

**13**

**Julio Guadalupe**  
**Vito Verna**  
**Gonzalo Monge**  
**Angela Cámara**  
**Daichi Yano**



© DERUP Editores, Lima, 2021

Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A

Jesús María, Lima, Perú

ISSN: 2312-3583

[www.forseti.pe](http://www.forseti.pe) / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

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

**2021-I**  
**Asociación DERUP Editores**  
**Consejo Directivo**

Daichi Yano Tsuha (Presidente y Director de Finanzas)  
Dana Masumura Ynami (Vicepresidenta y Directora de Edición)  
Allison Saldamando Egoávil (Directora de Comercialización)  
Aniuska Segura Ríos (Directora de Eventos)  
Claudia Zambrano Sotero (Subdirectora de Finanzas)  
Abrielle Belloni Otayza (Subdirectora de Edición)  
Maria Claudia Tamayo Grados (Subdirectora de Comercialización)  
Valeria Moreno Machín (Subdirectora de Eventos)

**Comisión de Comercialización**

Nicolas Ayala Badillo  
Cesar Gutierrez Tercero

**Comisión de Edición**

Paloma Cotrina Navarro  
Bernardeth Quijano Rodríguez  
Antonio Robles Vargas  
Alonso Sousa Delgado  
Camila Taramona Bara  
Carol Venegas Ruiz  
Oscar Yalta Esterripa

**Comisión de Eventos**

David Alfaro Armas  
Pierina Bianchi Grandez  
Milene Jayme Mosquera  
Alonso Magallanes Montalvo  
Zaida Ore Ortiz  
Milena Requejo Espinoza

**Comisión de Finanzas**

Jean Inti Aguilar  
Jacqueline St. Laurent Del Castillo

## SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Una vez más, tenemos el agrado de publicar el décimo tercer número de la revista Forseti. Siguiendo las enseñanzas y superando los retos que nos dejó el número anterior, hemos implementado con éxito nuestra segunda revisión de pares. De esta forma, nos acercamos más a culminar el proceso de indexación en el que nos encontramos.

En esta oportunidad, nuestra edición Nº 13 abarca diversas áreas del Derecho. Así, **Julio Guadalupe** se pronuncia respecto de los problemas en la logística operativa del comercio exterior peruano, que surgieron a raíz de la pandemia del COVID-19. Asimismo, ilustra las medidas adoptadas por el país y los retos que aún quedan por enfrentar.

Por otro lado, en el ámbito del Derecho ambiental, **Vito Verna** resalta la naturaleza e importancia del Estudio de Impacto Ambiental. Adicionalmente, aborda los problemas que presenta el SEIA en cuanto a introducir cambios y mejoras, así como también las falencias que presenta su regulación ambiental transectorial.

Desde el punto de vista de Derechos Humanos, **Martin Gallardo** expone los hechos históricos de mayor envergadura sobre la regulación internacional a las empresas transnacionales. Posteriormente, contribuye a la discusión consistente en determinar la idónea regulación en este ámbito; por ello, plantea la alternativa de un tratado multilateral que busque otorgarle mayores garantías a los individuos.

Respecto del Derecho constitucional, **Gonzalo Monge** realiza un análisis introductorio en aras de contribuir al estudio sobre el tratamiento de los deberes constitucionales. De esta manera, el autor resalta su carácter de imprescindibles para el constitucionalismo contemporáneo, así como también su exigibilidad jurídica y jurisdiccional.

Ahora bien, sobre la temática de arbitraje, **Angela Cámara y Daichi Yano** comentan y analizan el fenómeno del *double-hatting* y sus implicancias en los deberes de independencia e imparcialidad de los árbitros, específicamente, en el contexto de arbitrajes de inversión. Ello con la finalidad de proponer algunos lineamientos para su regulación.

Por último, expresamos nuestro más profundo agradecimiento a todos nuestros miembros, a los autores y a quienes fueron partícipes de nuestro proceso de revisión de pares. Asimismo, esperamos que esta edición agrade a todos nuestros lectores.

**Dana Masumura Ynami**

La directora

## Índice

<b>COVID-19, comercio exterior peruano y lecciones por aprender</b>	
<i>por Julio Guadalupe Báscones.....</i>	07
<b>Reflexiones en torno al SEIA, a 20 años de su creación</b>	
<i>por Vito Verna.....</i>	21
<b>Tratamiento de los deberes constitucionales de la persona en el Perú: Una introducción</b>	
<i>por Gonzalo J. Monge Morales.....</i>	46
<b>¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del <i>double-hatting</i> en arbitrajes de inversión</b>	
<i>por Angela Cámara Chumbes y Nicolas Daichi Yano Tsuha.....</i>	63

# COVID-19, comercio exterior peruano y lecciones por aprender

Julio Guadalupe Báscones\*

**Resumen.** – La pandemia del COVID-19 puso en evidencia falencias en la logística operativa del comercio exterior peruano relacionadas con el uso no articulado de instrumentos tecnológicos, situación que no permitía la interacción transversal y eficiente de los distintos eslabones de dicha cadena.

Ello, a pesar que, desde hace algo más una década, en el Perú se venían experimentando importantes cambios normativos relacionados con el uso intensivo de tecnología, transmisiones electrónicas y plataformas digitales orientadas a evitar el contacto físico entre personas y a propender el no uso de papeles.

Las necesidades globales derivadas de la pandemia en cuanto a minimizar los impactos negativos en los flujos comerciales internacionales, motivaron la preocupación de organismos como la Organización Mundial de Aduanas (OMA), quien, en base a mejores prácticas, expidió una serie de recomendaciones para hacer frente a esta coyuntura.

En el Perú se adoptaron diversas disposiciones de restablecimiento y fortalecimiento de la cadena logística internacional que implicaban el necesario trabajo en conjunto del sector público con el privado. Esta experiencia, que se vio reflejada con esfuerzos similares en países de la región, está llamada no sólo a permitir levantar las falencias detectadas a nivel de la cadena logística internacional sino, además, a generar un profundo aprendizaje en torno a lo que se deberá o no hacer ante situaciones similares.

**Abstract.** - The COVID-19 pandemic revealed shortcomings in the operational logistics of Peruvian foreign trade related to the non-articulated use of technological instruments, a situation that did not allow cross-cutting and efficient interaction between the different links in the chain.

This is despite the fact that, for over a decade, Peru has been undergoing important regulatory changes related to the intensive use of technology, electronic transmissions and digital platforms aimed at avoiding physical contact between people and promoting the non-use of paper.

The global needs derived from the pandemic in terms of minimizing the negative impacts on international trade flows, motivated the concern of organizations such as the World Customs Organization (WCO), which, based on best practices, issued a series of recommendations to address this situation.

In Peru, various measures were adopted to reestablish and strengthen the international logistics chain, which required the public and private sectors to work together. This experience, which was mirrored by similar efforts in other countries in the region, will not only make it possible to address the shortcomings detected in the international logistics chain, but will also generate a profound learning process on what should or should not be done in similar situations.

**Palabras claves.** – COVID-19 – Estado de Emergencia Nacional – Cadena Logística Internacional – Bienes esenciales – Recomendaciones de la OMA – Medidas de Coyuntura – Plataformas Digitales – Nueva Normalidad.

**Keywords.** - COVID-19 – National State of Emergency – International Logistics Chain – Essential Goods – WCO Recommendations – Conjuncture Measures – Digital Platforms – New Normal.

---

\* Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Miembro de Número de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. *Past President* de la Asociación Peruana de Derecho Aduanero y Comercio Internacional – APDACI.

## **I. Introducción**

Estado de Emergencia Nacional (ENN) establecido mediante el Decreto Supremo No. 044-2020-PCM (en adelante “el DS”), a raíz de la pandemia por el COVID-19, puso en evidencia la disfuncionalidad operativa de varios de los eslabones de la cadena logística internacional de mercancías, sustentada en enraizadas prácticas dependientes de la gestión física de documentos y la presencia física de personas. Puso en evidencia también, problemas derivados de la falta de un adecuado relacionamiento tanto entre los distintos actores de esta cadena como entre éstos y las autoridades encargadas de la supervisión y control de las operaciones de comercio exterior.

Ello, a pesar de los avances que se venían gestando en lo que respecta a la generación de plataformas digitales y el reforzamiento de envíos electrónicos en sustitución de los flujos documentarios tradicionales. Pese a ello, el COVID nos golpeó, y muy duro, sobre todo al principio.

En síntesis, se aprendieron duras y costosas lecciones que, se espera, sirvan para la elaboración de muy claros protocolos de crisis (tanto públicos como privados) que puedan activarse, directa y rápidamente, si es que en el futuro se presentasen situaciones similares (otra pandemia, una guerra, un cataclismo, etc.). Lo que se requiere es que tanto las autoridades competentes como cada eslabón de la cadena de comercio exterior sepan qué hacer, cómo hacerlo y cuándo hacerlo.

El objetivo de este trabajo es mostrar los problemas que supuso para la logística de las operaciones de comercio exterior la declaratoria del EEN por la pandemia del COVID-19, las medidas más importantes adoptadas, así como los cambios que han operado y se advierte operarían en el futuro.

Todo lo anterior podría resumirse en la frase: “lo que nos pasó ya no puede pasarnos de nuevo”, pensando en que experiencias como ésta son aquellas que contribuyen, de manera significativa, a la generación de una “cadena logística resiliente”, entendida como aquella con una importante capacidad para recomponerse ante las adversidades.

## **II. Cadena logística rota**

En nuestra opinión, el DS fue bastante claro en señalar: i) que las restricciones relacionadas con el cierre de fronteras nacionales sólo se limitaban a las personas y no estaban relacionadas con el transporte de carga; y ii) que las entidades competentes debían garantizar el ingreso y salida al y del país de carga y mercancías. Esto último, incluso, bajo la, en su momento, publicitada frase: “el comercio exterior no se detiene”.

No obstante, y desafortunadamente, las disposiciones y alcances de esta norma no fueron inicialmente entendidas de manera clara por las autoridades debido a la interpretación restrictiva que se le dio a los términos “ingreso” y “salida”.



Precisamente, bajo esta interpretación restrictiva se consideró que por “ingreso” debía entenderse únicamente el arribo de las mercancías al país, así como su desembarque y traslado sólo con destino a los depósitos aduaneros, y que por “salida” debía entenderse únicamente el embarque de mercancías desde el puerto. Bajo esta óptica quedaban fuera del alcance logístico del DS actividades relacionadas con el traslado de las mercancías ingresadas al país desde el puerto a los locales de los importadores y el traslado de mercancías que debían salir del país desde los locales de los exportadores hasta el puerto. Esto es, el punto final y el punto de inicio de la cadena logística internacional de ingreso y de salida, respectivamente.

De otro lado, es de tener presente que el necesario aislamiento social por la emergencia sanitaria, que derivó en drásticas limitaciones a la circulación de las personas, fueron extendidas indebidamente (pues no era el objetivo del DS) al transporte de carga. Debido a ello, se consideró que sólo estaba permitido el traslado de importación / exportación de los denominados “bienes esenciales” (alimentos, bienes relacionados con la salud y de primera necesidad).

Así, el traslado de “bienes no esenciales” que ingresaban al país (importación) o que debían ser retirados del país (exportación) quedaba prohibido. Este entendimiento quedó claramente de manifiesto con el primer “pase de circulación / tránsito de personas” aprobado por el Ministerio del Interior - MININTER.

Este incorrecto modo de entender las restricciones establecidas por el DS no sólo impedía el transporte de carga de importación o de exportación de “bienes no esenciales”, sino que también impedía la circulación del personal que los actores de la cadena logística internacional requerían para la realización de labores vinculadas con dichas operaciones. Puntualmente nos referimos al personal de los agentes de aduana, agentes marítimos, operadores logísticos, etc., a lo cual se sumaba el personal de los importadores y exportadores de “bienes no esenciales” que no podían acudir a sus centros de labores debido a que no podían movilizarse libremente.

La cadena logística internacional estaba rota y era operativamente disfuncional, lo cual generaba lentitud, ineficiencias, y mayores sobrecostos (sobrealmacenaje, sobrestadía de contenedores, etc.<sup>1</sup>) Además, las propias operaciones de importación de bienes esenciales, que debían ser realizadas de manera prioritaria conforme exigía el propio DS, se veían perjudicadas a causa de la saturación de los espacios en los almacenes extraportuarios debido a que los “bienes no esenciales” (la gran mayoría) permanecían ocupando importantes espacios físicos con las

---

<sup>1</sup> Situación del todo preocupante si se toma en consideración que conforme a un informe del Banco Mundial del 2016, se presentan costos evitables por contenedor exportado en un margen aproximado de US\$300, lo cual originó que en 2019 (antes de la pandemia por el COVID-19) se hayan producidos costos evitables (sobrecostos) en las operaciones de exportación por un total de US\$650'000,000.

complejidades operativas y logísticas que ello acarrea.

Tuvieron que ser emitidas sendas normas y comunicados tanto por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC (Resoluciones 0232 y 0237-MTC/01.02 y Comunicado No. 014-2020-APN) como por parte del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR (Comunicados del 30 de marzo y del 25 de abril de 2020) para aclarar: i) que los servicios de los operadores de comercio exterior y otros actores intervinientes en la cadena logística internacional debían ser considerados como actividades conexas al transporte de carga y, por tanto, no quedaban restringidos bajo los términos del DS; y ii) que los importadores y exportadores podían recibir en sus locales o despachar desde sus locales, respectivamente, mercancía en general (y no sólo “bienes esenciales”), para lo cual debían utilizar el personal estrictamente necesario.

Estas medidas fueron complementadas con actualizaciones en el aplicativo de la plataforma informática del MININTER para la obtención virtual del pase de circulación de los trabajadores de los operadores de comercio exterior, importadores y exportadores.

Aunque costó trabajo y tiempo valioso, la cadena logística internacional fue completándose y, aunque con algunas limitaciones operativas, empezó a operar superando, de a pocos, las dificultades de inicio.

### **III. Medidas adoptadas por el gobierno peruano**

La pandemia del COVID-19 obligó a que, a nivel mundial, los gobiernos adoptaran una serie de medidas destinadas a paliar los importantes y negativos efectos en lo logístico, operativo y económico en los diferentes actores de la cadena logística internacional.

Sobre esta base, la Organización Mundial de Aduanas (OMA) elaboró un documento de recomendaciones en torno a medidas que podían ser implementadas, el mismo que se sustentó en reportes de los países miembros de esta organización considerando las mejores prácticas al respecto.

En el cuadro siguiente (Cuadro 1)<sup>2</sup> se muestra una síntesis de dichas medidas con un desarrollo posterior a modo de reflexiones sobre algunas de estas recomendaciones adoptadas por el Perú.

---

<sup>2</sup> Cuadro tomado de mi presentación en el Congreso Internacional “Impactos Regionales del Covid-19” organizado por la Revista Forseti de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, llevado a cabo los días 25 y 26 de junio de 2020 bajo modalidad virtual.

### CUADRO 1: RECOMENDACIONES OMA

FACILITACIÓN DE MOVIMIENTO DE FRONTERAS PARA BIENES ESENCIALES	CONTINUIDAD DE LA CADENA DE SUMINISTRO	PROTECCIÓN DEL PERSONAL	PROTECCIÓN DE LA SOCIEDAD
<p>Coordinación con otras agencias gubernamentales para la expedición ágil de suministro de bienes COVID.</p> <p>Priorización de procedimientos aduaneros de embarques COVID.</p> <p>Priorización de levante de embarques COVID.</p>	<p>Medidas de alivio fiscal como aplazamiento y fraccionamiento para pago de tributos de importación y derechos de Drawback.</p> <p>Evitar imponer sanciones por demoras debido a arribos tardíos o documentos comerciales de los países de exportación.</p>	<p>Proporcionar equipo de protección personal como mascarillas, guantes, desinfectantes, etc.</p> <p>Aplicación de medidas de distanciamiento social.</p>	<p>Asegurar la apropiada integración para una debida y adecuada respuesta.</p> <p>Asegurar que la información sobre el COVID esté disponible en sitios web oficiales y redes sociales.</p>
<p>Declaraciones Aduaneras simplificadas o con datos provisionales o incompletos para bienes COVID.</p>	<p>Introducir medidas de facilitación respecto de requerimientos de presentación de documentos originales o para sellarlos.</p> <p>Proporcionar facilidades para los tenedores de carnes ATA para reexportación de bienes importados temporalmente.</p>	<p>Alentar el uso de servicios electrónicos para los procedimientos y trámites con la Aduana.</p>	<p>Contar con indicadores de medición del COVID y proporcionar información estadística de sustento de toma de decisiones.</p> <p>Compartir anticipadamente información sobre datos de pasajeros con autoridades vinculadas con el control sanitario.</p>
<p>Proceso de Declaración Aduanera pre-arribo para bienes COVID.</p> <p>Aplicación de Gestión del Riesgo y desarrollo de inspecciones solo en casos de alto riesgo. Coordinación entre la Aduana y otras Agencias competentes.</p>	<p>Establecer equipos de crisis para asegurar la debida atención de los procedimientos aduaneros bajo un esquema de operación 24/7.</p> <p>Establecer apoyo <i>online</i> o por teléfono a modo de ventanilla única para fluidez de operaciones.</p>		<p>Interceptar la trazabilidad de suministros médicos falsificados.</p> <p>Expandir el uso libre de impuestos de alcohol sin desnaturalizar para fines de producción de desinfectantes. Donación de alcohol decomisado para la producción de desinfectantes.</p>
<p>Suspensión de cobro de aranceles y tributos de importación para bienes COVID.</p>	<p>Aplicar gestión de riesgo para mantener las inspecciones físicas al mínimo requerido y agilizar el levante aduanero.</p>		
	<p>Designar líneas prioritarias para el transporte de carga e introducir medidas para garantizar la continuidad de la cadena de suministro.</p>		
	<p>Facilitar la continuidad del transporte por carretera incluyendo los bienes en tránsito cuando el chofer presente síntomas COVID.</p>		

**Leyenda:**

- Color negro	Medidas que ya habían sido operativizadas en el Perú antes de la pandemia por el COVID-19
- Color celeste	Medidas operativizadas / reforzadas en el Perú con ocasión de la pandemia por el COVID-19
- Color rojo	Medidas no operativizadas en el Perú

La preocupación de la OMA con estas recomendaciones se centraba fundamentalmente en el procurar, de un lado, uniformizar prácticas internacionales tendientes a aminorar el impacto negativo de la pandemia en el comercio internacional, procurando que estas operaciones se sigan desarrollando de la manera más fluida posible; y de otro, aprovechar de algún modo la coyuntura para mejorar significativamente los procedimientos aduaneros, sobre todo en los países en vías de desarrollo<sup>3</sup>.

Al respecto, indicar que, conforme a los compromisos adoptados por el Perú mediante los Tratados de Libre Comercio (TLC) que se han venido suscribiendo en los últimos años con nuestros principales socios comerciales (tomando como punto de partida el Capítulo Cinco del TLC con los Estados Unidos – “Administración Aduanera y Facilitación del Comercio”), en la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo 1053 y modificatorias (principalmente la introducida mediante el Decreto Legislativo 1433), ya se habían sentado las bases, por ejemplo, para la digitalización de los procesos administrativos aduaneros, situación que permitió afrontar de una mejor manera las necesidades operativas (no contacto físico entre personas) que la pandemia del COVID-19 imponía en las operaciones de comercio exterior<sup>4</sup>.

