último, con mayor razón, sustenta que todo el contenido de un IGA puede ser susceptible de convertirse en una obligación para su titular.

Más allá de lo cuestionable que resulta el hecho de que la norma de sustento para justificar la infracción de Incumplir el IGA sea una de rango infra legal (lo que contravendría el principio de tipicidad de la potestad administrativa sancionadora), lo cierto es que los IGA contienen obligaciones pasibles de ser supervisadas y cuyo incumplimiento es sancionable.⁶

Por otro lado, una norma con rango de ley que sí prevé que el incumplimiento de los compromisos de los IGA constituye una infracción (y que, por ende, son obligaciones legales) es la Ley No. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley del SINEFA), que establece al OEFA como el ente rector del ya mencionado sistema.

En particular, el artículo 17 de la Ley del SINEFA delimita el ámbito de la potestad sancionadora del OEFA, y establece que una de las conductas que constituyen infracciones administrativas es el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los administrados y contenidas en los IGA aprobados.

Asimismo, el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) del OEFA, órgano resolutorio de procedimientos administrativos sancionadores ambientales, ha referido en múltiples ocasiones que los compromisos de los IGA constituyen obligaciones legales. Incluso, ha indicado que es posible diferenciar dos clases de obligaciones ambientales que emanan de los mencionados instrumentos: de hacer y de no hacer; estas últimas referidas a la prohibición de hacer algo no contemplado en el IGA⁷.

⁶ Incumplir el IGA puede ser sancionado con hasta quince mil (15,000) UIT de multa.

⁷ Véase la Resolución No. 107-2025-OEFA/TFA-SE de fecha 18 de febrero de 2025.

Además, el TFA ha establecido que *“los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual deben ser implementados conforme fueron aprobados por la autoridad de certificación ambiental”*⁸.

En consecuencia, no cabe duda de que las disposiciones de los IGA son obligaciones legales plenamente exigibles a los titulares de los proyectos de inversión, siendo sancionable su incumplimiento en el modo, forma y plazo establecido en estos instrumentos. Tanto es así que, en la práctica, se recomienda poner especial cuidado al momento de redactar el texto de un IGA, dado que el uso impreciso de conectores deónticos (“se deberá”, “tendrá que”, “no podrá”, etc.), o incluso expresiones exhortativas como “se procurará” o “en la medida de lo posible”, pueden interpretarse de manera imperativa y generar la obligatoriedad de una simple frase u oración.

Como ya hemos explicado, el IGA de un proyecto (así como sus respectivas modificaciones) es una especie de radiografía de este último. En el IGA se detallan todos los componentes que forman parte del proceso productivo del proyecto, según sea el caso, los impactos ambientales asociados y previstos que serán generados por la actividad propuesta, las medidas de manejo ambiental y control de las actividades, así como un detalle de los mecanismos y medidas de participación ciudadana implementados para socializar y permitir la participación de los principales actores locales o grupos de interés del área de influencia.

Dicho lo anterior, no podemos suponer en ningún caso que los proyectos de inversión (sobre todo los productivos y extractivos) son inmutables. Todo lo contrario, estos son dinámicos y cambiantes siempre, pues se ajustan a la realidad del medio ambiente donde se desenvuelven e, incluso, a la realidad sociopolítica en la que conviven. Así, la regla general es que, cada vez que se realiza una modificación (sea para ampliar o incorporar algún componente) en el *layout* de un proyecto, se debe realizar –como contrapartida– una modificación del IGA original, de su modificación más reciente o la presentación de un ITS. De manera excepcional, y siempre que estemos en escenarios donde la normativa ambiental sectorial lo permita, se podrá prescindir de la presentación de una modificación de IGA y bastará solo con informar a la autoridad ambiental competente, según sea el caso.

Por otro lado, y no menos importante, se debe tener en cuenta que, en casi todos los sectores económicos, el IGA aprobado constituye un requisito y sirve de guía para el otorgamiento de otros títulos habilitantes que permiten desarrollar y ejecutar las actividades en estricto. Algunos ejemplos donde el IGA sirve de sustento para el otorgamiento de otros títulos habilitantes son: (i) la concesión eléctrica; (ii) las concesiones de transporte de hidrocarburos o gas natural; (iii) concesiones

⁸ Extracto de la Resolución No. 276-2021-OEFA/TFA-SE de fecha 31 de agosto de 2021.

de beneficio mineras; (iv) la autorización de inicio de actividades de exploración y/o explotación minera; entre otros. Vale aclarar que, pese a que no es un título habilitante en sí mismo, el IGA vigente sirve de sustento y es el principal marco de referencia para los Planes de Abandono y/o Cierre. En esa línea, cualquier modificación en la situación, condiciones o *status* de los componentes debe verse reflejada coherentemente en los mencionados planes.

Así las cosas, resulta evidente que, así como el IGA (en su versión original) es fuente de obligaciones para el titular de un proyecto de inversión, sus modificaciones generan variaciones o cambios en las obligaciones existentes, incluyendo los compromisos derivados que hayan podido ser incluidos en el mismo instrumento. Son justamente las modificaciones de los IGA las que permiten regularizar y reflejar la realidad y estado actual de un proyecto de inversión, haciendo evidente el dinamismo inherente a estos.

Dentro de los aspectos más abordados o incluidos en modificaciones de IGA están: la vida útil del proyecto; componentes a ser retirados, reemplazados o incorporados; aumento de la producción; incorporación o añadido de líneas de producción; entre otros.

III. EL INCUMPLIMIENTO DEL IGA COMO UNA TIPIFICACIÓN MEDIANTE NORMAS SANCIONADORAS EN BLANCO

Habiendo reconocido que el IGA y sus modificaciones posteriores son fuente de obligaciones para el administrado/titular de un proyecto de inversión, corresponde analizar y reflexionar acerca del ya mencionado tipo infractor utilizado para sancionar cualquier incumplimiento de las obligaciones o compromisos asumidos en los IGA. Para estos efectos, debemos recurrir a la Resolución No. 006-2018-OEFA/CD, que aprueba el Cuadro de tipificación de infracciones administrativas y escala de sanciones relacionadas con los instrumentos de gestión ambiental. De manera más específica, el tipo infractor empleado para sancionar el incumplimiento de una obligación y/o compromiso derivado del IGA es el tipo infractor 3.1 previsto en dicha tabla, denominado *“Incumplir lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad competente”*.

Como podemos advertir, el tipo infractor no describe de manera detallada y particular el supuesto de hecho que configura la infracción administrativa, pues la referencia a *“incumplir lo establecido”* no indica realmente qué fue lo establecido en el IGA, pudiendo configurar la infracción el incumplimiento de un compromiso de cierre, una medida de manejo ambiental, la implementación de un mecanismo de participación ciudadana propuesto por el administrado, la ejecución de monitoreos en la frecuencia establecida, entre muchas otras posibilidades y alternativas. Esto último adquiere mayor relevancia e impacto si se recuerda y se toma en cuenta que

un IGA estándar puede incluir o recoger más de 100 compromisos u obligaciones relacionados con el desarrollo de actividades en el proyecto de inversión. GALLARDO CASTILLO se refiere a que *“ocurre que en ocasiones la norma sancionadora no describe exhaustivamente la conducta que integra la infracción, sino que se remite a otros preceptos a los que corresponde la función de rellenar aquel vacío complementando así el tipo”*⁹. A esto último se le conoce como tipificación mediante normas de remisión o normas sancionadoras en blanco. Según expresa BACA ONETO, *“en estos casos, el “tipo” establecido en una norma es completado por otra diferente que le da contenido, al definir la conducta prohibida u obligatoria.”*¹⁰

Siguiendo a SANZ RUBIALES, las normas sancionadoras en blanco sirven como respuesta a la *“complejidad técnica de ciertas materias y su vinculación a una coyuntura cambiante”*¹¹. Este tipo de normas surgen ante la imposibilidad jurídica de tipificar tantas infracciones como incumplimientos posibles pueden darse. Como se detallará más adelante, en materia ambiental, específicamente, en la fiscalización del cumplimiento de los IGA, la aplicación y existencia de este tipo de normas está plenamente justificada, pues los compromisos ambientales establecidos en estos instrumentos varían según la actividad económica específica susceptible de generar impactos ambientales.

De esta manera, el tipo infractor empleado por el OEFA de Incumplir el IGA adquiere individualización cuando se analiza –caso por caso– el contenido del IGA del administrado a quien se quiere o debe sancionar, fungiendo este instrumento como una especie de “norma sancionadora” que completa la conducta prohibida. Esto es justamente lo que hace tan relevante el contenido de los IGA y sus respectivas modificaciones o actualizaciones, pues en la medida que estos cambian se puede entender válida y razonablemente que se está modificando indirectamente la norma sancionadora.

Ahora bien, en relación a la modificación de IGA y la fiscalización ambiental, algunos supuestos que se dan en la práctica son: (i) supervisiones donde la autoridad fiscaliza obligaciones que han sido incluidas en el IGA original y que no han sido modificadas; (ii) supervisiones donde la autoridad fiscaliza obligaciones que han sido incluidas en el IGA original que han sido modificadas, y se cuenta con la respectiva modificación del IGA original aprobada; y, (iii) supervisiones donde la autoridad fiscaliza obligaciones que han sido incluidas en el IGA original y cuya

⁹ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica. Práctica y jurisprudencia administrativa, p. 146.

¹⁰ BACA ONETO, Víctor. (2016) “La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador”. En: Themis, No. 69, Lima, p. 36.

¹¹ Sanz Rubiales, Íñigo. (2024). Normas sancionadoras en blanco y «reglas complementarias». Revista de Administración Pública, 224, 63-94.

modificación se ha propuesto sin que la modificación de dicho instrumento haya sido aprobada (está aún en evaluación).

Las dos primeras situaciones descritas líneas arriba son inocuas y no generan mayor preocupación para el administrado. Sin embargo, en el supuesto (iii) sí se presenta un problema, pues, cuando la autoridad supervisa un proyecto de inversión e identifica que existe una obligación cuya modificación ha sido propuesta, pero la modificación del IGA aún no ha sido aprobada, se espera que el administrado siga cumpliendo con la obligación tal cual fue prevista en el IGA original o en la última modificación de dicho instrumento aprobada. De lo contrario, la autoridad considera esta situación como una infracción administrativa y se recomienda el inicio de un PAS.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario desagregar las dos (2) diferentes variantes que se pueden dar bajo el mismo supuesto (iii) descrito en el párrafo anterior:

- Variante 1: si la obligación que ha sido modificada es meramente formal o logística (sin implicancias operativas relevantes): como realizar monitoreos con una periodicidad o frecuencia distinta específica, realizar una actividad concreta operativa bajo determinadas condiciones; reemplazar equipos, entre otras.
- Variante 2: si la obligación que ha sido modificada sí tiene vinculación con la modificación de otros permisos o tiene implicancias relevantes operativas en el proyecto de inversión, según sea el caso (dependiendo del tipo de actividad económica desarrollada).

Consideramos relevante reflexionar sobre estas variantes, sobre todo, a la luz de la experiencia en diversos casos de supervisión ambiental. En la Variante 1, creemos que, nuevamente, se repite el escenario de estar ante una situación inocua o inofensiva, pues, como es previsible y legalmente correcto, una modificación de IGA no genera efectos y no se entiende formalmente aprobada sino hasta que se emite su respectiva resolución de aprobación. En otras palabras, si uno quisiera cambiar la frecuencia de algún monitoreo o modificar algún componente operativo, debe esperarse a la aprobación de dichos cambios de manera oficial (y no se genera ninguna contingencia o problema operativo al esperar la aprobación oficial fuera de las posibles demoras de la autoridad que tampoco avalamos). Sin embargo, la Variante 2 contempla una situación o supuesto donde se evalúan modificaciones que sí pueden generar un impacto negativo en la operación de un proyecto de inversión o que guardan relación con otros permisos o títulos habilitantes que están siendo modificados. En ambos casos, una espera indefinida o demasiado prolongada sí podría perjudicar de manera irreversible al proyecto.

Para explicarlo de manera más dinámica, hemos elaborado el siguiente cuadro resumen:

Cuadro 1

“Escenarios de supervisión de obligaciones incluidas en un IGA de un proyecto de inversión”

Supuesto 1	Supuesto 2	Supuesto 3	
Existen obligaciones previstas en el IGA original y no han sido modificadas.	Existen obligaciones previstas en el IGA original que han sido modificadas, pero sí se cuenta con la respectiva modificación de IGA aprobada.	Supuesto donde alguna obligación prevista en el IGA original ha sido modificada, pero no se cuenta con la respectiva modificación de IGA aprobada (está en evaluación).	
N.A. Si la obligación que ha sido modificada es meramente formal o logística (sin implicancias operativas relevantes)		Variante 1	Variante 2
		Si la obligación que ha sido modificada sí tiene vinculación con la modificación de otros permisos o tiene implicancias relevantes operativas en el proyecto de inversión, según sea el caso (dependiendo del tipo de industria).	
<i>No hay contingencias ni consecuencias adversas.</i>	<i>No hay contingencias ni consecuencias adversas.</i> Ejemplos: Frecuencia de monitoreos, modificación en componentes, cambios o reemplazo de equipos o de actividades operativas.	<i>Sí hay contingencias y/o consecuencias adversas.</i> Ejemplos: Extensión de vida útil del proyecto de inversión, modificación en un IGA que tiene impactos directos en la fiscalización de un Plan de Cierre (dependiendo de la industria) y/o modificación de Plan de Cierre y su inmediata supervisión.	

Fuente: Elaboración propia

Es justamente en el Supuesto 3, en su Variante 2, que se genera el mayor porcentaje de controversias entre la autoridad y el administrado, y donde surge la mayoría de las contingencias para un proyecto de inversión. Nos explicamos y desarrollamos.

Pensemos en una empresa minera donde se acaba de proponer una modificación para extender la vida útil de una unidad minera y la modificación del IGA se encuentra en trámite. Por supuesto, no se podrá dar por concluida la actividad en el último año de vida útil declarada en el IGA original; razón por la cual no se debería imputar esta situación como una infracción administrativa y sancionar a la empresa innecesariamente solo porque no se tiene aprobada la extensión (modificación de IGA). Menos aún, si el trámite donde se está evaluando dicha modificación ha sufrido constantes demoras o está expuesto a un tiempo excesivo sin resolver. Bajo el mismo ejemplo (pero al revés), la empresa minera cuyo Plan de Cierre de Minas está siendo modificado para ampliar la vida útil u operación de un componente particular no debería ser multada si es supervisada mientras está en evaluación la modificación del plan de cierre. Esto último sería injusto e incongruente con la misma lógica de tramitología o permisología sectorial, pues no tiene sentido cerrar y/o desmantelar un componente que sabemos que seguirá en operación y funcionamiento, pudiendo generar dicho cierre un impacto relevante operativo y económico.

Llegado este punto, vale aclarar que no estamos proponiendo que las obligaciones previstas en los IGA y cuyas modificaciones estén en evaluación estén exentas de ser supervisadas o fiscalizadas según fueron detalladas en sus versiones originales (según lo previsto en los IGA originales aprobados) de manera irrestricta, no. En realidad, lo que proponemos es reflexionar acerca de cómo debería de ejercer la autoridad su potestad fiscalizadora en estos casos y que tal vez pueda ameritar algunos cambios en la normativa de fiscalización ambiental tal como está prevista actualmente.

Todo lo dicho anteriormente podría ser materia de otro artículo. Sin embargo, lo que nos gustaría profundizar en el presente trabajo es la potencial aplicación del principio de retroactividad benigna por parte de la autoridad de fiscalización en supuestos específicos. En particular, este principio debería aplicarse, como mínimo, en la Variante 2 del Supuesto 3, siempre y cuando se obtenga finalmente la aprobación (aunque sea tardía) de las modificaciones de IGA que estaban en trámite cuando el administrado fue supervisado. Sobre este aspecto nos explayaremos en las siguientes líneas, a propósito de algunos pronunciamientos y criterios recientemente expuestos por el OEFA.

IV. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD Y EL DE RETROACTIVIDAD BENIGNA

En este acápite, repasaremos brevemente el principio de retroactividad benigna con la finalidad de reforzar una de las cuestiones principales del presente artículo: la modificación de un IGA en beneficio del administrado constituye indudablemente un supuesto en el que debe aplicarse dicho principio.

La irretroactividad (esto es, la prohibición de aplicar una norma a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia) constituye una regla que se recoge, antes que nada, en nuestra Constitución, cuando indica que *“nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*¹². Por otro lado, la retroactividad benigna (esto es, la facultad de aplicar una norma posterior más favorable a hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia) también ha sido recogida por la Constitución, cuando señala que *“la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”*¹³.

Pese a que, aparentemente, el principio de retroactividad benigna solo se aplica a las normas penales (frente a la irretroactividad, que se predica ampliamente para “infracciones punibles”), coincidimos con BACA ONETO en que esta rige, además, para el ámbito administrativo sancionador. Esto último, dado que la retroactividad benigna *“es uno de los principios del ius puniendi, que se aplican tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo sancionador”*¹⁴.

Por su parte, CASSAGNE también considera a la irretroactividad en materia penal y la aplicación de la ley más benigna como uno de los principios y supuestos especiales del derecho penal sancionatorio aplicables a la actividad administrativa de policía. En ese sentido, la retroactividad benigna representa una excepción al principio de irretroactividad de la ley anterior¹⁵.

¹² Numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

¹³ Artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

¹⁴ Baca Oneto sustenta esta postura, entre otras razones, porque *“tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador se impone una pena, las razones que justifican la aplicación retroactiva de la norma más favorable en el primero se darían también en el segundo, de modo que el reconocimiento constitucional del primero podría ampliarse al segundo, en virtud de una aplicación analógica in bonam partem”* En Baca Oneto, V. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. *THEMIS Revista De Derecho*, (69), 27-43. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16709>.

¹⁵ En Juan Carlos Cassagne – *Derecho Administrativo*, Tomo II (Palestra, Lima, 2010), p. 575.

Sin embargo, no cabe duda de que la retroactividad benigna es, también, un principio plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, ya que ha sido recogida expresamente por la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)¹⁶.

De acuerdo con el numeral 5 del artículo 248 del TUO LPAG, el principio de irretroactividad en el procedimiento administrativo sancionador es la regla. En ese sentido, la LPAG reconoce que las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la conducta son las aplicables, salvo que una regulación posterior favorezca al infractor. En tales casos, la norma más benigna puede aplicarse retroactivamente, tanto en lo relativo a la tipificación de infracción como a la sanción y sus plazos de prescripción; incluso cuando la sanción ya se encuentre en ejecución al momento de la entrada en vigencia de la nueva disposición.

En línea con lo anterior, la figura de la retroactividad benigna depende de un factor clave: la existencia de una modificación normativa (en el sentido amplio del término) que configure un escenario más favorable –en comparación con la norma derogada o modificada– para quien está obligado a cumplirla. Como el lector ya podrá descifrar, este principio puede resultar especialmente relevante en el ámbito de las modificaciones de IGA, en tanto la aplicación de una obligación contenida en el IGA que haya sido modificada podría implicar la inaplicación de obligaciones previamente exigibles bajo la versión anterior de dicho instrumento, siempre que se establezcan condiciones más favorables para el titular de la actividad.

Reiterando lo expuesto, la retroactividad benigna es plenamente aplicable a las normas administrativas sancionadoras en blanco; teniendo en cuenta que podrán modificarse tanto la disposición sancionadora principal que establece la sanción como la complementaria a la que se hace remisión y dota de contenido al tipo infractor. De esta manera, cualquier modificación que sufra la norma o disposición complementaria debería entenderse como una modificación sustancial de la norma sancionadora misma.

Ahora bien, analizando el caso que nos compete del tipo infractor de Incumplir el IGA, se puede identificar que, en el momento en que el instrumento ambiental es modificado para incorporar, eliminar o ajustar compromisos, incluyendo cambios en los plazos establecidos, se está variando precisamente la disposición complementaria que integra el tipo sancionador en blanco. Por tanto, tales variaciones podrían incidir directamente en la configuración del supuesto de infracción, por lo que corresponde valorar la aplicación del principio de retroactividad benigna.

¹⁶ En adelante, para referirnos a las disposiciones de la LPAG, citaremos a su Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo No. 004-2019-JUS (TUO LPAG).

Ante lo mencionado, es probable que surja la interrogante de si es posible considerar un IGA como “norma” pasible de ser remitida por otra norma sancionadora. Esto último debido a que, por lo general, se entiende a la norma remitida como una de naturaleza reglamentaria, tal como sostiene un sector de la doctrina. Por ejemplo, NIETO GARCIA afirma, como derivación de la colaboración reglamentaria, que “*las normas sancionadoras se limitan a describir algunos tipos o algunos elementos comunes y esenciales a todos los tipos, remitiéndose luego implícita o explícitamente a un reglamento para que complete la descripción*”¹⁷. Sin embargo, somos de la opinión de que las disposiciones sancionadoras en blanco pueden perfectamente remitirse no sólo a normas reglamentarias, sino a cualquier otra disposición que pueda presentar un contenido capaz de ser incumplido.

Tal como afirma SANZ RUBIALES, realizando un análisis jurisprudencial constitucional español¹⁸, el principio de retroactividad benigna administrativa no excluye que la norma tipificadora contenga remisiones a normas reglamentarias o a actos administrativos singulares, como autorizaciones o licencias¹⁹. Citando al tribunal español, el profesor español señala que la licitud de la remisión no radica en el carácter normativo o reglamentario de la disposición complementaria, sino en que dichos documentos “son de obligado conocimiento y cumplimiento por sus destinatarios únicos”. De manera análoga, este criterio es perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pues las obligaciones impuestas por el acto administrativo que aprueba el IGA en su total contenido son “de obligado conocimiento y cumplimiento por sus destinatarios únicos”, que no son otros que los administrados titulares del proyecto de inversión.

El mismo criterio adopta lúcidamente BUENO ARMIJO²⁰. De acuerdo con el académico, al momento de abordar la estructura de las normas sancionadoras en blanco, estas normas se caracterizan por el uso de dos preceptos distintos que integran un mismo tipo infractor. El primero de estos contiene la norma en blanco, que se encarga de tipificar realmente la prescripción de la conducta activa u omisiva; mientras que el segundo (y el protagónico de este artículo) constituye la norma de remisión, que no tiene la finalidad de tipificar una infracción, sino a la imposición de deberes, por lo que “ni siquiera tendrá siempre carácter normativo”. Exactamente lo mismo

¹⁷ En Nieto García, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador* (4ª ed.). Tecnos.

¹⁸ Particularmente, de la Sentencia del Tribunal Constitucional No. 104/2009.

¹⁹ Sanz Rubiales, Í. (2024). Normas sancionadoras en blanco y «reglas complementarias». *Revista de Administración Pública*, 224, p. 80.

²⁰ BUENO ARMIJO, A. «El Principio de legalidad sancionadora (I): la reserva de ley, en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO y Lucía ALARCÓN SOTOMA-YOR, Antonio BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 130.

sucede con el IGA, que viene a ser una disposición sancionadora de remisión, que contiene la obligación individualizada.

Esto se condice, además, con cómo está redactado el principio de irretroactividad de la potestad sancionadora en el TUO LPAG, pues refiere a “disposiciones sancionadoras” vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar. Es decir, en el Derecho Administrativo peruano, este principio aparece en un nivel de abstracción tal que permite la aplicación de la retroactividad favorable a disposiciones que, pese a no ser estrictamente reglamentos –o, incluso, actos administrativos per se– cumplan con el objetivo de regular comportamientos susceptibles de sanción.

En línea con lo anterior, en nuestra opinión, los IGA deberían ser considerados como disposiciones pasibles de ser remitidas por normas sancionadoras, independientemente de que no sean de naturaleza estrictamente reglamentaria. Específicamente, cada IGA en particular de cada administrado se vuelve parte del tipo infractor en tanto es remitido por este, que sanciona el incumplimiento de los compromisos planteados en el propio IGA. Así, al ser considerado como una disposición sancionadora, al menos como aquella a la que remite la norma tipificadora, OEFA debería entender que, cuando un IGA es modificado –y sus compromisos también–, debe aplicarse la retroactividad benigna, en caso la nueva obligación modificada resulte más favorable al administrado.

Pese a que existe bastante claridad en cuanto al tratamiento de los IGA como una disposición sancionadora que complementa el tipo infractor de, precisamente, Incumplir el IGA, lo cierto es que el OEFA, a lo largo de distintas resoluciones del TFA, ha optado por no adoptar este criterio. En la siguiente sección, abordaremos cuál es el razonamiento de la entidad para no aplicar el principio de retroactividad benigna frente a la modificación de compromisos del IGA, que resultan más favorables para el titular del proyecto de inversión.