A modo de referencia y a mayor abundamiento, es de indicar que a nivel regional<sup>5</sup> se aprecia, por ejemplo, que países como Ecuador, Chile, Uruguay y Venezuela, sobre la base de las recomendaciones de la OMA, han venido adoptando medidas relacionadas con la digitalización y automatización de los procesos aduaneros,

<sup>3</sup> Conforme a información de la Cámara de Comercio de Lima, en los meses de mayo a agosto de 2020, de fuerte impacto por la pandemia por el COVID-19, se presentaban en el Perú, indicadores económicos bastante negativos como, por ejemplo, una disminución del Producto Bruto Interno (PBI) del 9.8% y una caída del empleo formal del 39.6%.

<sup>4</sup> No obstante los indicadores mostrados en la Nota 4 anterior, resulta importante mencionar que las medidas de lucha contra los efectos negativos del COVID-19 adoptadas en el Perú, sobre la base de los cambios normativos que ya habían operado por las implementaciones normativas aduaneras en comentario, permitieron ir cimentando las bases de la recuperación del sector comercio exterior. Así, y en base a información obtenida de la página web de la SUNAT, se tiene que en el mes de noviembre de 2020 las Importaciones CIF ascendieron a US \$ 3 433 millones, registrando un crecimiento de 2,1% con relación al mismo mes del año anterior, mientras que el valor total de las Exportaciones FOB del mes de octubre de 2020 ascendió a US \$ 4 065 millones monto que representó un incremento del 1,1% en comparación con las cifras obtenidas en similar mes del año anterior.

<sup>5</sup> Los comentarios sobre aplicación de medidas establecidas a consecuencia de la pandemia del COVID-19 se sustentan en las conclusiones a las que se arribó con ocasión del Congreso Internacional “Impactos Regionales del Covid-19” organizado por la Revista Forseti de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, llevado a cabo los días 25 y 26 de junio de 2020 bajo modalidad virtual.

muy similares a las adoptadas en Perú en un contexto con vocación de permanencia más allá del periodo COVID (es decir, estos procesos experimentaron mejoras operativas y de regulación de control aduanero). En el caso de Colombia estas medidas, incluso, han sido extendidas a las denominadas “zonas francas” mediante disposiciones específicas sobre trabajo remoto, expedición de certificaciones digitales y emisión de facturas electrónicas desde estas de áreas de control aduanero especial.

Por su lado, en Brasil, con ocasión de normas para afrontar la pandemia del COVID-19, se ha experimentado una mejora de calidad regulatoria en el aspecto sanitario orientada hacia el manejo de una nueva matriz de riesgos con incidencia en el uso de mecanismos alternativos al reconocimiento físico tradicional que implican el uso de sistemas de control aduanero remoto y de inteligencia artificial aplicada a estos procesos.

Incluso, la implementación de este tipo de medidas ha traído consecuencias indirectas positivas, como ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la Argentina en donde se ha fortalecido el relacionamiento y trabajo conjunto entre el sector privado (importadores y exportadores) y las entidades del sector público con incidencia en el control sobre las operaciones de comercio exterior; ello, tras el rol decisivo que supuso la activa intermediación del Centro de Despachantes de Aduana y la Asociación Argentina de Agentes de Carga Internacional (AAACI).

**i. Reflexiones sobre algunas de las recomendaciones del a OMA adoptadas por el Perú**

Con la finalidad de efectuar un paralelo en beneficio del análisis, a continuación mostraremos un cuadro de síntesis (Cuadro 2)<sup>6</sup> en donde haremos referencia a las principales medidas que, a nuestro juicio, fueron adoptadas por el gobierno peruano vinculadas con la pandemia del COVID-19 relacionadas con la priorización de bienes de primera necesidad, la protección de los derechos de los operadores de comercio exterior (OCE) y demás actores de la cadena logística internacional, la digitalización de procesos y no uso de documentos físicos, y las fases de la reactivación económica.

---

<sup>6</sup> Cuadro tomado de mi presentación en el Congreso Internacional “Impactos Regionales del Covid-19” organizado por la Revista Forseti de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, llevado a cabo los días 25 y 26 de junio de 2020 bajo modalidad virtual.

**CUADRO 2: MEDIDAS DE COYUNTURA**

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tasa A/V 0% bienes relacionados con la EEN</li> <li>• Flexibilización importación de bienes relacionados con la EEN</li> <li>• Autorización previa para exportar algunos productos relacionados con la EEN</li> </ul>	}	<p><b>Priorización de los bienes de primera necesidad</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Suspensión de plazos</li> <li>• Facultad discrecional para no sancionar</li> <li>• Reducción de tasas de interés a deudas tributario aduaneras</li> <li>• Aplazamiento y/o Fraccionamiento de deudas tributario aduaneras</li> </ul>	}	<p><b>Protección de derechos y no generación de perjuicios a los OCE</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Habilitación de comunicación electrónica y Mesa de Partes Virtual</li> <li>• Actualización de procedimientos aduaneros</li> <li>• Presentación en copia de Certificados de Origen</li> </ul>	}	<p><b>Digitalización y no uso de documentos físicos</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Elaboración de Protocolos Sanitarios</li> </ul>	}	<p><b>Fases de Reactivación</b></p>

A continuación, nos referiremos a algunas de las medidas de coyuntura antes mencionadas que, a nuestro criterio, merecen unas reflexiones.

**a) Suspensión de plazos en los procedimientos administrativos**

Mediante los Decretos de Urgencia 026-2020, 029-2020 y modificatorias, quedaron suspendidos los plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos en general.

El razonamiento para dicha medida, como las propias normas que suspendieron plazos señalaron, partió de la consideración que, a consecuencia del EEN, fueron restringidos los derechos constitucionales a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y la libertad de tránsito y que, consecuentemente, el aislamiento social dispuesto afectaba la posibilidad concreta de cumplir con requisitos legales dentro de plazos que, a tenor de las circunstancias excepcionales que tocaba afrontar, se tornaban impracticables.

La razonable lógica subyacente, entendemos, fue la de evitar perjuicios a los administrados derivados de la no atención oportuna de trámites, requerimientos y suministro de información o documentos, originados por los comprensibles problemas operativos, logísticos y laborales que éstos podían experimentar durante el EEN. Esto también incluye los plazos para el ejercicio de derechos (impugnaciones).

Bajo este entendimiento, por ejemplo, la Aduana expidió comunicados sobre suspensión de plazos con sustento en el artículo 138 de la Ley General de Aduanas, al considerar a la pandemia por el COVID-19 como una causal de fuerza mayor de aplicación generalizada.

Al respecto, nos parece acertado el hecho que la medida extraordinaria de suspensión de plazos haya sido establecida con carácter de generalidad, lo cual relevaba la obligación por parte del administrado de acreditar, caso por caso, las circunstancias particulares por la que un determinado pedido de suspensión debería ser aceptado. Esto hubiera resultado, a priori, no sólo carente de razonabilidad, partiendo de la consideración que la pandemia y las restricciones consecuentes constituían un evento justificante por sí mismo, sino, además, altamente ineficaz porque hubiera obligado a los funcionarios públicos a invertir tiempo y recursos escasos en valorar cada solicitud en momentos en que el tiempo y los recursos tienen que ser, claramente, utilizados en causas más acordes y alineadas con las necesidades nacionales.

Posteriormente, mediante el Decreto de Urgencia 053-2020 se facultó a las entidades públicas a aprobar, mediante resolución de su titular, el listado de procedimientos cuya tramitación quedaba excluida de la regla de la suspensión, con lo que los respectivos plazos de inicio y tramitación de procedimientos debían, poco a poco, ser reanudados en cuanto a su cómputo. Un ejemplo lo tenemos en la expedición de la Resolución Ministerial 160-2020-PRODUCE, mediante la cual se excluyó de la suspensión de plazos, entre otros, al procedimiento de obtención de constancia de cumplimiento de Reglamento Técnico aplicable en la importación de algunas mercancías.

Con ello, cada entidad pública quedaba facultada para aprobar listados excluyendo de la suspensión de plazos a procedimientos específicos propios, lo cual implicaba, en nuestra opinión, el debido análisis de capacidades tecnológicas y de recursos laborales disponibles, resultando lógico que pudieran mantenerse aún bajo la suspensión de plazos aquellos procedimientos que implicasen desplazamientos físicos como, por ejemplo, fiscalizaciones, citaciones, etc.

Desafortunadamente, y no obstante lo antes mencionado, la manera prudente y adecuada con la que se venía manejando la suspensión de plazos cedió espacio a un actuar no alineado con el respeto de los derechos de los administrados. Esto se verificó cuando la suspensión de plazos, con efectos hasta el 10 de junio de 2020, dejó de ser prorrogada a pesar que el EEN siguió siendo extendido, lo cual supuso, a partir del 11 de junio, la activación general (reanudación en su cómputo) de todos los plazos de procedimientos y trámites administrativos, para lo cual se activaron en las entidades públicas ventanillas virtuales para que los administrados pudiesen efectuar la presentación de información o documentos.

La activación general de plazos, desde nuestro punto de vista, encontraba serios cuestionamientos derivados del hecho que no necesariamente todos los administrados contaban con conexión a internet que les permitiese hacer uso de las ventanillas virtuales (máxime cuando se mantenían las restricciones de movilización y de uso de ventanillas físicas), ni tampoco todos los administrados (que sí tenían acceso a internet) disponían necesariamente de la capacidad logística y organizacional suficientes para iniciar o continuar procedimientos o trámites si



es que para ello requerían contar con documentación física a la cual no tienen acceso directo.

Así, y dados los perjuicios antes que los beneficios que podían generarse con la activación general de plazos administrativos a pesar que el EEN aún se mantenía en vigor, no se entiende el apuro por proceder con dicha activación en un escenario en el que la puesta en funcionamiento de ventanillas virtuales, en algunos casos, permitía a los administrados (que pudiesen hacerlo o se sintiesen en capacidad de hacerlo) presentar escritos, documentos y/o información sin que la suspensión de plazos perjudique dicha posibilidad y sin que se perjudique tampoco a quienes no podían efectuar estas presentaciones.

Teniendo ello en consideración, pensamos que el levantamiento general de la suspensión de plazos, de la manera como se hizo, no constituyó la medida más adecuada. Resultaba más razonable que la duración del EEN continuara siendo cubierta con la suspensión de plazos permitiendo que las entidades públicas fuesen liberando, de a pocos, procedimientos administrativos puntuales y específicos, lo cual suponía también un análisis mucho más razonable y acotado a las circunstancias particulares de cada entidad.

#### **b) Facultad discrecional para no sancionar y mecanismos de gradualidad para aplicar multas**

Mediante la Resolución No. 006-2020-SUNAT/300000 se dispuso la no determinación ni aplicación de algunas infracciones y sanciones contenidas en la Tabla de Sanciones Aduaneras cometidas entre el 12 de marzo de 2020 y hasta el 9 de junio de 2020, siempre que se haya transmitido o registrado la información omitida o correcta<sup>7</sup>.

En total quedaron comprendidas dentro de la disposición en comentario un total de 52 infracciones (40% del total de infracciones contempladas en la LGA) aplicables a operadores de comercio exterior, importadores, exportadores, beneficiarios de regímenes aduaneros, etc., en materias relacionadas con la transmisión y presentación de información y documentos, presentación de declaraciones y acciones de control aduanero.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, y en cuanto a la aplicación de multas aduaneras, es importante indicar que aún sigue sin encontrar solución la falta de aprobación de un real régimen de gradualidad o reducción de multas respecto de la Tabla de Sanciones Aduaneras vigente desde el 1 de enero de 2020, con el agravante que existen sanciones claramente desproporcionadas como, por ejemplo, el caso de la multa por incorrecta declaración del valor aduanero equivalente al 200% de los tributos dejados de pagar. La desproporción se pone de manifiesto si tenemos en consideración que la incorrecta determinación del valor

---

<sup>7</sup> Esta disposición, con algunos matices, se ha venido manteniendo hasta la fecha de elaboración del presente artículo (30 de septiembre de 2020).



en las declaraciones de tributos internos es sancionada con una multa de sólo el 50% de los tributos dejados de pagar.

La reducción de este tipo de sanciones había sido considerada por la Resolución SUNAT No. 002-2015-SUNAT/500000, mediante el cual se aprobó el Régimen de Gradualidad para la aplicación de multas contempladas en la anterior Tabla de Sanciones Aduaneras con vigencia hasta el 30 de diciembre de 2019 y que comprendía también multas elevadas relacionadas con la asignación incorrecta de la subpartida arancelaria, consignación de datos incorrectos en la Solicitud de *Drawback*, entre otras.

Debe tenerse en consideración que los mecanismos de gradualidad o reducción de multas tienen una triple finalidad: i) incentivan la subsanación voluntaria de incumplimientos normativos; ii) permiten que los requerimientos legales se vean debidamente satisfechos; y iii) evitan o reducen la utilización de los recursos escasos y limitados de la Administración.

La lógica detrás de estos mecanismos es premiar la oportunidad en que la subsanación voluntaria es realizada. Así, cuanto menos sean los recursos públicos dispendiados para cobrar mayor será el beneficio de reducción. Adicionalmente, estos mecanismos sirven a modo de paliativo ante sistemas sancionatorios que establecen multas que resultan desproporcionadas en relación con la infracción cometida.

### **c) Exigencias en los procesamientos operativos**

La ausencia de contacto físico y la necesidad de recurrir a lo virtual han obligado a los diferentes actores de la cadena logística internacional y a las propias entidades públicas relacionadas con el comercio exterior a priorizar el trabajo, supervisión y monitoreo remotos. A ello hay que sumar la necesidad de prescindir, en muchos aspectos, de la gestión de documentos físicos así como de trámites presenciales.

Para ello, se requiere que, a nivel de procedimientos operativos (esto es, procedimientos de rango infra legal aprobados normalmente mediante resoluciones expedidas directamente por las autoridades con competencias respecto del control del comercio exterior), tanto la Aduana como las entidades sectoriales competentes revisen aquellas exigencias de presentar documentos físicos y de realizar actuaciones presenciales; esto, bajo los alcances del Decreto Legislativo 1492 al que hemos hecho referencia anteriormente. Esto deberá ser revaluado y, actuando con responsabilidad y sensatez, mantener sólo aquellas actuaciones físicas o presenciales que sean indispensables debiendo quedar debidamente motivadas las razones por las cuales dichos trámites o gestiones deben ser mantenidos.

Desde el punto de vista privado se deberá revisar la práctica imperante de requerir la entrega o validación física de documentos y/o de gestiones presenciales (impresión de declaraciones, obtención vistos buenos, aplicación de sellos,

exigencia de mandatos aduaneros con documentos físicos, pagos presenciales, etc.) generando, de manera razonable y responsable, soluciones que permitan prescindir de ello.

Diversos gremios así como el propio MINCETUR han invocado la urgente revisión y erradicación de estas prácticas. Pensamos que sería un buen momento para que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) revise, por ejemplo, los requisitos de operación de los operadores de comercio exterior y establezca como estándar mínimo, tanto para obtener la autorización como para mantenerla, la migración hacia lo virtual y la digitalización de procedimientos y prácticas.

En línea con ello, ya se han dado algunos pasos mediante la dación del Decreto Legislativo 1492 en mérito del cual se aprobaron disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior en función a las cuales MINCETUR constituirá la entidad competente para velar porque los procesos de virtualización y digitalización de documentos, así como el uso de plataformas digitales en las operaciones de comercio exterior, constituyan una realidad.

#### **d) Fases de Reactivación: Producir para exportar**

Teniendo en consideración las precisiones efectuadas tanto por el MTC como por el MINCETUR respecto de las restricciones dispuestas con ocasión el EEN, se clarificó que las operaciones de exportación, puntualmente de logística de exportación, constituyen actividades consideradas como conexas al transporte de carga.

Bajo este escenario, se permitió despachar la carga, ya producida (stock) desde los locales del exportador, lo cual implicaba el respectivo acondicionamiento de la carga en los vehículos para su traslado hacia los puertos o aeropuertos. Esto también comprendía actividades de etiquetado, verificación de calidad, entre otros.

Mediante el Decreto Supremo 080-2020-PCM se aprobó la “Fase 1” para la reanudación de actividades en el mes de mayo de 2020, dentro de las cuales se encontraba la “producción temporal para atender órdenes de compra (exportaciones) vencidas y por vencer”.

Es de notar que, en base a esta norma se vinculó la exportación con la producción, con lo que se habilitó a las empresas exportadoras a producir para exportar (cualquier tipo de mercancía y no sólo bienes esenciales) pero de manera limitada y temporal, pues no se podían atender nuevas órdenes de compra del exterior sino sólo aquellas que ya estaban colocadas antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo No. 080-2020-PCM (4 de mayo de 2020).

Asimismo, se generó un mecanismo de autorización que supuso el trabajo en conjunto, de un lado, de MINCETUR para evaluar la actividad exportadora del solicitante, así como los alcances de las órdenes de compra colocadas por clientes

del exterior y, de otro, de PRODUCE para evaluar y autorizar la actividad productiva.

#### **IV. La “nueva normalidad” y el comercio exterior peruano**

Como hemos mencionado, la falta de contacto físico impuesto por la pandemia del Covid-19 obligó a la transformación de comportamientos con impacto en las operaciones de comercio exterior. Nos encontramos, sin duda, ante cambios estructurales que llegaron para quedarse.

Estos cambios, y la necesidad sanitaria subyacente, han agilizado algunos procesos que ya se venían experimentando y materializando en el Perú, quizás en algunos ámbitos más que en otros.

Respecto de la digitalización de las operaciones de comercio exterior, por ejemplo, las iniciativas que se veían gestando encontraban cabida en un marco legal que ya había sido establecido en materia de Gobierno Digital pero que requería ser desarrollado de manera transversal en las entidades sectoriales con competencia en el control y supervisión de estas operaciones, resultando importantes, al respecto, los avances en materias de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE) y de una buena parte de los procedimientos aduaneros. Asimismo, se aprecia que el aislamiento de los países a causa de la pandemia podría acelerar tendencias globales en cuanto a la desaceleración de la globalización y nuevos enfoques en lo que respecta al relacionamiento comercial entre los países.

A continuación, haremos referencia a algunas de estas materias.

##### **i. Digitalización y automatización**

Las necesidades de digitalización que las operaciones de comercio exterior y los procedimientos aduaneros requieren, suponen un importante componente de automatización. Esto es, el generar procesos que prescindan del todo, o casi del todo, del factor humano, dejando a cargo de máquinas y algoritmos el análisis de la data disponible considerando factores de riesgo previamente establecidos. Bajo estos parámetros, la participación del factor humano debería limitarse al estrictamente indispensable para que el mecanismo funcione.

Reciente normativa (como el Decreto Legislativo 1492), impulsa de manera importante la digitalización de los procesos relacionados con las operaciones de comercio exterior tanto a nivel del sector público (generación o potenciación de plataformas electrónicas, así como de mecanismos de seguridad y validación de data e información) como a nivel del sector privado (generación o potenciación de mecanismos electrónicos en los diferentes niveles de la cadena logística internacional e interconectividad de los eslabones de dicha cadena).

Esto, bajo la supervisión de MINCETUR como entidad competente para vigilar el cumplimiento de estas disposiciones, las mismas que buscan, como ya habíamos mencionado, acelerar los procesos de automatización, interoperatividad,

estandarización de procesos y trámites, así como el empleo de documentos digitales o digitalizados en las operaciones de comercio exterior.

## **ii. Competitividad y nuevos sobrecostos**

Se comenta que uno de los grandes retos de la migración hacia la digitalización estará relacionado no sólo con detectar y evitar “sobrecostos tradicionales” sino, además, aquellos “nuevos sobrecostos” que surjan, o puedan surgir, de la implementación y/o potenciación de una “cadena logística digital”, tanto a nivel del relacionamiento entre las entidades sectoriales competentes, entre dichas entidades y los actores de las operaciones de comercio exterior, como entre estos actores entre sí.

## **iii. Cambio en la Matriz de Riesgo**

Se esperarían también cambios en la matriz de riesgo de las operaciones de comercio exterior con impactos en los despachos aduaneros (asignación de canales de control) de ingreso y salida del país impulsados fuertemente por el componente sanitario y materializados por el uso de mecanismos alternativos al reconocimiento físico tradicional lo que implicaría el uso de sistemas de control remotos e, incluso, de inteligencia artificial aplicada a estos procesos.

Se prevé también que el componente sanitario forme parte importante de los programas de Operador Económico Autorizado (OEA) tanto a nivel de la seguridad como del cumplimiento normativo, con el impacto que ello se estima tenga en lo que se refiere a la suscripción o actualización de los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo, uno de los beneficios más atractivos para los exportadores OEA.

## **iv. Desglobalización**

Un tema también interesante estriba en el proceso de “desglobalización” que venía experimentando el mundo y que se ha intensificado debido a la pandemia del Covid-19, que pasa por hacer frente a un contexto internacional en el cual las cadenas de suministro han sido quebradas de modo abrupto por el cierre de las fronteras nacionales y en el que las medidas restrictivas al comercio que han venido siendo implementadas podrían despertar en los gobiernos ciertos afanes proteccionistas.

Todo esto, en un nuevo panorama internacional en donde se prevé una posible transición hacia la generación de cadenas regionales de valor, la reformulación y diversificación de fuentes de suministro en un entorno de “cadena digital” y el replanteamiento de reglas de origen a fin de considerar un entorno inédito que ningún Tratado de Libre Comercio pudo anticipar.

## V. Conclusiones

- i. Todos y cada uno de los eslabones de la cadena logística internacional son importantes y cumplen un rol necesario que se concatena con el rol de los demás. El hecho que un eslabón no funcione o funcione en forma limitada podría ocasionar el colapso de la cadena y la generación de ineficiencias y sobrecostos.
- ii. Las medidas restrictivas al comercio dispuestas por el gobierno a causa de la pandemia del COVID-19 generaron el quiebre de la cadena logística internacional de mercancías pero no debido a los alcances de dichas medidas de restricción, sino a la forma en que las autoridades las interpretaron y aplicaron. Resultó del todo necesaria la intervención del MTC y del MINCETUR para efectuar precisiones que permitieran revertir esta situación, así como recomponer la cadena logística internacional buscando retomar su necesaria fluidez.
- iii. Esta crisis ha puesto en evidencia la dependencia que aún se tiene de “lo presencial” en algunos aspectos vinculados con trámites de la logística del comercio exterior, situación que, necesariamente, deberá revertirse no sólo para optimizar procesos, generar eficiencias logísticas y reducir costos (o evitar sobrecostos) en estas operaciones, sino también porque no hacerlo implicaría, en el corto plazo, exponer a las personas al riesgo de contagio del coronavirus.
- iv. El aprendizaje, bueno y malo, que tanto el sector público como el privado han experimentado durante el tiempo de duración del Estado de Emergencia por la pandemia del COVID-19 no puede agotarse en las medidas excepcionales dispuestas para sortear el periodo de crisis. Este aprendizaje deberá ser la base para, de un lado, generar protocolos tanto públicos como privados que permitan afrontar con éxito y de manera inmediata situaciones similares, y, de otro, hacer más eficientes y competitivas las operaciones de comercio exterior.
- v. Las medidas de coyuntura aprobadas por el gobierno tuvieron por finalidad paliar el impacto negativo derivado por la pandemia del COVID-19 en los actores de la cadena logística internacional de mercancías. Estas medidas respondieron a una razonable lógica de sustento y se encontraban en línea con estándares internacionales.
- vi. La “nueva normalidad” en las operaciones de comercio exterior peruano está relacionada con la virtualización y digitalización de procesos y el uso de plataformas digitales que permitan un distinto, y se espera mejor, relacionamiento tanto entre los distintos actores de la cadena logística internacional de mercancías como entre éstos y las autoridades competentes en materia de comercio exterior.

## Reflexiones en torno al SEIA, a 20 años de su creación

Vito Verna\*

**Resumen.** - El artículo subraya la naturaleza específica del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y su función dentro del sistema de gestión ambiental; haciendo especial énfasis en la participación ciudadana como instrumento clave para lograr que los EIA sean instrumentos confiables y útiles.

Asimismo, aborda los problemas que enfrenta el SEIA para, una vez construidos y en operación los proyectos de inversión, introducir cambios y mejoras, tanto al proyecto como a los planes de manejo ambiental. Finalmente, se señala las falencias regulatorias que presenta la regulación ambiental transectorial del SEIA cuando se trata de Estudios Ambientales (EA) correctivos.

**Abstract.** - The article highlights the specific nature of the Environmental Impact Assessment (EIA) and its role within the environmental management system, with special emphasis on citizen participation as a key instrument for making EIAs reliable and useful instruments.

It also addresses the problems faced by the SEIA to introduce changes and improvements, both to the project and to the environmental management plans, once the investment projects have been built and are in operation. Finally, it points out the regulatory shortcomings of the cross-sectoral environmental regulation of the SEIA when it comes to corrective Environmental Studies (EA).

**Palabras claves.** - Estudio de Impacto Ambiental - Instrumentos de Gestión Ambiental - Regulación Ambiental.

**Keywords.** - Environmental Impact Assessment - Environmental Management Instruments - Environmental Regulation.

---

\* Abogado por la PUCP, Magister en Economía Gestión Ambiental por la Universidad Comercial Luigi Bocconi, socio de CMS Grau y profesor universitario en la PUCP y UPC. Este artículo ha sido elaborado con la muy significativa participación del abogado **Mauricio Black**, a quien le agradezco mucho el importante aporte a esta, nuestra humilde contribución.

## I. Introducción<sup>1 2</sup>

En el momento en que empezaron a aparecer normas jurídicas que regulaban las actividades humanas en función a su interrelación con la naturaleza, no solo apareció el Derecho Ambiental, la ciencia se convirtió en un componente fundamental en la creación e interpretación del derecho positivo ambiental.

Qué actividades debemos incentivar, cuáles restringir, en qué medida la sustancia A, B, o C, disminuye las posibilidades de concebir o aumenta las probabilidades de contraer una enfermedad, cuál es el nivel máximo de concentración de gases efecto invernadero presentes en la atmósfera que no representa una amenaza para la estabilidad climática global, cuáles sustancias químicas amenazan la capa de ozono y qué función desempeña esta capa para la biósfera; estas y miles de interrogantes más deben ser respondidas por las ciencias, y dependiendo de sus respuestas, los países deben negociar acuerdos internacionales y el Derecho Ambiental deberá escribirse, o mejor sea dicho, empezar a ser discutido, consensuado, escrito y aplicado.

Hoy tenemos certezas respecto de las limitaciones que enfrenta la regulación para frenar los daños que seguimos generando a la naturaleza. Estas limitaciones se explican en varios factores, sin embargo, queremos resaltar aquel referido a la incertidumbre, por el cual, resulta imposible anticipar todas las consecuencias que una actividad humana provocará en el sistema ambiental.

En ese escenario de incertidumbre, se forja el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), que se inspira, no solo en la finalidad de prevenir la afectación negativa del ambiente, **sino en la necesidad de ofrecer una respuesta especial, singular y *ad hoc*** para una actividad particular (proyecto) que entrará en interacción con un ecosistema que siempre será único e irrepetible.

Para el profesor Gomez Orea “Todo estudio de impacto ambiental debe plantearse con carácter específico para cada caso; gráficamente se suele decir que debe ser como un traje a la medida<sup>3</sup>”. Asimismo añade que:

“La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es uno de los principales instrumentos de gestión ambiental, cuya mayor virtualidad la adquiere cuando se utiliza de forma complementaria al resto de los instrumentos...<sup>4</sup>”

Este artículo pretende resaltar la importancia de la especialidad como criterio principal, fundacional, esencial y finalista del SEIA, y analizarlo en el marco de la

---

<sup>1</sup> Por EIA nos referimos indistintamente a la Declaración de Impacto Ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental semi detallado y el Estudio de Impacto Ambiental detallado.

<sup>2</sup> Por EA nos referimos conjuntamente a los instrumentos de gestión ambiental complementarios al SEIA y a los EIA.

<sup>3</sup> GOMEZ OREA, Domingo. *Evaluación de Impacto Ambiental. Un instrumento preventivo para la gestión ambiental*. Segunda edición. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2002, p 285.

<sup>4</sup> GOMEZ OREA, Domingo. *Evaluación de Impacto Ambiental. Un instrumento preventivo para la gestión ambiental*. Segunda edición. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2002, p. 217

simplificación administrativa, la cual podría desfigurarla a través de la estandarización o simplificación de los EIA.

La enorme diversidad de variables que engloba un ecosistema, en el orden biológico, físico y químico, las cuales entrarán en contacto con los componentes de un proyecto, deben ser analizados en clave sistémica, para identificar la posible o probable aparición de impactos ambientales o sociales que deberán ser gestionados para potenciarlos, prevenirlos, mitigarlos o compensarlos.

Estos impactos al ser una *res nova* no pueden ser anticipados por ninguna norma legal general y, por lo tanto, requieren de un abordaje especial, el cual es atendido a través del EIA y el plan de manejo ambiental que este documento contiene.

En este orden de ideas, la evaluación del impacto ambiental y el EIA constituyen instrumentos ambientales dirigidos a ofrecer una alternativa a la necesaria especialidad que demanda la gestión ambiental.

Una segunda reflexión que compartimos en las líneas que siguen, está inspirada en la tensión que plantea un SEIA en el que predomina notoriamente un enfoque preventivo en desmedro de otro preventivo-adaptativo.

Desde nuestra visión, el SEIA que nos rige actualmente presenta deficiencias para, una vez construidos y en operación los proyectos, el administrado y el Estado puedan adaptar a lo largo del tiempo las medidas del plan de manejo ambiental a la realidad. En definitiva, es esta realidad la que nos presenta los impactos concretos y palpables, reales y apremiantes.

En este sentido, creemos que el SEIA debe considerar con igual intensidad las dos oportunidades que tiene para gestionar adecuadamente los impactos ambientales; la primera, que aparece en el momento en que diseñamos y evaluamos los proyectos (predictivo y anticipativo); y, la segunda, que se presenta una vez iniciada la etapa de construcción y operación del proyecto, durante la cual, la realidad de los acontecimientos mitiga la incertidumbre y nos permite hacer lo necesario para conservar el ambiente y la paz social.

En tal sentido, el presente artículo plantea la urgente necesidad de iniciar la búsqueda de respuestas a dos preguntas, que entendemos centrales para nuestro SEIA:

- i. **¿El SEIA, tal y como es regulado hoy, constituye un sistema que busca soluciones ambientales especiales acordes a la particularidad de los proyectos y ecosistemas en interacción?**
- ii. **¿El SEIA es un sistema que permite la corrección preventiva, continua y adaptativa, de las desviaciones entre los impactos estimados y los impactos reales?**



Más que dos preguntas a las cuales debe buscarse una respuesta, estas son dos cuestiones que deben servir como lineamientos tanto para la elaboración de EIA como para su evaluación.

Creemos que **especialidad y corrección adaptativa** deben ser siempre dos características reconocibles en los EIA para lograr la eficacia de este instrumento de gestión ambiental, por las razones que pasamos a desarrollar.

## II. La especialidad del EIA

La regulación ambiental cuenta con disposiciones de protección ambiental generales, aplicables de forma homogénea a un amplio espectro de entornos ambientales, estas normas, por su aplicación extendida y estandarizada son fáciles de comprender y fiscalizar, sin embargo, en algunos escenarios podrían demostrar ser insuficientes o excesivas al momento de prevenir, mitigar o compensar un impacto ambiental.

Ejemplos emblemáticos de este tipo de normas de aplicación general, lo constituyen los Límites Máximos Permisibles (LMP), los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) o normas sobre residuos sólidos que, en el primer caso, fijan en forma general un límite a la contaminación que puede ser liberada al ambiente legalmente, y en el segundo, se establecen parámetros para evaluar el riesgo ambiental que podría estar presente en alguno de sus componentes. En ningún caso, estas normas responden a la realidad (biológica, física u química) de los escenarios en que se aplicarán.

Este tipo de regulación general cumple una función muy importante para la gestión ambiental, debido a un gran número de importantes razones que no es momento de abordar, sin embargo, estas normas requieren ser complementadas o sustituidas con medidas especiales, diseñadas a la medida de los impactos ambientales concretos identificados.

Este tipo de medidas especiales, cuando se encuentran en los EA reciben el nombre de compromisos ambientales. Los compromisos ambientales, nacen de un EA, que puede ser preventivo (Declaración de Impacto Ambiental o EIA), o complementario al SEIA (Programas de Adecuación Ambiental, Planes de cierre, etc.) y tienen como característica: i) **su especialidad** (han sido concebidos y diseñados para atender uno o más impactos ambientales concretos), ii) **tienen fin ambiental** (y/o social) buscan prevenir, mitigar o compensar un impacto ambiental determinado, y iii) **fuerza meta o extra regulatoria**, es decir, reconocen como única fuente de creación un EA, no son creados por normas jurídicas; de esta forma se mantiene el rol complementario respecto de la regulación ambiental general.

El ecosistema es complejo, al igual que las comunidades humanas asentadas en él, por lo tanto, las medidas de gestión ambiental que un proyecto debe cumplir para lograr una integración armónica con su entorno social y ambiental deben ser

especiales en cada caso; recetas estandarizadas aplicadas a situaciones altamente complejas podrían ser contraproducentes.

El valor de la especialidad radica en su capacidad para responder adecuadamente a diversas situaciones, cada una distinta de la otra. Imaginemos, por ejemplo, que un proyecto descargará efluentes en un cuerpo de agua léntico que alberga una gran cantidad de especies de flora y fauna, algunas de ellas endémicas; en ese caso, debería estudiarse científicamente los posibles efectos de los compuestos químicos presentes en este efluente en la flora y fauna presente en el lago, ello con la finalidad de establecer si existe la posibilidad de que se produzcan impactos ambientales significativos, y, de ser este el caso, adoptar medidas apropiadas a este caso en particular. Estas medidas podrían involucrar compromisos relativos a monitoreos frecuentes y la aplicación de restricciones cualitativas y cuantitativas a sus efluentes, que podrían ser más altos que los establecidos en los LMP aplicables al caso.

Sólo el EA puede tomar en consideración la presencia y vulnerabilidad de las especies endémicas que presentamos en el ejemplo, y establecer las medidas necesarias para su protección. La especialidad del EA constituye la respuesta a la complejidad que plantea el proyecto y el entorno, y en ella, precisamente, radica su valor como instrumento de gestión ambiental complementario de la regulación general.

El precio de la especialidad se paga en tiempo. En efecto, la observación y registro de los ciclos naturales, el estudio de las especies y de las condiciones físico-químicas, los procesos de participación ciudadana, el relacionamiento con comunidades culturalmente distintas, el análisis de la información, el proceso de evaluación del EIA, todo ello y más, consume tiempo. A mayor detalle o especificidad de la información, por lo menos en nuestro país, corresponde mayor tiempo de elaboración y evaluación del EIA.

El EIA constituye la respuesta que ofrece el Derecho Ambiental a la complejidad del ecosistema, a través de este estudio debemos caracterizar el entorno: la biosfera (flora y fauna presentes), geosfera (clima, suelo, agua y aire) y el medio social (población, composición, salud, educación, economía, hábitos, temores, intereses, etc.); luego debemos describir el proyecto, acto seguido, identificar, a partir de la interrelación (ambiente - proyecto), los impactos ambientales y sociales, valorarlos y cualificarlos, para finalmente, diseñar las medidas especiales (compromisos) para prevenir, mitigar o compensar los impactos.

Ahora bien, en este punto aparece una pregunta clave: ¿Hasta qué punto debemos profundizar o detallar el estudio del ecosistema social y ambiental y sus interacciones con el proyecto?

El Derecho Administrativo cubre las normas que regulan el procedimiento de elaboración y evaluación del EIA, y, en consecuencia, una parte de la respuesta a esta cuestión la debemos buscar en los derechos y garantías reconocidos por esta

rama del Derecho a los administrados, tales como: “plazo razonable”, o en principios como el de “Simplicidad”.

En este orden de ideas, es claro que nos situamos frente a dos fuerzas en aparente oposición, por un lado, tenemos la necesidad de producir EIA especiales y adecuados a cada ecosistema y proyecto: y por el otro, tenemos los derechos y principios del Derecho Administrativo, los cuales buscan diseñar procedimientos razonablemente simples y céleres.

Ahora bien, ¿Cómo es que la complejidad humana, social y ambiental ingresan al EIA y se procesa para, a partir de ese punto, producir planes de manejo ambiental especiales, eficientes y eficaces? Creemos que las vías a través de las cuales se introduce información específica, relevante y singular a los EIA son: **i) los procesos de participación ciudadana; y, ii) el proceso de construcción de la línea base ambiental.**

En qué forma la Ley y Reglamento del SEIA trata ambos procesos constituye un dato importante, aunque no definitivo, para poder ensayar una opinión sobre las probabilidades que el EIA sea un instrumento verdaderamente complementario a los demás instrumentos de gestión ambiental (IGA) y especialmente diseñado para un proyecto particular y específico.

#### **i. Participación ciudadana en la regulación**

La Participación Ciudadana aparece en el artículo 1 de la Ley del SEIA, cuando se listan las tres finalidades de la Ley: “c) El establecimiento de los mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental<sup>5</sup>”; y, en el Capítulo III de la mencionada Ley.

En el Capítulo III, la Ley consagra la necesidad de promover la participación ciudadana, tanto en el proceso de elaboración de EIA (instancias no formales) como en el proceso de evaluación del EIA (instancias formales), siendo, por lo tanto, un deber del proponente y del Estado lograr asegurar la participación efectiva de la población, incorporar su voz y que ésta tenga un valor relevante y notorio en ambos procesos.

La Ley establece, respecto de la autoridad evaluadora: i) la facultad de solicitar información a la ciudadanía durante la etapa de evaluación del EIA, (facultad no desarrollada) ii) la obligación de realizar una “consulta formal” respecto del proyecto en evaluación, y iii) que la autoridad ponga a disposición de la ciudadanía el texto del EIA y difunda su existencia a través de medios convencionales y electrónicos de comunicación<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ley N° 27446. Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 23 de abril de 2001.

<sup>6</sup> Ley N° 27446. Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 23 de abril de 2001. Artículo 14.

Asimismo, se identifica a la Audiencia Pública como un mecanismo de participación ciudadana para los EIA.

Por su parte, el proponente debe presentar a la autoridad su Plan de Participación Ciudadana y sufragar los gastos que demande todas las acciones ahí consideradas, desde la difusión del EIA hasta la audiencia pública.

A su turno, el Reglamento del SEIA, en el artículo 68, define a la participación ciudadana como:

“...un proceso dinámico, flexible e inclusivo, que se sustenta en la aplicación de múltiples modalidades y mecanismos orientados al intercambio amplio de información, la consulta, el diálogo, la construcción de consensos, la mejora de proyectos y las decisiones en general, para contribuir al diseño y desarrollo responsable y sostenible de los proyectos de inversión, así como de las políticas, planes y programas de las entidades del sector público”<sup>7</sup>.