V. CRITERIO DE LA ENTIDAD

En las secciones precedentes ya hemos expuesto nuestras reflexiones acerca de la necesidad de que los diferentes órganos de línea, el equipo supervisor y por supuesto el cuerpo colegiado y máxima instancia (TFA) del OEFA apliquen indubitablemente el principio de retroactividad benigna en aquellos casos en los que se obtenga finalmente la aprobación de un IGA que contenga la modificación de compromisos que hayan sido fiscalizados y sancionados (cuestionando en este artículo esta práctica). En ese sentido, ahora resulta pertinente repasar qué opina el OEFA acerca de este tipo de supuestos y cómo ha resuelto en casos de esta naturaleza hasta la fecha.

Antes de pasar a analizar cómo viene resolviendo el principal organismo de fiscalización ambiental sobre el tema antes descrito, consideramos relevante precisar que en el presente artículo nuestra intención es dejar claro que existen dos (2) aspectos muy importantes por los que defendemos y sostenemos que el principio de retroactividad benigna debe ser aplicado en los supuestos materia de análisis: (i) creemos que existe el suficiente sustento y desarrollo doctrinario a nivel administrativo que apoya la tesis de que toda modificación en títulos habilitantes que son referidos como “disposición normativa”, en un escenario de “tipificación de norma en blanco”, sí genera indirectamente un cambio normativo que debe ser tomado en cuenta; y, (ii) la naturaleza de las obligaciones que son objeto de fiscalización, así como las implicancias negativas que podrían darse en un proyecto de inversión si se hiciera una lectura rígida y literal de los compromisos asumidos en los IGA.

Pese a todo lo que hemos desarrollado en el presente artículo, el OEFA viene rechazando la aplicación del principio de retroactividad benigna en aquellos casos donde cambian las disposiciones contenidas en actos administrativos (léase títulos habilitantes otorgados). Esto ha sido ampliamente desarrollado y ratificado por el TFA del OEFA.²¹

Cabe resaltar que la postura de OEFA se sustenta en el hecho de que el numeral 5 del artículo 248 del TUO LPAG señala que *“Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”*

Asimismo, en diversos pronunciamientos, el OEFA ha expresado que solo podría aplicarse este principio siempre que se produzca una modificación o variación normativa. Siendo esto así, resulta evidente que lo que está haciendo esta entidad es interpretar y considerar que la referencia a “disposiciones sancionadoras” de la LPAG se refiere únicamente a disposiciones normativas o normas tipificadoras. Sin embargo, dicha lectura o interpretación desconoce lo desarrollado en la doctrina, que sí admite concluir que, cuando el TUO de la LPAG se refiere a “disposiciones sancionadoras” puede y debe entenderse que comprende y abarca a aquellas disposiciones que definen y le dan contenido a la conducta que desea sancionarse.

De esta manera, el TFA ha establecido indubitablemente, como criterio de interpretación, que el principio de retroactividad benigna solo se predica respecto de la aplicación de una norma más favorable al administrado y no respecto a dispo-

²¹ Ver, por ejemplo: considerando 67 de la Resolución No. 356-2019-OEFA/TFA-SMEPIM; considerando 51 de la Resolución No. 451-2019-OEFA/TFA-SMEPIN; considerando 45 de la Resolución No. 009-2019-OEFA/TFA-SMEPIM.

siones contempladas en actos administrativos, como lo son las modificaciones y/o actualizaciones de IGA

Tal como ha sido expuesto en el presente artículo, discrepamos rotundamente con la postura y criterio desarrollado por el OEFA, que no solo incurre en una interpretación muy restrictiva y poco razonable de las disposiciones del TUO de la LPAG, sino que se aleja inclusive de la misma doctrina del derecho administrativo que sí reconoce y desarrolla de manera expresa que el principio de retroactividad benigna sí debe alcanzar a los actos administrativos que definen a la conducta infractora en aquellos casos donde el tipo infractor haga esta remisión (tipificación de la norma en blanco ya explicada).

Finalmente, el TFA ha emitido un pronunciamiento²² donde afirma que la aprobación de la modificación de un IGA implica la “novación” de la obligación ambiental prevista en el IGA original. Asimismo, bajo esta premisa habría declarado extinta la obligación original y se habría archivado el expediente bajo la premisa de que operaba la figura de “sustracción de la materia”.

Sin perjuicio de que estamos de acuerdo con el archivo del PAS seguido contra el administrado, nos llama bastante la atención que el OEFA haya tenido que recurrir a una figura del derecho civil para poder atender este tipo de situaciones. Por regla general, y a nuestro modesto entender, la aplicación de reglas o disposiciones del derecho civil (sea del Código Civil o del Código Procesal Civil) se da de manera supletoria cuando existe un vacío en el derecho administrativo (concretamente reglas generales del TUO LPAG). Sin embargo, y con cargo a estudiar y conocer más acerca del caso concreto donde se hizo referencia a la figura de la “novación”, creemos que no sería necesario remitirse a esta figura civil cuando existe el principio administrativo de la retroactividad benigna y la doctrina ha respaldado su aplicación en aquellos casos donde el tipo infractor no defina la conducta infractora de manera completa, remitiendo y dejando esta labor a una disposición sancionadora complementaria (que en los casos desarrollados en el presente artículo corresponden al IGA y sus modificaciones, según sea el caso).

VI. OTRA ALTERNATIVA, A PROPÓSITO DE RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA ENTIDAD

El 11 de marzo de 2025 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió la Casación No. 36926-2022 (en adelante, la “Casación 36926”), mediante la cual se declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el OEFA contra una sentencia que había reconocido

²² Nos referimos a la Resolución No. 562-2024-OEFA/TFA-SE.

la subsanación voluntaria realizada por un administrado del sector minero en un PAS. El caso giró en torno a la implementación de una poza de concreto no prevista en los instrumentos de gestión ambiental, lo que fue considerado inicialmente como una infracción grave (Incumplir el IGA). La Corte Suprema precisó que la presentación de la solicitud de la tercera modificación del instrumento de gestión ambiental de la unidad minera antes de la imputación de cargos, aunque obtuviera la aprobación con posterioridad, constituye eximente de responsabilidad conforme al artículo 236-A del TUO LPAG.

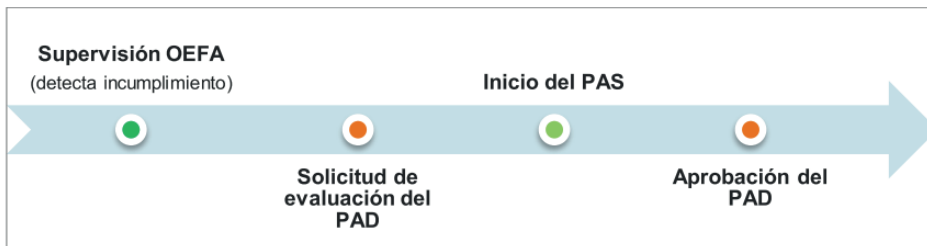
En línea con lo anterior, la reciente Resolución del TFA No. 538-2025-OEFA/TFA-SE (en adelante, la "Resolución 538"), emitida el pasado 2 de octubre de 2025, adoptando el criterio recogido en la Casación 36926, resolvió revocar la resolución de primera instancia en el extremo que determinó responsabilidad administrativa de una empresa explotadora de hidrocarburos, por la supuesta construcción de una tubería, que conectaba dos componentes principales, no contemplada en su IGA. Esto último, en tanto, al momento de la imputación de cargos, el administrado ya había presentado la solicitud de evaluación de un Plan Ambiental Detallado (IGA correctivo y complementario al SEIA).

La Resolución 538 marca un cambio de criterio del OEFA, que ahora considera que si el administrado incorpora un componente no declarado en su IGA dentro de IGA correctivo (como lo es un Plan Ambiental Detallado) y lo presenta antes de la imputación de cargos, se configura la subsanación voluntaria, incluso cuando este se apruebe de manera posterior.

Por otro lado, mediante la Resolución 538, el TFA ha expresado que, si el administrado no se encuentra acogido a un proceso de adecuación o lo inicia con posterioridad a la imputación de cargos, y el IGA se aprueba posteriormente –aunque el PAS no haya culminado–, no se configuraría la subsanación voluntaria y cabría declarar responsabilidad. Este entendimiento, a nuestro juicio, no es correcto. Como ya hemos expresado líneas atrás, la aprobación de un nuevo IGA que incorpore, elimine o modifique compromisos cuyo incumplimiento ha sido objeto de un proceso administrativo sancionador, varía la disposición complementaria que integra el tipo sancionador en blanco de "Incumplir el IGA" y, por ende, al "destipificar" la conducta infractora, se debería aplicar la retroactividad benigna para archivar el caso.

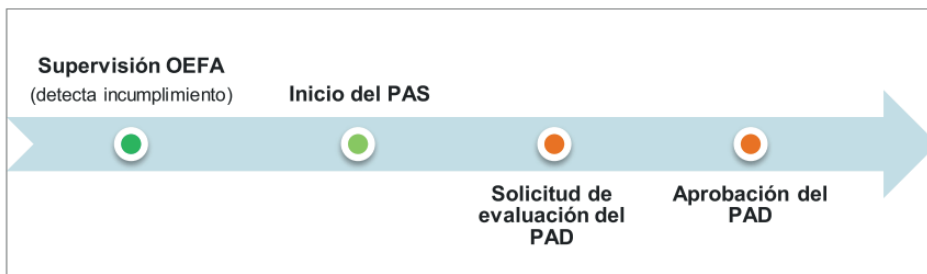
Para un mejor entendimiento de los dos escenarios antes descritos, el TFA elaboró los siguientes gráficos:

Gráfico N° 2: Escenario 1



Elaboración: TFA

Gráfico N° 3: Escenario 2



Fuente: TFA, Fundamento 26 de la Resolución 538.

En síntesis, el cambio de criterio contenido en la Resolución 538 es de utilidad y, sin duda, garantista. Sin embargo, consideramos que es insuficiente, en tanto no aborda la cuestión de fondo, y deja desprotegidos a los supuestos en los que tanto la solicitud de evaluación del instrumento como su aprobación se producen después de iniciado el PAS. Como hemos argumentado, en tales casos corresponde aplicar la figura de la retroactividad benigna y concluir que, en tanto el compromiso cuyo incumplimiento dio origen al PAS ha variado en favor del administrado, no cabría imputar responsabilidad administrativa y, por lo tanto, debería archiversse.

Sin perjuicio de todo lo antes desarrollado en el presente artículo, debemos mencionar que el 23 de julio de 2025 fue publicada, en el Diario El Peruano, la Resolución de Consejo Directivo No. 00019-2025-OEFA/CD que aprobó el Nuevo Reglamento de Supervisión de OEFA (en adelante, el "Nuevo Reglamento"). Entre otras novedades, se han regulado las figuras del acta de compromiso y el compromiso de cumplimiento. Este último es la acción u omisión cuyo cumplimiento asume el administrado, a iniciativa de parte, ante la necesidad de la imposición de una medida administrativa posteriormente a una supervisión *in situ*. En otras palabras, cuando en una supervisión *in situ* se detecta un incumplimiento, infracción

administrativa o situación que amerite el dictado de una medida administrativa, a pedido del administrado, y en determinadas circunstancias, se puede suscribir un acta de compromiso para revertir la conducta o incumplimiento detectado. Por supuesto, ante incumplimiento de dicho compromiso, el administrado es pasible de ser sancionado directamente por la autoridad. El compromiso de cumplimiento queda consignado en el acta de compromiso y su incumplimiento puede ocasionar que se dicte una medida administrativa y, además, que el administrado no pueda asumir nuevos compromisos durante los próximos cuatro (4) años.

En cualquier caso, con la entrada en vigencia del Nuevo Reglamento, y si el OEFA se mantuviera renuente a aplicar la figura de la retroactividad benigna en los casos antes descritos, una posible alternativa es que, ante la observación de supuestos incumplimientos de obligaciones ambientales cuya modificación se encuentra en evaluación, el administrado pueda suscribir un acta de compromiso y someterse a, por ejemplo, remitir con cierta periodicidad los avances del trámite de la modificación del IGA correspondiente y/o notificar al OEFA una vez esta modificación haya sido aprobada (condicionada a un plazo razonable). Seguimos creyendo que lo correcto y más ajustado a los principios y reglas del Derecho Administrativo es la aplicación de la retroactividad benigna pero no descartamos que se pueda materializar otras vías en aras de darle facilidades al administrado en este tipo de situaciones.

VII. CONCLUSIONES

Las disposiciones de los IGA son obligaciones legalmente exigibles y se entienden como afirmaciones con carácter de declaración jurada, siendo sancionable el incumplimiento de estas, en el modo, forma y plazo establecido en estos instrumentos. Siendo esto así, se recomienda siempre cuidar la redacción de los compromisos u obligaciones, evitando frases ambiguas, uso impreciso de conectores deónticos o incluso expresiones exhortativas.

Al igual que el IGA (en su versión original), las modificaciones de estos instrumentos también son fuente de obligaciones para el titular de un proyecto de inversión, pues sus modificaciones generan variaciones o cambios en las obligaciones existentes. Esto se debe a que los proyectos de inversión por definición son dinámicos y se ajustan al medio ambiente y realidad del espacio donde se desarrollan.

El tipo infractor empleado para sancionar eventuales incumplimientos de un IGA constituye una modalidad de tipificación mediante normas sancionadoras en blanco. En otras palabras, el tipo infractor no describe de manera detallada y particular el supuesto de hecho que configura la infracción administrativa, sino que delega dicha tarea a una disposición complementaria que termina de definir

detalladamente la conducta obligatoria o prohibida. A este modo de tipificación se le conoce como “norma sancionadora en blanco”.

Cuando se presentan supervisiones o fiscalizaciones de obligaciones previstas en un IGA que han sido objeto de modificación y se cuenta con la respectiva aprobación de dicho instrumento, no se genera mayor contingencia. La controversia surge cuando se fiscaliza una obligación que ha sido modificada desde su versión original y no se cuenta aún con la respectiva aprobación de la modificación del IGA original. Si la obligación que es materia de fiscalización en dichos casos es meramente formal, no debería de generar mayor contingencia. Sin embargo, si la obligación tiene vinculación con otros permisos sectoriales o implicancias operativas relevantes en el proyecto de inversión, el sancionar de manera irrestricta su incumplimiento resulta algo más que cuestionable.

En el contexto de una fiscalización de obligaciones que han sido objeto de modificación sin contar aún con la respectiva aprobación no debería de aplicarse de manera automática una sanción. De manera concreta, en aquellos casos donde la aprobación de la modificación del IGA se obtenga de manera posterior a una fiscalización donde se ha identificado el incumplimiento de la obligación original debería aplicarse el principio de retroactividad benigna. Esto último se debe a que el numeral 5 del artículo 248 del TUO LPAG señala que las disposiciones sancionadoras que son objeto de modificación y benefician al administrado deben ser aplicadas de manera retroactiva, entendiéndose de manera amplia el término “disposiciones sancionadoras” que permite incluir a los IGA y sus modificaciones dentro de esta categoría.

Lamentablemente, en la práctica, el OEFA viene rechazando la aplicación del principio de retroactividad benigna cuando de modificaciones de IGA se refiere. Esta entidad sustenta este criterio bajo la premisa de que no puede entenderse que el término “disposiciones sancionadoras” comprenda a los IGA y sus modificaciones. Así las cosas, el OEFA ha afirmado en diversos pronunciamientos que este principio sólo resulta aplicable ante cambios normativos (que modifiquen las normas tipificadoras).

Ante la publicación del Nuevo Reglamento de OEFA, y en caso esta autoridad se mantenga renuente a aplicar la retroactividad benigna en aquellos casos donde un administrado esté sujeto a la aprobación de la modificación de un IGA (teniendo que implementar cambios y no necesariamente basarse en la última versión aprobada), una alternativa que podría evaluarse es que el administrado pueda acogerse a la figura del “Acta de Compromiso”, obligándose a reportar y quedando exento de responsabilidad únicamente por un periodo razonable hasta que se obtenga la modificación en trámite de manera oficial. En cualquier caso, la forma más apropiada y ajustada a derecho (a la luz de los principios administrativos) es la aplicación de la retroactividad benigna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baca Oneto, V. S. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo *sancionador*. *Themis: Revista de Derecho*, (69), pp. 27-43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16709>
- Cassagne J. C. Derecho Administrativo, Tomo II (Palestra, Lima, 2010), p. 575.
- Gallardo Castillo, M.J. (2008). *Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*. Iustel.
- Nieto García, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador* (4ª ed.). Tecnos.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). (2023). *OEFA en cifras focalizado del primer trimestre de 2023*. OEFA. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5217010/OEFA%20en%20cifras%20I%20trimestre.pdf?v=1696272967>
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). (2023). *OEFA en datos: conoce nuestras principales acciones en 2023*. OEFA. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5675127/5037237-oefaahora-9.pdf#:~:text=Supervisiones%20ambientales%20Se%20realizaron%203,el%20siguiente%20detalle%3A%20884%20Residuos>
- Perú. Constitución Política del Perú. *El Peruano*, 29 de diciembre de 1993.
- Perú. Decreto Legislativo N.º 613. Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. *El Peruano*, 8 de septiembre de 1990.
- Perú. Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS. Ley del Procedimiento Administrativo General. *El Peruano*, 25 de enero de 2019.
- Perú. Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. *El Peruano*, 25 de septiembre de 2009.
- Perú. Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS. Ley del Procedimiento Administrativo General. *El Peruano*, 25 de enero de 2019.
- Perú. Ley N.º 27446. Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. *El Peruano*, 23 de abril de 2001.
- Perú. Ley N.º 28611. Ley General del Ambiente. *El Peruano*, 15 de octubre de 2005.
- Perú. Ley N.º 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. *El Peruano*, 5 de marzo de 2009.
- Perú. Resolución de Consejo Directivo N.º 006-2018-OEFA/CD. *El Peruano*, 16 de febrero de 2018.
- Perú. Resolución de Consejo Directivo N.º 006-2018-OEFA/CD. *El Peruano*, 16 de febrero de 2018.
- Perú. Resolución N.º 009-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, 8 de enero de 2019.
- Perú. Resolución N.º 107-2025-OEFA/TFA-SE, 18 de febrero de 2025.
- Perú. Resolución N.º 107-2025-OEFA/TFA-SE, 18 de febrero de 2025.

Perú. Resolución N.º 276-2021-OEFA/TFA-SE, 31 de agosto de 2021.

Perú. Resolución N.º 276-2021-OEFA/TFA-SE, 31 de agosto de 2021.

Perú. Resolución N.º 356-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, 25 de julio de 2019.

Perú. Resolución N.º 451-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, 23 de octubre de 2019.

Perú. Resolución N.º 538-2025-OEFA/TFA-SE, 2 de octubre 2025.

Perú. Resolución N.º 562-2024-OEFA/TFA-SE, 7 de agosto de 2024.

Rebollo Puig, M.; Izquierdo Carrasco, M.; Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A. *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010

Sanz Rubiales, Í. (2024). Normas sancionadoras en blanco y «reglas complementarias». *Revista de Administración Pública*, 224, 63-94.

INTERESES Y PREJUICIOS: EL PESO FINANCIERO DE IMPUGNAR UNA MULTA AMBIENTAL ANTE EL OEFA

ALEJANDRA SEMINARIO VARGAS¹

► RESUMEN:

El presente artículo analiza críticamente el procedimiento de ejecución coactiva llevado a cabo por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), con especial énfasis en la interpretación sobre el cómputo de los intereses moratorios derivados de multas ambientales. Aunque la institución ha impulsado importantes avances en materia de fiscalización, ciertas prácticas en el ámbito sancionador generan incertidumbre y trasladan al administrado la carga de los retrasos atribuibles a la propia Administración.

La investigación demuestra que el criterio actual de OEFA considera que los intereses se devengan desde la notificación de la resolución sancionadora inicial, incluso durante la tramitación de los recursos impugnativos. Esto produce un incremento desproporcionado de la deuda, desincentiva el derecho a la defensa y vulnera principios como el debido procedimiento, la seguridad jurídica y la predictibilidad administrativa.

A partir de un análisis normativo, jurisprudencial y de datos oficiales, se plantea la necesidad de revisar este enfoque, garantizando un balance entre la potestad sancionadora del OEFA y la tutela efectiva de los derechos fundamentales, lo que fortalecería la legitimidad institucional y la seguridad jurídica.

Palabras Clave: OEFA, ejecución coactiva, intereses moratorios, procedimiento administrativo sancionador, debido procedimiento, seguridad jurídica, predictibilidad.

¹ Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Georgetown. Jefa de Asuntos Legales Mineros en Nexa Resources Peru.

► **ABSTRACT:**

This article provides a critical analysis of the coercive enforcement procedure carried out by the Environmental Assessment and Enforcement Agency (OEFA), focusing on its interpretation regarding the accrual of default interest derived from environmental fines. Although OEFA has achieved significant institutional progress in supervision and enforcement, certain practices within its sanctioning authority still create uncertainty and transfer to regulated parties the burden of delays attributable to the Administration itself.

The study reveals that OEFA's current approach considers that interest accrues from the notification of the initial sanctioning resolution, even while administrative appeals are pending. This results in a disproportionate increase in the debt, discourages the effective exercise of the right to defense, and undermines fundamental principles such as due process, legal certainty, and predictability in administrative action.

Drawing on regulatory, jurisprudential, and official data analysis, the paper argues for a revision of this interpretation and the adoption of measures that ensure coherence between OEFA's sanctioning powers and the protection of fundamental rights, thereby strengthening institutional legitimacy and legal certainty.

Keywords: OEFA, coercive enforcement, default interest, administrative sanctioning procedure, due process, legal certainty, predictability.

I. INTRODUCCIÓN

La fiscalización ambiental de actividades estratégicas como la minería, hidrocarburos, industria, pesca y agricultura recae en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), entidad responsable de garantizar el equilibrio entre la inversión privada y la protección del medio ambiente.

En el ejercicio de esta función, el OEFA no solo despliega labores de evaluación, supervisión y fiscalización, sino que también ejerce potestad sancionadora a través del procedimiento administrativo sancionador, así como la facultad de ejecutar coactivamente el cobro de las multas impuestas cuando estas adquieren firmeza. La existencia de mecanismos de ejecución forzada resulta, en principio, legítima y necesaria para asegurar la eficacia de las decisiones administrativas y evitar el incumplimiento sistemático de las sanciones impuestas.

No obstante, el ejercicio de la potestad sancionadora y, en particular, de la ejecución coactiva, no puede desarrollarse de manera irrestricta. Estas facultades se encuentran sujetas a los principios que rigen la actuación de la Administración Pública -tales como la razonabilidad, proporcionalidad, predictibilidad y seguridad jurídica- así como al respeto de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Perú, entre ellos, el derecho de defensa, el debido procedimiento y el derecho de petición.

En ese marco, el presente artículo sostiene que el criterio aplicado por el OEFA respecto al cómputo de intereses moratorios traslada indebidamente al administrado los costos de la ineficiencia administrativa, vulnerando derechos fundamentales como el derecho de petición, el debido procedimiento y la seguridad jurídica, y desnaturalizando la finalidad del procedimiento sancionador ambiental. Para ello, el artículo analiza el régimen aplicable al cómputo de intereses en la ejecución coactiva ambiental, examina su compatibilidad con los derechos fundamentales y propone criterios correctivos orientados a reforzar la legitimidad del sistema sancionador.

II. EL CÓMPUTO DE INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA: ALCANCES Y CONTROVERSIAS

La Dirección de Fiscalización Ambiental y Aplicación de Incentivos (DFAI) del OEFA es el órgano encargado de conducir el procedimiento administrativo sancionador (PAS) y determinar la comisión de una infracción administrativa en materia ambiental. De imponerse una multa, se otorga un plazo de quince (15) días hábiles para cumplir con realizar el pago de la multa impuesta. De lo contrario, transcurrido dicho plazo, el administrado que ha sido sancionado incurre en mora, generándose el pago de intereses legales derivados del retardo en el pago.

En concordancia con la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, el OEFA solo puede iniciar un procedimiento de ejecución coactiva una vez que la sanción se encuentre consentida o firme. Por ello, mientras exista la posibilidad de impugnar la Resolución de la DFAI que impone la multa en sede administrativa (léase a través de un Recurso de Reconsideración o de Apelación) la multa no puede ejecutarse coactivamente.

Así las cosas, quedando firme el acto administrativo que impuso la sanción y sin haber cumplido con realizar el pago de la multa dentro del plazo otorgado, el OEFA notifica el inicio de un procedimiento de ejecución coactiva, otorgando un plazo de siete (7) días hábiles para cumplir con el pago de la deuda, bajo apercibimiento de dictarse medidas cautelares o iniciarse la ejecución forzada.