Y establece su obligatoriedad en todos los tipos de EIA, incluso cuando se trate de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

El artículo 70 define los mecanismos de participación ciudadana como:

“...instrumentos para la difusión de información y la generación de espacios para la formulación de opiniones, observaciones, sugerencias, comentarios y otros aportes orientados a mejorar los procesos de toma de decisiones respecto de los estudios ambientales...<sup>8</sup>”

Asimismo, proporciona un listado referencial de los mecanismos, entre los cuales tenemos los siguientes:

“...publicación de avisos; distribución de Resúmenes Ejecutivos y acceso público al texto completo del estudio ambiental; buzones de observaciones y sugerencias; oficinas de información y participación ciudadana; visitas guiadas; consulta con promotores; mecanismos para canalizar observaciones y sugerencias ante la autoridad; talleres o reuniones informativas; audiencias públicas con participación de intérpretes en lenguas locales...<sup>9</sup>”

Parte importante de la regulación sobre participación ciudadana aplicable a los procesos de elaboración y evaluación de los EA se encuentra en el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado por D.S. 002-2009-MINAM, el cual es de aplicación a los organismos adscritos al Ministerio del

---

<sup>7</sup> Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 25 de setiembre de 2009. Artículo 68.

<sup>8</sup> Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 25 de setiembre de 2009. Artículo 70.

<sup>9</sup> *Ídem*.

Ambiente, así como a las entidades integrantes del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, en los tres niveles de gobierno.

Este dispositivo contiene normas que desarrollan: i) el acceso a la información ambiental, ii) los mecanismos para transparentar la información con la que cuentan las instituciones públicas, iii) la participación ciudadana y sus mecanismos, primero en términos generales y luego, específicamente, cuando se trata de la participación ciudadana en el marco de los procesos de elaboración y evaluación del impacto ambiental.

En este último extremo, el reglamento desarrolla, en modo, forma y oportunidad dos mecanismos clave en los procesos de elaboración y evaluación de impacto ambiental, a saber: el Taller Participativo y la Audiencia Pública.

El Reglamento encarga al proponente la elaboración del plan de consulta, documento que se expresa en el Plan de Participación Ciudadana, el cual es sometido a evaluación de la autoridad pública, sin embargo, ello nunca será suficiente para generar confianza en el proceso, requisito indispensable para que la población exprese la información que conoce, los sentimientos que experimenta y las observaciones que tiene.

En tal sentido, **el Reglamento adolece, en este extremo, de las normas que aseguren el involucramiento activo, cercano y confiable de los funcionarios públicos con el proceso**, asignándoles, deberes, actuaciones y resultados específicos, que aseguren la participación de la población y la sociedad civil organizada, en especial de las instituciones académicas, gremios profesionales y asociaciones empresariales más cercanas al proyecto.

Respecto de los reglamentos de protección ambiental sectoriales, el minero, aprobado por D.S. 040-2014-EM<sup>10</sup>, constituye una buena fuente de consulta, por el interesante desarrollado del tema de participación ciudadana y relacionamiento comunitario que ofrece.

En primer lugar, el reglamento minero contempla el requisito de participación ciudadana temprana y obligatoria en el artículo 29, al imponer al proponente la obligación de comunicar a la autoridad ambiental la fecha de inicio de elaboración del EIA o de su modificación, **indicando los mecanismos de participación ciudadana efectuados antes de la elaboración del estudio ambiental**, asimismo, se establece que el Plan de Participación Ciudadana se presenta una vez concluida la elaboración de la línea base del estudio y antes de la presentación del EIA.

---

<sup>10</sup> Decreto Supremo N° 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 12 de noviembre de 2014.

Respecto de la actuación e involucramiento de los funcionarios públicos en el proceso, el artículo 29 establece una norma central, la cual acertadamente prescribe que:

“c) La línea base, la identificación y evaluación de los impactos, así como la estrategia de manejo ambiental, debe ser elaborado por la consultora, **en coordinación con la Autoridad Ambiental Competente** y con participación del titular minero...<sup>11</sup>”

De esta forma se pretende involucrar, desde instancias iniciales, a la autoridad de certificación en el proceso de elaboración del EIA, la cual deberá asegurarse que la metodología propuesta por el proponente asegure entre otras cosas, la participación ciudadana de las personas interesadas, haciendo especial énfasis en aquellas que serán afectadas por el proyecto.

En el artículo 122, se regula la visita de campo para el levantamiento de la Línea Base, la cual puede ser solicitada por el titular de la actividad minera, antes de presentado el estudio u ordenada por la autoridad ambiental dentro de una ventana de oportunidad, que va desde la comunicación de inicio de elaboración del EIA hasta 30 días posteriores a la realización de la última audiencia. La visita busca dar a conocer en el sitio, los alcances generales del EIA, destacando los aspectos más relevantes identificados en el proceso de elaboración del estudio.

La autoridad ambiental competente podrá convocar la participación de las autoridades y población. Además del proponente o su representante, deberán asistir la consultora encargada de realizar el estudio.

## **ii. La Línea de Base en la regulación**

Respecto de la Línea de Base, la Ley de SEIA se limita a establecer algunos permisos burocráticos que deberá tramitar y obtener el proponente del proyecto a efecto de poder iniciar con la elaboración del referido estudio.

Por su parte, el Reglamento de la Ley del SEIA no dedica ninguna norma al tratamiento de la línea de base. Las menciones a la línea base se encuentran en los anexos de esta norma (Anexo 1: Definiciones y Anexos 3 y 4, sobre Términos de Referencia de EIA), con lo cual queda bastante claro que, en su momento, el estudio de línea base fue concebido como un tema técnico de responsabilidad exclusiva del proponente y consultora ambiental.

Por Ley 30327, “Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible”, del mes de mayo de 2015, se introdujo la posibilidad del uso libre y compartido de la información de la línea base de un EIA

---

<sup>11</sup> Decreto Supremo N° 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 12 de noviembre de 2014, artículo 29.

aprobado, ya sea para el mismo proponente o un tercero, el cual puede pertenecer al mismo sector económico o no.

Las condiciones para el uso compartido de la información de la línea de base son: que no haya transcurrido más de 5 años desde la aprobación del EIA, y que el nuevo proyecto de inversión se encuentre íntegramente ubicado en el área física de la línea base preexistente.

El uso parcial de una línea base preexistente se admite igualmente, sin embargo, requiere la conformidad de la autoridad competente, respecto del espacio geográfico que no ha sido materia de la línea base preexistente.

Estas disposiciones fueron desarrolladas por un reglamento<sup>12</sup>, en el que se precisan temas como que el uso compartido de la línea de base aplica también para la elaboración de modificaciones de los EIA y/o instrumentos de gestión ambiental complementarios; se establecen prerrogativas para las autoridades de certificación<sup>13</sup>, deberes del proponente del proyecto<sup>14</sup>, el proceso de supervisión y acompañamiento en campo que realiza la autoridad de certificación al proponente y consultora ambiental mientras elabora la línea de base<sup>15</sup> y el informe final resultante de la supervisión antes mencionada<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Decreto Supremo N° 005-2016-MINAM. Reglamento del Título II de la Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible y otras medidas para optimizar y fortalecer el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 19 de julio de 2016.

<sup>13</sup> La autoridad de certificación puede solicitar al proponente que se complemente la información de la línea base preexistente cuando la información de la misma no sea compatible con la información necesaria para el nuevo EA; cuando el ecosistema hubiera variado; cuando la línea base preexistente no cubra toda la información necesaria o no tenga el nivel de profundidad y detalle necesario, entre otros supuestos.

El Reglamento faculta a la autoridad de certificación a convocar reuniones de trabajo con el titular y entidades públicas a fin de tratar aspectos técnicos especializados, solicitar información de acuerdo con el Plan de Trabajo de elaboración de la línea del base presentado por el proponente y realizar visitas de campo, entre otras.

<sup>14</sup> a) Presentar el Plan de Trabajo para la elaboración de la línea base del EIA; b) Comunicar periódicamente, el cumplimiento de las actividades de acuerdo al Plan de Trabajo; así como los cambios que pudiera necesitar y que impliquen nuevos aspectos a ser supervisados; c) Permitir y facilitar el acceso al área de levantamiento de la línea base, para el desarrollo de las visitas de campo por parte de la autoridad; Proporcionar la información y documentación solicitada; tomar en cuenta las recomendaciones realizadas por la autoridad, entre otras.

<sup>15</sup> La supervisión o acompañamiento de la autoridad en la elaboración de la línea de base, cuenta con un procedimiento, el cual inicia una vez que el proponente comunica el inicio de la elaboración del EIA, incluyendo el Plan de Trabajo para la elaboración de la línea base, el cual debe contener los aspectos relacionados con el levantamiento de información en campo y gabinete, previo a su ejecución; la autoridad, convoca al titular, a los opinantes técnicos y a las entidades autoritativas a reuniones de coordinación, a fin de conocer los alcances generales del proyecto, el Plan de Trabajo, los aspectos técnicos especializados y los posibles riesgos ambientales que pudieran identificarse en el área donde se desarrolla el proyecto; en atención a las características del proyecto y a la información obtenida en las reuniones de trabajo, la autoridad competente comunica al titular la decisión de realizar visitas de campo para supervisar *in situ* la elaboración de la línea base (Artículo 39).

<sup>16</sup> Luego de la supervisión se emite el informe de supervisión de la elaboración de la línea base del EIA, describiendo las actuaciones y hallazgos relevantes, así como las conclusiones y recomendaciones formuladas por los opinantes técnicos y las Entidades Autoritativas,

El reglamento minero también dispensa un tratamiento extenso a la línea de base, concepto que menciona en 24 oportunidades, y que es objeto de definición, normas sobre elaboración conjunta entre consultoría, proponente y Estado, la necesidad de promover la participación ciudadana en su elaboración, sobre su actualización, etc.

Por su parte, el Ministerio del Ambiente aprobó, por RM 455-2018-MINAM, la Guía para la Elaboración de la Línea Base y la Guía para la identificación y caracterización de impactos ambientales, documento de carácter técnico orientador, que resalta la real importancia de este estudio para el EIA.

### **iii. Reflexión General**

El SEIA consta de una Ley y un Reglamento, ambos dispositivos de aplicación transectorial y subnacional; y, a continuación, de un conjunto de reglamentos sectoriales y subnacionales de desarrollo ulterior, los cuales buscan adaptar la regulación general a las particularidades sectoriales y subnacionales, pero sin perder la debida coherencia con la Ley y Reglamento del SEIA.

En este orden de ideas, las disposiciones de la Ley 30327 y su Reglamento deberían ser incorporadas, en lo que sea pertinente, al nivel regulatorio transectorial del SEIA (Ley y Reglamento del SEIA), de forma tal de poder restablecer el diseño regulatorio primigenio de este sistema.

Respecto del tiempo, introducido a esta reflexión como el costo de la especialidad del EIA, creemos que es función de, para el caso de la participación ciudadana, del nivel de confianza presente en la población, y, para el caso de la línea base, de la cantidad y calidad de la información social y ambiental disponible para el proponente antes de emprender el estudio de línea base.

En ambos casos, las variables mencionadas (confianza e información) son inversamente proporcionales al tiempo, a menor confianza corresponde mayor tiempo y a menor cantidad y calidad de información sobre el territorio y la sociedad corresponde también mayor tiempo de trabajo y análisis.

En el Perú, adolecemos de ambas cosas, confianza e información y, por lo tanto, el mayor tiempo que en el Perú demandan los procesos relacionados con el EA no necesariamente son debidos completamente a trámites burocráticos irrazonables y/o a funcionarios displicentes e insensibles.

#### **a) Participación Ciudadana**

Sin participación ciudadana no existen posibilidades reales que el instrumento de gestión ambiental (IGA) sea concebido a la medida de una particular realidad

---

adjuntando copia de las actas de supervisión, el informe es enviado al titular y a las entidades que participaron (Artículo 40).



social y ambiental, por lo tanto, en atención al criterio o principio de Especialidad del SEIA, debe establecerse con mayor claridad la necesidad de asegurar la efectiva participación ciudadana en la elaboración y evaluación de los EIA.

Creemos que la información que necesita el EIA para delimitar su alcance, identificar los impactos ambientales y sociales, valorarlos correctamente y establecer una estrategia ambiental específica y socialmente aceptable; se encuentra en gran medida en la población y en las instituciones locales, y que el problema principal que enfrentamos radica en conseguir que esta información sea exteriorizada, comprendida por las autoridades, incorporada en el EIA y tomada en cuenta.

Luego de prácticamente 20 años de vigencia de la Ley del SEIA, lo establecido en su artículo 1 sigue siendo acertado, la finalidad es **“asegurar la participación ciudadana”** sin embargo, el desarrollo regulatorio contenido en la Ley y Reglamento del SEIA es aún parcial y no establece con claridad los mecanismos y procedimientos que debemos emprender, en particular desde el Estado, para lograr una efectiva participación ciudadana.

El “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe” (En adelante Acuerdo de Escazú), actualmente abierto a ratificaciones para los países de la región<sup>17</sup>, establece una participación abierta e inclusiva (Art. 7) la cual debe promoverse desde etapas bastante tempranas o preliminares, en este caso de los proyectos (Art. 7 Numeral 4), garantizando a los ciudadanos un plazo razonable para entender la información ambiental (Art. 7 Numeral 5), la cual debe ser presentada en modo y forma comprensible, obviamente teniendo como referencia a los receptores de la información, quienes podrían ser culturalmente distintos a los emisores del mensaje (Art. 7 Numeral 6), el acceso a medios apropiados para presentar sus observaciones y, muy importante, que la autoridad acredite, primero que ha tomado en cuenta las observaciones de la población y, en qué modo han sido consideradas en su decisión (Art. 7 Numeral 7).

Respecto a los Proyectos que se prevén tendrán impactos ambientales significativos, el acuerdo de Escazú, prescribe (Art. 7 Numeral 16) que la autoridad pública:

“... realizará esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo

---

<sup>17</sup> El Congreso, a través de su Comisión de Relaciones Exteriores desestimo la ratificación del Acuerdo de Escazú en el mes de octubre de 2020, por lo que sus disposiciones, por el momento, no tendrán efecto vinculante en nuestro país, aunque sí deberán ser siempre tomadas en consideración para mejorar y porque no interpretar nuestra regulación interna.

sobre el medio ambiente, y promoverá acciones específicas para facilitar su participación<sup>18</sup>”.

Asimismo, establece (Art. 7 Numeral 17) **la publicidad del área de influencia del proyecto**, las características del mismo, la descripción de los impactos ambientales y las medidas para enfrentarlos, las opiniones técnicas de las autoridades públicas que han opinados, durante el proceso de evaluación ambiental, y finalmente, publicitar las acciones de monitoreo ambiental establecidas.

Rescatamos y subrayamos de las citas efectuadas arriba de Escazú, para efectos de la presente contribución, la importancia de establecer claramente, tanto en la Ley como en Reglamento del SEIA la oportunidad en que debe empezar la participación ciudadana, cual es: antes de iniciar la elaboración del EA; también queremos señalar el rol activo que reconoce el Acuerdo al Estado, el cual debe realizar lo esfuerzos necesarios para: **identificar al público directamente afectado, y promover acciones específicas para facilitar su participación.**

En línea con el rol del Estado, destacamos la recomendación de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) relativa a que:

“Antes del inicio de los procesos de participación ciudadana se debe dar conocer su objetivo, a efectos de que la población tenga en claro que la implementación de los mecanismos (...) es una oportunidad para obtener información sobre la ejecución del mismo (proyecto), así como dar a conocer las preocupaciones y observaciones con relación al proyecto<sup>19</sup>”.

Coincidimos con la SPDA en que, considerando nuestra realidad social, resulta muy importante un trabajo previo, que debería estar a cargo de un actor tercero al proponente y la consultora contratada, que consiste en capacitar y sensibilizar a la población sobre la importancia de su participación efectiva y sobre el funcionamiento y la finalidad de los mecanismos de participación ciudadana.

La participación ciudadana constituye un insumo indispensable del SEIA, por lo tanto, debe ser incorporada en lo necesario a sus normas, creemos en clave de obligaciones de resultados en la ley, considerando sistemas objetivos de medición (indicadores cualitativos y cuantitativos) y como obligaciones concretas de actuación estatal en el Reglamento.

## **b) Línea de Base**

Si bien en la presente contribución hemos tratado como canales separados de flujo de información a **la participación ciudadana y al estudio de línea de base**, es un

---

<sup>18</sup> Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf)

<sup>19</sup> CALLE, Isabel y RYAN, Daniel (coords). *La participación ciudadana en los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental: análisis de casos en 6 países de Latinoamérica*. Lima: SPDA, 2016.

hecho que la primera nutre de información al segundo, y constituye un factor clave para su calidad.

El otro elemento central para la línea de base es la información social y ambiental que debería existir sistematizada en fuentes de acceso público. Ante esta carencia, se habilitó una medida que podría ser calificada como reactiva o provisional, que consiste en el reuso de líneas de base de otros proyectos.

Rescatamos de la regulación sobre línea de base el énfasis que pone en la actuación del Estado, reservando para él facultades de evaluación, supervisión y acompañamiento, coordinación de instituciones públicas y observación, entre otras, las cuales son necesarias para asegurar que la línea de base contenga la información necesaria para producir un EIA especial y relevante.

En tal sentido, y en concordancia con la necesidad de generar confianza, la autoridad de certificación debería tener un rol más intenso y definitorio en la generación de información social, como actores institucionales y sociales involucrados, relación de la población con los recursos naturales, identificación de percepciones, intereses, expectativas y temores sociales, respecto del proyecto y la definición del área de influencia directa e indirecta del proyecto.

La Guía para la elaboración de la línea base considera a este estudio como:

“... una de las principales herramientas en el proceso de elaboración de los estudios ambientales y constituye los cimientos para realizar la evaluación de los impactos, diseñar las medidas de manejo y hacer seguimiento a la eficacia de las medidas de control propuestas. Por ello la línea base debe ser preparada con un fundamento técnico sólido<sup>20</sup>”.

En tal sentido, la Ley y Reglamento del SEIA deberían incorporar normas que reconozcan la importancia de la información contenida en la línea de base, la definición del concepto, los estándares de calidad que se espera de ella, el rol del Estado en su construcción y los medios a disposición de las autoridades para lograrlo.

### **III. Estimación y valoración de impactos ambientales aplicada en la etapa operativa de los proyectos**

El SEIA nace, para el caso de los proyectos de inversión, como un sistema para la prevención y corrección anticipada de los impactos que teóricamente se producirán con ocasión de la construcción y operación de estos proyectos.

Consideramos que, naturalmente, la Ley y Reglamento del SEIA fueron diseñados en torno a la estimación y valoración de impactos teóricos, desarrollándose para

---

<sup>20</sup> Ministerio del Ambiente. Guía para la Elaboración de la línea de base, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. 2018, p. 5. <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Guia-Linea-Base.pdf>

tales efectos: procedimientos administrativos, términos de referencia, criterios de evaluación y guías metodológicas, entre otros documentos; sin embargo, la estimación y valoración de impactos ambientales no termina cuando se emite la certificación ambiental, esta actividad perdura, aunque con diferencias, durante toda la vida útil del instrumento de gestión ambiental.

La actividad estimativa debe permanecer para: i) evaluar el plan de manejo ambiental y mejorarlo de forma permanente; evaluar los impactos derivados de las redefiniciones que, a lo largo de su vida, tendrá el proyecto; y, iii) aprobar y adaptar los denominados instrumentos ambientales complementarios. No obstante ello, la Ley y Reglamento del SEIA debido a su diseño primigenio, no contiene la regulación transectorial necesaria para ordenar la actividad estimativa de proyectos y actividades reales y operativos.

La situación que describimos, caracterizada por vacíos o falta de claridad en la regulación contenida en la Ley y Reglamento del SEIA, ha provocado que los reglamentos sectoriales ambientales avancen en llenar los vacíos y aclarar los conceptos, lo que ha ocasionado que se adopten criterios disímiles y regulación diversa para temas comunes en cada sector productivo, lo que produce desorden en el sistema.

Creemos que el SEIA debe avanzar en desplegar regulación transectorial para las etapas de construcción y operación de proyectos, sin perjuicio que la regulación sectorial continúe con su tarea, la cual consiste en adaptar la regulación general a las particularidades sectoriales.

A continuación, nos referiremos a algunos casos que ejemplifican la problemática descrita:

#### **i. Actualización y Modificación del EA**

Cuando se elabora y evalúa un EIA la estimación de impactos es teórica, se realiza sobre la base de información del proyecto definida a nivel de factibilidad e información social y ambiental del área de interés para el proyecto, obtenida de fuentes primarias y secundarias.

Cuando el proyecto inicia su etapa de construcción y operación podríamos considerar que, al enfrentarnos a impactos reales, la estimación no resulta aplicable; sin embargo, la actividad prospectiva de continuar debido principalmente, a que las interacciones y reacciones entre el proyecto y el entorno continuará mientras ambas entidades coexistan.

¿Cómo las medidas del plan de manejo ambiental responden y se adaptan a un ambiente y proyecto vivo, en constante cambio e interacción? El SEIA, tal y como se encuentra regulado hoy no ofrece una respuesta clara.

#### **a) La actualización del EA**

En el SEIA subsiste a la fecha una notoria falta de uniformidad de criterios al intentar definir la actualización de instrumentos de gestión ambiental. Aun con reglas delimitadas en la normativa de SEIA, al evocar el término, muchos operadores técnicos y legales incluyen erróneamente dentro de sus límites elementos propios de otros instrumentos, como por ejemplo el potencial para proponer la regularización de componentes no evaluados previamente – que es una tarea reservada a los instrumentos correctivos extraordinarios, a los cuales nos referiremos más adelante.

El Reglamento del SEIA regula la actualización de los EIA en su artículo 28 y 30, textos que pasamos a analizar:

Artículo 28:

“(…)

Las medidas y planes de los estudios ambientales de Categoría I, II y III, están sujetos a actualización cada vez que se realicen cambios o modificaciones que varíen de manera significativa el alcance o posibles impactos del proyecto de inversión materia del estudio ambiental aprobado o en caso que se aprueben nuevas normas que así lo determinen.

La modificación del estudio ambiental o la aprobación de instrumentos de gestión ambiental complementarios, implica necesariamente y según corresponda, la actualización de los planes originalmente aprobados al emitirse la Certificación Ambiental<sup>21</sup>”.

Artículo 30:

“El Estudio Ambiental aprobado, debe ser actualizado por el titular en aquellos componentes que lo requieran, al quinto año de iniciada la ejecución del proyecto y por periodos consecutivos y similares, debiendo precisarse sus contenidos, así como las eventuales modificaciones de los planes señalados en el artículo precedente. Dicha actualización será remitida por el titular a la Autoridad Competente para que ésta la procese y utilice durante las acciones de vigilancia y control de los compromisos ambientales asumidos en los estudios ambientales aprobados (...)”<sup>22</sup>”.

La actualización, tal y como es regulada fue diseñada para atender la necesidad de sistematización del EIA luego que se produce un cambio o modificación que varíen los impactos del proyecto.

---

<sup>21</sup> Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 25 de setiembre de 2009.

<sup>22</sup> *Ídem*.

Una primera cuestión consiste en determinar si la actualización se realiza respecto de proyectos en operación con EIA aprobados o es aplicable también a proyecto con EIA aprobados que aún no entran en etapa de construcción y operación.

Como sabemos, todo cambio que involucre una variación de los impactos debe tramitarse a través de un procedimiento de modificación de EIA, el cual puede iniciarse con la presentación de un Informe Técnico Sustentatorio (ITS) -si se trata de cambios que se estima tengan impactos no significativos- o una Modificación de EIA, cuando los impactos previsto han sido valorados como significativos.

La modificación del EIA puede presentarse, luego de aprobado el EIA y durante toda la vigencia de la certificación ambiental, en este orden de ideas, y considerando lo establecido en el artículo 28, creemos que la actualización también puede presentarse en este mismo espacio de tiempo, siempre que se haya producido un cambio en el EIA.

La actualización, tal como lo regula el Reglamento del SEIA, constituye una obligación del titular de un EIA, la cual responde a la necesidad de “actualizar” los planes que contienen los EIA, los cuales quedarían desfazados en dos supuestos, a saber: i) cuando se modifica el EIA o ii) cuando las exigencias y estándares ambientales normativos que fueron considerados al momento de elaborar el EIA han sido cambiados.

Por su parte, el artículo 30, añade una obligación adicional al titular del proyecto, la cual consiste en revisar cada 5 años si alguno de los componentes (planes) de su EIA requiere ser actualizado.

Un aspecto importante, que no debe pasar desapercibido, es que en el artículo 30 se establece que el titular debe presentar la actualización para que la autoridad “la procese” con fines de vigilancia y control de los compromisos ambientales asumidos.

Consideramos que, tanto el artículo 28 como el 30 regulan la actualización de EIA como una actividad de mera sistematización y puesta a punto del estudio, en concreto de los planes que componen la estrategia ambiental, limitando la función de la autoridad a una mera actividad de “procesamiento con fines de vigilancia y control de compromisos ambientales,” lo que puede llevarnos a concluir que en la actualización del EIA no cabe actividad de evaluación o reexamen de impactos ambientales.

Ahora bien, el desarrollo que realizan los reglamentos ambientales sectoriales de la Actualización ha sido en algunos casos neutro, es decir no han deducido nuevas reglas particulares a partir de las antes reseñadas reglas generales, y en otros, disruptivo, al haber creado un nuevo enfoque y finalidad para la Actualización.

Así, según este nuevo enfoque, la actualización busca optimizar la eficacia de las medidas de manejo ambiental, a partir de un esfuerzo constante para, a la luz de su aplicación concreta en la realidad, mejorarlas continuamente.

El primer reglamento ambiental sectorial en regular la actualización según el enfoque de optimización o mejora continua fue el minero<sup>23</sup>, en el año 2014. Al respecto, su artículo 128 establece:

(...)

La actualización comprende: el análisis de los impactos reales de la operación en curso en los recursos agua, aire, suelo, fauna y flora y otros aspectos ambientales y sociales, contenidos en el estudio, sobre la base de los reportes de monitoreo u otra fuente de información, a fin que de ser necesario, se propongan mejoras en la estrategia de manejo ambiental aprobada<sup>24</sup>.

(...)

Tres años después, por Resolución Ministerial N° 056-2017-MINAM, se publicó el Proyecto de norma que aprobaría las “Disposiciones para la Actualización y Modificación de EA para la Mejora Continua de los Proyectos de Inversión Sujetos al SEIA”, el cual en su artículo 26 establecía que:

“La actualización del estudio ambiental aprobado es un mecanismo que aplica después de la ejecución del proyecto de inversión, cuya finalidad es la mejora continua de la gestión ambiental de los proyectos de inversión sujetos al SEIA, contribuyendo a la mejora del desempeño ambiental del titular del proyecto de inversión<sup>25</sup>”.

Si bien este proyecto hasta ahora no se convirtió en regulación legal, la reglamentación de la Actualización como un mecanismo de optimización y mejora continua de los planes de manejo fue recogida, además de en el sector minero, en el sector Transportes<sup>26</sup>, y Pesca y Acuicultura<sup>27</sup>. Otros reglamentos, como el del sector Agrario<sup>28</sup>, Hidrocarburos<sup>29</sup> o Industria Manufacturera<sup>30</sup>, tratan la Actualización en consonancia con la Ley y Reglamento del SEIA; en el caso del

---

<sup>23</sup> Decreto Supremo N° 040-2014-EM. Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 25 de setiembre de 2014.

<sup>24</sup> *Ídem*.

<sup>25</sup> Resolución Ministerial N° 056-2017-MINAM. Disponen la prepublicación del Proyecto de Decreto Supremo que aprueba las “Disposiciones para la Actualización y Modificación de Estudios Ambientales para la Mejora Continua de los Proyectos de Inversión Sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)”. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 24 de febrero de 2017.

<sup>26</sup> Decreto Supremo N° 004-2017-MTC. Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 17 de febrero de 2017. Artículo 19.

<sup>27</sup> Decreto Supremo N° 012-2019-PRODUCE. Reglamento de Gestión Ambiental de los Subsectores Pesca y Acuicultura. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 11 de agosto de 2019.

<sup>28</sup> Decreto Supremo N° 019-2012-AG. Reglamento de Gestión Ambiental del Sector Agrario. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 14 de noviembre de 2012.

<sup>29</sup> Decreto Supremo N° 039-2014-EM. Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 12 de noviembre de 2014.

<sup>30</sup> Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE. Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 6 de junio de 2015.

sector Vivienda<sup>31</sup>, el tratamiento es original, debido a que contempla la Actualización en caso durante la supervisión estatal se determine la insuficiencia del plan de manejo ambiental.

La necesidad de mejorar o adecuar constantemente los planes de manejo ambiental es común a todos los EA, y es por ello que la regulación aplicable debería seguir criterios básicos uniformes, reservando a los sectores la definición de cuestiones particulares, propias de la especialidad de las actividades económicas que tienen bajo su competencia.

Finalmente, si bien los términos de la actualización vigente se han establecido por ahora para casos de instrumentos preventivos, lo cierto es que la actualización de los instrumentos correctivos es una necesidad también, por ello la regulación sectorial la prevé, como lo veremos más adelante, para el sector hidrocarburos y el subsector pesquero<sup>32</sup>.

## **b) La Modificación**

Ningún otro instrumento pone de manifiesto tan claramente la inflexibilidad del sistema estimativo vigente como lo hace la modificación de instrumentos ambientales. En primer término, la legislación general solo la prevé para casos de instrumentos preventivos, haciendo al margen a los instrumentos correctivos. Este problema también es abordado por los reglamentos sectoriales, los cuales habilitan la posibilidad de modificar instrumentos correctivos, sin embargo, no queremos dejar de reforzar la premisa -dentro de un esquema de estimación ambiental- de que no se justifica que no se regule en las normas transectoriales generales la oportunidad de modificar un instrumento correctivo.

Adicionalmente a este hecho, se suele criticar la velocidad con la que la autoridad evalúa los instrumentos de modificación, los cuales, al resultar esencialmente preventivos, condicionan la implementación de nuevos componentes al interior de los proyectos, los cuales enfrentan urgencias sociales y financieras. Como respuesta a este esquema de modificación, se instauró, por norma de la PCM, el régimen de ITS, reservado para impactos no significativos, sin embargo, subsisten reglas sectoriales disímiles en cuanto a su aplicación, a saber: i) respecto del número máximo de ITS para plantear por cada proyecto, ii) respecto a qué tipo de componentes/procesos considerar como generadores de impactos “no significativos”, iii) respecto a las condiciones ecosistémicas que restringen la presentación de un ITS (como plantear la incorporación de componentes dentro de ecosistemas frágiles), entre otras.

---

<sup>31</sup> Reglamento de Protección Ambiental para proyectos vinculados a las actividades de Vivienda, Urbanismo, Construcción y Saneamiento, Decreto Supremo N° 015-2012-VIVIENDA, modificado por Decreto Supremo N° 014-2019-VIVIENDA. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 3 de abril del 2019.

<sup>32</sup> Decreto Supremo N° 012-2019-PRODUCE. Reglamento de Gestión Ambiental de los Subsectores Pesca y Acuicultura. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 11 de agosto de 2019, Artículo 48.



## ii. Instrumentos de gestión ambiental complementarios

Al remitirnos a la normativa general nacional, podemos obtener nociones de cómo el legislador trató de enfocar la estimación de impactos dentro del proceso general de evaluación ambiental. Si tomamos como referencia, por ejemplo, el primer artículo de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), publicada en el año 2001, encontraremos remisiones orientadas a un esquema preferentemente preventivo de corrección anticipada:

“La presente Ley tiene por finalidad:

a) La creación del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión<sup>33</sup>”.

¿Y qué se debe considerar como parte de lo preventivo? Toda aquella medida orientada a la estimación de impactos de manera previa a su materialización, es decir, el momento que consideró oportuno el legislador para realizar la estimación ambiental de los proyectos adscritos al SEIA fue aquel en donde los impactos se habían previsto, pero no materializado.

En el año 2005, con la publicación de la Ley General del Ambiente, se incluyó un amplio espectro de herramientas orientadas al cumplimiento de objetivos y metas ambientales a nivel nacional, a través de los instrumentos de gestión ambiental, regulados en el artículo 17:

“17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley<sup>34</sup>”.

Gracias a esta inclusión, la legislación ambiental nacional permitió reconocer mecanismos adicionales a los preventivos ya previstos por la normativa del SEIA. Sin embargo, no fue sino hasta la publicación del Reglamento de la Ley del SEIA (año 2009), que el sistema los acogió formalmente, bajo el criterio de complementariedad, así el artículo 13 de la referida norma prescribe:

“Los instrumentos de gestión ambiental no comprendidos en el SEIA son considerados instrumentos complementarios al mismo. Las obligaciones que se establezcan en dichos instrumentos deben ser determinadas de forma concordante con los objetivos, principios y criterios que se señalan en la Ley y el presente Reglamento, bajo un enfoque de integralidad y

---

<sup>33</sup> Ley N° 27446. Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 23 de abril de 2001, Artículo 1.

<sup>34</sup> Ley N° 28611. Ley General del Ambiente. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 15 de octubre de 2015.

complementariedad de tal forma que se adopten medidas eficaces para proteger y mejorar la salud de las personas, la calidad ambiental, conservar la diversidad biológica y propiciar el desarrollo sostenible, en sus múltiples dimensiones<sup>35</sup>”.

De este modo, y luego de analizar la aplicación conjunta de los artículos antes citados, no debería quedar duda alguna de que, si bien el SEIA privilegia la estimación ambiental enfocada en instrumentos preventivos, también el esquema correctivo (y sus instrumentos) son reconocidos como complementarios al sistema, por lo que deben regirse por reglas similares a las que se aplican a sus instrumentos principales, incluyendo los criterios de estimación que deben formar parte de la normativa ambiental general.

Pero entonces, ¿a qué nos referimos al mencionar este “esquema correctivo”? Hasta el momento, la premisa que habíamos manejado en líneas generales es que la estimación resulta crucial para la previsión de proyectos futuros y para la corrección adaptativa del proyecto al entorno ¿Y qué pasaría si el proyecto sí existiese a la fecha de la estimación? Para este caso particular, la estimación resulta igualmente necesaria, aunque diversa.

Siguiendo este razonamiento, el esquema correctivo no es sino aquel destinado a aplicarse para aquellas actividades en curso, que requieren adaptarse al régimen ambiental vigente. ¿Y cómo se materializa este esquema correctivo? Consideramos que existen dos supuestos bajo los cuales se implementa los esquemas de corrección: i) la incorporación de nuevas actividades al SEIA y ii) la regularización de componentes no evaluados de proyectos en marcha.

Respecto del primero, el régimen de corrección intenta responder a la necesidad de incorporar progresivamente -y por primera vez- una serie de actividades económicas dentro del esquema normativo de gestión de impactos ambientales. Así, por ejemplo, el primer reconocimiento ambiental formal y sectorial que se estableció para las actividades minero-metalúrgicas en el Perú, fue impulsado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual aprobó el Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente. Un caso más reciente fue el del sector Comercio Interno, el cual fue incorporado al SEIA, a través del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno<sup>36</sup>.

Para ambos casos, tanto el régimen de Minería como el de Comercio Interno, establecieron la posibilidad de que las actividades en curso (a la fecha de entrada en vigencia de cada norma) adscritas a cada sector económico, pudieran adecuarse e incorporarse al esquema de cumplimiento ambiental, mediante el trámite e

---

<sup>35</sup> Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 25 de setiembre de 2009.

<sup>36</sup> Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE. Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 6 de junio de 2015.

implementación de un instrumento correctivo específico: el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental – PAMA.

Por otro lado, respecto del segundo supuesto, la normativa sectorial vigente también prevé situaciones excepcionales para aquellos casos en que los titulares de proyectos de inversión fueron incorporando progresivamente -durante la vida útil del proyecto- componentes o procedimientos nuevos que debieron, pero no fueron evaluados en el marco del SEIA. En función a ello, se estableció la aplicación de instrumentos de naturaleza extraordinaria que abrían la posibilidad de regularizar los componentes no evaluados, mediante la presentación de instrumentos extraordinarios de adecuación. Un ejemplo de esto, se puede observar con la creación del denominado Plan Ambiental Detallado – PAD<sup>37</sup>, del subsector Hidrocarburos, el cual tiene como finalidad “regularizar”, o mejor dicho, incorporar componentes no evaluados a los instrumentos de gestión ambiental del proyecto.

Vayamos a un ejemplo para el primer caso (instrumentos correctivos): una planta de fabricación de harina de pescado, con operaciones iniciadas antes de la vigencia del SEIA, debe adecuarse a las nuevas normas ambientales. El proceso de adecuación implica corregir los impactos reales que viene ocasionando, por lo tanto, la estimación ambiental ya no se enfocará en la identificación de potenciales impactos, sino que deberá analizar la eficacia teórica de las medidas de mitigación en el entorno social y ambiental.

El evaluador deberá responderse preguntas tales como ¿la medida de mitigación prevista para el impacto (concreto y real) “A” es suficiente para restablecer la calidad de componente ambiental “B”? ¿la medida “C” garantizar la rehabilitación de los procesos ecosistémicos comprometidos con la operación? ¿en cuánto tiempo se restablecerá lo dañado? ¿cuál es la percepción ciudadana respecto de la actividad y cómo las medidas de manejo ambiental las afectan?

Como podemos apreciar, la estimación ambiental no es una herramienta exclusiva para ser aplicada a los instrumentos preventivos, también debe ser empleada para los correctivos, aunque de diversa forma.

Igualmente, para el caso de los instrumentos extraordinarios de regularización de componentes no declarados, como el PAD del sector Hidrocarburos, la lógica es similar a la expuesta para los instrumentos correctivos, se trata de evaluar componentes del proyecto que no fueron evaluados en su momento y por lo tanto, implican una evaluación estimativa integral, es decir, analizar cómo el nuevo componentes interactúa con el proyecto en su conjunto, y si las medidas de mitigación primigenias siguen siendo suficientes en el nuevo escenario que plantea el o los nuevos componentes.

---

<sup>37</sup> Decreto Supremo N° 023-2018-EM. Modifica el Reglamento de Protección Ambiental en las actividades de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 7 de setiembre de 2018.

Una serie de interrogantes adicionales se nos presentan en torno a este esquema de instrumentos complementarios ¿La estimación, dentro de los instrumentos correctivos, debe terminar respondiendo únicamente al contexto de adecuación? La respuesta vendría a ser negativa, ya que, después de todo, además de la estimación de los impactos actuales de los proyectos en marcha, también se requiere cierto nivel de estimación enfocada para aquellos cambios eventuales que puedan darse a nivel del proyecto durante toda su vida útil.

La manifestación más concreta de este doble factor estimativo se pone de manifiesto al observar cómo regula el régimen ambiental de industria el instrumento denominado Diagnóstico Ambiental Preliminar - DAP. Mediante la Décimo Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, se reconoce a la DAP como un instrumento correctivo, pero además se abre la posibilidad de estimar los impactos futuros, mediante la presentación de modificaciones o actualizaciones del Plan de Manejo Ambiental de la referida DAP, conforme a lo siguiente:

“Los Diagnósticos Ambientales Preliminares (DAP) aprobados antes de la entrada en vigencia del presente Reglamento, son considerados instrumentos de gestión ambiental de tipo correctivos.

La actualización y modificación del Plan de Manejo Ambiental del DAP, se realizará según lo establecido en el presente Reglamento para los instrumentos de gestión ambiental de tipo correctivo. El titular podrá solicitar a la autoridad competente, la actualización del Plan de Manejo Ambiental en los componentes que lo requieran (...)”<sup>38</sup>.