La controversia aparece cuando la resolución que inicia el procedimiento de ejecución coactiva (en adelante, "Resolución Coactiva") establece, aunque de manera implícita, que el cálculo de la deuda total incluye los intereses devengados desde la fecha de notificación de la primera resolución que impuso la sanción (en adelante, "Resolución Directoral I") y se extiende durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, ya sea en virtud de la presentación de un recurso de reconsideración y/o recurso de apelación².

Es decir, el cómputo de intereses abarcaría el periodo comprendido desde el día hábil 16 que dispuso la Resolución Directoral I que impuso la multa, hasta la fecha que se efectúe el pago. Esta interpretación tendría justificación en la eficacia del acto administrativo³ recogida en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, "TUO de la LPAG"), mediante el cual se establece que la interposición de un recurso de impugnación no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. En consecuencia, la multa comenzaría a producir efectos desde la notificación de la Resolución Directoral I, aun cuando la vía administrativa no se encuentra agotada.

De acuerdo con el artículo 218 del TUO de la LPAG, el plazo legal para emitir pronunciamiento sobre los recursos de reconsideración y de apelación es de treinta (30) días hábiles. Sin embargo, a partir de octubre de 2020 el OEFA estableció un régimen especial para las apelaciones⁴, extendiendo su plazo de resolución hasta

² En respuesta a consultas realizadas por correo electrónico asociadas al cómputo de intereses, el Ejecutor Coactivo del OEFA remite un documento denominado Opinión Legal elaborada por un Estudio de Abogados con fecha 25 de setiembre de 2014.

³ Artículo 226° del TUO de la LPAG, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

⁴ Resolución del Consejo Directivo N° 00016-2020-OEFA-CD publicada el 21 de octubre de 2020, mediante la cual se modifica el artículo 24 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA.

un máximo de sesenta (60) días hábiles, en atención a la complejidad y especialidad de los asuntos sometidos a segunda instancia. Tal ampliación se justifica en la necesidad de garantizar un examen más exhaustivo y el respeto del debido procedimiento dentro de parámetros de razonabilidad temporal.

Cabe precisar que, conforme al análisis recogido en la Exposición de Motivos⁵ que sustentó la ampliación señalada, durante el año 2019 el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) resolvió un total de 561 expedientes en un promedio de 57 días hábiles. De estos, la mayor proporción correspondió a los sectores de minería (27%) e hidrocarburos (26%), que en conjunto representaron más de la mitad de la carga procesal atendida por el TFA.

Ahora bien, considerando que el administrado dispone de un plazo de quince (15) días hábiles para interponer tanto el recurso de reconsideración como el de apelación, en principio, entre la emisión de la Resolución Directoral I y la Resolución del TFA debieran transcurrir ciento veinte (120) días hábiles. No obstante, en la práctica dicho plazo suele casi triplicarse, lo que genera un desfase significativo entre lo previsto normativamente y la duración real del procedimiento.

Sobre el particular, de acuerdo con un muestreo realizado al *Registro de actos administrativos 2021-2025*, publicado en el portal Datos Abiertos del OEFA, se advierte que durante el año 2024 el TFA resolvió un total de 47 apelaciones vinculadas principalmente a los sectores de minería e hidrocarburos⁶, los mismos que, según el Portal Interactivo de Fiscalización Ambiental (PIFA), concentran la mayor proporción de multas impuestas⁷.

⁵ Véase a la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 0016-2020-OEFA/CD publicada el 21 de octubre de 2020. <https://www.gob.pe/institucion/oeфа/normas-legales/1298255-016-2020-oeфа-cd>

⁶ Resoluciones N° 531-2024-OEFA/TFA-SE, 692-2024-OEFA/TFA-SE, 563-2024-OEFA/TFA-SE, 663-2024-OEFA/TFA-SE, 542-2024-OEFA/TFA-SE, 662-2024-OEFA/TFA-SE, 593-2024-OEFA/TFA-SE, 505-2024-OEFA/TFA-SE, 497-2024-OEFA/TFA-SE, 635-2024-OEFA/TFA-SE, 656-2024-OEFA/TFA-SE, 529-2024-, EFA/TFA-SE, 564-2024-OEFA/TFA-SE, 706-2024-OEFA/TFA-SE, 679-2024-OEFA/TFA-SE, 674-2024-OEFA/TFA-SE, 558-2024-OEFA/TFA-SE, 501-2024-OEFA/TFA-SE, 616-2024-OEFA/TFA-SE, 509-2024-OEFA/TFA-SE, 651-2024-OEFA/TFA-SE, 627-2024-OEFA/TFA-SE, 650-2024-OEFA/TFA-SE, 615-2024-OEFA/TFA-SE, 554-2024-OEFA/TFA-SE, 684-2024-OEFA/TFA-SE, 508-2024-OEFA/TFA-SE, 610-2024-OEFA/TFA-SE, 705-2024-OEFA/TFA-SE, 704-2024-OEFA/TFA-SE, 607-2024-OEFA/TFA-SE, 555-2024-OEFA/TFA-SE, 488-2024-OEFA/TFA-SE, 609-2024-OEFA/TFA-SE, 653-2024-OEFA/TFA-SE, 568-2024-, EFA/TFA-SE, 571-2024-OEFA/TFA-SE, 565-2024-OEFA/TFA-SE, 642-2024-OEFA/TFA-SE, 718-2024-OEFA/TFA-SE, 540-2024-OEFA/TFA-SE, 576-2024-OEFA/TFA-SE, 502-2024-OEFA/TFA-SE, 717-2024-OEFA/TFA-SE, 580-2024-OEFA/TFA-SE, 719-2024-OEFA/TFA-SE, 498-2024-OEFA/TFA-SE.

⁷ Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Portal Interactivo de Fiscalización Ambiental (PIFA).

Del análisis de dichos 47 expedientes se desprende que, entre la fecha de emisión de la Resolución Directoral I y la fecha de la Resolución del TFA, transcurren en promedio alrededor de 500 días calendario, equivalentes a más de 350 días hábiles; llegando en algunos casos a superar los 1000 días calendario, es decir, más de cuatro (4) años de contienda administrativa. Esta tendencia se confirma con la revisión de las resoluciones emitidas por la Sala Especializada en Minería, Energía, Actividades Productivas e Infraestructura y Servicios del TFA durante agosto de 2025⁸, en las cuales se supera ampliamente el plazo de sesenta (60) días hábiles previsto para resolver las apelaciones, registrándose un promedio superior a los 200 días hábiles.

Como resultado de lo anterior, se constata que, en la práctica, los plazos legales previstos para resolver recursos impugnativos no vienen siendo observados. Ello genera que los administrados bajo la competencia del OEFA no solo deban asumir el pago de la multa impuesta, sino también los intereses acumulados durante el tiempo que la DFAI o el TFA demoran en emitir un pronunciamiento definitivo, hasta el agotamiento de la vía administrativa. En otras palabras, los administrados terminan asumiendo un costo adicional por ejercer su derecho de petición constitucional, trasladándose a ellos las consecuencias de la ineficiencia de la administración pública.

Peor aún, ¿qué ocurre cuando la multa finalmente es reducida? Es decir, cuando, a raíz de la interposición de un recurso de reconsideración o apelación, la autoridad revisora corrige el monto de la sanción por un error de cálculo, o, en un escenario más grave, cuando se declara la nulidad de alguna Resolución de la DFAI y se dispone retrotraer el PAS hasta el momento en que se configuró el vicio de nulidad.

Para graficar la magnitud del problema, consideremos el siguiente supuesto: en enero de 2020, mediante Resolución Directoral I, se impone una multa ascendente a quinientas (500) UIT. Posteriormente, tras la interposición de recursos de reconsideración y apelación, en enero de 2025, el TFA reduce la multa a doscientas (200) UIT. El administrado cumple con pagar dentro de los quince (15) días hábiles posteriores, conforme a lo dispuesto en la parte resolutive de la misma.

Sin embargo, bajo el criterio actualmente aplicado por el OEFA, dicho pago sería considerado parcial y la autoridad estaría habilitada para iniciar un procedimiento

⁸ Resoluciones N° 424-2025-OEFA/TFA-SE, N° 447-2025-OEFA/TFA-SE, N° 444-2025-OEFA/TFA-SE, N° 443-2025-OEFA/TFA-SE, N° 439-2025-OEFA/TFA-SE, N° 438-2025-OEFA/TFA-SE, N° 437-2025-OEFA/TFA-SE, N° 436-2025-OEFA/TFA-SE, N° 435-2025-OEFA/TFA-SE, N° 433-2025-OEFA/TFA-SE, N° 432-2025-OEFA/TFA-SE, N° 431-2025-OEFA/TFA-SE, N° 430-2025-OEFA/TFA-SE, RESOLUCIÓN N° 429-2025-OEFA/TFA-SE, N° 428-2025-OEFA/TFA-SE, N° 427-2025-OEFA/TFA-SE, N.º 426-2025-OEFA/TFA-SE, N° 425-2025-OEFA/TFA-SE

de ejecución coactiva a fin de exigir: (i) los intereses devengados entre enero de 2020 y enero de 2025, y (ii) los intereses generados por el supuesto “saldo pendiente” desde el pago efectuado hasta la eventual cancelación de este.

En consecuencia, aun cuando el TFA haya revocado en parte la decisión de la DFAI, corrigiendo el cálculo de la multa en favor del administrado, el cómputo de intereses no se suspende; por el contrario, continúa incrementándose en su perjuicio. Ello ocurre incluso en aquellos casos en que la demora en resolver es imputable a la propia autoridad, configurándose así el escenario más gravoso para el administrado.

III. LA DESNATURALIZACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

La demora en la resolución de la controversia no debería trasladar sus efectos en perjuicio del administrado, al punto de deteriorar su situación jurídica respecto del momento en que ejerció su derecho de defensa mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la Ley. Ello resulta particularmente grave cuando la dilación no es imputable al administrado. De lo contrario, se estaría configurando una vulneración del derecho fundamental de petición protegido en la Constitución Política del Perú.

En efecto, el artículo 2, inciso 20, de la Constitución establece que toda persona tiene derecho “a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad”. Una de las manifestaciones de este derecho en sede administrativa es precisamente el ejercicio de los recursos impugnativos, en tanto expresión del derecho de petición administrativa previsto en el artículo 117 del TUO de la LPAG, el cual comprende la facultad de contradecir actos administrativos⁹.

Desde la doctrina peruana se ha precisado que el derecho de petición en sede administrativa no se satisface con la sola posibilidad de interponer recursos, sino que exige una respuesta expresa y oportuna por parte de la autoridad. Al respecto,

⁹ **“Artículo 117.- Derecho de petición administrativa**

117.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

117.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

117.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.”

Morón Urbina señala que el contenido esencial del derecho de petición administrativa comprende necesariamente la emisión de un pronunciamiento dentro de un plazo razonable, de modo que la demora injustificada no puede traducirse en una carga adicional ni en un perjuicio para el administrado.¹⁰

En la misma línea, Landa Arroyo advierte que el debido procedimiento administrativo constituye una manifestación del debido proceso constitucional, por lo que cualquier actuación estatal que desincentive o penalice el ejercicio de los medios impugnatorios resulta incompatible con el respeto de los derechos fundamentales.¹¹

Asimismo, Castillo Córdova sostiene que un derecho fundamental se ve desnaturalizado cuando su ejercicio coloca al titular en una situación más gravosa que aquella que tendría de no ejercerlo¹², lo que resulta plenamente aplicable al derecho de petición administrativa cuando la demora imputable a la autoridad genera consecuencias económicas adversas para el administrado, incompatibles con el contenido esencial del derecho de petición administrativa.

En este sentido, el derecho fundamental de petición se ve afectado cuando los recursos no son resueltos dentro del plazo legal, y más aún cuando la demora responde a causas no atribuibles al administrado. Es cierto que, en determinados casos, factores como la complejidad técnica del asunto o la sobrecarga procesal pueden justificar una decisión emitida fuera del plazo, eximiendo de responsabilidad administrativa a la autoridad. No obstante, tales circunstancias deben ser acreditadas y, en ningún caso, pueden repercutir negativamente sobre los derechos fundamentales del administrado. De lo contrario, no solo se estaría desnaturalizando el derecho de petición, sino que se colocaría al administrado en una situación más gravosa como consecuencia directa de haber ejercido legítimamente dicho derecho.

Mediante precedente vinculante en materia tributaria, el Tribunal Constitucional (TC) determinó que el cobro de intereses moratorios vencido el plazo legal para resolver un recurso es violatorio del derecho de petición y del derecho de propiedad, y resulta cualitativamente confiscatorio, a menos que tal vencimiento pueda ser atribuido a la responsabilidad del administrado.¹³

De ahí que, la Administración Tributaria se encuentra ahora prohibida de aplicar intereses moratorios luego de que se haya vencido el plazo legal para resolver el recurso administrativo. Siguiendo esta interpretación, resulta indispensable que

¹⁰ Morón Urbina, J. C. (2022). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (12.ª ed.). Gaceta Jurídica.

¹¹ Landa Arroyo, C. (2017). *Derechos fundamentales*. Palestra.

¹² Castillo Córdova, L. (2014). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Palestra.

¹³ Véase Pleno. Sentencia 10/203 recaída en el Expediente N° 03525-2021-PA/TC

el OEFA disponga la suspensión del cómputo de intereses moratorios una vez vencido el plazo para resolver los recursos administrativos interpuestos. Solo así se garantizará que la demora en la tramitación de estos no generen cargas económicas indebidas y se respete el equilibrio entre la potestad sancionadora del OEFA y los derechos constitucionales de los administrados bajo su competencia.

Este razonamiento no resulta ajeno a los estándares del derecho administrativo contemporáneo, en los que se reconoce que la demora imputable a la Administración no puede generar consecuencias económicas adversas para quien ejerce legítimamente su derecho de impugnación. En dicho contexto, se afirma que el respeto del plazo razonable constituye una garantía sustantiva del debido procedimiento, cuyo incumplimiento no puede convertirse en una fuente de beneficio para la autoridad administrativa.

IV. EL INTERÉS MORATORIO COMO INCENTIVO PERVERSO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Permitir que los intereses moratorios se sigan devengando hasta el agotamiento de la vía administrativa genera un efecto perverso en la dinámica procedimental, pues constituye un incentivo indebido para el OEFA. En la medida en que la prolongación de la tramitación de los recursos más allá del plazo legal incrementa la deuda a cargo del administrado, desincentiva la celeridad y eficacia que debe caracterizar toda actuación administrativa.

Esta práctica, además, coloca al administrado en una posición de desventaja, empujándolo en muchos casos a preferir el pago inmediato de la multa para evitar la acumulación de intereses, antes de esperar la resolución definitiva de la controversia. Ello puede disuadirlo de ejercer su derecho a impugnar una decisión que considera injusta, restringiendo en la práctica el pleno ejercicio del derecho de defensa y vulnerando el principio constitucional del debido procedimiento.

En efecto, el debido procedimiento implica que el administrado pueda cuestionar las decisiones de la DFAI sin exponerse a perjuicios adicionales que condicionen o limiten el uso de los recursos previstos por la ley. Si la interposición de dichos recursos no suspende el cómputo de los intereses moratorios más allá del plazo legal, el ejercicio de la impugnación se convierte en un riesgo económico desproporcionado.

De igual modo, se desnaturaliza la finalidad propia del interés moratorio, el cual no debiera operar como un mecanismo de presión o recaudación excesiva, sino como un instrumento destinado a incentivar el cumplimiento oportuno de obligaciones válidamente exigibles. Tal finalidad se ve distorsionada cuando el retraso en resolver es atribuible exclusivamente a los órganos del OEFA, transfiriéndose al administrado el costo de una ineficiencia que no le corresponde asumir.

El interés moratorio, concebido como un instrumento legítimo para fomentar el cumplimiento oportuno de las obligaciones, termina transformándose —bajo el actual criterio del OEFA— en una penalidad encubierta que premia la ineficiencia estatal y castiga el ejercicio del derecho de defensa.

V. EL CÁLCULO INVISIBLE: UNA OBLIGACIÓN SIN MONTO CIERTO

Además del cómputo de intereses, existen otros aspectos que contravienen los principios que rigen los procedimientos administrativos. Como se ha señalado, la Resolución Coactiva debería contener la determinación precisa del monto total de la deuda. Sin embargo, en la práctica, dichas resoluciones suelen notificarse de manera física, lo que genera un desfase entre la fecha de notificación de esta y el cálculo efectivo de la deuda. De esta manera, al administrado se le concede un plazo reducido de siete (7) días hábiles para efectuar el pago de una deuda que, al momento de notificación, resulta incierta, bajo amenaza de embargo.

Para “suplir” dicha deficiencia, la propia Resolución Coactiva incluye, a modo de nota al pie, una dirección de correo electrónico a través del cual el administrado debe comunicarse con el área de Ejecución Coactiva a fin de “determinar” el monto total de la deuda a la fecha que se realizará el pago. En otras palabras, mientras no exista respuesta del ejecutor coactivo, el monto de la deuda permanece indeterminado y los intereses continúan acumulándose en perjuicio del administrado.

En este contexto, resulta pertinente invocar el principio de predictibilidad previsto en el TUO de la LPAG¹⁴, conforme al cual la autoridad administrativa tiene el deber de proporcionar información veraz, completa y confiable respecto de cada proce-

¹⁴ **“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)*

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...):”

dimiento a su cargo, de modo que el administrado cuente en todo momento con una comprensión cierta de su situación jurídica. Para alcanzar dicho propósito, la información debe reunir necesariamente condiciones de actualidad y exactitud, lo que implica que no pueden omitirse datos relevantes ni suministrarse información desfasada o inexacta. Exigir el pago de una deuda aún indeterminada, sustentada en un cálculo desactualizado, constituye una vulneración directa de este principio.

En contraposición, la lógica que aplica el OEFA en materia de multas sugiere que el monto fijado en la resolución que agota la vía administrativa —y que conforme a su parte resolutive debería constituir la suma exigible a depositarse en la cuenta recaudadora del Banco de la Nación a favor del OEFA— no sea, en realidad, el importe definitivo en la obligación. Este esquema interpretativo introduce un nivel inaceptable de incertidumbre en torno al nacimiento y exigibilidad de la deuda pecuniaria, configurando así una vulneración del principio de seguridad jurídica reconocido por el Tribunal Constitucional, indispensable para la confianza legítima en la actuación administrativa.

En suma, la deuda deja de ser una obligación cierta y exigible para convertirse en un espejismo jurídico que vulnera los cimientos mismos del Estado de derecho administrativo.

VI. CONCLUSIONES

El análisis realizado evidencia que el criterio actualmente aplicado por el OEFA respecto al cómputo de intereses en los procedimientos sancionadores ambientales genera múltiples afectaciones a los derechos y garantías de los administrados, particularmente cuando dichos intereses continúan devengándose durante la tramitación de recursos impugnativos y pese al incumplimiento de los plazos legales para resolverlos.

En primer lugar, se ha constatado que la inobservancia de los plazos legales previstos en la normativa administrativa no constituye un hecho aislado, sino una práctica recurrente que prolonga de manera significativa la duración de los procedimientos. Esta dilación, atribuible a la propia Administración, no debería trasladar consecuencias negativas al administrado, pues ello vulnera el derecho fundamental de petición y el debido procedimiento, colocándolo en una situación más gravosa por el solo hecho de ejercer su derecho de defensa.

En segundo lugar, el mantenimiento del devengo de intereses durante todo el tiempo que dura la controversia genera un beneficio indebido para la Administración, desnaturalizando la finalidad del interés moratorio y transformándolo en un mecanismo de presión económica que desincentiva el uso de los recursos impugnativos.

Ello resulta incompatible con los principios de razonabilidad, proporcionalidad y predictibilidad que deben regir la actuación administrativa.

En tercer lugar, se ha evidenciado una grave incertidumbre en la determinación de la deuda exigible, en tanto las resoluciones de ejecución coactiva no contienen un cálculo preciso, actualizado y definitivo del monto a pagar, trasladando al administrado la carga de “determinar” su propia obligación bajo amenaza de embargo, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica previsto.

Frente a este escenario, resulta necesario replantear el criterio de actuación del OEFA a fin de corregir las distorsiones identificadas. En particular, se propone que –ya sea a través de lineamientos internos o mediante un pronunciamiento del Tribunal de Fiscalización Ambiental–, la autoridad disponga la suspensión del cómputo de intereses moratorios una vez vencido el plazo legal para resolver los recursos administrativos, cuando la demora no sea imputable al administrado, siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en materia tributaria. Esta medida permitiría evitar que la ineficiencia administrativa genere cargas económicas indebidas.

Del mismo modo, resulta indispensable que las resoluciones que inician el procedimiento de ejecución coactiva contengan una determinación clara, precisa y actualizada del monto total de la deuda exigible, incluyendo intereses calculados a una fecha cierta, garantizando la predictibilidad y la seguridad jurídica del administrado.

Finalmente, el OEFA debería adoptar un criterio interpretativo expreso –ya sea a través de directrices internas, lineamientos o pronunciamientos de observancia obligatoria– que asegure que el ejercicio del derecho de impugnación no genere consecuencias económicas adversas para los administrados, reforzando un sistema sancionador ambiental que conjugue eficacia en la fiscalización con pleno respeto de los derechos fundamentales. Solo bajo estas condiciones será posible fortalecer la legitimidad institucional del OEFA y consolidar un modelo de fiscalización ambiental compatible con los principios del derecho administrativo.

Un sistema sancionador que penaliza el ejercicio del derecho de defensa no fortalece la fiscalización ambiental; por el contrario, debilita su legitimidad y erosiona la confianza que debe existir entre la autoridad y los administrados.

NOTA: *El listado completo de resoluciones analizadas se encuentra disponible a solicitud de la autora.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blume Fortini, E. (2015). Derechos fundamentales y Estado constitucional. *Gaceta Jurídica*.
- Castillo Córdova, L. (2014). Derechos fundamentales y procesos constitucionales. Palestra.
- García Belaúnde, D. (2013). El debido proceso constitucional. Palestra.
- Landa Arroyo, C. (2017). Derechos fundamentales. Palestra.
- Morón Urbina, J. C. (2022). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (12.ª ed.). *Gaceta Jurídica*.
- Morón Urbina, J. C. (2018). El plazo razonable en el procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, (16), 45–68.
- Quiroga León, A. (2016). El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. *Gaceta Jurídica*.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (2020, 21 de octubre). Resolución del Consejo Directivo N.º 00016-2020-OEFA-CD. <https://www.gob.pe/institucion/oefa/normas-legales/1298255-016-2020-oefa-cd>

¿CONSULTAR EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN MINERA? ¿PODRÍA SER UNA TRAMPA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA CONSULTA PREVIA?

ANDREA MARIANA DOMÍNGUEZ NORIEGA¹

► RESUMEN:

El debate sobre si debe consultarse la concesión minera ha cobrado fuerza en el Perú y en América Latina. ¿Podría esta práctica representar un avance hacia una mayor participación o, por el contrario, vaciar de contenido el derecho colectivo a la consulta previa? Este artículo plantea que la aparente inclusión que supone aplicar la consulta previa para el otorgamiento de una concesión minera, en este primer acto administrativo, podría ocultar una trampa jurídica y política: la reducción del derecho a la consulta previa a un formalismo sin información sustantiva ni posibilidad real de incidencia, desnaturaliza el espíritu de diálogo intercultural consagrado en el Convenio 169 de la OIT y la Ley N.º 29785.

El texto también examina la relación entre concesiones mineras y la creación de Áreas Naturales Protegidas (ANP). ¿La disposición de la Ley de ANP (Ley N.º 26834) que exige el respeto de derechos de terceros para su creación puede extenderse a aquellos que únicamente cuentan con el primer acto administrativo de otorgamiento de una concesión minera? Sostenerlo implicaría aceptar que la concesión afecta directamente a los derechos colectivos de pueblos indígenas.

Más que ofrecer respuestas cerradas, este artículo invita a reflexionar, si en esta etapa inicial la concesión brindaría los elementos mínimos para un intercambio informado —o posibilitaría un diálogo intercultural capaz de anticipar afectaciones directas a los derechos colectivos—, ¿no estaríamos, en realidad, ante una forma de consulta aparente, que cumple con la forma, pero vacía de contenido el núcleo esencial del derecho colectivo a la consulta previa?

Palabras clave: consulta previa; concesión minera; pueblos indígenas; ANP; OIT 169.