En ese sentido, el legislador reconoce la posibilidad de modificar a futuro el instrumento correctivo, a modo de respuesta a la realidad variable del proyecto de inversión; y, respecto de la mención que realiza a la actualización, nos preguntamos ¿Se permitirá en el sector industria utilizar la actualización con fines de optimización y mejora continua de las medidas de manejo ambiental o solo con fines de sistematización?

#### **IV. A manera de conclusión**

A 20 años de la aprobación, por insistencia del Congreso, de la Ley del SEIA y a 11 años de la vigencia efectiva del SEIA, hemos querido ofrecer una reflexión acotada a temas que creemos deberían formar parte de un análisis mayor que involucre a todo el SEIA, y que identifique sus aciertos, que los tiene y muchos, pero también sus oportunidades de mejora.

El SEIA produce soluciones a problemas especiales y complejos, que se manifiestan como EIA aprobados, por lo tanto, no debe olvidarse jamás que la

---

<sup>38</sup> Decreto Supremo N° 017-2015-PRODUCE. Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. 6 de junio de 2015. Décimo Segunda Disposición Complementaria Final.

solución, para ser eficaz, debe no solo ser la idónea sino también haber sido construida con quienes padecen el problema. Para el caso que nos ocupa, la solución (EA) sin la participación de los involucrados puede ser percibida como imposición.

Creemos que los esfuerzos de las autoridades públicas a que se refiere el Acuerdo de Escazú, no se limitan a la actividad de evaluación de los estudios ambientales, sino a una actividad especial, a cargo de los entes públicos, paralela e integrada a la que realiza el proponente del proyecto, encaminada a asegurar la participación de la población y la calidad de estudio de línea de base.

Esta actividad de los funcionarios públicos, encaminada a promover y lograr el involucramiento, crítico y constructivo de la población e identificar los elementos clave del estudio de línea de base, tales como área del estudio y los factores ambientales y sociales críticos, no se encuentra suficientemente presente en la regulación transectorial del SEIA.

En ese sentido, urge completar nuestra regulación transectorial con normas que establezcan una participación más activa, constante y cercana de los funcionarios públicos, que deje atrás el enfoque pasivo, normativo y evaluador y lo complemente con otro, que ubique al Estado (o su representante) en el campo y como un actor relevante del proceso de elaboración del EA.

El acto administrativo por el cual se aprueba el EIA se denomina “certificación ambiental”, denominación que alude a una acción del Estado, la cual no puede realizarse sin un involucramiento cercano al proponente, al entorno y a la población, desde fases iniciales de la elaboración del EIA.

Creemos fundamental que el Estado participe activamente:

- i. Capacitando y sensibilizando a la población.
- ii. Acompañando la delimitación del área de estudio de la línea base, en función a una caracterización preliminar del entorno social, institucional y ambiental del proyecto, que implica la identificación de los actores sociales e institucionales, teniendo en consideración la identificación preliminar de los impactos ambientales.
- iii. En la aproximación con los actores sociales e institucionales, para conocer, de forma temprana y directa sus percepciones, intereses, dudas, observaciones y preconceptos relacionados con el proyecto.

Pretender que la certificación ambiental sea creíble, sin un involucramiento temprano, activo y sostenido del Estado, resulta ser una ingenuidad muy costosa para todos los involucrados en el proceso.

Estamos convencidos que, sin un involucramiento efectivo y cercano del Estado en la elaboración de la Línea de Base y la participación ciudadana, el EA no

recogerá la información suficiente para poder ser un estudio específico y a la medida de lo que exige el entorno socio ambiental con el que se interrelacionará el proyecto.

Los esfuerzos por simplificar y acelerar los procesos administrativos de evaluación de los EA, que se traducen en: i) reducir los plazos de que disponen los organismos públicos para efectuar sus análisis y evaluaciones, ii) introducir figuras como la clasificación anticipada de proyectos similares -asociada a la aprobación de términos de referencia comunes- y, iii) el uso compartido de la línea de base ambiental; podrían contribuir en algo, aunque no se ha comprobado que lo hagan, a producir EIA “en masa” y estandarizados. Sin embargo, creemos que la especialidad de los EA es amenazada más intensamente cuando el Estado se repliega en sus oficinas, omite realizar el acompañamiento en campo a la consultora ambiental y proponente, y no promueve activamente la participación ciudadana.

El SEIA debe convertirse en un sistema de identificación, prevención, supervisión, control y corrección de los impactos ambientales derivados de proyectos de inversión, durante todo su ciclo de vida, el cual inicia con su formulación a nivel de factibilidad y concluye con el cierre de las actividades económicas.

Para tal fin es necesario, incorporar en el nivel regulatorio transectorial del SEIA, normas que disciplinen la optimización y mejora adaptativa de los planes ambientales contenidos en instrumentos de gestión ambiental, sean estos preventivos, correctivos o correctivos extraordinarios o de cierre.

Para tal fin, es importante abordar la discusión sobre: cómo sistematizar los IGA, cómo integrarlos en uno solo en caso existan varios IGA para un mismo proyecto, cómo introducir mejoras en los planes ambientales o nuevos estándares o exigencias ambientales; qué lineamientos debe seguir la estimación ambiental cuando se aplica a instrumentos complementarios, qué necesidades satisface la actualización y la modificación de los EA, cuáles son sus diferencias y qué involucran sus procedimientos, etc.

Al parecer, es momento de ponernos a conversar sobre el SEIA.

## Tratamiento de los deberes constitucionales de la persona en el Perú: Una introducción

Gonzalo J. Monge Morales\*

**Resumen.** - Se dice que "así como tenemos derechos, tenemos deberes" o que "a todo derecho le corresponde un deber". ¿Esto es cierto? ¿La Constitución consagra deberes igual de exigibles que los derechos? A lo largo de la historia y hasta la fecha, los deberes de la persona han sido relegados a un lugar secundario en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Constitucional. Es hora de rescatarlos del olvido. Mediante un análisis preliminar e introductorio, el autor plantea que los deberes constitucionales: (i) son imprescindibles para el constitucionalismo contemporáneo; (ii) no son solo obligaciones morales, sino que son jurídicamente exigibles; y, (iii) que deben ser exigibles jurisdiccionalmente. Surgen muchas dudas e interrogantes sobre el tema, pero no todas pueden ser absueltas de inmediato. Este es un análisis introductorio sobre su tratamiento en el régimen constitucional peruano.

**Abstract.** - It is said that "just as we have rights, we have duties" or that "every right has a duty". Is this true? Does the Constitution establish duties as enforceable as rights? Throughout history and to date, the duties of the person have been relegated to a secondary place in Constitutional Law and in Constitutional Procedural Law. It is time to rescue them from oblivion. Through a preliminary and introductory analysis, the author states that constitutional duties: (i) are essential for contemporary constitutionalism; (ii) they are not only moral obligations, but are legally enforceable; and, (iii) that they must be legally enforceable. Many doubts and questions arise on the subject, but not all of them can be immediately answered. This is an introductory analysis about its treatment in the Peruvian constitutional regime.

**Palabras claves.** - Deberes - Deberes Constitucionales - Derecho Constitucional - Derecho Procesal Constitucional - Teoría General del Derecho

**Keywords.** - Duties - Constitutional Duties - Constitutional Law - Constitutional Procedural Law - General Theory of Law

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Editor General de *THÉMIS*-Revista de Derecho. Adjunto de Docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP de los cursos Derecho Procesal Constitucional y Personas Jurídicas. Asociado Senior del Estudio Echecopar, member firm of Baker & McKenzie International. Miembro fundador y ex Co-Coordinador General de Perspectiva Constitucional. Miembro de la Asociación Constitucionalismo Crítico. Becario Fulbright 2021-2022 (*Harvard Law School*). Contacto: gmonge@pucp.edu.pe

## **I. Presentación: El objetivo de este artículo**

Cuando pensamos en "deber", se nos vienen a la mente términos tales como "responsabilidad" u "obligación". Es decir, "algo" que nos es exigido. En este artículo pretendo enfocarme en un punto poco estudiado del Derecho Constitucional en general: los deberes constitucionales de la persona. Preliminarmente, consideramos a los deberes constitucionales como obligaciones jurídicas, exigibles y accionables. Esta visión que planteamos es radicalmente opuesta a la de la -poca- doctrina mayoritaria que los considera como simples obligaciones morales imposibles de hacer cumplir en el ámbito de la realidad.

Las personas tenemos derechos y eso es indiscutible (o por lo menos es bastante difícil de poner en duda). ¿Pero acaso no tenemos también deberes que cumplir frente al Estado y frente a las demás personas de la sociedad? Por otro lado, y si bien no es materia del presente trabajo, no podemos dejar de referirnos a los deberes del Estado, el cual no puede permanecer impávido frente a las diversas situaciones que se presentan en el ámbito de la realidad, como en el tema educativo. ¿Cómo exigirle al Estado que cumpla con sus deberes? ¿Debemos contentarnos con ver obligaciones en el papel, pero no en la práctica, resignándonos a que no exista un mecanismo efectivo para exigir su cumplimiento?

Relacionado con lo señalado anteriormente se abre un nuevo frente de batalla. En efecto, inclusive en el supuesto que logremos convencer a los lectores sobre la existencia y obligatoriedad de seguir los deberes constitucionales, se presenta un desafío mayor: ¿qué tipo de tutela jurisdiccional merecerían? Si el Derecho Procesal Constitucional tiene como uno de sus propósitos asegurar la vigencia y fuerza normativa de la Constitución, ¿también implica que debería asegurarse que se cumplan las disposiciones sobre deberes constitucionales? Si es así, ¿bajo qué proceso constitucional y bajo qué reglas procesales?

En este artículo no se podrá dar una respuesta a todas las interrogantes que surgen del tema. Se pretende introducir el tema al debate, rescatarlo del olvido en el que quedó y evaluarlo nuevamente. En efecto, creemos que tiene espacio para una amplia y fecunda aplicación en la realidad, mediante un desarrollo posterior y la contribución de otros trabajos sobre el asunto.

Por todo lo anteriormente mencionado, el problema al que pretendemos aproximarnos se puede condensar de la siguiente forma: si aceptamos que la Constitución tiene fuerza normativa y es jurídicamente vinculante por sí misma, contando además con procesos destinados a hacer que se cumplan y hagan efectivos ¿acaso no se deriva que los deberes recogidos en el texto constitucional – los cuales enunciaremos más adelante– también gozan de las mismas características y de las mismas protecciones (o deberían hacerlo)? ¿Por qué, a lo largo de la historia y hasta la fecha, le hemos negado dichas características a los deberes constitucionales? En las siguientes líneas, se intentará dar una respuesta



preliminar, introduciéndonos al tratamiento de los deberes constitucionales de la persona en el Perú.

## **II. ¿Por qué hablar de deberes de la persona?: ¿Implica pasar por alto a los derechos?**

El Derecho es fruto de cada tiempo histórico: de lo bueno y de lo malo, de lo noble y sublime, de lo nefasto y lo siniestro. El momento que nos ha tocado vivir es sumamente complicado, pero son precisamente estas circunstancias las que nos deben llevar a reflexionar sobre los deberes que tenemos como personas en contextos particulares (ciudadanos de un Estado) y en uno global (ciudadanos del mundo). Probablemente se objete que no es correcto o posible plantear la exigencia de deberes si es que primero los derechos no son propiamente garantizados para todas y todos. Nos permitimos discrepar y adelantarnos a esta crítica.

Si bien es cierto que los derechos siguen padeciendo el problema de su poco reconocimiento y ejercicio en la práctica ("derechos de papel"), eso no impide discutir la exigencia de deberes. Los deberes han sido olvidados o subestimados por mucho tiempo y estimamos que es necesario ponerlos a debate. Efectivamente, los deberes constitucionales han sido poco estudiados por la doctrina nacional e internacional (e incluso cuando han sido estudiados, estos han merecido una escasa y superficial atención). En comparación con los textos y artículos que se han escrito sobre los derechos constitucionales, la cantidad de información académica e incluso jurisprudencial que existe sobre los deberes fundamentales es muy reducida.

Justo es anotar que el campo de los derechos constitucionales es más amplio y por lo tanto permite un mayor desarrollo teórico y práctico. Sin embargo, somos de la consideración que estamos avanzando paulatinamente hacia una sociedad en la que cada, cada vez con mayor intensidad y frecuencia, vamos reclamándole al Estado e incluso a los propios particulares el cumplimiento de "sus deberes", de "sus obligaciones", de lo que "tienen que cumplir". ¿Cuáles son esos deberes y por qué los tienen? ¿Qué nivel de exigibilidad tienen y por quién? ¿Pueden ser exigidos a nivel jurisdiccional?

En este contexto, las preguntas antes planteadas son problemáticas –pues exigen hacer que el Derecho, la Moral y la Política se concreten–, pero necesarias. En primer lugar, pues la comunidad científica suele coincidir unánimemente en que estamos avanzando hacia una sociedad con cada vez menos recursos (naturales y económicos, por poner algunos ejemplos) a disposición de las personas. Basta abrir un diario para darse cuenta que muchos de los conflictos sociales en nuestro país se generan por el fenómeno antes descrito. A modo de ejemplo, el agua, sea para consumo humano o actividades agrícolas, se está tornando en un recurso escaso que se ve amenazado, entre otras cosas, por el incumplimiento del deber constitucional de protección y conservación del ambiente. Algo tenemos que hacer, como sociedad, para enfrentar éste y otros problemas. No obstante, el "cómo" es lo que genera más discusiones.

Efectivamente, nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho sigue reconociendo a la libertad individual como un principio de la más alta importancia. La autonomía de la persona es un elemento clave del constitucionalismo contemporáneo y abordar las esferas individuales suele generar mucha resistencia. Se considera que se trata de un "objetivismo ético", de abrir la puerta al "paternalismo jurídico" para la toma de decisiones de las personas e incluso al totalitarismo. Reconocemos las críticas que se pueden formular. No las ignoramos, pero creemos que son exageradas y le dan a la libertad un contenido vacío, libérrimo. No hay libertad sin responsabilidad. La individualidad de la persona no supone, pues, ignorar las responsabilidades y actuar de forma egoísta e ignorando a las demás personas de la comunidad, pues ello ya no implicaría individualidad, sino individualismo. Pensar en deberes constitucionales exige superar al individualismo: volver a pensar en la comunidad, y en nuestras obligaciones para con los demás.

### **III. Estado de la cuestión: Breve mención a la doctrina y jurisprudencia nacionales e internacionales**

En el Perú, se presentó un trabajo al respecto<sup>1</sup>, elaborado por José Miguel Rojas Bernal, quien lo hizo con especial énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales. Salvo por este artículo, no ha sido posible encontrar textos de autores nacionales en los que se hable, a profundidad, de los deberes constitucionales como tales<sup>2</sup>.

Las únicas dos excepciones a lo comentado anteriormente se encuentran en un breve trabajo preparado por Luis Durán Rojo, sobre el deber constitucional de contribuir<sup>3</sup>, y en el artículo elaborado por el profesor español F. Javier Díaz Revorio, sobre los deberes constitucionales en la Constitución del Reino de España<sup>4</sup>.

En el caso de Durán Rojo, el trabajo versa principalmente sobre el deber

---

<sup>1</sup> ROJAS BERNAL, José Miguel. "Los deberes constitucionales: elementos para una teoría general". En LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y José Miguel ROJAS BERNAL (Coordinadores). *Derechos Humanos y constitucionalismo crítico*. Ciudad de México: UBIJUS, 2015.

<sup>2</sup> Un texto cuyo título es sugerente es el del ex Fiscal de la Nación, César Elejalde Estenssoro. Ver: ELEJALDE ESTENSSORO, César. *Derechos y deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979*. Lima: Luis Combe Vélez Editores, 1990. Aunque es sin duda muy valioso, el libro no incluye una definición concreta sobre los deberes constitucionales ni muchos menos un análisis histórico de los mismos.

Luego de consultarse los textos clave de los profesores César Landa Arroyo ("Tribunal Constitucional y Estado Democrático"), Marcial Rubio Correa ("Estudio de la Constitución Política de 1993" - 06 Tomos) y Víctor García Toma ("Teoría del Estado y Derecho Constitucional"), se aprecia que no existe mayor información al respecto (y si la existe, como aquí se reseñará, es muy poca). Es decir, los grandes manuales de Derecho Constitucional en el Perú no se han ocupado, a profundidad, del tema.

<sup>3</sup> DURÁN ROJO, Luis Alberto. "La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio". En DANÓS ORDOÑEZ, Jorge (Coordinador). *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 51-95. Algo similar, con relación a la parte tributaria, puede verse en: LANDA ARROYO, César. "La constitucionalización del Derecho peruano". En *Revista Derecho PUCP*, núm. 71, 2013, pp. 13-36.

<sup>4</sup> DÍAZ REVORIO, F. Javier. "Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978". En *Pensamiento Constitucional*, vol. 16, núm. 16, 2012, pp. 55-86.

constitucional de contribuir, haciendo un breve recuento sobre lo que se considera como un deber constitucional. Consideramos que, pese a su enfoque, la reseña histórica que realiza sobre los deberes constitucionales es de suma utilidad para comprender su origen y naturaleza. Desde luego, es importante tomar en consideración que todo gira en torno al tema tributario, sin que haya un análisis constitucional ni de Teoría General del Derecho muy desarrollado.

En lo que respecta al texto del profesor F. Javier Díaz Revorio, su aporte está relacionado básicamente al contexto español, en el que los deberes constitucionales son más explícitos que en la Constitución peruana de 1993. Sin embargo, es importante destacar que, al iniciar su artículo, el autor comparte la misma apreciación sobre el asunto: no se ha escrito mucho (amplia y profundamente). Veamos:

"A diferencia de lo que sucede con los derechos, **los deberes constitucionales no han sido en general objeto de un tratamiento doctrinal amplio y profundo**. Aunque hay algún estudio o artículo muy estimable, no se puede decir que el concepto de deber constitucional y el análisis de los distintos deberes enunciados con tal condición en nuestra norma fundamental haya sido un objeto prioritario o fundamental para los estudiosos del Derecho Constitucional<sup>5</sup>". (énfasis añadido)

En cuanto a la jurisprudencia nacional, existe un voto singular del entonces Magistrado Gerardo Eto Cruz, el cual consta en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente N° 02111-2010-PA, de fecha 24 de enero de 2012. Veamos:

"47. Entre tanto, **la idea de los deberes ha permanecido comúnmente postergada tanto en la doctrina así como en la práctica de los tribunales, pasando a ocupar un lugar marcadamente secundario en relación a la aludida prevalencia de los derechos**. Aunado a ello, su simple entendimiento como razones para restringir derechos y libertades –o lo que es lo mismo, como necesario correlato de los mismos ("a todo derecho, un deber")–, ha ocasionado que **los deberes constitucionales carezcan de una entidad propia pasible de ser exigida de manera autónoma** con miras a resolver los casos concretos que se presentan en la realidad". (énfasis añadido)

Posteriormente, se pasó a desarrollar el deber de solidaridad y demás deberes de índole social, pues no solo el caso versaba sobre ello, sino que esa fue precisamente la tesis de quien colaboró con el entonces Magistrado en la elaboración de dicha sentencia<sup>6</sup>. Fuera de ese caso, no se ha encontrado mención ni desarrollo en otros expedientes que probablemente lo ameritaban, como es el caso del servicio militar

---

<sup>5</sup> DÍAZ REVORIO, F. Javier. "Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978". En *Pensamiento Constitucional*, vol. 16, núm. 16, 2012, p. 56.

<sup>6</sup> José Miguel Rojas Bernal fue practicante del Gerardo Eto Cruz y, ya como abogado, laboró con él en su propio Estudio.

obligatorio<sup>7</sup>. En este último caso, pese a que la demanda tenía, en el fondo, sustento en el deber de proteger los intereses nacionales (artículo 38° de la Constitución) mediante la participación en la defensa nacional, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el tratamiento los deberes constitucionales de la persona en el Perú. Así las cosas, en el caso de la jurisprudencia nacional, el tema de los deberes constitucionales se ha desarrollado únicamente vía un voto singular.

A nivel internacional, el panorama es similar al peruano. Por ejemplo, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia –referente, junto con el Tribunal Constitucional del Reino de España, para el Tribunal Constitucional del Perú–, dicha alta corte se ha pronunciado en pocas ocasiones. Sobre ello volveremos más adelante.

Siendo éste el "estado de la cuestión" en materia de deberes constitucionales de la persona, en las siguientes líneas nos enfocaremos en un planteamiento teórico, desarrollando conceptos y presentando algunas ideas generales e introductorias sobre el tratamiento los deberes constitucionales de las personas en el Perú.

#### **IV. Sobre la noción del término “deber”: Conceptos previos para el tratamiento de los deberes constitucionales**

##### **i. ¿Qué entendemos por deber?**

Las personas tenemos responsabilidades, cargas y/o compromisos que asumir, pues corresponde que así lo hagamos. Existe un sentido de obligación, de saber que tenemos que hacer algo, que es imperioso y de obligatorio cumplimiento. A ello llamamos "deber". La palabra "deber", según una de las acepciones del Diccionario de la lengua española, es estar "obligado a algo por la ley divina, natural o positiva<sup>8</sup>" y desde la perspectiva del Derecho es una "situación jurídica constituida por la exigencia de observar una determinada conducta<sup>9</sup>".

##### **ii. Deberes morales, sociales y jurídicos: Los deberes como situaciones jurídicas de desventaja**

Como toda conducta, un deber puede ser, entre otras cosas: (i) moral; (ii) social; o, (iii) jurídico. En el caso del deber moral, creemos o consideramos que debemos hacer algo, pues de lo contrario nos sentiremos mal (nuestra conciencia nos atormentará) o seremos reprimidos espiritualmente (en el caso religioso, por ejemplo). En el segundo caso, el deber social viene impuesto por nuestra comunidad o nuestro círculo íntimo, el cual puede "sancionarnos" por su incumplimiento (aislándonos o cortando vínculos, por poner un ejemplo). Por supuesto, no tendrá ningún respaldo coercitivo del Estado (digamos, que un juez

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente N° 000015-2013-PI, de fecha 23 de mayo de 2014.

<sup>8</sup> Consulta realizada el 27 de setiembre de 2020. Disponible en: <https://dle.rae.es/deber#Bu2rLyz>

<sup>9</sup> COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 198.

nos condene por ello), pues no ha sido recogido en alguna norma positiva (plano jurídico).

En el último caso, los deberes jurídicos imponen una obligación, carga o compromiso, implicando así una situación jurídica de desventaja (la persona "A" debo hacer algo a favor de la persona "B" o la comunidad en general). Recordemos que, desde la Teoría General del Derecho, podemos distinguir entre las situaciones jurídicas de ventaja y las situaciones jurídicas de desventaja. Según la doctrina, la distinción entre una y otra está fácilmente orientada al interés protegido. Así, serán:

"situaciones subjetivas de ventaja las situaciones atribuidas al sujeto en su interés (seguidamente de la calificación d su interés) y son situaciones subjetivas de desventaja las situaciones impuestas a un sujeto por un interés ajeno (seguidamente de la calificación con el fin de garantizar un interés ajeno) [...]

La situación de ventaja es apta para asegurar al titular la obtención de un resultado favorable (satisfacción de un interés por medio de la consecución de una utilidad). La situación de desventaja sirve de instrumento para la realización de la primera y se determina en función de ella [...]10".

Así entendidas las cosas, un deber es distinto a un derecho, pues un derecho implica la facultad o potestad que tienen las personas para poder desenvolverse y alcanzar un determinado grado de satisfacción (situación jurídica de ventaja). Mientras que a la persona que es titular de un derecho le corresponde la posibilidad de ejercer esa situación jurídica a su favor (podría decidir no hacerlo), al titular de un deber le corresponde cumplir con el mandato que tiene (incluso si no quisiera hacerlo).

Sin embargo, que sean distintos no significa que no tengan ninguna relación, pues, en principio, todo derecho implica, necesariamente, un deber como contrapartida: a toda situación jurídica de ventaja le corresponde una situación jurídica de desventaja. Si una persona tiene un derecho, nos corresponde a los demás el deber de, cuando menos, respetarlos y garantizarlos.

Por tanto, y en línea de principio, siguiendo lo señalado por el profesor García Belaunde, podemos señalar que los deberes son la contrapartida de los derechos11. Son, por decirlo de algún modo, dos caras de una misma moneda. Sin embargo, justo es anotar que pueden existir deberes (situaciones jurídicas de desventaja) que

---

<sup>10</sup> MORALES HERVIAS, Rómulo. "La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas". En PRIORI POSADA, Giovanni F. (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 97.

<sup>11</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La Constitución y su dinámica*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 266.

no tengan como correlato sus respectivos derechos (situaciones jurídicas de ventaja)<sup>12</sup>.

## V. Deberes constitucionales en el Perú: Introducción a su tratamiento

### i. ¿Deberes humanos, deberes fundamentales o deberes constitucionales?

En el Perú, es pacífico emplear los términos "derechos humanos", "derechos constitucionales" o "derechos fundamentales" como sinónimos y de forma indistinta<sup>13</sup>. A fin de cuentas, todos buscan transmitir la misma idea: "la constitucionalización de una serie de exigencias humanas que, formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal"<sup>14</sup>.

En consecuencia, no parece haber problema en lo que respecta a derechos constitucionales, pues, independientemente del nombre que les demos o del origen de los mismos, importan un mayor beneficio para la persona. Lo importante, así, es brindarle al ser humano la gama más amplia de protecciones, en tanto todo derecho es una situación jurídica de ventaja. Como lo favorece, no hay problema en incorporar su contenido a la esfera individual de cada persona.

Sin embargo, cuando nos referimos a los deberes, la situación cambia. Y cambia, realmente, de forma muy importante, pues sí es vital atender a la fuente de donde provienen y a las posibilidades de su exigencia. Como indicamos previamente, un deber es una situación jurídica de desventaja: una obligación o carga que tenemos las personas, en virtud de alguna disposición o mandato. En este caso, por "deber constitucional" deberíamos entender a aquella obligación o carga para los particulares<sup>15</sup> que deriva expresamente de una norma constitucional recogida por

---

<sup>12</sup> Esto es importante pues, si asumimos que los deberes sólo pueden existir en tanto existan los derechos, no podrían existir deberes para cumplir fines constitucionalmente valiosos y legítimos por sí mismos. Preliminarmente, consideramos que, si bien a todo derecho le corresponde un deber (como el de respetar el derecho en cuestión, pero también otros), sí es posible que existan deberes "independientemente" de derechos.

Sobre eso se profundizará a detalle en un trabajo posterior, sin perjuicio de dejar constancia de que nuestra posición –pueden existir deberes sin que exista de correlato un derecho– se sustenta en lo señalado por el profesor español Gregorio Peces-Barba (en palabras del profesor peruano Reynaldo Bustamante Alarcón) al abordar el valor constitucional de la solidaridad, afirmando que es posible "construir, a partir de él, una serie de obligaciones jurídicas sin que necesariamente tengan que existir los derechos correlativos, como las referidas a los intereses de las generaciones futuras". BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 271.

<sup>13</sup> Poco importa que: (i) los primeros estén referidos a derechos consagrados en normas positivas internacionales –tratados o convenciones– y con la vocación de ser aplicables a todas las personas con prescindencia de su ubicación geográfica o temporal (la persona en general); (ii) los segundos estén referidos a aquellos consagrados en la norma suprema positiva nacional de cada Estado (Constitución) (Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Acerca de la constitucionalidad material de las causales que habilitan el rechazo sin más trámite del recurso de agravio constitucional". En GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinador). *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*. Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional N° 09. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 78); o, (iii) los últimos sean –en determinados ordenamientos como el alemán o el español– una serie de derechos especiales dentro del mismo texto constitucional, con una protección reforzada distinta a la de los demás derechos recogidos en dicho cuerpo normativo

<sup>14</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El contenido constitucional de los derechos fundamentales". Madrid: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Número 14, 2010, p. 93.

<sup>15</sup> Y, eventualmente, para el Estado. No obstante, escapa a los alcances de esta introducción.

la Constitución peruana<sup>16</sup>. Así, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, los deberes constitucionales son "aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal<sup>17</sup>". La fuente de los deberes debe provenir de cada Constitución en particular.

Con ello, estamos obviando referirnos a "deberes humanos", aplicables a todas las personas por el solo hecho de serlo o a "deberes fundamentales" como obligaciones o cargas especiales dentro de un texto constitucional, con una mayor fuerza que otros deberes constitucionales.

Carl Schmitt, de forma consecuente con su modo de ver las cosas en el Derecho Constitucional, consideró que no era posible hablar de "deberes fundamentales". A su criterio:

"[l]os deberes fundamentales no son deberes del hombre en general, sino sólo **deberes del miembro o del sometido al Estado, es decir, de los hombres que se encuentran dentro de la esfera de poder del Estado.** [...] Sólo pueden ser, entonces, deberes en un sentido jurídico positivo, **resultando limitados.** Deberes ilimitados en principio contradirían también la idea del Estado burgués de Derecho. Por eso, todo deber existe sólo «a medida de las leyes», que delimitan el supuesto y contenido del deber<sup>18</sup>". (énfasis añadido)

Coincidimos parcialmente con Schmitt en este planteamiento, pues es extremadamente difícil –si es que no imposible– referirnos a: (i) obligaciones o cargas a las que deban ser sometidas todas las personas en general (aunque puede haber mínimos universalmente exigibles); o, (ii) cargas u obligaciones especiales de una mayor jerarquía que otras recogidas en una Constitución. Es mejor referirnos, de ahora en adelante, a los "deberes constitucionales".

## ii. Sustento de los deberes constitucionales: La solidaridad

Como señala el profesor Reynaldo Bustamante, la natural vocación comunitaria de la persona nos lleva a propugnar el valor de la solidaridad, por cuanto éste "representa la cooperación de todos en el pleno desarrollo de los demás, el progreso de la comunidad y el cuidado de la naturaleza<sup>19</sup>". La solidaridad es un importante criterio para cohesionar a la comunidad, pero también para orientar a

<sup>16</sup> "Cuando un deber jurídico nace con cargo a ser cumplido por una persona, ésta pierde la prerrogativa de omitir lo que se le impone y de hacer lo que se le prohíbe: el obligado no es jurídicamente autónomo. Es decir, cuando se ordena una acción, el deber jurídico es fundante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria; cuando se la prohíbe, el deber jurídico es fundante del derecho de omitir la conducta ilegal" (énfasis añadido). GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Cuarta edición. Lima: Adrus D&L Editores, 2014, p. 726.

<sup>17</sup> Sentencia N° T-125/94 del 14 de marzo de 1994, recaída en el Expediente N° T-23703. Numeral 3 de los Fundamentos Jurídicos.

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 236.

<sup>19</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 269.

la producción, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en un Estado Social y Democrático de Derecho. El punto de partida de la solidaridad "es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás<sup>20</sup>". Y es que:

"La solidaridad contribuye igualmente a la creación de cauces de comunicación en la sociedad, que permite un diálogo ilustrado entre personas que se respetan y se reconocen, y que contribuyen en ese esquema compartido a poner en común, a discutir y a formar criterios morales que superan la pura individualidad. La solidaridad refuerza así la idea de que un proyecto moral debe poder ser elevado a ley general, puesto que es construido comunitariamente<sup>21</sup>".

La solidaridad, además, promueve el ejercicio de los derechos de forma respetuosa con los demás. Asimismo, "evita una afirmación tajante y absoluta del propio derecho y tiene en cuenta los perjuicios que se pueden producir a terceros. En definitiva, intenta incorporar la doctrina del abuso del Derecho al tema de los derechos fundamentales<sup>22</sup>". No obstante, también sirve de sustento para los deberes constitucionales, pues no sólo se expresa en derechos, sino "también en obligaciones positivas (de dar y de hacer) a cargo de los poderes públicos y – especialmente– de los particulares<sup>23</sup>". En consecuencia, el sustento de los deberes constitucionales el valor jurídico de la solidaridad.

### **iii. Objetivo de los deberes constitucionales de la persona**

¿Y para qué sirven los deberes constitucionales? Siguiendo a Durán Rojo, podemos coincidir en que, en un Estado Constitucional que sigue el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, los deberes constitucionales se presentan para promover la realización de determinados fines que recoge la Constitución, permitiendo el establecimiento de determinadas herramientas que son requeridas para alcanzar dichos fines<sup>24</sup>. Así, son cargas necesarias para asegurar la vida en común que desarrollamos en la sociedad. Ese es su propósito y razón de ser.

Un deber constitucional, en esos términos, era inconcebible en un Estado Liberal en el que se privilegiaba la libertad individual por encima de todo. Sin embargo, ello ha cambiado bajo el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, pues no se busca –únicamente– limitar y controlar al Estado y a la sociedad. También se busca "promover y crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas

---

<sup>20</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2014, p. 280.

<sup>21</sup> *Ídem*.

<sup>22</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2014, p. 282.

<sup>23</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 269.

<sup>24</sup> DURÁN ROJO, Luis Alberto. "La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio". En DANÓS ORDOÑEZ, Jorge (Coordinador). *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 60.



y culturales que permitan el máximo desarrollo de la persona, con absoluto respeto a su dignidad [...]»<sup>25</sup>. En este modelo de Estado, la libertad también es defendida, pero no es entendida simplemente como la facultad de hacer todo aquello que no está prohibido, sino que además se le otorgan funciones de carácter social<sup>26</sup>: cargas, deberes u obligaciones para con los demás y el Estado, a fin de realizar el bien común.

#### iv. Los deberes constitucionales expresamente consagrados en la Constitución peruana de 1993: Un catálogo corto e imperfecto

¿Cuáles son los deberes constitucionales en el Perú? Además de los enunciados en algunos tratados internacionales clave<sup>27</sup>, pocos son nominados expresamente: (i) deber de los vecinos de participar en el gobierno municipal de su jurisdicción (artículo 31°); (ii) deber de honrar al Perú (art. 38°); (iii) deber de proteger los intereses nacionales (art. 38°); (iv) deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (art. 38°); (v) deber de contribuir a la promoción y defensa de la salud individual, la del medio familiar y de la comunidad (art. 6°); y, (vi) el deber de trabajar (art. 22°)<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> LANDA ARROYO, César. "El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora". En *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 65, 2014, p. 220.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 0008-2003-AI del 11 de noviembre de 2003. Fundamento jurídico 12

<sup>27</sup> Me refiero a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos

**"Artículo 29.**

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. [...]"

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

**"Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos**

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Adicionalmente, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el Preámbulo indica que uno de sus objetivos es que se "les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes" a las personas. Así también, en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), se indica que: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre". Todo el Capítulo Segundo de esta Declaración (artículos 29° a 38° contiene deberes).

<sup>28</sup> Blancas Bustamante, refiriéndose al deber de trabajar que consagra el artículo 22° de nuestra Constitución, ha señalado que "es una obligación en sentido social o moral, pero de ningún modo en sentido jurídico, en la medida en que no existen mecanismos que obliguen a las personas a trabajar y las sancionen por no hacerlo". En efecto, no existen mecanismos coercitivos anudados al mismo que permitan exigirle a los particulares el cumplimiento de este deber constitucional.

Existen otros propios referidos a la educación o a las relaciones familiares, pero no parecen ser aplicables de modo general a toda persona<sup>29</sup>. Así las cosas, y en comparación con el catálogo de derechos constitucionales de las personas, lo regulado en el Perú para los deberes es minúsculo y casi inexistente. Creemos que ello genera un serio problema: **si resolvemos todo en clave de derechos, nadie internaliza las consecuencias de sus acciones y las responsabilidades que pueden traer los derechos**. Es decir, se deja el debate en una lógica –creemos– libertaria de obtener beneficios individualmente sin límites, responsabilidades o consecuencias por su ejercicio abusivo o irracional, ni mucho menos pensando en la comunidad.

Esta forma de ver el mundo ha moldeado las circunstancias por las que atravesamos: una genuina crisis climática que pone en riesgo el planeta como lo conocemos y amenaza la vida de muchas especies (incluida la humana); un modelo de capitalismo exacerbado y deshumanizante que se sostiene en estructuras y figuras injustas (como la explotación de las personas y los paraísos fiscales), cuando este modelo (capitalismo) podría (tiene que) ser más humano; y un individualismo hedonista que le rehúye a las responsabilidades. Coincidimos con autorizada doctrina nacional cuando señala que el ser humano no es solipsista (no puede encerrarse en sí mismo), sino que "debe ser un actor social que participa activamente en la sociedad, que coopera con el progreso de su comunidad y con el desarrollo de quienes como él son personas. La comunidad, por su parte, no debe preocuparse solamente de su progreso colectivo, sino constituirse en un ambiente propicio para que cada persona, con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás, pueda alcanzar su pleno desarrollo<sup>30</sup>". El valor jurídico de la solidaridad, y, por extensión, la defensa de los deberes constitucionales de la persona, exige apuntar

---

Ver: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 349.

En palabras del profesor Toyama: "El deber de trabajo descrito en el artículo 22 de la Constitución viene a ser como una obligación general a los ciudadanos sin una sanción concreta, es una suerte de «llamada a la participación en el interés general [...], de lo que se trata es de vincular este deber al principio de solidaridad social»". TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos fundamentales e ideario empresarial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 60.

Una posición particular parece ser la del profesor García Toma, pues, si bien reconoce que es una obligación (moral), no identifica cuál es la consecuencia de su incumplimiento: "[...] se considera que toda persona tiene la exigencia moral de desarrollarse como tal a través del trabajo; amén de obtener los recursos para vivir por sí mismo, acorde con las capacidades y habilidades que posee y dentro de las circunstancias que lo circundan. [...] En ese aspecto, el ser humano [...] carece de libre e irrestricta disposición o señorío sobre el uso o no uso de sus capacidades y habilidades laborales, ya que estas guardan relación axiológica con las responsabilidades que le incumben, en torno al interés general de la sociedad en donde mora y se realiza". GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*. Segunda edición. Arequipa: Editorial Adrus, 2013, pp. 672-673.

<sup>29</sup> Existe, además, un deber innominado que se deriva del artículo 74° de la Constitución, ampliamente conocido como deber de contribuir, relacionado estrechamente con el principio de solidaridad. Ver: DURÁN ROJO, Luis Alberto. "La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio". En DANÓS ORDOÑEZ, Jorge (Coordinador). *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 91.

<sup>30</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 171.

al bien común y rechazar al individualismo, es decir, a "*la irresponsabilidad, el desinterés que prescinde de los demás y de la propia comunidad*"<sup>31</sup>. El individualismo, en efecto:

"acoge el hábito de analizar los problemas humanos desde los deseos caprichosos del individuo y no desde el punto de vista del bien de la comunidad; olvida la importancia de la sociedad en el desarrollo integral de la persona y exalta la libertad de elección del individuo hasta prescindir de todo referente ético [...]"<sup>32</sup>.

Se aprecia, en consecuencia, cómo es que los deberes constitucionales de la persona no son compatibles con el individualismo.