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, docente de la Clínica Jurídica Ambiental PUCP y Coordinadora de la Alianza de Clínicas Jurídicas Ambientales de Latinoamérica y el Caribe. Correo: andrea.dominguez@pucp.pe. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8136-6719>. Mi más especial agradecimiento por el apoyo en el desarrollo de este artículo a Shirley Bautista Atanacio y Remigio Santos Farfán, quienes colaboraron como asistentes de investigación académica.

► **ABSTRACT:**

The debate over whether mining concessions should be subject to consultation has gained momentum in Peru and Latin America. Could this practice represent progress toward greater participation or, conversely, undermine the collective right to prior consultation? This article argues that the apparent inclusion implied by consulting on a mining concession in this initial administrative act could conceal a legal and political trap: reducing the right to prior consultation to a mere formality devoid of substantive information or real possibility of influence distorts the spirit of intercultural dialogue enshrined in ILO Convention 169 and Law No. 29785.

The text also examines the relationship between mining concessions and the creation of Protected Natural Areas (PNAs). Can the provision of the PNA Law (Law No. 26834) requiring respect for the rights of third parties for their creation be extended to those areas that only possess the initial administrative act of granting a mining concession? To maintain this position would imply accepting that the concession directly affects the collective rights of Indigenous peoples. Rather than offering definitive answers, this article invites reflection: if, at this initial stage, the concession does not provide the minimum elements for informed exchange—nor does it enable an intercultural dialogue capable of anticipating direct impacts on collective rights—would we not, in reality, be facing a form of sham consultation, which fulfills the formal requirements but empties the essential core of the collective right to prior consultation of its content?

Keywords: Prior consultation; mining concessions; indigenous peoples; ANP; ILO 169.

I. INTRODUCCIÓN

El debate en torno a si la concesión minera debe ser objeto de consulta previa ha cobrado una relevancia creciente en el Perú y en América Latina. En apariencia, la respuesta podría resultar evidente: todo acto estatal que pueda afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas debe ser consultado. No obstante, un examen detenido revela que la cuestión es más compleja. La consulta previa, reconocida como derecho fundamental y como mecanismo de diálogo intercultural en el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Ley N.º 29785, se rige por principios esenciales como la oportunidad, la buena fe, la información suficiente y la posibilidad real de incidir en la decisión estatal, entre otros.

En este contexto, la concesión minera es un título administrativo de carácter expectacivo, que no autoriza la ejecución de actividades extractivas ni determina impactos concretos sobre el territorio. Consultarla en esta etapa inicial podría, por tanto, vaciar de contenido el derecho a la consulta previa, reduciéndolo a un formalismo carente de sustancia y transformando el proceso en una suerte de “referéndum” abstracto, desvinculado de información técnica.

El presente artículo constituye una primera aproximación analítica al debate sobre la pertinencia de la consulta previa en el otorgamiento de concesiones mineras. Más que sostener una conclusión definitiva, se propone problematizar las implicancias jurídicas y políticas de trasladar la consulta a una etapa procedimental en la que aún no existen elementos técnicos suficientes para evaluar afectaciones directas, justamente por su propia naturaleza y efectos jurídicos. En particular, se plantea la necesidad de reflexionar sobre la oportunidad y la pertinencia de los actos administrativos que podrían activar el deber estatal de consulta, así como sobre los criterios de afectación directa que deben guiar esta determinación.

Asimismo, el texto examina la relación entre las concesiones mineras y la creación de Áreas Naturales Protegidas (ANP), considerando las tensiones que surgen al extender el principio de respeto a derechos de terceros —previsto en la Ley N.º 26834— a títulos administrativos de naturaleza meramente expectativa.

Más que ofrecer certezas, este artículo busca abrir un espacio de reflexión académica sobre los alcances, límites y condiciones bajo las cuales la consulta previa puede cumplir su finalidad sustantiva, que consiste en garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan sus derechos colectivos. De esta manera, se busca evitar que el diálogo intercultural se reduzca a un procedimiento meramente formal o a una consulta genérica, en la que no sea posible alcanzar acuerdos específicos sobre la medida estatal debido a la ausencia de información concreta sobre sus afectaciones.

II. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIA

El Convenio N.º 169 de la OIT sitúa la consulta previa como obligación estatal cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas (art. 6.1.a) y exige que esta se realice de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con miras a llegar a un acuerdo o consentimiento (art. 6.2). Esta formulación se orienta a su oportunidad (antes de decidir) y su finalidad sustantiva (acuerdos informados), coherentes con la pregunta del presente artículo ¿cuándo y bajo qué condiciones cabe activar la consulta previa para que no se vacíe de contenido?

En el Perú, la Ley N.º 29785 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.º 001-2012-MC concretan estos estándares mediante principios como oportunidad, interculturalidad, buena fe, información suficiente, plazo razonable y ausencia de coacción, y fijan como finalidad el alcance de acuerdos o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas. Este marco refuerza que no toda medida “temprana” es automáticamente consultable: la consulta debe recaer sobre decisiones con entidad competente y base técnica suficientes para un diálogo intercultural informado.

En cuanto al desarrollo de la consulta previa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reforzado este entendimiento en casos emblemáticos como *Saramaka vs. Surinam* (Sentencia del 28 de noviembre de 2007) y *Sarayaku vs. Ecuador* (Sentencia del 27 de junio de 2012), donde estableció que la consulta debe realizarse en etapas tempranas, con información adecuada y con la finalidad de llegar a un acuerdo, no como un mero trámite formal, sino como la garantía de ejecutar un derecho sustantivo. Así, el fundamento jurídico 133 de la sentencia de la Corte IDH del 28 de noviembre de 2007, con relación al caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam establece lo siguiente:

“Asimismo, corresponde realizar la consulta con el pueblo Saramaka siguiendo sus tradiciones propias y desde las fases iniciales de los proyectos de desarrollo o inversión, sin restringirla al momento en que pudiera requerirse su consentimiento. Una comunicación temprana posibilita que las comunidades dispongan del tiempo necesario para debatir internamente y emitir una respuesta pertinente ante el Estado. (...)”

Estas reglas —leídas desde la premisa del presente artículo— no legitiman consultas genéricas sobre procesos abstractos sin información técnica; por el contrario, exigen condiciones sustantivas.

El Tribunal Constitucional peruano ha delineado el contenido constitucionalmente protegido de la consulta (acceso efectivo al proceso; carácter previo, informado y culturalmente adecuado; y garantía de cumplimiento de acuerdos) y ha subrayado

que el punto de partida es identificar la medida susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas (sentencia recaída en el Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, párr. 41). Asimismo, la sentencia recaída en el Expediente N.º 03066-2019-PA/TC precisa que la concesión minera es un título expectatio que no habilita por sí mismo la exploración o explotación, ni determina impactos concretos, pues requiere autorizaciones adicionales como la obtención de certificación ambiental, entre otros permisos.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe mencionar que en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 03326-2017-PA/TC, si bien el Tribunal Constitucional estima que la concesión minera no es un acto administrativo que suponga una afectación directa sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas que deba ser consultado previamente, exhorta la configuración de mecanismos más idóneos que permitan a las comunidades estar informadas del otorgamiento de concesiones dentro de sus territorios. Por otro lado, en el Expediente No. 02608-2023-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el simple otorgamiento de una concesión minera no activa, por sí mismo, el deber del Estado de realizar una *consulta previa, libre e informada* a las comunidades o pueblos indígenas (párr. 36). Es decir, la norma de consulta previa no se activa automáticamente solo por el hecho de expedir una concesión minera.

La doctrina especializada enfatiza que la consulta es un proceso de diálogo intercultural genuino con capacidad de modificar decisiones (Anaya, 2012, párr. 10) y que debe asegurar participación efectiva en los distintos niveles decisorios (Salmón, Bregaglio, Ocampo & Olivera, 2012, p. 37).

La Corte Constitucional colombiana ha caracterizado la consulta como escenario de diálogo y concertación donde las ideas de las autoridades indígenas repercuten en el diseño final (SU-039/1997; T-652/1998; T-769/2009; T-175/2009, fund. 16.4). Además, ha indicado que no es un plebiscito, sino un mecanismo orientado a acuerdos, lo que exige información significativa y un objeto consultable concreto (T-769/2009).

La experiencia boliviana muestra las medidas procedimentalistas cuando la consulta se reduce a pasos formales mínimos (críticas a la Ley N.º 535). El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP, 2017) declaró la inconstitucionalidad de una restricción que limitaba la consulta a hidrocarburos (Disp. Adic. 7.ª de la Ley N.º 211) y enfatizó que el proceso debe ser previo, informado y culturalmente adecuado, con participación real y efectiva.

En el caso chileno, a pesar de la vigencia del Convenio 169, distintas organizaciones indígenas han señalado la existencia de consultas formales y poco profundas, cuyo impacto en la toma de decisiones resulta reducido. Ello revela el riesgo de una tramitación carente de deliberación efectiva cuando el asunto no posee un adecuado soporte técnico (Guardiana, s.f.).

En suma, la experiencia comparada muestra que la consulta previa debe ir más allá de la mera realización de actos formales. Es esencial que el proceso se lleve a cabo en un momento adecuado y sobre decisiones concretas que permitan a los pueblos indígenas ejercer su derecho colectivo a la consulta previa. Por tal motivo, resulta necesario evaluar la oportunidad de las medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Ello permite propiciar un espacio de diálogo intercultural y ofrecer un mecanismo significativo para disminuir los niveles de conflictividad social en general (Corte IDH, 2012, p. 46).

III. LA CONCESIÓN MINERA COMO “DERECHO EXPECTATIVO”

La concesión minera es un acto administrativo que otorga al titular un derecho exclusivo para explorar o explotar minerales dentro de un polígono determinado. De esta forma, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 00048-2004-PI/TC, señaló que la concesión minera constituye un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga temporalmente la explotación de los recursos naturales (fundamento jurídico 108).

Al respecto, se debe señalar que nuestra legislación actual no brinda una definición expresa de concesión minera, no obstante, sí señala las características de este acto administrativo. Así, el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N.º 014-92-EM señala que a través de la concesión minera se otorga a su titular el derecho a explorar y explotar los recursos minerales concedidos dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales.

Por otro lado, desde la doctrina, Xenia Forno define la concesión minera como un acto administrativo a través del cual el Estado otorga a su titular el derecho real de explorar los recursos minerales ubicados en un área determinada (2009, p. 58). Por su parte, Salazar Niño señala y precisa que el derecho de aprovechamiento sobre recursos minerales que otorga la concesión minera a su titular se encuentra condicionado a las obligaciones que el Estado establece para su otorgamiento y vigencia (2014, p. 368).

Resulta fundamental precisar en este punto que el otorgamiento de una concesión minera no autoriza por sí misma la ejecución de actividades extractivas, dado que se requiere, además, un conjunto de actos administrativos posteriores. Así, el inciso 37.3 del artículo 37 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N.º 020-2020-EM, especifica que el titular minero debe contar con la certificación ambiental del proyecto, el permiso para la utilización de tierras, la autorización de actividades de exploración o explotación, entre otros requisitos, conforme se detalla a continuación:

“37.3 El título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que previamente el concesionario debe:

a. Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente.

b. Gestionar la aprobación del Ministerio de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificados que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras.

c. Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el titular del predio o la culminación del procedimiento de servidumbre.

d. Obtener la autorización de actividades de exploración o explotación de la Dirección General de Minería o del Gobierno Regional correspondiente, entre otros.

Esta precisión debe constar en el título de la concesión minera”.

De esta forma, como apunta Diego San Martín, la concesión minera es un acto administrativo que constituye solo un paso inicial para que un administrado pueda desarrollar actividad minera (2022, p. 24). Por lo tanto, la concesión minera puede calificarse como un derecho expectativo, cuyo ejercicio se encuentra condicionado a que su titular cumpla requisitos adicionales. Así, pese a que la regulación citada señale que la concesión minera otorga un derecho a explorar o explotar recursos minerales, en la práctica, constituye una mera expectativa para el ejercicio efectivo de dichas actividades.

A partir de lo anterior, se tiene que, al momento de otorgar la concesión minera, la autoridad competente aún no cuenta con información suficiente sobre la ubicación específica de operaciones, el tipo de actividad a desarrollarse, los impactos ambientales negativos que puede generar, las medidas de prevención o mitigación que pueden adoptarse, entre otra información relevante para determinar los posibles impactos que la actividad minera puede generar sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En este punto se debe precisar que el artículo 3° de la Ley N° 29785, que regula la consulta previa, define la afectación directa en los siguientes términos:

“b) Afectación Directa. - Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.”

En concordancia con lo anterior, el citado artículo incluye dentro de la definición de “medidas administrativas” el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, en tanto pueda afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

De este modo, puede observarse que el otorgamiento de una concesión minera no constituye un acto administrativo que genere un impacto directo en los derechos colectivos, dado que no autoriza la ejecución de actividades.

Siguiendo con lo anterior, resulta relevante citar el Informe N.º 001-2019-DP-AASM-PPI-PPI, a través del cual, la Defensoría del Pueblo emitió un pronunciamiento con relación a la etapa en el que debe realizarse la Consulta Previa, en el marco de los proyectos mineros. Así, la Defensoría precisa que: *“la oportunidad de la consulta es aquella que permita contar con información concreta y específica sobre los diversos componentes de un proyecto, sus potenciales impactos y las medidas que puede prevenirlos, minimizarlos o corregirlos”*.

En este sentido, siguiendo el criterio de la Defensoría del Pueblo, la etapa anterior al otorgamiento de una concesión no constituiría un momento oportuno para la realización de la consulta previa. Se debe precisar que el citado informe propone que la consulta previa sea llevada a cabo durante el proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Aunque este aspecto merece una discusión particular, lo importante en este punto es dejar en claro las complicaciones que se derivan de una realización muy temprana de la consulta previa. En este punto, surgen varias interrogantes relevantes para la determinación del momento idóneo en que debería activarse la obligación de consulta previa. ¿Constituye la etapa de evaluación del EIA —como sugiere la Defensoría del Pueblo— el momento más adecuado para garantizar la participación efectiva y el acceso a información suficiente?

El Ministerio de Energía y Minas (MINEM) ha delimitado las medidas sujetas a consulta en el subsector minero a la exploración, explotación, transporte y beneficio (e incluso algunos supuestos en los que se otorgan concesiones mineras, bajo determinadas circunstancias), según la Resolución Ministerial N.º 403-2019-MINEM/DM. Esta resolución especifica que el proceso de consulta debe realizarse antes de la emisión de la autorización correspondiente en cada uno de estos procedimientos. De este modo, el MINEM reconoce que los actos administrativos vinculados directamente al inicio de actividades extractivas —y no la mera concesión— son los que generan potenciales afectaciones directas a los derechos colectivos, por lo que constituyen el objeto idóneo del proceso de consulta.

A ello se suma un elemento fáctico de gran relevancia: la baja materialización de las concesiones mineras. Según estimaciones, solo alrededor del 15 % de las concesiones otorgadas llegan a ejecutarse efectivamente, lo que evidencia que una

porción significativa de los títulos concedidos nunca deviene en actividad extractiva real. Consultar una medida que en la práctica podría no concretarse conlleva el riesgo de diluir recursos institucionales y, sobre todo, desnaturalizar la finalidad deliberativa y preventiva del derecho a la consulta.

Además, durante el otorgamiento de la concesión minera no se dispone de información técnica suficiente sobre aspectos esenciales como el tipo de extracción (tajo abierto o socavón), el área específica de intervención, los niveles de impacto ambiental o social esperados, o las medidas de mitigación. En tales condiciones, el proceso consultivo quedaría reducido a una aprobación genérica de la minería como actividad abstracta, sin posibilidad real de deliberación informada, contrariando los principios de buena fe, oportunidad y suficiencia de información previstos en el Convenio N.º 169 de la OIT y en la Ley N.º 29785.

En la misma línea, la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia del Exp. N.º 02608-2023-PA/TC, *Comunidad Campesina de Huayanay Centro y otras*) ha reconocido que el otorgamiento de una concesión minera, por sí solo, no implica automáticamente una afectación directa a los derechos colectivos, pero sí exige un examen detallado de los actos posteriores que autorizan la exploración o explotación efectiva (Párr. 34-36). El Tribunal subraya que la oportunidad de la consulta debe vincularse con la existencia de elementos razonables que permitan prever impactos concretos, reafirmando así la necesidad de un enfoque casuístico, proporcional e informado en la aplicación del derecho a la consulta previa.

IV. RIESGOS DE APLICAR LA CONSULTA PREVIA PARA LA OBTENCIÓN DE UNA CONCESIÓN MINERA

4.1. Consulta como referendo Abstracto

Al someter a consulta el otorgamiento de una concesión minera, el proceso corre el riesgo de convertirse en un plebiscito abstracto sobre la minería, en lugar de un diálogo informado sobre un proyecto específico. En ausencia de información técnica suficiente —por ejemplo, si se tratará de un tajo abierto o un socavón, la localización exacta o las medidas de mitigación—, los pueblos indígenas solo podrían responder en términos absolutos (“sí” o “no”), sin posibilidad de plantear alternativas ni condiciones.

Esta reducción de la consulta a un mecanismo binario desnaturaliza su esencia intercultural y genera polarización, vaciando de contenido su finalidad deliberativa. La Corte IDH, en el caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, advirtió que “la consulta debe ser un verdadero diálogo, no una formalidad ni una votación mayoritaria” (Corte IDH, 2012, párr. 186).

En el ámbito nacional, el artículo 5 de la Ley N.º 29785 reafirma este principio al señalar que:

“Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento” (inc. a).

Asimismo, el mismo artículo precisa que:

“El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural” (inc. e).

En la etapa inicial de la concesión, ni las autoridades cuentan con información suficiente para sustentar la medida, ni los pueblos indígenas pueden formular observaciones o propuestas sustantivas. Ello contradice los principios de información oportuna, buena fe y diálogo intercultural que rigen el proceso.

4.2. Vaciamiento del contenido esencial del derecho

La consulta previa es un derecho fundamental que debe garantizar información suficiente, oportunidad real de incidencia y capacidad de alcanzar acuerdos exigibles. Aplicar la consulta previa para la obtención de una concesión minera, sin información precisa sobre impactos o medidas de mitigación, conduce a acuerdos generales y vacíos, imposibles de ejecutar porque dependen de decisiones futuras inciertas.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0022-2009-PI/TC, estableció que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta comprende: (i) el acceso efectivo al proceso, (ii) el respeto de sus características esenciales (previo, informado, culturalmente adecuado) y (iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Sobre el segundo punto, señaló:

“Si la consulta no se desarrolla conforme a los elementos esenciales que la definen, se configura una vulneración al derecho de consulta. Un ejemplo de ello es llevar adelante el procedimiento sin entregar la información necesaria al pueblo indígena, o sin permitirle un plazo razonable para examinar los impactos de la medida objeto del proceso” (fundamento 23).

En consecuencia, realizar la consulta antes del otorgamiento de la concesión minera vulnera las condiciones mínimas del proceso, dado que no existen elementos suficientes para un diálogo informado. Se produciría así un vaciamiento del contenido esencial del derecho, contrario a los estándares constitucionales y convencionales.

4.3. Reconocimiento indebido de afectación

Aceptar que la concesión minera debe ser consultada supondría reconocer que este primer acto administrativo ya produce una afectación directa sobre derechos colectivos territoriales. Ello desnaturaliza su carácter expectatio —reconocido por el Tribunal Constitucional en el Pleno Sentencia 27/2022: STC 03066-2019-PA/TC— y la transforma en un derecho adquirido, capaz de oponerse incluso a la creación de ANP o a otras decisiones de interés público, lo cual en este texto formulamos que no correspondería. Esta interpretación amplía indebidamente los efectos jurídicos de la concesión, desde su primer acto administrativo, y puede erosionar el principio de supremacía constitucional.

4.4. Confusión entre la consulta previa y otros mecanismos de participación y acuerdos respecto al territorio.

El derecho a la consulta previa, reconocido en el Convenio N.º 169 de la OIT y en la Ley N.º 29785, no puede cargar con la totalidad de los mecanismos participativos o de negociación vinculados a la actividad minera. Cabe señalar que se trata de un proceso jurídicamente autónomo y complementario, es un proceso distinto que no reemplaza ni se subsume en la figura de la participación ciudadana.

Por ejemplo, para que una empresa pueda operar dentro de territorios de pueblos indígenas o comunidades locales, la legislación peruana exige procedimientos específicos de disposición de tierras, regulados en la normativa de comunidades campesinas y nativas, civil y minera, que pueden implicar venta, cesión o arrendamiento de predios comunales. Dichas decisiones corresponden exclusivamente a las comunidades, y los acuerdos alcanzados —por ejemplo, actas de compromisos sociales— deben ser presentados ante el MINEM y son materia de fiscalización posterior (véase D.S. N.º 014-92-EM; D.S. N.º 020-2020-EM).

Asimismo, los procesos de evaluación ambiental incluyen una etapa de participación ciudadana, que en contextos de pueblos indígenas debe incorporar un enfoque intercultural, conforme al Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero (D.S. N.º 028-2008-EM) y al Reglamento del SEIA (D.S. N.º 019-2009-MINAM). En esos espacios, pueden celebrarse acuerdos sociales o formularse observaciones técnicas, los cuales poseen efectos jurídicos y de supervisión y/o fiscalización a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

En esa misma línea, el Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa (D.S. N.º 001-2012-MC) establece, en su Sexta Disposición Complementaria Final, que:

“El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, a que se refiere el artículo 11 del Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, deberá incorporar información relativa a la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera derivarse del desarrollo del proyecto de inversión.”

Esta disposición confirma la complementariedad entre el SEIA y el derecho a la consulta previa, al exigir que los instrumentos ambientales incorporen información sobre posibles afectaciones a pueblos indígenas, pero sin sustituir el proceso de consulta previa. En consecuencia, los procesos de participación ciudadana y de evaluación ambiental no reemplazan la consulta previa, sino que aportan insumos técnicos para que esta pueda desarrollarse con información suficiente, en una etapa posterior y con pleno respeto al carácter intercultural del derecho reconocido en el Convenio N.º 169 de la OIT y la Ley N.º 29785.

Por tanto, la consulta previa debe entenderse como un mecanismo adicional y especializado, que se activa frente a medidas estatales específicas que puedan afectar directamente los derechos colectivos. Pretender que cumpla la función de todos los mecanismos participativos del Estado desnaturaliza su propósito, genera expectativas que no puede satisfacer y, en última instancia, pone en riesgo su legitimidad y su capacidad de incidencia real.

En conclusión, los riesgos de aplicar la consulta previa para la obtención de una concesión minera no se limitan a la falta de información oportuna, sino a la desnaturalización integral del derecho a la consulta previa. Al intentar aplicarla a un acto administrativo que no genera afectación directa ni cuenta con base técnica suficiente, se vacía de contenido su núcleo esencial: el diálogo intercultural informado, previo y con capacidad efectiva de incidencia. La verdadera garantía de participación y protección de derechos se alcanza solo cuando la consulta se realiza en etapas sustantivas, donde confluyen información técnica, evaluación de impactos y decisiones concretas sobre el territorio.

V. CONCESIONES MINERAS Y CREACIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Un debate particularmente ilustrativo sobre los alcances del carácter expectatio de la concesión minera surge al analizar su relación con la creación de ANP. ¿Qué ocurre si un pueblo indígena desea promover la creación de un ANP dentro de su territorio ancestral y dicha zona se superpone con una concesión minera en su

primera etapa administrativa? ¿debe el Estado requerir la conformidad del titular de la concesión, en virtud de la cláusula de respeto a los “derechos de terceros” prevista en el artículo 4 de la Ley N.º 26834, Ley de ANP?

Aceptar que la sola existencia de una concesión minera pueda impedir o condicionar la creación de un ANP implicaría reconocer que este primer acto administrativo genera efectos plenos sobre el territorio. No obstante, tal como se desarrolló previamente, el otorgamiento de una concesión minera no otorga en sí mismo la facultad a los particulares de desarrollar actividades mineras, con lo cual, se configura como un derecho expectatio.

Así, el hecho de exigir la conformidad al titular minero para la constitución de una ANP dentro del territorio de una comunidad indígena, que se superpone al área de la concesión minera, implicaría reconocer que, más que un derecho expectatio, la concesión minera pasaría a ser un derecho adquirido, con capacidad de oponerse a nuevas medidas de protección ambiental o cultural. Ello supondría admitir, además, que la concesión ya produce afectaciones directas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y que, en consecuencia, debería ser objeto de consulta previa desde su otorgamiento inicial —aun cuando en esa etapa no exista información suficiente sobre ubicación, actividades o impactos.

Este razonamiento, sin embargo, resulta contrario al propio diseño normativo y jurisprudencial del régimen minero y de la consulta previa. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia recaída en el Expediente N.º 03066-2019-PA/TC) y al artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N.º 014-92-EM), se observa que, en la práctica, la concesión minera es un acto administrativo de carácter expectatio, que otorga a su titular una posición jurídica potencial, condicionada al cumplimiento de actos posteriores: certificación ambiental, autorización de actividades de exploración o explotación, y acuerdos de uso de tierras, entre otros.

En esa medida, no constituye un derecho adquirido ni un derecho real pleno, y por tanto no puede considerarse un “derecho de tercero” exigible frente a la potestad del Estado o de los pueblos indígenas para promover la creación de un ANP. Reconocer lo contrario implicaría una contradicción conceptual y normativa: si la concesión fuera oponible frente a la creación de un área protegida, entonces debería también considerarse susceptible de consulta previa por producir una afectación directa, lo que vaciaría de sentido su naturaleza meramente habilitante.

“En el marco del bloque de constitucionalidad, conformado por la Constitución Política del Perú, el Convenio N.º 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —especialmente lo establecido en los casos Saramaka vs. Surinam y Pueblo Kichwa de Sarayaku

vs. Ecuador—, la normativa interna debe ser interpretada de la manera más favorable a la vigencia de los derechos colectivos y ambientales. En aplicación del principio pro persona, la cláusula de ‘respeto a derechos de terceros’ prevista en la Ley N.º 26834 debe entenderse referida exclusivamente a derechos reales efectivamente constituidos y en ejercicio, y no a meros títulos administrativos carentes de ejecución material.”

Por tanto, si un pueblo indígena decide impulsar la creación de un ANP dentro de su territorio, no debería requerir la conformidad del titular de una concesión minera en su fase inicial, pues esta no genera afectación directa ni configura un derecho oponible. Solo en caso de que la concesión minera haya pasado a etapas posteriores, con autorizaciones concretas y actividades materiales en ejecución, podría evaluarse la necesidad de armonizar su coexistencia con la protección ambiental y el principio de respeto a derechos adquiridos, en el marco del artículo 4 de la Ley N.º 26834.

Desde esta perspectiva, la creación de ANP no puede interpretarse como una vulneración a derechos concesionales meramente expectativos, sino como un ejercicio legítimo de la autonomía territorial de los pueblos indígenas, conforme a los estándares internacionales de participación, autodeterminación y conservación del territorio reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT y en la Opinión Consultiva OC-32/23 de la Corte IDH sobre cambio climático y derechos humanos.

VI. DISCUSIÓN CRÍTICA

El presente trabajo no busca clausurar el debate, sino abrir interrogantes orientadas a repensar la coherencia normativa, institucional y dogmática del derecho colectivo a la consulta previa en el contexto del otorgamiento de concesiones mineras. Las siguientes reflexiones pretenden estimular un diálogo académico y político sobre cómo garantizar la eficacia sustantiva —y no meramente formal— de este derecho colectivo.

6.1. El momento oportuno para la consulta

Si el MINEM mediante la R.M. N.º 403-2019-MINEM/DM, ha delimitado la consulta a las etapas de exploración, explotación, transporte y beneficio, mientras que la Defensoría del Pueblo sugiere que el proceso debe realizarse en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), tal cual sucede en el caso Chileno, cabe preguntarse: ¿cuál de estas miradas satisface de manera más adecuada y técnica el estándar de información suficiente que permita un diálogo intercultural con capacidad real de incidencia?

6.2. La noción de “información suficiente”

El estándar interamericano exige que la consulta se lleve a cabo en etapas tempranas, pero ello no equivale a etapas vacías de contenido. Surge, entonces, la necesidad de definir un umbral verificable de información —ubicación del proyecto, tecnología extractiva, impactos previsibles, medidas de manejo, escenarios alternativos— que permita sostener un proceso de diálogo intercultural informado, en lugar de un ejercicio meramente declarativo o simbólico.

6.3. La posible desnaturalización del derecho colectivo a la consulta previa

Al momento de evaluar el otorgamiento de una concesión minera, la autoridad aún desconoce elementos sustanciales como el tipo de operación (tajo abierto o socavón), la ubicación específica de las actividades o la magnitud de los impactos. En tales condiciones, la consulta se reduciría a un pronunciamiento genérico (“sí” o “no” a la minería), sin posibilidad de formular observaciones ni acuerdos sobre medidas concretas respecto al proyecto. De este modo, se vacía de contenido este derecho y se transforma en un plebiscito abstracto, incompatible con su naturaleza.

6.4. Los pronunciamientos jurisdiccionales recientes y la oportunidad efectiva

La última jurisprudencia constitucional peruana ha descartado la necesidad de consulta en la etapa de concesión, reconociendo su carácter expectatio. se reduzca. Por lo que, es necesario establecer salvaguardas normativas que aseguren la activación de la consulta en las etapas sustantivas, garantizando información suficiente y capacidad real de incidencia sobre la base del análisis de afectaciones directas a los derechos colectivos. Sin embargo, también corresponde reflexionar si las cuatro etapas actualmente definidas por el MINEM (R.M. N.º 403-2019-MINEM/DM) son efectivamente las más idóneas conforme a los criterios de oportunidad establecidos por el Ministerio de Cultura: carácter previo, información suficiente y posibilidad de acuerdos exigibles. Desde esta perspectiva, aunque la exclusión de la concesión inicial resulta coherente con la naturaleza del derecho y la jurisprudencia, subsiste la necesidad de verificar que las etapas consultables vigentes cumplan, en la práctica, con los estándares que hacen efectiva la consulta previa como diálogo intercultural informado.

6.5. Uniformidad conceptual entre concesión minera y áreas naturales protegidas (ANP)

Si la concesión minera es un derecho expectatio, debería sostenerse con coherencia que no puede oponerse a la creación de ANP, ni constituir, por sí sola, una medida consultable. La consistencia conceptual exige evitar interpretaciones *ad hoc* que otorguen efectos plenos a la concesión en ciertos contextos (cuando conviene) y los nieguen en otros. Mantener esta uniformidad dogmática es indispensable para preservar la integridad del sistema jurídico y la previsibilidad de las decisiones administrativas.

6.6. La afectación directa de los derechos colectivos

La ausencia de un desarrollo normativo uniforme y profundo sobre el concepto de afectación directa genera incertidumbre en la activación del deber estatal de consulta previa. Resulta necesario precisar, con mayor rigor jurídico, qué debe entenderse por afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo cual en términos generales se entiende que alude a un cambio en su situación jurídica y/o al ejercicio de sus derechos. Esta delimitación conceptual no es solo una cuestión terminológica, sino un elemento estructural del derecho a la consulta, pues de ella depende la determinación de su oportunidad y la identificación de las medidas consultables. Mientras persista esta ambigüedad, la aplicación del derecho seguirá oscilando entre interpretaciones excesivamente amplias o restrictivas, sin lograr un estándar claro, previsible y coherente con el Convenio N.º 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte IDH y la doctrina constitucional comparada.

6.7. La coexistencia de derechos

El derecho a la consulta previa no puede —ni debe— entenderse como un derecho único o absorbente de todos los espacios vinculados a la gestión del territorio y de los recursos naturales. Su naturaleza, finalidad y alcance son específicos: garantizar el diálogo intercultural respecto de medidas estatales susceptibles de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Existen, sin embargo, otros derechos participativos que operan de manera paralela y complementaria —como la participación ciudadana en materia ambiental en el marco del SEIA o los procedimientos de disposición y uso de tierras comunales—, cada uno regido por su propio fundamento normativo y orientado a finalidades distintas. Pretender que la consulta previa integre o sustituya estos espacios conduce a una sobrecarga funcional que desnaturaliza su sentido jurídico. Reconocer la coexistencia y autonomía de estos mecanismos permite comprender que el derecho a la consulta no

agota la participación, sino que se inscribe en un sistema más amplio de garantías, que deben interactuar de manera sinérgica, pero sin confusión conceptual.

En esa línea, el Ministerio de Cultura (MINCUL) ha precisado que toda medida consultable debe ser previa, contar con información suficiente y permitir la incorporación oportuna de acuerdos; de lo contrario, los procesos de diálogo se convierten en ejercicios formales sin base técnica ni eficacia práctica, vulnerando los estándares del Convenio N.º 169 de la OIT y la Ley N.º 29785.

VII. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado permitiría afirmar que la concesión minera no es susceptible de consulta previa, puesto que constituye un acto administrativo de naturaleza expectaticia, carente de información técnica suficiente y sin capacidad de generar afectaciones directas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Realizar la consulta en este momento procedimental implicaría reducir el derecho a un ejercicio meramente formal, desprovisto de sustancia y de incidencia efectiva. Surge, entonces, la pregunta sobre si una consulta realizada en ausencia de información concreta no terminaría debilitando, más que fortaleciendo, la finalidad protectora del derecho colectivo que se pretende garantizar.

En consecuencia, la consulta previa debe activarse en etapas sustantivas del ciclo extractivo, particularmente en aquellas decisiones que cuenten con información técnica, afectaciones directas y posibilidad de alcanzar acuerdos exigibles. De manera que, tocaría preguntarse si las autorizaciones de exploración, explotación o la aprobación de instrumentos de gestión ambiental serían las pertinentes o no. Analizándose si en dichas etapas puede asegurarse un diálogo intercultural informado y oportuno. Por lo que, resulta pertinente preguntarse si las etapas actualmente definidas por el Estado —exploración, explotación, transporte y beneficio— son efectivamente las más idóneas para satisfacer los criterios de oportunidad, información y capacidad de incidencia establecidos por el propio MINCUL y el Convenio 169 de la OIT.

De igual modo, mantener la coherencia conceptual entre el carácter expectaticio de la concesión y su relación con la creación de ANP resulta esencial para evitar interpretaciones contradictorias. Reconocer derechos plenos a la concesión desvirtuaría su naturaleza habilitante y restringiría indebidamente la potestad estatal y los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio. Ello lleva a reflexionar sobre la necesidad de sostener una interpretación uniforme del sistema jurídico que impida que figuras habilitantes adquieran efectos plenos sin sustento normativo o técnico.

Asimismo, la consulta previa debe entenderse como un mecanismo autónomo y complementario, no sustitutivo, de otros procedimientos de participación ciudadana o negociación territorial, como la participación ambiental o los acuerdos sobre el

uso de tierras comunales. Cada uno posee finalidades y marcos normativos distintos, cuya coexistencia y articulación refuerzan la legitimidad del sistema de garantías participativas. En tal sentido, cabe interrogar si el marco institucional vigente logra articular estos procesos de modo coherente o, por el contrario, continúa trasladando al derecho a la consulta responsabilidades que exceden su naturaleza jurídica.

Finalmente, persiste la necesidad de precisar normativamente el concepto de afectación directa, pues su actual indeterminación genera incertidumbre en la activación del deber estatal de consulta y en la determinación del momento oportuno para realizarla. Una definición uniforme y previsible permitiría reducir la discrecionalidad administrativa y fortalecer la coherencia del sistema. Esta cuestión resulta decisiva para asegurar que la consulta previa se active donde corresponde: ni antes de tiempo, sin base técnica, ni demasiado tarde, cuando la decisión estatal ya esté consolidada.

En suma, la garantía del derecho a la consulta previa no se alcanza multiplicando procedimientos, sino asegurando condiciones sustantivas de información, oportunidad y capacidad de incidencia real. Solo un enfoque coherente —fundado en la claridad normativa, la racionalidad institucional y la centralidad del diálogo intercultural informado— permitirá preservar la naturaleza de este derecho, evitando su reducción a una formalidad administrativa o aparente que, lejos de proteger, termine desvirtuando los derechos que busca salvaguardar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anaya, J. (2011). *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples: Extractive industries and indigenous peoples*. United Nations.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia SU-039/1997*.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-652/1998*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T-175/2009*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T-769/2009*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (Fondo y reparaciones).
- Forno, X. (2009). El título minero como acto administrativo habilitante. *Revista de Derecho Administrativo*, (8), 47–62.
- Guardiana. (s.f.). *Indígenas denuncian atropellos a su derecho de consulta previa en minería*. <https://guardiana.com.bo/iniciativas/indigenas-denuncian-atropellos-a-su-derecho-de-consulta-previa-en-mineria/>

- Ladino, J. P., & Echeverry Cruz, L. F. (2023). *Comparación de los estándares establecidos por la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho a la consulta previa*. [Manuscrito inédito].
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2012). *Situación de los pueblos indígenas en el mundo* (A/HRC/21/47). <https://undocs.org/es/A/HRC/21/47>
- Perú. (1992). D.S. N.º 014-92-EM, TUO de la Ley General de Minería.
- Perú. (1993). Ley N.º 26253 (Aprueba el Convenio 169 de la OIT).
- Perú. (1997). Ley N.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.
- Perú. (1997). Ley N.º 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.
- Perú. (2008). D.S. N.º 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana del Subsector Minero.
- Perú. (2009). D.S. N.º 019-2009-MINAM, Reglamento del SEIA.
- Perú. (2011). Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa.
- Perú. (2012). D.S. N.º 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa.
- Perú. (2019). R.M. N.º 403-2019-MINEM/DM (Medidas consultables en el subsector minero).
- Perú. (2020). D.S. N.º 020-2020-EM, Reglamento de Procedimientos Mineros.
- Revista Minería & Energía. (2024, 16 de enero). *Cada año se dan 4,000 concesiones mineras, pero solo 1,300 están en actividad*. Revista Minería & Energía. <https://mineriaenergia.com/cada-ano-se-dan-4000-concesiones-mineras-pero-solo-1300-estan-en-actividad/>
- Salazar, E. (2014). La concesión minera y el derecho de aprovechamiento: Buscando un equilibrio entre lo público y lo privado. *Derecho & Sociedad*, 42, 363–371. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12491>
- Salmon, E., Bregaglio, R., Ocampo, D., & Olivera, J. F. (2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú: La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. IDEHPUCP / Fundación Konrad Adenauer.
- San Martín, D. (2022). *El derecho minero*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). STC 00048-2004-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2009). STC 0022-2009-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Exp. 03343-2007-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022). Pleno. Sentencia 27/2022, Exp. 03066-2019-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2023). Pleno. Sentencia 310/2023, Exp. 03326-2017-PA/TC.

Andrea Domínguez

Tribunal Constitucional del Perú. (2025). Pleno. Sentencia 169/2025, Exp. 02608-2023-PA/TC.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2017). *Sentencia Constitucional 2654/2017*. <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/FichaResultado/2654>

LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PEOR INDIRECTA. APLICACIÓN Y LÍMITES EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES ANTE EL OEFA

WENDY JANETH LEÓN ESPINOZA¹

► RESUMEN:

El artículo analiza la controvertida aplicación de la prohibición de la Reforma en peor indirecta en el procedimiento administrativo sancionador, con especial énfasis en los procedimientos seguidos ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). A partir del precedente vinculante emitido por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en 2023, se consolidó una postura restrictiva que niega la posibilidad de invocarla cuando una sanción se agrava tras la nulidad de un acto administrativo. No obstante, esta posición ha sido cuestionada recientemente por el Poder Judicial y por ciertos pronunciamientos del propio Tribunal, que introducen matices basados en la buena fe procedimental y la expectativa legítima del administrado.

Palabras clave: OEFA, Reforma en peor indirecta, procedimiento administrativo sancionador, debido procedimiento, buena fe procedimental.

► ABSTRACT:

This article analyzes the controversial application of the prohibition of indirect reformatio in peius in sanctioning administrative procedures, with particular emphasis on proceedings conducted before the Environmental Evaluation and Enforcement Agency of Peru (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, OEFA). Based on the binding precedent issued by the Tribunal of Environmental Supervision in 2023, a restrictive stance has been consolidated, denying the possibility of invoking it when a sanction is increased following the annulment of an administrative act. However, this approach has recently

¹ *Abogada. Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Asociada extraordinaria del Equipo de Derecho Ambiental (EDERA). Contacto: wle@prcp.com.pe*

been challenged by the Judiciary and by certain decisions of the Tribunal itself, which introduce nuances grounded in procedural good faith and the legitimate expectations of the regulated party.

Keywords: OEFA, indirect reformatio in peius, administrative sanctioning procedure, due process, procedural good faith.

I. INTRODUCCIÓN

La controversia sobre la posibilidad de alegar la vulneración de la prohibición de reforma en peor -también denominado *reformatio in peius* o reforma peyorativa- frente a una decisión que agrava la sanción contenida en una resolución anulada, es un asunto controvertido no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, tanto administrativa como judicial. Este concepto -también denominado *reforma en peor indirecta*- alude a la prohibición de que la autoridad instructora agrave la situación del administrado cuando la primera decisión ha sido anulada (Morón, 2005).

Si bien algunos tribunales administrativos han sido consistentes en el tiempo en tomar una posición con relación a este debate, la contraposición de posturas ha llevado al administrado a desconfiar en el hecho de obtener una decisión que cumpla con los fines del procedimiento sancionador al mismo tiempo que pueda garantizar sus intereses.

La posición alineada más contundente, legalista y con mayor aceptación ha optado por no ceder en ningún supuesto a la aplicación de la prohibición de la reforma en peor indirecta. Sin embargo, también se han presentado decisiones que han evaluado con poco o más flexibilidad estos casos y han desafiado los consensos en favor de una posición más garantista.

Este artículo no busca determinar quién tiene la razón, sino evidenciar los aportes que se han dado en la jurisprudencia y explorar sus matices. Específicamente, con relación a la aplicación de la reforma en peor indirecta en los procedimientos sancionadores seguidos ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).

II. LA CONTROVERSIA ANTE EL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Con la publicación del precedente vinculante sobre reforma en peor del OEFA, mediante la Resolución N° 551-2023-OEFA/TFA-SE, de fecha 21 de noviembre de 2023, el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, TFA) pretendió establecer un criterio integrador y general para zanjar la controversia respecto a la inaplicabilidad de la reforma en peor indirecta en sus decisiones.

Siguiendo una línea jurisprudencial uniforme, el OEFA en anteriores pronunciamientos² ya había tomado esta posición cuando los administrados cuestionaban

² Ver fundamentos del 45 al 48 de la Resolución N° 030-2014-OEFA/TFA-SEP1, de fecha 20 de noviembre de 2014, recaído en el Expediente N° 084-2012-DFSAI/PAS/HL; fundamentos del 42

la vulneración de esta garantía en casos en donde, tras la declaración de nulidad, la nueva resolución que dictaba la multa imponía una sanción más alta que la resolución original anulada. Sin embargo, con la emisión de este precedente se oficializó este criterio, bajo los siguientes términos:

Para este Colegiado no se producirá la contravención al principio de prohibición de reforma en peor ante la declaración de nulidad de una resolución que previamente impuso una sanción, habida cuenta que con dicho pronunciamiento se produjo que los efectos del mencionado acto desaparezcan, no existiendo fundamento para asignar ultraactividad a la sanción fijada en la resolución anulada (Resolución N° 551-2023-OEFA/TFA-SE, 2023).

Lo que sostiene básicamente el TFA es que, tras producida la nulidad del acto que impuso la sanción, los efectos de éste lógicamente desaparecen y es como si nunca hubieran existido. Al retrotraer el procedimiento al momento en que el vicio se produjo, es claro para la Administración y el administrado, que el procedimiento empieza nuevamente. En esa línea, si luego de anulado el procedimiento, se consideran otros alcances y la decisión original cambia alterando la multa, nos encontramos ante un nuevo pronunciamiento, desligado por completo de la decisión original anterior que -para estos efectos- nunca existió.

Bajo esa lógica, en estos casos no existe límite que recorte o sujete la libertad de la Administración de tomar nuevas decisiones, aún cuando estas puedan impactar en el administrado. Este criterio brindó un panorama definido, aunque desalentador para la expectativa de los administrados, quienes ya identificaban como límite máximo del valor de la sanción, la multa inicialmente dictada.

Sin embargo, este año con la Resolución N° 8, de fecha 30 de enero de 2025, emitida por el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo, recaída en el Expediente N° 02472-2024-01853-JR-CA-09; se declaró fundada la demanda presentada por Petrotal Peru S.R.L. y se declaró nula la Resolución N° 551-2023-OEFA/TFA-SE, que estableció el precedente vinculante; con lo cual se reabre el debate.

La sentencia establece lo siguiente:

En el caso concreto, la administración señala que, la declaración de nulidad de una resolución, que previamente impuso una sanción, hace

al 45 de la Resolución N° 468-2023-OEFA/TFA-SE, de fecha 28 de setiembre de 2023, recaída en el Expediente N° 3280-2018-OEFA/DFAI/PAS; fundamentos del 47 al 48 Resolución N° 916-2024-OEFA/TFA-SE, de fecha 19 de diciembre de 2024, recaída en el Expediente 0110-2022-OEFA/DFAI/PAS.

que, sus efectos desaparezcan, no existiendo fundamento para asignar ultraactividad a la sanción fijada en la resolución anulada; por tanto, no se produce vulneración al principio de reforma en peor.

A consideración de este Colegiado, tal posición no resulta correcta, en la medida que, no debe perderse de vista que la decisión de la nulidad fue emitida como consecuencia de la presentación de un recurso de apelación interpuesto por el administrado; por lo que, bajo esa premisa ciertamente se desnaturaliza el propósito mismo del recurso administrativo, transformándolo o convirtiéndolo en un procedimiento de revisión de oficio del acto, lo que carece de toda lógica, puesto que la protección del principio de legalidad, no puede servir como una excusa para vulnerar el principio del debido procedimiento y el derecho de defensa del administrado, puntualmente el de aplicación de la reforma en peor indirecta.

En ese sentido, la sentencia judicial de primera instancia concluye que se ha transgredido la prohibición de reforma en peor utilizando como medio para permitir este incremento en la sanción, la anulación del acto mediante un recurso administrativo interpuesto por el propio administrado. Así, finalmente se ordena al OEFA mantener la sanción original dictada, dejando sin efecto cualquier otro acto que la contradiga.

Esta decisión ha reabierto un debate que, en otras instituciones administrativas, parecía contar con una postura mayoritariamente consensuada. Si bien aún no existe un pronunciamiento judicial definitivo, la controversia no nos conduce a adoptar una posición cerrada, sino más bien a reflexionar sobre los alcances que puede tener el examen de esta garantía en los casos de nulidad.

Un primer matiz de este análisis necesario lo ha emitido el TFA, como adelantándose al fallo judicial, en la Resolución N° 513-2024-OEFA/TFA-SE, de fecha 16 de julio de 2024, recaído en el Expediente 1116-2023-OEFA/DFAI/PAS, donde decidió no seguir estrictamente lo determinado por el precedente vinculante:

En efecto, la Resolución TFA declaró la referida nulidad debido a que la Resolución Directoral I contenía un pronunciamiento parcial sobre las cuestiones controvertidas objeto del PAS, ya que faltaba que se emita pronunciamiento sobre la Conducta Infractora 2. Por ende, en la Resolución TFA se declaró la nulidad de la Resolución Directoral I y se dispuso que se retrotraiga el PAS al momento en que el vicio se produjo; razón por la cual, **la Primera Instancia no debió aumentar la multa de la Conducta Infractora 1 con la Resolución Directoral II, pues este extremo no estaba vinculado con el vicio de nulidad en cuestión.** [Énfasis agregado].

Sin embargo, aunque en los efectos el TFA limitó la facultad de la Dirección de Fiscalización de Aplicación de Incentivos (en adelante, DFAI) para aplicar nuevos valores al cálculo de la sanción y ordenó mantener la multa original. Esto fue úni-

camente posible porque la controversia que abordó la nulidad no se encontraba relacionada a ningún aspecto de la sanción y; para ello, se fundamentó en la buena fe procedimental.³

Es decir, considerando que el administrado recurrió la sanción de primera instancia mediante una apelación con una legítima expectativa, en el marco del principio de buena fe procedimental, el TFA decide finalmente no considerar como “inexistente” la decisión original en el extremo de la sanción. Para ello, utiliza como parámetro el valor fijado por ella y deja sin efecto la multa recalculada.

Ante la regla general fijada por el precedente, que indica que no es posible alegar la vulneración a la prohibición de reforma en peor indirecta, el TFA abre una excepción que requiere el cumplimiento de los siguientes supuestos: i) que la nulidad haya sido declarada tras la presentación de un recurso administrativo y ii) que el cuestionamiento abordado en la nulidad no esté relacionado en ningún extremo al cálculo de la sanción.

Con estos requisitos cumplidos, sin adentrarse a examinar la vulneración del principio de reforma en peor, el TFA abre una ventana para hacer valer en la práctica sus efectos, invocando la buena fe procedimental. Guzmán Napurí sostiene respecto a este principio que éste se aplica a gran parte del sistema legal y tiene como objetivo cautelar el adecuado funcionamiento de los procedimientos en general. Además, busca asegurar que las partes puedan confiar en que la otra actuará de manera correcta. Este principio, también abarca a la Administración Pública, ya que permite que el administrado confíe en que la Administración tomará decisiones conforme a derecho (2009, p. 243).

Es decir que, lo que fundamentalmente se busca garantizar con este principio es la confianza en las actuaciones de todas las partes durante el procedimiento administrativo, de modo que se espere que éstas actúen guiadas bajo la buena fe. La prohibición de reforma en peor no es ajena a la aplicación de los principios de buena fe procedimental y predictibilidad o confianza legítima. De hecho, la transgresión de ellos ha sido frecuentemente invocada en conjunto en los casos en los que se discutió la vulneración de esta garantía.

³ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo 1.8 Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Fundamentándose en que los administrados tienen una expectativa optimista con relación a la sanción al presentar un recurso impugnando una decisión de primera instancia, el marco legal coloca el límite a la Administración de no agravar su situación, brindándole dos posibilidades de resultado: i) declarar fundado el pedido presentado emitiendo una decisión más favorable o ii) confirmar la decisión impugnada. Lo que les permite confiar en el procedimiento y arriesgar en el resultado de una decisión posterior.

Esto es correcto y claro cuando nos referimos a un procedimiento lineal donde no ha operado la nulidad. Sin embargo, ante los efectos de la nulidad, la aplicación de la prohibición de la reforma en peor es -bajo los estándares del precedente del OEFA- inexistente.

Pero el TFA brinda una salida excepcional, pues reconoce que, aunque se produce un rompimiento de la linealidad del procedimiento, ello no modifica las expectativas del administrado. Esto hace posible que, cuando el administrado impugna una decisión sin cuestionar la sanción y, posteriormente, se declara la nulidad y se reinicia el procedimiento agravando la multa, pueda alegarse la prohibición de reforma en peor. De este modo, la autoridad considera que, mientras el extremo referido a la sanción haya quedado definido antes de la declaración de nulidad, esto no puede ser modificado ni revisado y, por tanto, debe respetarse en garantía del administrado.

De ello se desprende que, siempre que el administrado tenga razones para cuestionar la validez de una resolución de primera instancia respecto del monto de la sanción, deba evaluar cuidadosamente su decisión. Si, por el contrario, impugna únicamente algún extremo no relacionado con el cálculo de dicho monto, se mantiene la posibilidad de que la multa permanezca firme, en atención al principio de buena fe.

No obstante, dado que lo resuelto en esta decisión constituye solamente un criterio adoptado en un caso concreto, no existe garantía de que sea mantenido en pronunciamientos posteriores. Lo cierto, hasta ahora, es que el precedente ha establecido que, en ningún supuesto, corresponde aplicar la reforma en peor indirecta en el OEFA, al considerarse inexistentes los efectos del acto administrativo anulado.

Tampoco se ha evaluado una excepción similar a la planteada por la Resolución N° 513-2024-OEFA/TFA-SE para los casos de la nulidad de oficio, donde no hay una voluntad del administrado de cuestionar algún extremo de la validez, sino únicamente la potestad anulatoria de la propia Administración. El análisis diferenciado de ambas modalidades de nulidad no fue considerado como parte del caso que sirvió de fundamento al precedente, aunque pudo haberse examinado con mayor detenimiento por otras autoridades.

III. LA CONTROVERSIAL ALEGACIÓN DE LA VULNERACIÓN DE LA REFORMA EN PEOR EN OTRAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS

La aplicación de la reforma en peor indirecta ha sido explorada en múltiples ocasiones por diversas instituciones, siendo mayoritariamente un consenso entre ellas su inaplicación en el procedimiento administrativo y prevaleciendo las facultades de la Administración Pública en ejercicio de su potestad sancionadora de reformular aspectos en el ámbito de la responsabilidad y el de la sanción.

A diferencia del OEFA, el Ministerio de la Producción (en adelante, PRODUCE) mediante su Consejo de Apelación de Sanciones (en adelante, CONAS), analizó la aplicabilidad de la reforma en peor indirecta tras la declaración de la nulidad de oficio. En este caso, la nulidad de la resolución de primera instancia procedió tras la identificación de la omisión del factor reincidencia en el cálculo de la sanción, lo que fue referido como un agravio al interés público, en tanto, correspondía aplicar el incremento de la sanción de multa en 100% y la sanción de suspensión.

Tras retrotraer el procedimiento e incorporar el factor agravante de reincidencia, lógicamente la sanción aumentó su valor. Esto fue materia de impugnación por el administrado alegando fraude a la ley y la vulneración al principio de reforma en peor. La respuesta del PRODUCE sobre esta controversia fue contundente. A través de la Resolución Consejo de Apelación de Sanciones RCONAS N° 00181-2023-PRODUCE/CONAS-CP, de fecha 29 de diciembre de 2023, la autoridad indicó:

Por ello, no es posible afirmar, como así lo hace la empresa recurrente, que la prohibición de reforma en peor constituya una limitante a una condición o estatus jurídico obtenido por el administrado; ya que dicha regla, como observamos, no impide que el Ad Quem pueda realizar un control o revisión de la legalidad de los actos administrativos emitidos por el A Quo (las autoridades inferiores), al advertir un vicio insubsanable que conlleve a su nulidad por afectar el interés público, como se ha realizado en el presente caso (Fundamento 3.7, literal f).

La decisión del PRODUCE se da en el marco de dos supuestos distintos a los que planteó el OEFA en la decisión que invocó la buena fe procedimental como fundamento para no agravar la sanción tras una nulidad. En esta resolución, y en este contexto, el CONAS refiere a la prohibición de reforma en peor como un medio para limitar la potestad que tiene la autoridad administrativa en ejercicio de su *ius puniendi*.

Es decir, al invocar esta garantía tras la declaración de nulidad, se estaría supeditando las decisiones posteriores sobre el valor de la multa a una resolución anulada, cuyos efectos ya no existen. Ello implicaría desnaturalizar la nulidad de oficio declarada,

pues esta se dictó justamente porque la primera instancia realizó un cálculo incorrecto de la sanción, razón por la cual dicha decisión fue invalidada.

De ello se desprenden dos premisas que fundamentan la inaplicabilidad de la reforma en peor indirecta: i) que la nulidad haya sido declarada de oficio, tras identificarse un agravio al interés público, y ii) que la materia controvertida en la nulidad esté directamente vinculada con el cálculo de la sanción.

En una resolución posterior se mantuvo el mismo criterio, dotando de uniformidad y coherencia a las decisiones de la autoridad. Mediante Resolución del Consejo de Apelación de Sanciones N° 00076-2024-PRODUCE/CONAS-1CT, de fecha 27 de mayo de 2024, se señaló que:

Como hemos visto y por todas las consideraciones expuestas, se puede concluir que, al disponer la nulidad de oficio del acto administrativo sancionador, el CONAS no hizo sino ejercer su potestad de invalidación. Ello, tuvo como único objeto, el de restituir la legalidad afectada por un acto administrativo viciado e insubsanable y que agravaba al interés público. Y, cuando el órgano de primera instancia, en estricta aplicación de la normativa vigente, determinó que la sanción que correspondía aplicar a TASA resultaba mayor a la aplicada en la resolución anulada, no hizo sino otra cosa que cumplir con su deber.

En apego estricto a las competencias que le permite ejercer el marco legal, el PRODUCE toma una posición inflexible y categórica sobre la inaplicabilidad de la reforma en peor indirecta, excluyendo que sea posible invocarla en casos en donde se haya concretado una previa nulidad de oficio del procedimiento.

Para respaldar su posición coincide con la doctrina al afirmar que la inclusión de este principio no implica una sujeción de las autoridades superiores a lo resuelto por las autoridades inferiores. El objetivo principal es proteger al administrado, sin que se elimine la facultad de revisión de las autoridades superiores. Así, si la autoridad superior identifica defectos o vicios en la decisión de la autoridad inferior, puede recurrir a las técnicas de revisión de oficio para analizar el caso (Morón Urbina, 2021, p. 544).

Lo que es preciso advertir en este punto, es que la aplicación de un principio, si bien debe garantizar los derechos de los administrados en el procedimiento -considerando especialmente la asimetría en la relación entre Administración y administrado-, también debe resguardar la legalidad y el fundamento bajo el cual las autoridades ejercen sus funciones. En ese sentido, se debe encontrar un equilibrio entre ambos valores, para efectos de no generar situaciones claras de desventaja y afectaciones, ni limitaciones en las funciones otorgadas a las autoridades competentes.

Otra autoridad que desarrolla estos alcances, bajo el criterio de la inaplicabilidad de la prohibición de la reforma en peor indirecta, es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL). Mediante Resolución N° 123-2017-CD/OSIPTEL, de fecha 14 de octubre de 2017, el OSIPTEL opinó sobre su aplicación:

Conforme al texto transcrito, es a todas luces claro que la sanción establecida por la Resolución N° 00017-2017-GG/OSIPTEL, en atención a lo resuelto por el artículo 1° de la Resolución N° 075-2016-CD/OSIPTEL, no transgrede la prohibición de reforma en peor.

En efecto, el vicio que pretendió enmendar este Colegiado a través de la declaración de nulidad de oficio parcial -en ejercicio de su potestad de revisión de oficio-, no constituyó un mero defecto de forma del procedimiento administrativo; sino que la Resolución N° 00148-2016-GG/OSIPTEL contenía defectos sustanciales respecto a la aplicación debida de la norma, generando se establezcan dos multas menores a dicha empresa, cuando no existía asidero jurídico para ello. (Fundamento 4.4)

El OSIPTEL establece, según los alcances de la doctrina, que la aplicabilidad de la prohibición de reforma en peor en estos casos depende de si la anulación del acto se debió a defectos sustanciales o de forma. Siendo que en este caso la nulidad se debió a defectos sustanciales -por la incorrecta inaplicación de una ley- corresponde desestimar la alegada vulneración del principio de reforma en peor.

En el mismo sentido, mediante Casación N° 24459-2018 LIMA, de fecha 9 de marzo de 2021, se determinó que no cabe alegar la vulneración de la reforma en peor en un caso de nulidad de oficio parcial. En este caso, se ordenó que la primera instancia determine nuevamente el monto de la multa a imponer por la comisión de la infracción imputada, la cual tendría que ser mayor al monto inicialmente dictado, por haberse considerado beneficios de reducción de multa incorrectos.

A la luz de los alcances de este caso, la Corte Suprema de Justicia concluyó que el Consejo Directivo de OSIPTEL, en estricta observancia del artículo 217.2⁴ declaró la nulidad de oficio parcial de la primera instancia:

[...] a fin que la Gerencia General del OSIPTEL emita nuevo pronunciamiento corrigiendo el vicio incurrido, verificándose de ello que lo resuelto

⁴ 217.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

por la autoridad administrativa no importa material ni legalmente una situación desventajosa para la entonces administrada, ni que a partir de dicha actuación pueda sostener una eventual afectación al debido proceso y el conjunto de derechos que lo conforman, como el derecho de defensa, pues a partir del nuevo pronunciamiento de la Gerencia General tenía expedido el derecho para impugnarlo [...].

En ese sentido, se determinó que en la medida que se mantiene inalterado el derecho de impugnar las resoluciones de primera instancia, los administrados -cuando no se encuentren de acuerdo con las sanciones dictadas después de una nulidad- conservan plena garantía del derecho de defensa. Por lo que, no puede alegarse la vulneración del principio de reforma en peor.

Las consideraciones de la sentencia del Poder Judicial enfocan el análisis del asunto desde las garantías del debido procedimiento, entre ellas, el derecho de defensa y la posibilidad que tiene el administrado de recurrir la nueva decisión tomada en primera instancia, sin negarle su derecho a impugnar. Por lo que, vistos estos alcances, se concluye este razonamiento alineado con los ya mencionados de otras autoridades administrativas.

Aunque el panorama parece claro y definido a la luz de estas conclusiones, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) por su parte ha mantenido un criterio firme y sostenido desde 2018 que rompe con la alineación institucional en sede administrativa tomada frente a este tipo de casos.

Mediante la Resolución de Sala Plena N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM, de fecha 28 de diciembre de 2018, el Tribunal de Apelaciones de Sanciones estableció un criterio resolutivo respecto a esta controversia dictando que:

*Cuando se declare, **a solicitud de parte o de oficio**, la nulidad de una resolución sancionadora y se retrotraiga el procedimiento administrativo al estado en que el órgano sancionador emita un nuevo pronunciamiento, la nueva resolución sancionadora debidamente motivada a emitirse, no deberá contener una multa cuyo importe sea superior a la inicialmente impuesta en la resolución que fue declarada nula. Sólo en el caso en el que la nueva multa resulte inferior al rango previsto, corresponderá imponer la sanción mínima establecida en la escala, aun cuando la misma resulte superior a la inicialmente impuesta. [Énfasis agregado].*

La postura favorable del OSINERGMIN con relación a la invocación de la prohibición de reforma en peor indirecta como garantía para proteger los intereses del administrado, es tajante. El criterio, asumido en Sala Plena, permite evidenciar una

postura más garantista y en favor del administrado, aun cuando esto pueda implicar limitar las competencias de sanción que tienen sus dos instancias.

Para fundamentar su análisis hace alusión a fuentes de doctrina internacional en materia penal. Se emplea como referencia la clasificación en dos posiciones con relación a la prohibición de la reforma peyorativa indirecta: i) la tesis del riesgo previsible libremente asumido y ii) la tesis de la maximización de la eficacia del derecho al recurso.

La doctrina⁵ señala al respecto de la teoría del riesgo previsible libremente asumido que el acusado, al solicitar un nuevo juicio, asume los riesgos asociados con el mismo. Esta tesis se construye a través de las premisas de que: i) quien impugna asume el riesgo de una nueva decisión, ii) hay inexistencia del primer juicio, iii) no se afecta el derecho de defensa, ya que el acusado es consciente de lo que enfrentará en el nuevo juicio y lo acepta, iv) devolución plena de la jurisdicción al tribunal de reenvío, iniciando todas las reglas del juego de nuevo y; v) el tribunal que debe llevar a cabo el nuevo juicio con plena jurisdicción para resolver.

Por otro lado, la teoría de la maximización de la efectividad del derecho al recurso se sostiene en diversas razones, siendo su fundamento básico que la inaplicación de este principio transformaría en ilusorio e ineficaz el derecho a recurrir y se postula que los efectos de la nulidad en la decisión no son absolutos, ya que no implica la eliminación del acto, sino de sus efectos normales o inmediatos (Barrientos, 2007, 187-197).

Si bien estos planteamientos vienen desde la teoría del derecho penal, algunos de sus alcances fueron considerados por el OSINERGMIN para sostener el criterio actual que permite la invocación a la prohibición de la reforma peyorativa en favor del administrado. Especialmente, este criterio sigue la teoría de la maximización, que establece que la nulidad no implica en estricto la eliminación del acto, considerándolo como si nunca hubiera existido, sino que reconoce su importancia para fijar un parámetro de valor que no podrá ser superado para asegurar la situación jurídica original generada para el administrado.

El OSINERGMIN, como agente disruptor, rompe con el consenso mayoritario de las otras instituciones administrativas para puntualizar en este criterio -adelantado a toda la discusión que se planteó en el OEFA- y establece con alcance general a todas

⁵ El autor se fundamenta en tesis anteriores desarrolladas en doctrina argentina. Ver Maier, J. (2002). *Derecho Procesal Penal* (T. I, Fundamentos, 2ª ed., 2ª reimposición, p. 721). Editores del Puerto; Clariá Olmedo, J. A. (1969). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (T. V, p. 467). Ediar y; De La Rúa, F. (año). Límites de los recursos y prohibición de *reformatio in peius* en materia penal y civil. *Obra citada*. (Aquí deberías agregar el año de publicación y los detalles completos del artículo, si están disponibles).

sus instancias, que se permita la invocación de la prohibición de reforma en peor, aún cuando haya operado la nulidad del procedimiento anterior.

Este criterio asumido por el OSINERGMIN no discrimina entre nulidad declarada a solicitud de parte o de oficio, siendo abiertamente posible para el administrado alegar referencialmente el valor de la primera multa dictada en el procedimiento original como un límite para impedir agravar su condición inicial.

En este punto, ya es preciso reflexionar que más allá del debate entre una institución y otra, ¿es posible encontrar un equilibrio entre las diversas posturas asumidas, de modo que, se mitiguen los riesgos asumidos por el administrado al mismo tiempo que no se recorten las funciones de la potestad sancionadora en la Administración Pública? Para ello, conviene remitirnos a las bases de este controvertido escenario.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PEOR EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Antes de ingresar a definir los alcances de la prohibición de reforma en peor y los conceptos de los derechos relacionados, es preciso entender que las garantías que ofrecen las reglas y principios del marco legal administrativo se extienden como límite al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. Siendo ésta predominante y entendida como la facultad que tiene la Administración para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones contra el ordenamiento jurídico, para su desarrollo se le reconocen incluso garantías que inicialmente se consideraban propias del Derecho Penal (Guzman Napurí, 2024, pp. 36).

Sin embargo, este poder no es absoluto y se encuentra limitado por los principios y reglas que operan en el marco legal regulatorio, recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).

El rol que toman los principios en el ordenamiento es clave para entender la interrelación de estos en el marco del procedimiento sancionador. Según Rubio Correa los principios generales del derecho son conceptos que informan la estructura, forma de operación y el contenido de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho, para lo cual pueden estar explícitos o no en la legislación, lo que no limita su vigencia y ordenamiento (2017, pp. 284).

Morón define a los principios desde dos características fundamentales: la predominancia sobre el resto del sistema jurídico al que pertenecen, y un dinamismo potencial, que les permite ser aplicadas a cualquier contexto presente o futuro para el cual el legislador no haya previsto una norma específica, siendo necesario recurrir a una interpretación afirmativa (2021, pág. 68). Como vemos, los principios

son la base del ordenamiento y al margen de su inclusión explícita en el marco legal, el respeto a su cumplimiento es considerado una garantía para el correcto funcionamiento del ordenamiento.

En ese sentido, por ejemplo, la prohibición de reforma en peor es considerada una garantía general del procedimiento. El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1918-2002-HC/TC, señala:

La interdicción de la reformatio in peius o reforma peyorativa de la pena es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional. Si bien tal interdicción se identifica íntimamente con el derecho de defensa, pues agravar una pena para condenar por un ilícito que no haya sido materia de acusación, importa una grave afectación del mentado derecho, es indudable que la proscripción de la reformatio in peius también tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios.

En esta sentencia, el TC reconoce la importancia que existe en el principio de prohibición de reforma en peor, no sólo como garantía en sí misma, sino también por su estrecha relación, en el ejercicio de su invocación, con otros derechos como el derecho de defensa y el derecho a recurrir.

La garantía que ofrece el poder invocar la prohibición de la reforma en peor tiene que ver con el derecho de impugnar y continuar con su estrategia de defensa, al mismo tiempo que le permite mantener una situación jurídica como punto de partida bajo la expectativa de que esta condición no empeore. Esta condición de certidumbre y confianza en el ordenamiento permite activar el derecho a recurrir y continuar con el cuestionamiento a aspectos que pueden ser discutidos legalmente, sin arriesgar la situación original que, de alguna manera se ha ganado.

Sin embargo, en el ámbito administrativo la prohibición de reforma en peor no está recogida como un principio del procedimiento. Su inclusión en el marco legal administrativo se encuentra en el artículo 258, numeral 3 del TUO de la LPAG, que regula que opera cuando el infractor -en ejercicio de su derecho de defensa- recurra o impugne la resolución adoptada. Nótese que su aplicación, en conexión con lo establecido por el TC, está relacionada al impulso que realice el administrado para cuestionar la decisión adoptada.

Este principio ha sido recogido en la doctrina considerando que para su configuración resulta necesario una sanción recurrida -por reconsideración o apelación- y que el efecto de la decisión revisora perjudique al recurrente en cuanto al contenido de la resolución impugnada. Todas las definiciones dejan en claro que el rol de la prohibición de reforma peyorativa, más allá de no ser un principio explícitamente

reconocido como tal en el marco legal administrativo, está directamente relacionado a otros principios del ordenamiento en favor del administrado. Por lo que, su invocación será posible de alegar básicamente cuando entren en juego la primacía de estos principios como garantías del administrado frente al ejercicio del poder de la Administración.

V. REFLEXIONES FINALES

Hasta este punto ha quedado claro que el ordenamiento busca balancear el poder que puede ejercer la Administración sujetando sus decisiones a principios y derechos que le corresponden al administrado. En ese sentido, entre otras garantías, ha establecido la prohibición de la reforma en peor como un límite a la libre disposición que podría ejercer sobre sus decisiones al momento de valorar los hechos que componen un caso.

Este principio que, al aplicarlo, no sólo cumple su finalidad garantista en sí misma, sino que propicia el respeto a otros principios, conexos a él, como el de buena fe procedimental, predictibilidad y seguridad jurídica; permite al administrado tomar una decisión en base a un panorama claro y previsible. Lo que le asegura seguir accionando las posibilidades de ejercer su derecho de defensa, evaluando un escenario de respuesta que tome como límite, en el peor de los casos, la sanción ya dictada.

Sin embargo, en el contexto en que se invoca la reforma en peor indirecta, surge la contraposición de dos principios clave para entender esta controversia: el principio de legalidad, que habilita y ordena a las autoridades de la Administración Pública a ejercer sus facultades de sanción, y el principio de prohibición de reforma en peor, que les dicta no exceder el valor de la sanción original dictada, en favor de los administrados. ¿Cuál debería ceder ante el otro en estos casos?

Reiteramos que este no es el escenario típico que se plantea en los procedimientos administrativos ordinarios, donde existe una linealidad clara y una secuencia ordenada de sus fases. Es evidente que, en este tipo de procedimientos, la reforma en peor puede ser invocada y el principio de legalidad no puede ser interpuesto como un deber superior a éste. El reto que plantea la discusión en la invocación de la reforma en peor indirecta es justamente que ambos principios se encuentran igualmente valorados y cuentan con argumentos lógicos para alegar su aplicación.

Si bien la posición más clara, aceptada y contundente -según los alcances del cumplimiento estricto de las reglas del TUO de la LPAG- nos hace inclinarnos por hacer prevalecer el principio de legalidad y rechazar la aplicación de la prohibición de la reforma en peor indirecta de manera tajante, una interpretación en favor del administrado nos brinda un panorama más equilibrado y justo.

El criterio de OSINERGMIN, en esa línea, se encuentra en un extremo garantista. Permite la invocación de la reforma en peor indirecta, al margen de si la nulidad del procedimiento fue declarada de oficio o a petición de parte. Sin embargo, consideramos que -aunque conveniente para los administrados- esta decisión no va de acuerdo con la naturaleza de la prohibición de la reforma en peor.

Uno de los presupuestos para alegar este principio tiene que ver con que quien está siendo procesado -en ejercicio de su derecho de defensa- recurra o impugne la resolución emitida. Trasladado al supuesto de la nulidad, esto sólo podría darse en los casos de nulidad a solicitud de parte, donde ha operado una voluntad y acción por parte del administrado para promover la discusión sobre la validez del acto. Esto también es coherente con que -tras promover la impugnación- el administrado tenga una legítima expectativa de obtener una decisión más favorable a la ya obtenida. Por lo que, aquí es importante destacar la especial participación del administrado.

Este no es el caso de la nulidad de oficio, donde quien acciona la revisión de la resolución que presenta los defectos y contraviene la legalidad, es la propia Administración Pública y se realiza en razón de una finalidad superior: el interés público. En este supuesto no hay un interés en riesgo promovido por el propio interesado, a quien se le deba dar la seguridad de poder impugnar sin que se le vea agravada su condición inicial.

A partir de esto, podemos disentir parcialmente de lo resuelto por OSINERGMIN, y coincidir con el criterio del CONAS del PRODUCE en cuanto a que permitir la aplicación de la reforma peyorativa indirecta -en los casos de nulidad de oficio- limitaría la competencia de la Administración en recalcular la sanción si es que se ha detectado algún asunto de interés público.

Así, en los procedimientos en los que la autoridad advierte la omisión de determinados factores en la motivación de la sanción -por ejemplo-, resulta posible declarar la nulidad, retrotraer el procedimiento y realizar un nuevo cálculo sin que rija el límite derivado de la prohibición de la reforma peyorativa. Ello se debe a que, aunque la decisión pudiera afectar al administrado, resulta imperativo que el principio de legalidad prevalezca.

Quizá para matizar este escenario y no asimilar una posición severa y drástica, se pueda utilizar el criterio asumido por OSIPTEL, que evalúa si la nulidad de oficio se debió a un mero defecto de forma del procedimiento administrativo o si se trató de un defecto sustancial. Siendo en este último caso inaplicable la garantía de reforma peyorativa. Así, en búsqueda de un equilibrio que no otorgue un ejercicio cerrado de un principio u otro, puede ser posible restringir la inaplicación de la reforma peyorativa indirecta a los casos de nulidad de oficio donde opere un defecto sustancial del acto administrativo.

No obstante, aún en este supuesto, se presenta un nuevo escenario. ¿Qué sucede cuando la nulidad es declarada de oficio, tras manifestarse el derecho de recurrir del administrado? Es decir, cuando el administrado recurre la decisión y pone en riesgo el *status* ya ganado, para someter el procedimiento a una nueva evaluación bajo el paraguas de la reforma peyorativa y, tras ello, es la Autoridad quien declara la nulidad de oficio.

En este caso, bien podría seguirse lo establecido por el TFA en la Resolución N° 513-2024-OEFA/TFA-SE, citada anteriormente, donde procede la aplicación de la reforma en peor si la reevaluación del procedimiento tras la anulación no tiene que ver con algún extremo del cálculo de la sanción.

En contraposición con lo anterior, si la nulidad fue solicitada de parte, atendiendo a una legítima expectativa de mejorar su condición, coincidimos en que debe ser posible la invocación de la prohibición de la reforma en peor. Es claro que un acto administrativo declarado nulo pierde sus efectos y es considerado inexistente para el procedimiento, pero para el administrado esto no deja de constituir una clara posición de desventaja. Si bien podrá tener después el derecho a impugnar las decisiones en el nuevo procedimiento, la pérdida de la situación original -más favorable- y bajo la cual construyó su expectativa y su estrategia de defensa, se verá irreversiblemente perdida, lo que constituye un claro desincentivo para considerar en la práctica.

Por ello, aunque la posición más hermética e inflexible alineada con el estricto cumplimiento de la legalidad es tentadora por su razonable y coherente fundamento, no dejamos de apelar por una visión más garantista que permita dar una mayor funcionalidad al procedimiento para el administrado, mientras se busca procurar el respeto por la institucionalidad administrativa. Esto, sin embargo, es una tarea aún en permanente construcción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barrientos Pardo, I. (2007). Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado). *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, (9), 187-197. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Consejo de Apelación de Sanciones del PRODUCE, Área Especializada Colegiada de Pesquería, 29 de diciembre de 2023, RCONAS N° 00181-2023-PRODUCE/CONAS-CP, Expediente PAS-00000067-2022 (Perú).
- Consejo de Apelación de Sanciones del PRODUCE, Área Especializada Colegiada Transitoria de Pesquería, fecha 27 de mayo de 2024, RCONAS N° 00076-2024-PRODUCE/CONAS-1CT, Expediente 4458-2019-PRODUCE/DSF-PA (Exp. 0012-2023-PRODUCE/CONAS) (Perú).

- Consejo Directivo de OSIPTEL, 5 de octubre de 2017, Resolución N° 123-2017-CD/OSIPTEL, Expediente 00056-2013-GG-GFS/PAS (Perú).
- Corte Superior de Justicia de Lima, Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo, 30 de enero de 2025, Resolución N° 8, Expediente 02472-2024-0-1853-JR-CA-09 (Perú).
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. 9 de marzo de 2021. Sentencia Casación N° 24459-2018 (Perú).
- Guzmán Napurí, C. (2009). *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Ius Et Veritas N° 38, p. 243.
- Guzmán Napurí, C. (2024). Los procedimientos administrativos sancionadores. *Gaceta Jurídica*.
- Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial El Peruano, 11 de abril de 2001 (Perú).
- Morón Urbina, J. C. (2021). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444* (Tomos I y II). Editorial Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J.C. (2005). Los principios delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley peruana. *Revista Advocatus*, (13), página 240.
- Rubio Correa, M. (2017). El sistema jurídico. Introducción al Derecho. (11va. Edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tribunal Constitucional, 10 de setiembre de 2002, sentencia recaída en el Expediente 1918-2002-HC/TC (Perú).
- Tribunal de Apelaciones de Sanciones en temas de Energía y Minería, 28 de diciembre de 2018, Resolución de Sala Plena N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM (Perú)
- Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, 16 de julio de 2024, Resolución N° 513-2024-OEFA/TFA-SE, Expediente 1116-2023-OEFA/DFAI/PAS (Perú)
- Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, 21 de noviembre de 2023, Resolución N° 551-2023-OEFA/TFA-SE, Expediente 1917-2019-OEFA/DFAI/PAS (Perú)

MISCELÁNEA

- CRÓNICA FUNDACIONAL
- MESA REDONDA INTERNACIONAL

EL TALLER DE DERECHO AMBIENTAL O EDERA PUCP

RECUERDOS DE ORIGEN Y FORMACIÓN

IVÁN ORTIZ SÁNCHEZ¹

► **RESUMEN:**

La presente crónica fundacional es un testimonio histórico sobre los orígenes del Equipo de Derecho Ambiental (EDERA) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). El autor reconstruye la gestación del Equipo dentro del Taller de Derecho de la PUCP. En tal sentido, se narra la coyuntura de 1990 y las motivaciones personales que promovieron el surgimiento del primer grupo de estudio comprometido con la difusión del Derecho Ambiental desde las aulas universitarias en nuestro país.

Palabras clave: Derecho Ambiental; EDERA; Taller de Derecho PUCP

► **ABSTRACT:**

This foundational chronicle serves as a historical testimony regarding the origins of the Environmental Law Team (*Equipo de Derecho Ambiental* - EDERA) at the Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Through an autobiographical account, the author reconstructs the team's inception within the PUCP Law Workshop (*Taller de Derecho*). In this regard, the article narrates the context of 1990 and the personal motivations that drove the emergence of the first study group committed to disseminating Environmental Law from within the university classrooms.

Keywords: Environmental Law; EDERA; PUCP Law Workshop

¹ *Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Constitucional y Abogado PUCP. Es Profesor Principal del Departamento de Derecho PUCP.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento es un esfuerzo por presentar los principales elementos que caracterizaron la formación y el origen del Equipo Ambiental del Taller de Derecho, hoy conocido como EDERA o Taller de Derecho Ambiental en casi 35 años de existencia.

Nos ubicamos a fines de los años 80 e inicio de los 90; y, por tanto, la principal fuente es la recuperación de la memoria. No pretende ser la verdad, sino una versión o acercamiento de recuerdos, vivencias y experiencias.

En contexto es muy importante pues se trata del primer número de la revista del Equipo de Derecho Ambiental del Taller de Derecho conocido como EDERA, a cuyos integrantes felicito y me enorgullezco de haber participado en su germen y formación.

De esta forma voy a estructurar el contenido del presente ensayo con unos apuntes de la formación del Taller de Derecho, el contexto de fines de los años 80 y el Derecho Ambiental, mi acercamiento al Derecho ambiental, los antecedentes de la creación del Equipo de Derecho Ambiental y la formación con los primeros pasos del Taller de Derecho Ambiental.

II. FORMACIÓN Y ORIGEN DEL TALLER DE DERECHO

La formación y origen del EDERA se realizó dentro del Taller de Derecho en el año 1990 – 1991 por lo que es importante hacer una reseña sobre dicha institución en nuestra Facultad de Derecho de la PUCP.

El Taller de Derecho se formó en 1977 por iniciativa de un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho PUCP interesados en la investigación y extensión cultural. Logró rápidamente reconocimiento por la Dirección de Proyección Social y extensión universitaria (DAPSEU) siendo su primera coordinadora general Gladys Camacho (Ramos, C. y Cuadros, H., 2019).

Entre los fundadores destacan Giulia Tamayo, Carmen Robles, Cecilia Untiveros, Pilar Aguilar, Rossana Vásquez, Juanita Moscoso, Lucy Jara, Isabel Alcántara, César Landa, José Naranjo, Luis Ubillas y Antonio Luya, Pierre Foy entre otros más. Posteriormente estuvieron destacados y actuales profesores de derecho como César Landa, Antonio Peña, Alberto Salazar, Armando Zapata, Manuel de la Flor, Luis Huerta, entre otros más.

El Taller fue un espacio de desarrollo de diversas iniciativas de proyección social e investigación con una mirada no tradicional del Derecho y que se volcaba con

personas y estudiantes universitarios comprometidos con el rol social y los enfoques alternativos del Derecho.

III. CONTEXTO DE FINES DE LOS AÑOS 80 Y EL DERECHO AMBIENTAL.

Ingresé a nuestra querida Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 1986 y luego de culminar Estudios Generales Letras pude empezar los estudios en la Facultad de Derecho en el año 1988. Aún estábamos estudiando en las casetas antiguas prefabricadas (conocidas como “los gallineros”) que se asentaban donde actualmente funciona la Facultad de Arquitectura y Urbanismo².

En esa época, a fines de los 80, en la Facultad de Derecho sólo había la Revista *Themis* y recién se estaba formando la revista *Derecho y Sociedad* y aun no se fundaba la Revista *Ius Et Veritas*. Como todo estudiante inquieto, siempre se buscaba algo más que las clases, algo que permitiera complementar lo aprendido en las aulas. Como decía mi querido maestro Carlos Montoya Anguerry: “salir de la católica hacia los extramuros como parte de una inquietud social y/o investigar en áreas afines”. En ese contexto, mis amigos de mi promoción Martha Yi y Manuel de la Flor me alentaron a participar en el Taller de Derecho.

El Taller de Derecho en esos momentos estaba dirigido por Ruth Villafuerte como Coordinadora General al lado de Manuel de la Flor como coordinador de Investigación.

El área de investigación, en esa época, había tres equipos: Constitucional, Mercantil y Uso Alternativo del Derecho. Participé en el área “Uso Alternativo del Derecho” realizando una investigación cuya síntesis fue presentada en un evento y publicado en la revista *Derecho y Sociedad* Número 5 con el título “*Algunas reflexiones sobre los servicios legales en Lima y el uso alternativo del derecho*” (Puertas, M. y otros, 1992) participando entre otros autores la profesora Erika García Cobián y el abogado Juan Carlos Ruiz.

De otro lado, estaba el área de Proyección Social que tenía el Consultorio Jurídico Gratuito de Barranco, en el que en ese momento participaba y lideraba el actual profesor Yvan Montoya.

Además, existía en esta misma área, el equipo de Capacitación y diagnóstico en La Ensenada –donde participé activamente con el apoyo y dirección de Elena Mu-

² Paradójicamente en esos mismos espacios soy actualmente miembro de Centro de Investigación y Arquitectura de la Ciudad (CIAC) PUCP de la Facultad de Arquitectura y urbanismo PUCP y del Grupo de investigación CONURB PUCP.

guruza y Fresia Aronez en la Parroquia Damián de Molokai de La Ensenada– Puente Piedra con el sacerdote SSCC Marcelo Tregouet. Esta experiencia tuvo que cerrarse abruptamente en 1991 pues Sendero Luminoso había declarado zona liberada esta zona de La Ensenada en Puente Piedra, como signos de la grave violencia política que existía y que impactaron también en la vida universitaria.

IV. MI ACERCAMIENTO AL DERECHO AMBIENTAL

En forma circunstancial me acerqué al Derecho ambiental, pues en esos tiempos no era muy conocida esta área novedosa del Derecho.

De esta forma se presentó una oportunidad de practicar en la ONG PROTERRA, el cual era una de las ONG líderes en materia ambiental junto a la SPDA y la Fundación de Conservación para la Naturaleza. Luego de una entrevista³ pude entrar bajo la dirección de mi maestro de prácticas⁴ el Dr. Antonio Andaluz, Dr. Walter Valdez y Dr. Carlos Andaluz quienes me guiaron en la introducción al Derecho Ambiental.

Fue un aprendizaje que sólo se pudo enriquecer en una práctica pre profesional adecuada y comprender la aproximación del Derecho Ambiental y el desarrollo sostenible a partir de la lectura de nuestro futuro común (1987) y la estrategia de conservación de la naturaleza.

En el año 1989 y 1990 el Dr. Antonio Andaluz fue el presidente de la Comisión que elaboró el Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales (1990). Él invitó a participar a todos los que estábamos en PROTERRA, pero, también integró a diversos representantes de ONG ambientalistas en diversas reuniones de trabajo.

Es importante precisar que los fines de los años 80 y comienzos de los años 90 eran tiempos de negación, despreocupación y ausencia de conciencia ambiental en el Perú, incluso en las aulas universitarias (Ortiz, 2025), que es resumido por el profesor De Trazegnies que expresaba que “la reacción de «personas de buena voluntad» ante la defensa ambiental no nos ate las manos para llevar al país adelante, aduciendo la defensa de los pajaritos o de los peces ornamentales” (1997, p. 19).

³ Entrevista que se pudo concretar gracias a la recomendación de mi hermano Edgar Ortiz Sánchez, a quien agradezco por siempre.

⁴ En esa época las prácticas preprofesionales se inscribían en la Corte Superior de Lima con una solicitud del Abogado colegiado que estuviera a cargo y Antonio Andaluz Westreicher fue mi maestro en el Derecho Ambiental.

V. LA FORMACIÓN DEL TALLER DE DERECHO AMBIENTAL Y LOS PRIMEROS PASOS

En el Taller de Derecho encontré un espacio para desarrollar la investigación sobre el “Uso Alternativo del Derecho” donde reflexionamos sobre el acceso a la justicia en población pobre y el rol que le corresponde al Derecho. Ahí intercambiamos numerosas veces con mis compañeros del Taller de Derecho Alcides Chavarry y Marita Puertas entre otros destacados colegas y amigos.

En estos diálogos, conversábamos sobre donde practicábamos, y en 1990 les comenté que estaba practicando en la ONG PROTERRA y sobre mis preocupaciones ambientales. En una de esas tertulias propias de estudiantes, me propusieron convocar a estudiantes interesados sobre el Derecho Ambiental, armando un pequeño programa de jornadas de reflexión.

El programa estaba compuesto por la proyección y diálogo sobre el video “Nuestro Futuro Común” (1987) y de la *Estrategia Mundial de Conservación de la Naturaleza* (UICN). Además, me pidieron que diera las charlas iniciales.

La respuesta fue más grande de lo que pensamos, pues vinieron alrededor de 15 a 20 personas e inclusive un Jefe de Práctica de Contratos. Nos dimos cuenta que había interés y el grupo quería continuar; por lo que, como miembros ordinarios del Taller de Derecho; Marita, Chacho y el autor de esta crónica, propusimos crear dentro del área de investigación el Equipo de Derecho Ambiental.

Ambos compañeros del Taller me propusieron ser el primer coordinador del Taller de Derecho Ambiental en vista que podía tener más conocimiento temático y había una imposibilidad de ellos pues estaban coordinando otros equipos. Acepté por supuesto gustosamente.

Era la primera vez que coordinaba un equipo de estudiantes en nuestra Facultad de Derecho PUCP y fue un reto enorme que me generó muchos aprendizajes sobre todo de habilidades blandas de liderazgo y empatía. Recuerdo que formaron parte de este primer equipo: Marita Puertas, Chacho Chavarry, Talía Vela, Mariela Castillo, Susana Chau, Claudia Bertollero y otros miembros más con el apoyo y asesoría del profesor Pierre Foy Valencia.

En ese mismo periodo se abrió el curso de Derecho Ambiental en la especialidad de geografía de la PUCP, con el profesor Pierre Foy matriculándonos a mediados del año 1990 en dicho curso.

Estuve poco tiempo como coordinador, hasta 1991, en que cedí la posta a Marita Puertas que, luego junto a Alcides Chavarry consolidaron un grupo mayor que incluso participó en la *Conferencia de Rio 92* el año siguiente. Al poco tiempo egresé de la Facultad de Derecho y tuve que dejar el Taller de Derecho.

VI. REFLEXIONES FINALES

Lo ambiental ha seguido en forma transversal en mi desarrollo profesional: primero, en mi primera práctica preprofesional que marcó un camino en mi carrera; luego, en mi rol en la formación del Taller de Derecho Ambiental y en la obtención de mi título profesional con un expediente sobre un Amparo Ambiental. Finalmente, continuó en mi desarrollo como asesor legal ONG CIDAP en temas urbanos sostenibles, en la ONG Alternativa, con estudios sobre el derecho al agua y ordenamiento territorial ambiental.

De otro lado, en la función pública como Vocal del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua y miembro del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

En la docencia universitaria también he dictado cursos estrechamente vinculados a lo ambiental como Derecho Urbanístico, Derecho de Aguas y Derecho y Gestión de Riesgos en la Facultad de Derecho, así como en la Maestría en Gestión de Recursos Hídricos y en la Maestría de Arquitectura y Urbanismo Territorial Sostenible de la PUCP. Pero también el dictado del curso Derecho Urbanístico y Ambiental en la Maestría de Derecho administrativo y regulación de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa y en la Maestría en Planificación en Ordenamiento territorial y desarrollo urbano de la Universidad San Agustín de Arequipa.

Considero que lo ambiental ha formado parte esencial de mi aprendizaje en la PUCP, en el cual el Taller de Derecho Ambiental, hoy conocido como EDERA, fue fundamental en este proceso. Por ello, felicito la publicación de este primer número de la Revista Jurídica Ambiental que busca reflexionar y aportar sobre el Derecho Ambiental en el Perú.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- De Trazegnies Granda, F. (1997). *La responsabilidad extracontractual*. Fondo Editorial PUCP.
- Ortiz Sánchez, I. (2025). Reflexiones sobre gestión y derecho ambiental en el Perú. Introducción al Dossier. *Revista Kawsaypacha: Sociedad y Medio Ambiente*, (15), D-000. <https://doi.org/10.18800/kawsaypacha.202501.D000>
- Puertas Pulgar, M., Alfaro Chávez, M., Briones Gómez, E., Chávarry Correa, A., García Cobián, E., Huerta, A., Ortiz Sánchez, I., ... & Yi Ramos, M. (1992). Algunas reflexiones sobre los servicios legales en Lima y el uso alternativo del derecho. *Derecho & Sociedad*, (5), 24–26. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14233>
- Ramos, C., & Cuadros, H. (2019). *Crónicas de claustro: Cien años de historia de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Facultad de Derecho PUCP.

UNA MIRADA INTERNACIONAL DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

ERIKA SERRANO¹

HELENA VILLENA²

JAVIER VERGARA³

► **RESUMEN:**

La evaluación de impacto ambiental es un proceso clave para promover el desarrollo de las inversiones sostenibles, en donde no sólo se promueva el desarrollo de proyectos por sus beneficios económicos, sino que también se busque proteger el ambiente y a las poblaciones circundantes a estas actividades. Dado que nuestra regulación en torno a este tema es bastante criticada por los plazos, la complejidad técnica y la articulación institucional, consideramos importante mirar lo que ocurre en nuestra región y fuera de ella. Así la presente Mesa Redonda recoge las declaraciones de tres profesionales de Chile, Colombia y España, expertos en la materia, quienes abordan diversos aspectos relacionados con la evaluación de impacto ambiental.

Palabras clave: Legislación, Chile, Colombia, España, impacto ambiental, EIA, proyecto, evaluación, precedentes, reforma.

¹ Abogada de la Universidad del Rosario. Master en Derecho del Medio Ambiente en Queen Mary University of London. Socia del Estudio Posse Herrera Ruiz.

² Abogada por la Universidad de Granada. Master en Comercio Internacional por la Universidad de Salamanca. Asociada Senior en Gomez-Acebo & Pombo.

³ Abogado por la Universidad de Chile. Profesor Universitario. Ex director de la Comisión Nacional del Medio Ambiente de Chile. Socio Fundador del Estudio Vergara Galindo Correa.

1. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES RETOS QUE OBSERVA EN LA LEGISLACIÓN DE SU PAÍS EN TEMAS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL?

SERRANO: En Colombia, uno de los retos más significativos en temas de evaluación de impacto ambiental (EIA) es la integración de la variable del cambio climático en la elaboración de estudios de impacto ambiental, pues no es un requisito con el cual los desarrolladores de proyectos se encuentren familiarizados. Solo a partir de la Sentencia C-280 de 2024 de la Corte Constitucional, se estableció que los titulares de los proyectos, objeto de licenciamiento ambiental, deben incluir escenarios de emisiones y riesgos climáticos en las solicitudes de licenciamiento ambiental de sus proyectos radicados desde agosto de 2025.

A esto se suma la heterogeneidad en la calidad técnica de los estudios y la capacidad de las autoridades ambientales para evaluarlos bajo criterios técnicos uniformes y consistentes.

La trazabilidad de la participación ciudadana y la claridad en la aplicación de las medidas de compensación por pérdida de biodiversidad son también desafíos recurrentes que reflejan la necesidad de mayor consistencia normativa e institucional.

VILLENA: Uno de los principales retos que se observa es la complejidad que deriva de la propia normativa. En España, resulta de aplicación normativa europea, estatal y autonómica. Al amparo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la Constitución española, encontramos Administraciones con competencias para legislar en esos tres niveles (Unión Europea, España y Comunidades Autónomas) y, aunque existen mecanismos de coordinación, la práctica muestra cómo no siempre se respetan o son insuficientes. Así, se genera un mosaico regulatorio que, en ocasiones, da lugar a interpretaciones divergentes sobre el alcance de los estudios o la documentación exigible, lo que se traduce en cierta incertidumbre jurídica.

A lo anterior se suma que las interpretaciones judiciales, en las distintas instancias que tenemos en España han sido, en ocasiones, discordantes. Un ejemplo reciente se encuentra en la sentencia dictada el 21 de marzo de 2025, por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, número 316/2025, en la que se precisa que el hecho de que varios parques eólicos compartan infraestructuras de evacuación no determina por sí solo la existencia de un único proyecto a efectos ambientales, como venía sosteniendo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, tribunal que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma.

Otro reto relevante es la escasez de medios técnicos en las Administraciones públicas, lo que lleva aparejada una duración y complejidad de los procedimientos, en ocasiones, excesiva. La emisión de los informes sectoriales suele alargarse más

allá de los plazos previstos en la normativa, por lo que la necesidad de establecer mecanismos eficaces de coordinación se hace patente.

VERGARA: Los desafíos son múltiples. En los últimos años se han dictado una serie de leyes que de modo directo o indirecto afectan la normativa sobre evaluación ambiental. Varias de ellas están en etapa de implementación, sea por la necesidad del dictado de reglamentos o de definición de ciertas cuestiones que afectarán la evaluación o porque la aplicación requiere el desarrollo de ciertas prácticas por los usuarios. Estamos hablando de leyes tan importantes como la Ley que creó el Servicio de Biodiversidad; la Ley denominada sobre Impactos críticos (se usa para controlar zonas donde deben dictarse planes de prevención o descontaminación); la Ley de Cambio Climático, la reforma del Código Penal que introdujo delitos ambientales y un sistema más severo en los delitos ambientales; el acuerdo de Escazú y reformas al Código de Aguas. El inicio de la aplicación de todas esas normas unido al constante dictado de Guías Metodológicas por parte del Servicio de Evaluación Ambiental, las cuales muchas veces establecen criterios que son más exigentes o sencillamente diversos que los establecidos en la normativa, genera un reto enorme respecto a cómo se coordinará por la autoridad, los particulares y los tribunales la aplicación de estos diversos instrumentos normativos.

En paralelo a ello, se ha ido generando una discusión pública sobre el incremento sustantivo no sólo de los costos de la evaluación ambiental, sino que también respecto de los tiempos de demora en la evaluación y los recursos posteriores. Dada la situación económica compleja del país en los últimos años se ha generado una discusión sobre lo que se ha denominado permisología, lo cual afecta la legitimidad del sistema. Debe buscarse la forma de enfrentar esos fenómenos porque si no ello afectará la posibilidad de desarrollar bien el sistema. Ahora, en temas más concretos tenemos varios desafíos, pero quiero destacar el hecho que tenemos un sistema único de evaluación de impacto ambiental para proyectos de inversión, el cual no se adapta bien a las necesidades de los diversos tipos de proyecto. Por ejemplo, se utilizan los mismos criterios de evaluación de impacto y definición de línea base para un proyecto industrial, minero o lineal; evidentemente, se presentan diferencias que son casi insalvables. Así, cuando en un proyecto lineal (línea de alta tensión o carretera) se debe levantar una línea base para luego evaluar impactos, lo más probable es que el proyecto lineal no pueda levantar el nivel de detalle que se pide para otros proyectos, en especial porque su proceso de obtener la servidumbre que le permite ingresar a los terrenos para levantar información puede demorar varios años a diferencia de un proyecto no lineal. Esto es especialmente importante cuando se trata de proyectos de líneas públicas, que son prioritarios para el suministro eléctrico de la población y las actividades económicas, las cuales deben cumplir plazos perentorios fijados por la autoridad. Es casi imposible cumplir con los criterios de evaluación que exige el Servicio de Evaluación en estos proyectos

estratégicos y cumplir además los plazos o más aún hacerse cargo de las necesidades evidentes que los gatillan. Hasta la fecha, los criterios de la autoridad aún no dan cuenta de una forma razonable de hacerse cargo de estas diferencias, salvo tal vez por un caso reciente aún en desarrollo. A pesar de que la autoridad ha ido dictando guías metodológicas diferenciadas por tipo de proyectos, en general no ha logrado hacerse cargo de este tipo de especificidades, salvo tal vez los proyectos de hidrógeno verde donde ha existido una política de impulso en los últimos años que ha permeado la evaluación ambiental.

2. ¿CÓMO SE INTEGRAN LOS CRITERIOS DE CAMBIO CLIMÁTICO, BIODIVERSIDAD O DERECHOS HUMANOS EN LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL?

SERRANO: En el diseño actual de las evaluaciones de impacto ambiental, la dimensión climática se ha fortalecido gracias al pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia C-280 de 2024), que obliga a valorar riesgos y emisiones de gases de efecto invernadero derivadas de los proyectos objeto de licenciamiento. En materia de biodiversidad, los estudios deben incluir líneas base detalladas sobre el medio biótico y, cuando hay pérdida de ecosistemas, aplicar el régimen de compensaciones correspondiente que propende por la no pérdida neta de biodiversidad. Por su parte, los derechos humanos se han incorporado en las evaluaciones de impacto ambiental a través de la ratificación e implementación del Acuerdo de Escazú, que fortalece los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental, haciendo, por ende, más participativos y dinámicos los procesos de licenciamiento ambiental de proyectos, obras y/o actividades sujetas a este régimen.

VILLENA: Los criterios de cambio climático, biodiversidad y derechos humanos se integran en los estudios de impacto ambiental, pero no con la misma intensidad. En materia de cambio climático, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que es la norma estatal que regula este tipo de procedimientos, exige que los estudios de impacto ambiental evalúen el impacto del proyecto en cuestión en el clima, citando, como ejemplo, la naturaleza y magnitud de las emisiones de gases de efecto invernadero y la vulnerabilidad del proyecto con respecto al cambio climático. Esta exigencia en España es, en realidad, el resultado de la transposición de lo previsto en la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que se transpone al ordenamiento español por la norma indicada.

La necesidad de coordinar la evaluación de impacto ambiental con las políticas climáticas parte, por tanto, de la Unión Europea. En la Comunicación 2021/C 373/01, de la Comisión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión el 16 de septiembre de 2021, se indicaba que “[l]as consideraciones sobre el cambio climático pueden

constituir una parte importante de la evaluación de impacto ambiental (EIA) de un proyecto. Esto es aplicable a los dos pilares de la defensa contra el cambio climático, es decir, la mitigación del cambio climático y la adaptación a este". No obstante, sería de gran ayuda disponer de un marco metodológico más claro y homogéneo, que permita a los promotores de proyectos en España acreditar la alineación de estos con la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

En cuanto a la biodiversidad, los estudios de impacto ambiental deben identificar, describir, analizar y, si procede, cuantificar los posibles efectos significativos directos o indirectos, secundarios, acumulativos y sinérgicos del proyecto sobre, entre otros factores, la flora, la fauna y la biodiversidad. Además, cuando el proyecto pueda tener incidencia en la Red Natura 2000, la red ecológica europea de áreas de conservación de la biodiversidad deberá llevarse a cabo una evaluación específica y será necesario justificar la existencia de razones imperiosas para llevar a cabo el proyecto, si puede haber alguna repercusión. Estas cuestiones se regulan por normativa específica, tanto europea como española. En concreto, en España, el régimen se establece en una norma, vigente desde 2007, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Finalmente, en lo referido a los derechos humanos, éstos no aparecen con esta denominación en la normativa española de evaluación de impacto ambiental, si bien sí se exige, en su normativa reguladora, que los estudios de impacto ambiental evalúen la posible afección a la población, la salud humana y el patrimonio cultural.

VERGARA: Respecto a temas de cambio climático y biodiversidad tenemos leyes que explícitamente tratan esos aspectos. El dictado de una ley de cambio climático obligó a incorporar esta variable explícitamente en las evaluaciones ambientales y se incorporó explícitamente en la última modificación del Reglamento del SEIA, la necesidad que la evaluación debe hacerse cargo de este tema. Y se han ido dictando guías metodológicas por componente que señalan la forma en que la autoridad estima que debe hacerse.

En biodiversidad, sin perjuicio de la existencia de una guía sobre la materia, en el año 2023 se aprobó una ley que introdujo toda una nueva institucionalidad y nuevas formas de protección de la biodiversidad, que como se señaló en el punto previo, está en etapa de implementación. Esta ley define por ejemplo criterios para desarrollar la compensación de biodiversidad; además, establece actividades que se pueden o no realizar en las diversas áreas protegidas o en zonas que pueden tener especial interés ambiental, todo lo cual se incorporará en los procesos de evaluación ambiental.

En materia de derechos humanos creo que hay algunos elementos que destacar. La necesidad de hacerse cargo de los impactos sobre la comunidad en virtud del

tipo de impactos, los criterios respecto de pueblos originarios que derivan no sólo de las normas del sistema de evaluación, sino del hecho de que Chile suscribió el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, y por último de la aprobación por Chile del Convenio de Escazú que fija estándares no sólo de participación ciudadana, sino que de acceso a la justicia en materia ambiental y protección de los defensores del medio ambiente. Sin perjuicio de que, previo a este último tratado, Chile ya contaba con Tribunales Ambientales de amplio acceso, este proceso se ha visto reforzado con la suscripción del convenio.

3. ¿QUÉ PESO TIENEN LAS OBSERVACIONES CIUDADANAS EN LA DECISIÓN FINAL DE APROBACIÓN DE UN PROYECTO?

SERRANO: En Colombia existen varios mecanismos de participación ciudadana que pueden implementarse en el marco de un proceso de evaluación de impacto ambiental. El mecanismo más relevante en el marco de los procesos de licenciamiento ambiental corresponde a las audiencias públicas ambientales, las cuales se conciben como escenarios de participación no vinculante. Aunque lo debatido y discutido bajo el seno de una audiencia pública ambiental no tiene, en principio, carácter vinculante y no tendría la susceptibilidad de incidir directamente en la decisión de otorgar o negar una licencia, en la práctica las observaciones allí planteadas pueden influir de manera significativa en los términos y condiciones que podría imponer la autoridad ambiental en la respectiva licencia ambiental. El reto para las empresas radica en que, ante la ausencia de criterios claros sobre cómo valorar dichas observaciones, la participación puede derivar en escenarios de oposición que generan incertidumbre jurídica respecto de la viabilidad de proyectos estratégicos. En ese sentido, sería deseable que el marco regulatorio ofreciera mayor certeza, de modo que cuando un proyecto demuestre cumplimiento riguroso de los estándares técnicos y jurídicos, así como un proceso transparente de relacionamiento con las comunidades, exista mayor previsibilidad sobre el alcance real de la participación en la decisión final.

VILLENA: La participación pública es un elemento clave del proceso de evaluación de impacto ambiental de un proyecto. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental establece que, con carácter obligatorio, deberán sustanciarse los trámites de información pública y de consultas a las Administraciones Públicas afectadas y a las personas interesadas. Las Administraciones deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que la documentación que debe someterse a información pública tenga la máxima difusión entre el público, utilizando los medios electrónicos y otros medios de comunicación. Además, la norma obliga al promotor del proyecto a tener en cuenta las alegaciones recibidas en ese trámite, para su consideración en la redacción, en su caso, de una nueva versión del pro-

yecto y del estudio de impacto ambiental. Si, como consecuencia del trámite de información pública, el promotor incorporase, en el proyecto o en el estudio de impacto ambiental, modificaciones que supongan efectos ambientales significativos distintos de los previstos originalmente, se deberá sustanciar un nuevo trámite de información pública.

La declaración de impacto ambiental, con la que culmina el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, debe incluir un resumen del trámite de información pública y de cómo las alegaciones presentadas se han tenido en consideración. Al margen de la regulación legal, en mi experiencia como abogada, las observaciones ciudadanas tienen un gran peso en la decisión final de aprobación de un proyecto. En términos generales, suelen ser alegaciones serias, con aportaciones de valor, aunque, en estos años, he visto de todo, incluso la presentación de poemas.

En España, además, la aplicación del Convenio de Aarhus se ve garantizada por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), lo que se refleja en la conveniencia de tomar en cuenta las observaciones ciudadanas en la decisión final de aprobación del proyecto.

VERGARA: Son muy relevantes. La ley obliga a considerar las observaciones ciudadanas dentro de la resolución de calificación ambiental y por lo tanto la autoridad debe hacerlo específicamente. Si a juicio de los observantes ello no ocurrió, queda abierta la posibilidad de reclamaciones administrativas y luego judiciales ante los Tribunales Ambientales, las cuales pueden ser revisadas por la Corte Suprema vía recurso de casación. Ello puede llevar a eventuales modificaciones a un proyecto, al establecimiento de condiciones para su ejecución o directamente al rechazo.

Obviamente existe una discusión en el sentido de que ONGs o académicos también aspiran no sólo a que sean consideradas, sino que más bien pretenden que sean "incidentes" y eventualmente "vinculantes", pero la ley no razona en esa dirección. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que existen casos en que las observaciones ciudadanas han llevado al rechazo de un proyecto, debido a que éstas levantan temas nuevos o temas que la autoridad administrativa o los tribunales, acogiendo observaciones, estiman que determinado proyecto debe rechazarse.

4. ¿EXISTEN PRECEDENTES JUDICIALES RECIENTES QUE HAYAN CAMBIADO LA INTERPRETACIÓN O EL ALCANCE DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL?

SERRANO: La Sentencia C-280 de 2024 marcó un antes y un después de los procesos de evaluación de impacto ambiental al exigir la incorporación de la variable

de cambio climático en todos los estudios ambientales. A su vez, el fallo sobre la delimitación del páramo de Santurbán (Sentencia T-361 de 2017) elevó el estándar de participación ciudadana al anular una delimitación del páramo realizada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible por falta de consulta efectiva con las comunidades y actores sociales relevantes.

VILLENA: La sentencia dictada el 21 de marzo de 2025, por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, número 316/2025, que citaba anteriormente, aborda una cuestión de gran relevancia, como es la fragmentación de proyectos, para determinar, en el contexto de la implementación de parques eólicos, que el hecho de que compartan instalaciones de conexión no determina, ineludiblemente, que deba considerarse la existencia de un único proyecto de parque eólico a efectos de su evaluación ambiental.

En esa misma senda, otros precedentes judiciales han servido para acotar los pasos a seguir en la tramitación de la evaluación de impacto ambiental. La sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia número 1768/2023, de 21 de diciembre, precisó que la normativa no impone que el trámite de consulta a las Administraciones cuyas competencias puedan verse afectadas haya de realizarse de forma obligatoria con carácter previo al trámite de información pública, aunque, en algunos supuestos, pueda ser preferible, si así se garantiza que los informes que emitan estas Administraciones se pongan a disposición del público durante el trámite de información pública. La Administración deberá valorar, caso por caso, cuándo es necesario facilitar esos informes con carácter previo.

En esa misma sentencia, el Tribunal Supremo confirma que la reducción del plazo previsto para el trámite de información pública, en aplicación de una normativa de incentivo de proyectos, no supone que, de manera automática, se pueda calificar el plazo contemplado como irrazonable, ni que ello pueda determinar la anulación de la autorización del proyecto sobre la exclusiva base de este motivo.

Otra sentencia, que ya no es tan reciente, pero que tuvo mucha importancia, fue la dictada por el Tribunal Supremo español el 16 de julio de 2019, en la que se declaró nula la exención del trámite de evaluación de impacto ambiental que acordó el Consejo de Ministros del Gobierno de España en 2016, respecto a una regasificadora en el norte del país. La Sala de lo Contencioso consideró que la importancia de la planta desde la perspectiva ambiental no encaja en las razones de situación excepcional y de inmediata urgencia alegadas por el Consejo de Ministros para excluir el trámite de evaluación de impacto ambiental. Esta sentencia sirvió para reforzar la importancia de esta figura en el ordenamiento español.

VERGARA: Debo decir que aproximadamente desde el año 2010 en adelante la Corte Suprema ha sido un factor muy importante en el desarrollo de criterios de

evaluación de impacto ambiental. En general ha promovido una amplia participación ciudadana y otorgado un peso especial y específico a las comunidades en dichos procesos. Antes de la aprobación de la ley de cambio climático señaló que era necesario evaluar la variable de cambio climático en determinados proyectos. En general ha sostenido una interpretación extensiva respecto de los proyectos que debían someterse al SEIA. Esto es relevante dado que la ley contiene una lista cerrada de proyectos sujetos a esa obligación y la Corte Suprema señaló que la lista era más bien referencial, cuestión que señaló para una serie de casos.

En otros casos específicos indicó que los planes de descontaminación dictados por la autoridad no debían cumplir las normas de calidad ambiental nacionales, sino que debían cumplir con los estándares de la Organización Mundial de la Salud, lo que representa una interpretación muy extensiva de la legislación nacional. En general para fundamentar decisiones donde el marco normativo de algún modo limitaba su actuar o le daba un respaldo normativo explicitó a las decisiones que pretendía tomar, recurrió a los principios de derecho ambiental que le permitían justificar una decisión más acorde con los temas que pretendía desarrollar o estándares que buscaba fijar. Así en la última década la Corte Suprema ha tenido un rol central de la discusión de la normativa ambiental en general y del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en particular. En este último año, se está produciendo una modificación sustantiva de su integración, razón por la cual está por confirmarse si esta tendencia se mantiene o se morigerará.

5. SI PUDIERAN INCORPORAR UNA REFORMA CLAVE PARA MEJORAR LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN SU PAÍS, ¿CUÁL SERÍA Y POR QUÉ?

SERRANO: Una reforma clave en materia de evaluación de impacto ambiental en Colombia podría ser la incorporación obligatoria de la evaluación ambiental estratégica (EAE), que permita anticipar los impactos y efectos ambientales de planes, políticas y proyectos de inversión pública o privada que, por su naturaleza o escala, puedan generar alteraciones significativas sobre los ecosistemas y el bienestar colectivo. A diferencia de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), que opera *ex post*—esto es, cuando la iniciativa ya está diseñada y se encuentra en fase de licenciamiento—la EAE actúa *ex ante*, en la etapa misma de concepción de la política o del plan sectorial, permitiendo incorporar criterios ambientales, climáticos, sociales y de ordenamiento territorial antes de que se definan alternativas técnicas, financieras o de ubicación. De esa manera, la decisión sobre “qué se hará, dónde y de qué forma” se toma a la luz del principio de prevención y de la obligación constitucional de “planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución” (art. 80 Constitución Política de Colombia).

VILLENA: La reforma a implementar, en mi opinión, debería ser tendente a dotar de mayor seguridad jurídica y eficiencia al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. A nivel europeo, tenemos una regulación común de este procedimiento desde la promulgación de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. En los Considerandos de esa Directiva, se advertía que su adopción se había identificado como necesaria, atendiendo a *"las desigualdades entre las legislaciones vigentes en los diferentes Estados miembros en materia de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos públicos y privados, [que] pueden crear condiciones de competencia desiguales y tener, en tal caso, una repercusión directa sobre el funcionamiento del mercado común"*. Cuarenta años más tarde, seguimos teniendo normas y precedentes judiciales divergentes en cuanto a la aplicación de los requisitos exigibles, lo que muestra que la homogeneización de criterios no es suficiente. Debe reforzarse la unificación de tales criterios técnicos entre las Administraciones europeas, estatales y autonómicas.

Además, estimo que sería oportuno fijar plazos claros para cada fase del procedimiento: revisión de estudios, todo tipo de informes sectoriales y resolución administrativa final. Finalmente, establecer un comité independiente, a modo de árbitro ambiental, que pueda dirimir dudas concretas sobre los estudios o las medidas a exigir, también ayudaría a agilizar la tramitación del procedimiento. Como decía anteriormente, la escasez de medios técnicos por parte de las Administraciones es uno de los principales desafíos que enfrenta la evaluación de impacto ambiental en España.

VERGARA: Creo que debe buscarse un camino para no afectar la legitimidad social del SEIA. Esto se da, por un lado, por aquellos que la critican por los tiempos y demora que genera la evaluación ambiental, la señalada "permisología" y la necesidad de que la evaluación sea robusta y se haga cargo de los problemas y preocupaciones ambientales centrales.

Este año el Gobierno y el Congreso han llegado a un acuerdo muy amplio para simplificar los trámites de obtención de permisos "no ambientales", aun cuando algunos de ellos se pueden relacionar con temas ambientales. Creo que el desafío de la evaluación ambiental es mucho más complejo que anterior, porque políticamente es más difícil hacer lo mismo en materia ambiental. Pero es fundamental alcanzar un acuerdo global, de otro modo podemos caer en un conflicto permanente entre aquellos que abogan por una mayor protección ambiental y aquellos que critican la "permisología", lo que impide generar reglas de mediano y largo plazo que permitan la protección ambiental y el desarrollo de ciertas actividades prioritarias.

Actualmente, existe un proyecto de ley en el Congreso que trata de abordar este tema, pero me parece que sólo lo hace de modo muy parcial, y lo que considero

más complejo es que pretende llevar muchas discusiones directamente a la sede judicial, saltándose la vía administrativa, posiblemente para acortar plazos por una parte y por la otra para evitar los costos políticos de la discusión política en sede administrativa. Lo anterior parece un error, cuando muchas veces es en esta sede (administrativa) donde se pueden perfeccionar resoluciones con problemas graves. Es más, los tribunales están llamados a definir la legalidad o ilegalidad del acto, pero por muy especializados que estén, no son necesariamente los más adecuados para definir las condiciones de un proyecto o si una evaluación está bien o mal hecha.

* * *

ASAMBLEA HISTÓRICA

■ A

Jimena Acosta
Sandra Alcedo
Víctor Álvarez
Ariana Angulo
Lucero Aquino
Alejandra Aquije
Cynthia Arhuata
Carla Arteaga
Camila Atencio
Génesis Atencio
Alvaro Atauchí

■ B

Rubén Barrera
Tamara Barrientos
Adriana Bazán
Carla Beraún
Clara Bertolero
Nadia Blas
Alison Bravo
Jessica Bravo
Fernanda Bustamante
María Bustamante

■ C

Alessandra Caballero
Manuel Calderon
Leila Camacho
Giannina Campos
Carlos Canevaro
Milagros Canchaco
Karenn Cano

Manuel Carrera
Edualiz Castillo
Mariela Castillo
Diana Caycho
Darinka Cerna
Alberto Chagua
Rina Chanco
Susana Chau
Alcides Chavarry
Mauricio Checa
Fiorella Chinchay
Luciana Choqqe
Alonso Chura
Sonia Chuchón
Luz Clavo
Consuelo Collantes
Alex Contreras
Alonso Cordero
Jennyfer Cordova
María Julia Cortez
Guillermo Cotera
Romina Cuadros
Alexandra Cueva

■ D

Claudia Daga
Alan Delavida
Tatiana Delgado
Emely Del Aguila
Indira Díaz
Nelly Díaz
Silvana Dominguez

■ E

José Echevarria
Daniela Enciso
Limber Escobar
Carolina Espinoza
Rosafior Espinoza
Sandra Esparza

■ F

Giannina Fabián
Angelica Ferreyra
Nelson Figueroa
Gabriel Flores
Mia Flores
Noelia Flores
Pamela Flores
Ariana Flores
Xiomara Frye

■ G

Hugo Galindo
Evelyn Gamarra
Marcela Gomero
Carla Gómez
Brisa Goycochea
Brad Gutiérrez
Renzo Gutiérrez
Karen Gálvez
Sayra Gálvez
Sofía Gálvez

■ H

Alexander Huamaní

Ariana Huayra
Yuraq Herencia
Milagros Hernández
Astrid Herrera
Cristina Huertas
Keshia Huerta
Emily Huerta

■ I

Camila Izquierdo

■ L

Nathaly Lactayo
Ximenna Lagos
Ciomar Levano
Daniel Limaco
Gianella Livia
Pedro Llerena
Julio Loayza
Thayra Luna

■ M

Andrea Mamani
Bardo Mamani
Rocio Mancha
Naried Mansilla
Carmen Marquez
Elena Martínez
Greta Mateu
Marycarmen Matos
Gonzalo Mayorca
Francesca Medina
Luis Medina
Lourdes Menacho
Cciara Mendoza
Mariana Mendoza

Andrea Mercado
Anjana Meza
Camila Meza
Annie Mijahuanga
Fiorella Minchola
Luz Milagros
Milagros Minaya
Bruno Monteferri
Tony Montoya
Daily Mori
Liana Muñoz

■ N

Pablo Nieto

■ O

Leonardo Olivera
Marianella Oliveros
Alvaro Oriundo
Iván Ortiz
Letizia Ortiz

■ P

Enrique Pacheco
Bibiana Paitan
Jorge Palomino
Fiorella Paraizamán
Milene Pariona
Alexandra Páucar
Luis Pebe
Jorge Peinado
José Peralta
Carmela Pérez
Jhoyma Pérez
Rosa Pineda
Itala Posadas

Gabriela Puccio
Vanessa Puccio
Marita Puertas
Fara Purihuanan

■ Q

Flavia Queirolo
Angela Quincho
Valeria Quintana
Gabriela Quiroz
Juan Quispe
Mónica Quispe

■ R

Jaime Rado
Gabriela Ramírez
Pámela Rámirez
Flavia Rayme
Angiella Rayo
Magaly Reupo
Andrea Ricapa
Sashi Rivera
Josefina Rodríguez
Stephanie Rodríguez
Brayan Rojas
Ileana Rojas
Alonso Romero
Camila Roque
Yamile Roque

■ S

Alicia Sáenz
Emilia Sáenz
Diego Sáez
Víctor Salazar
Andrea Saldarriaga

Alan Sánchez
Alita Sánchez
Angélica Sánchez
David Sánchez
Michelle Sanchez
Nataly Sánchez
Victoria Salinas
Alfredo Santa Cruz
Ariana Santillán
Diego Santillán
Sabely Sedano
Maiby Serpa
Rosario Siu Lam
Milagros Sotelo
Jimena Soto
Valentino Soto
Aymar Sotomayor
Erika Strobach
Javier Suarez

■ **T**

Alexia Taboada
Milagros Takagui
Keshia Tamara
Eliana Toledo
Angie Toralva
Oscar Torpocó
Lesly Tuesta
Kathy Turriate

■ **U**

Grecia Uribe

■ **V**

Danae Valdelomar
Joana Valenzuela
Natalia Vallés
Diana Vasquez
Gabriela Vásquez

Daniella Velazco
Joselyn Vera
Paula Vilca
Daniela Zevallos

■ **W**

Patrick Wieland

■ **Y**

Lilian Yapuchura

■ **Z**

Sharon Zabarburu
Rosali Zamalloa
Giovanni Zambrano
Gustavo Zambrano
Rocío Zapata
Brenda Zegarra
Deborah Zegarra

ESTILO DE PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Título de artículo

Nombre y apellidos del autor¹

Resumen:

Texto en español en el que se aborda de forma breve el contenido del manuscrito, con una extensión máxima de 250 palabras.

Palabras clave: Entre tres 3 y 8 palabras clave en español, las cuales deberán facilitar la identificación del contenido del manuscrito.

Abstract:

A concise English-language summary of the manuscript's content, with a maximum length of 250 words.

Keywords: Between 3 and 8 keywords in English, which must facilitate the identification of the manuscript's content.

¹ Con nota en pie de página, se señala profesión y grado académico de la persona autora, institución que emitió dicho grado y, de forma opcional, la institución en la que labora actualmente.

AGRADECIMIENTOS

El Equipo de Derecho Ambiental (EDERA) agradece profundamente a la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), cuyo auspicio hizo posible la realización de la Primera Edición de la Revista Jurídica Ambiental.

Asimismo, agradece a todos los autores de la presente edición por su valiosa contribución al desarrollo del derecho ambiental en el Perú.

Autores

Carlos Andaluz Westreicher

Pedro Gamio Aita

Xennia Forno Castro

Vanessa Chávarry Meza

Vito Verna Coronado

Carol Mora Paniagua

Alberto Ventura Rivas Plata

Alejandra Seminario Vargas

Andrea Dominguez Noriega


Wendy León Espinoza


Ivan Ortiz Sánchez



EDERA

Síguenos en:

 /ederapucp

 /ederapucp

<https://conexionambiental.pe/edera/>

Nuestros colaboradores:



&