La falta de deberes fundamentales (verdaderas obligaciones jurídicas) lleva también a que las limitaciones a derechos fundamentales sean poco toleradas. Nos explicamos: si no se interioriza que, así como tenemos derechos, tenemos deberes, nuestra impresión es que por más válidas que sean las restricciones, éstas serán más propicias a ser incumplidas. Por ejemplo, durante el Estado de Emergencia Nacional y la Emergencia Sanitaria en Perú por la pandemia del COVID-19, en los que se requiere que la gente evite las aglomeraciones y salir de su casa si no es genuinamente indispensable, para incumplir las restricciones han sido bastante frecuentes las respuestas invocando derechos ("quiero reunirme con mi familia y amigos") bajo la lógica de que solo lo afecta a uno ("y si me enfermo, que así sea"). ¿Y qué hay de los deberes individuales, de nuestra responsabilidad en que los demás gocen de sus derechos?

Es necesario que todos interioricemos que, así como tenemos derechos, tenemos deberes, pues muchos de los problemas que se presentan en nuestra sociedad se derivan del desconocimiento que tenemos obligaciones para poder convivir adecuadamente en sociedad, en comunidad. Hacemos nuestras las consideraciones del profesor Rubio Correa cuando señala lo siguiente:

"Consideramos que establecer no sólo los derechos sino también los deberes de las personas frente a la sociedad es una labor normativa importante **porque educa al ciudadano en el respeto a la sociedad de la que tiene derechos y lo acostumbra a ver no sólo beneficios sino también cargas y responsabilidades**"<sup>33</sup>. (énfasis añadido)

## VI. El incumplimiento de los deberes y los mecanismos para exigir que se respeten

### i. ¿Hay sanciones por incumplir un deber constitucional en el Perú?

<sup>31</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 180.

<sup>32</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *La idea de persona y dignidad humana*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 181.

<sup>33</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 410.

Basta revisar la Constitución Política de 1993 para comprobar que no se ha previsto ninguna sanción por incumplir con los deberes constitucionalmente enunciados. Es más, tampoco se ha previsto algún mecanismo por medio del cual se pueda compeler o requerir a una persona para que cumpla con su deber constitucional. Teóricamente, ello no debería suponer un obstáculo, pues como señala el profesor García Toma, si advertimos que un deber constitucional ha sido –o está siendo– incumplido, lo primero que debe hacerse es compeler a la persona a, valga la redundancia, cumplirlo. En otras palabras, frente a un deber incumplido, es imprescindible exigir que se cumpla<sup>34</sup>.

Por ejemplo, en el Perú tenemos el caso del recientemente reconocido derecho al agua. Conforme a éste, las personas tenemos derecho de acceder al agua. ¿Pero acaso ello no conlleva a una responsabilidad en su uso? Hasta hace muy poco en la ciudad de Lima era frecuente el derroche de agua en los llamados "carnavales" (febrero), tirando globos, bateas y baldes cargados de agua con el único propósito de "divertirse". Esta actividad es cada vez más reprochable socialmente, ante las circunstancias de la ciudad y del mundo: el agua se está convirtiendo en un recurso escaso por la acción (e inacción) de la humanidad, por lo que utilizarla en estos carnavales no solo es un desperdicio, sino que afecta a la colectividad. Sin embargo, la práctica continúa. ¿Qué hacer al respecto? Quizá en el camino pueda determinarse alguna sanción (pecuniaria, por ejemplo), por incumplir el deber de preservar el agua; es decir, por impedir que la comunidad presente y futura pueda gozar de dicho recurso.

El propósito del ejemplo brindado en el párrafo anterior es evidenciar que **sin sanciones efectivas (consecuencias concretas por incumplir un deber), las obligaciones de índole constitucional se verán claramente disminuidas en su efectividad, pues incumplirlas no acarrearía ninguna situación gravosa para la persona que los ignora**. Es necesario incluir mecanismos de coerción para exigir que un deber sea respetado.

Ahora bien, el problema, por supuesto, no es sólo teórico, sino práctico. Y es que, como veremos en el siguiente acápite, **un proceso constitucional debería poder servir para exigir el cumplimiento de un derecho** (aunque a la fecha ello no sea posible).

**ii. ¿La jurisdicción constitucional puede ser un medio para la exigencia de los deberes constitucionales?**

¿Cómo hacer que se cumpla un deber constitucional? ¿Existen mecanismos procesales para lograr que se materialicen? Actualmente no existen, por falta de previsión a nivel constitucional y de desarrollo legislativo. Sin embargo, teóricamente, es posible construirlo a partir de ciertas premisas. Como se señaló anteriormente, los deberes constitucionales cobran especial importancia en un Estado Social y Democrático de Derecho, pues apuntan a hacer más fácil y viable

---

<sup>34</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Cuarta edición. Lima: Adrus D&L Editores, 2014, p. 726.

la vida en común. Es recordarle a la persona que no sólo tiene derechos, sino deberes, entendidos como cargas, obligaciones y/o compromisos.

Dichos deberes deben venir del texto constitucional, el cual en un Estado Social y Democrático de Derecho, tiene fuerza normativa, en tanto la Constitución es: (i) *lex legis* –ley de leyes–, dado que se encuentra en el vértice de las demás normas y prima en caso de conflicto sobre ellas; y, (ii) *norma normarum* –norma fuente de normas–, pues constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico<sup>35</sup>.

Ello quiere decir que todo cuanto ella contiene es jurídicamente exigible y vinculante para todos los poderes públicos y privados, incluyendo a los deberes constitucionales que consagra. Sin embargo, de nada servirían estas características si es que no pudieran ser puestas en práctica, si es que no pudieran ser exigibles.

A fin de conseguir que se cumpla lo señalado en la Constitución, aparece la jurisdicción constitucional, como aquel "conjunto de normas, órganos y procesos –normalmente de naturaleza judicial– que definen el contenido y ejecución de la función de controlar que la Constitución tenga plena vigencia en la realidad<sup>36</sup>". Su propósito, como ya se ha señalado, es "hacer realidad la finalidad de la Constitución: limitar el poder, ya sea este de naturaleza pública o de naturaleza privada<sup>37</sup>".

Para ello, la jurisdicción constitucional se sirve de procesos constitucionales, los cuales son herramientas judiciales que están destinadas a mantener la vigencia de la Constitución. Existen dos grandes tipos de procesos constitucionales: (i) de tutela de derechos por afectación a la faz subjetiva (incluyendo al amparo, al *habeas corpus*, al *habeas data* y al proceso de cumplimiento), también llamados como "procesos de la libertad<sup>38</sup>"; y, (ii) de control normativo por afectación a la faz objetiva (inconstitucionalidad y acción popular). El proceso competencial no calza propiamente en ninguno de los dos grupos.

Si somos acuciosos, advertiremos que ninguno de esos procesos está pensando para buscar el cumplimiento de un deber (situación jurídica de desventaja). Todo lo contrario, están previstos para tutelar y proteger derechos (situaciones jurídicas de ventaja). El único proceso que podría calzar, en caso se reforme la Constitución y se modifique la legislación pertinente<sup>39</sup>, es el proceso de cumplimiento, el cual busca "asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos<sup>40</sup>",

---

<sup>35</sup> Visto en: LANDA ARROYO, César. "La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites". En *THĒMIS-Revista de Derecho*, núm. 66, 2014, p. 312.

<sup>36</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 41.

<sup>37</sup> *Ídem*.

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*. Lima: Palestra Editores e Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

<sup>39</sup> Nos referimos, evidentemente, al Código Procesal Constitucional.

<sup>40</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 172.

convirtiendo su cumplimiento en un derecho fundamental de las personas<sup>41</sup>. Busca, en estricto, que algo se cumpla. El problema es que no está pensando para hacer que sea la Constitución misma la que se cumpla.

Irónico, por decirlo menos, que la Constitución regule un proceso constitucional específicamente para el cumplimiento de cuestiones infra-constitucionales (como las normas legales y los actos administrativos), dejando sin protección el acatamiento de sus propias cargas y/o mandatos, conocidos como deberes constitucionales. Esto debería ser materia de una reforma constitucional para poder exigir jurídicamente el pleno cumplimiento de los deberes pues, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, es necesario una habilitación constitucional para que el legislador desarrolle y concrete en qué consiste el deber y posibles sanciones por su incumplimiento:

"Las restricciones a la libertad general sólo pueden estar motivadas por fundadas razones que determine el Legislador. En este sentido, los deberes consagrados en la Constitución comprenden una habilitación al Legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de conducta social fijados por el Constituyente<sup>42</sup>".

## **VII. Conclusiones y análisis futuro: El estudio de los deberes constitucionales recién empieza**

Preliminarmente se puede concluir que, así como existen derechos, existen deberes. No siempre habrá la correlación derecho-deber, aunque sin duda es un punto de partida importante. No son solo exigencias morales o sociales, sino jurídicas: son situaciones jurídicas de desventaja y, por consiguiente, en teoría, se puede exigir su cumplimiento forzoso mediante medios coercitivos. Son de obligatorio cumplimiento.

En el caso peruano, la Constitución consagra pocos deberes (la mayoría nominados), siendo que el catálogo de derecho es mucho más extenso en comparación con el de las obligaciones constitucionalmente exigibles. Además, como se desarrolló, nuestra Constitución no plantea sanciones específicas en caso de incumplimiento, lo cual le resta efectividad a la exigencia de los deberes. Asimismo, tampoco prevé mecanismos jurisdiccionales para demandar que un deber sea satisfecho. Si bien en teoría es posible pensar en que un proceso constitucional sirva para compeler a una persona a cumplir con su deber, lo cierto es que, a la fecha, ni la Constitución de 1993 ni el Código Procesal Constitucional consagran mecanismos efectivos para el cumplimiento de los deberes.

Su tratamiento deficiente es un problema, pero también una oportunidad. No solo para profundizar en el estudio de los deberes constitucionales –éste ha sido sólo un análisis introductorio sobre su tratamiento en el caso peruano– y

---

<sup>41</sup> *Ídem*.

<sup>42</sup> Sentencia N° T-125/94 del 14 de marzo de 1994, recaída en el Expediente N° T-23703. Numeral 3 de los Fundamentos Jurídicos.

eventualmente plantear una reforma a la Constitución de 1993, para incluir normas más concretas, tanto en materia de sanciones, como en mecanismos para exigir su cumplimiento, lo cual corresponderá ser desarrollado y complementado razonablemente por el legislador democrático.

No obstante, el trabajo recién empieza. Quedan muchas dudas y preguntas por resolver, pero el solo hecho de introducir el tema al debate para "desempolvar" a los deberes del olvido constitucional ya es un gran paso para futuros trabajos en los que se profundice sobre los deberes que tenemos como personas, para con nosotros mismos, nuestra comunidad (a nivel local, regional y nacional) e incluso con toda la humanidad (¿cosmopolitismo?), tanto presente como futura (prospectivamente).

## ¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del *double-hatting* en arbitrajes de inversión

Angela Cámara Chumbes\*

Nicolas Daichi Yano Tsuha\*\*

**Resumen.** - El fenómeno del *double-hatting*; esto es, el ejercicio de múltiples roles por parte de los profesionales vinculados al arbitraje, puede tener un importante impacto en las necesarias cualidades de independencia e imparcialidad que todo árbitro debe tener. La regulación de este fenómeno vuelve a poner sobre la mesa la recurrente discusión sobre los conflictos de interés derivados de la inevitable interacción en el grupo de profesionales que se dedican a arbitrajes de inversión. La inclusión de artículos que abordan expresamente este fenómeno en recientes tratados internacionales y la discusión que se viene sosteniendo por su expresa regulación en el "Proyecto de Código de Conducta para adjudicadores en solución de controversias inversionista-Estado" preparado por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL, nos lleva a proponer algunos lineamientos para dicha regulación.

**Abstract.** - The phenomenon of double-hatting, that is, the exercise of multiple roles by professionals in the field of arbitration, can have a significant impact on the necessary qualities of independence and impartiality that every arbitrator must have. The regulation of this phenomenon brings back to the table the recurrent discussion on conflicts of interest derived from the inevitable interaction in the group of professionals involved in investment arbitration. The inclusion of articles expressly addressing this phenomenon in recent international treaties and the discussion that has been held about its express regulation in the "Draft Code of Conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement" prepared by the ICSID and UNCITRAL Secretariats, leads us to propose some guidelines for such regulation.

**Palabras claves.** - *Double-hatting* - Arbitraje de Inversión - Independencia - Imparcialidad - Deber de Revelación - Diversidad - Lineamientos.

**Keywords.** - Double-hatting - Investment Arbitration - Independence - Impartiality - Duty of Disclosure - Diversity - Guidelines.

---

\* Abogada por la PUCP con estudios en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones por la American University Washington College of Law y la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico; así como en Derecho Internacional por Center for American and International Law. Asociada principal del Área de Litigios y Solución de Controversias del Estudio Echeopar asociado a Baker Mckenzie. Miembro de Peruvian Young Arbitrators y Arbitral Women.

\*\* Estudiante de último año de la carrera de Derecho en la Universidad del Pacífico. Presidente del Consejo Directivo de Forseti - Revista de Derecho.



## I. Introducción

El sistema de resolución de disputas entre Estados e inversionistas se ha consolidado como un pilar que garantiza la protección de la inversión privada y es uno de los principales aspectos que se muestran como un incentivo para que esta se lleve a cabo. Conscientes de la relevancia para los inversionistas extranjeros de poder acceder a arbitrajes con árbitros independientes e imparciales que solucionen sus controversias con los Estados que reciben su inversión, el presente artículo busca establecer lineamientos para la regulación del creciente fenómeno del *double hatting*, que pone en riesgo objetivo y viene generando cuestionamientos a la legitimidad del sistema.

Para establecer dichos lineamientos, el presente artículo parte de los conceptos de independencia e imparcialidad en el arbitraje; así como del estándar utilizado en arbitrajes de inversión para la recusación de árbitros cuando una parte considera que su actuación no es independiente e imparcial.

Luego, evaluaremos el concepto de *double-hatting* y por qué representa una amenaza a la independencia e imparcialidad que deben tener los árbitros, así como el tratamiento que viene recibiendo en diversos instrumentos que regulan mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estado. Muchos de ellos, bastante recientes, han optado por una regulación de prohibición a ejercer un doble rol.

Si bien la prohibición pareciera ser la solución más adecuada, pues es idónea para evitar cualquier posible conflicto de interés, nos detendremos a evaluar si existen aspectos beneficiosos para el arbitraje de inversión, derivados de permitir que los árbitros ejerzan algún rol adicional.

Con estos factores analizados, evaluaremos finalmente la propuesta de regulación del *double-hatting* planteada en el "Proyecto de Código de Conducta para adjudicadores en solución de controversias inversionista-Estado" preparado por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL. A propósito de este Proyecto, iremos estableciendo lineamientos para una adecuada regulación de este fenómeno.

El objetivo es potenciar la legitimidad de los arbitrajes de inversión, buscando un balance entre la protección de la independencia e imparcialidad de los árbitros y aquellos aspectos beneficiosos que, como veremos, están vinculados a la posibilidad de que los árbitros ejerzan un doble rol.

## II. Independencia e imparcialidad en el arbitraje de inversiones

Como bien señala Born, el arbitraje suele ofrecer un medio de solución de controversias más sencillo, eficaz y competente, adaptado a las necesidades de los usuarios<sup>1</sup>. Una de las ventajas que hace tan atractivo al arbitraje como medio de resolución de disputas es la posibilidad de elegir al juzgador. Así, las partes

---

<sup>1</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Second Edition)*. La Haya: Kluwer Law International, 2014, p. 2.

pueden elegir a un árbitro o un tribunal que se ajuste a sus necesidades teniendo en consideración la especialidad de la disputa, el idioma de las partes, incluso nacionalidad entre otros aspectos.

Salvo para los casos en los que las partes deleguen la elección del árbitro o del tribunal arbitral a un tercero, estas usualmente tienen la libertad de elegir quiénes serán los que resolverán la disputa, siendo el objetivo contar con “[...] Un árbitro hábil, experimentado e imparcial [lo cual] es esencial para un arbitraje justo y eficaz<sup>2</sup>”.

En cuanto a las disputas relativas a asuntos de inversión, como señalan Lew, Mistellis y Kroll, usualmente los inversionistas tienen desconfianza en la decisión de un Poder Judicial que pertenece al Estado al que se están enfrentando. De ahí que existan incentivos para los arbitrajes de inversión, en los que terceros, neutrales e independientes, son los llamados a resolver esas controversias. Siendo estos atributos importantes, Nassib Ziadé advierte que “El sistema de arbitraje internacional necesita algo más que cambios cosméticos cuando se trata de conflictos de intereses<sup>3</sup>”. **“Reconocer y evitar los conflictos de intereses es la base de la credibilidad y la legitimidad del sistema de arbitraje.** Por consiguiente, las instituciones de arbitraje deben centrarse en fomentar la confianza de los usuarios más que en hacer las cosas convenientes para los profesionales del arbitraje<sup>4 5</sup>”.

Así, la imparcialidad e independencia de los árbitros no solo constituyen cualidades esenciales para garantizar un debido proceso, sino que de ello depende que el arbitraje tenga legitimidad como mecanismo de solución de controversias: “[...] el requisito de imparcialidad -y, agregamos, el de independencia- [son] “la esencia de la función arbitral””.

¿Qué significan estos conceptos? El concepto de independencia es uno objetivo y se materializa en la existencia o no de relaciones o conexiones inaceptables entre el árbitro y una de las partes o su abogado. La imparcialidad, por su lado, alude a la parcialidad real o aparente de un árbitro, ya sea a favor de una de las partes o en relación con las cuestiones en litigio. La imparcialidad, entonces, es un concepto subjetivo y más abstracto que el de independencia, ya que implica principalmente un estado mental<sup>6</sup>. La infracción de los deberes de independencia o imparcialidad

---

<sup>2</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 21.

<sup>3</sup> VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18*. La Haya: ICCA & Kluwer Law International, 2015, p. 679.

<sup>4</sup> *Ídem*.

<sup>5</sup> LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y KROLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, pp. 1 - 15.

<sup>6</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 255.

por parte de alguno de los árbitros habilita a su recusación<sup>7</sup>, que tendrá como finalidad su exclusión del tribunal<sup>8</sup>.

En el marco de las disputas relativas a inversión entre inversionista y Estado, la definición de dichos conceptos no es distinta. El caso *Burlington Resources Inc. c. la República del Ecuador*, al analizar el pedido de recusación por parte de Ecuador, es ilustrativo al señalar que “la imparcialidad se refiere a la ausencia de sesgo o predisposición hacia una parte. La independencia se caracteriza por la ausencia de control externo. Tanto la independencia como la imparcialidad “protegen a las partes contra la influencia hacia los árbitros de factores diferentes de aquellos relacionados con los méritos del caso”<sup>9</sup>”. El fundamento de dichos deberes se consagra en el artículo 14 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“CIADI”), el cual establece lo siguiente:

**“Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.”** (el énfasis es nuestro)

El mecanismo frente a un incumplimiento del deber de actuar con independencia e imparcialidad se encuentra previsto en el artículo 57 del convenio CIADI, el cual señala que se “[...] podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la **recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14.** [...]”. Al respecto, la jurisprudencia del CIADI resulta nuevamente ilustrativa, esta vez a efectos de poder entender el estándar requerido para recusar a un árbitro por el incumplimiento de sus deberes de independencia e imparcialidad. La carencia manifiesta de cualidades se refiere a una situación evidente u obvia, que puede ser discernida con poco esfuerzo y sin un análisis profundo. Para determinarlo se debe

<sup>7</sup> “La posibilidad de que las partes puedan recusar a los árbitros nombrados por la otra parte es otro elemento que ofrece mayor legitimidad al tribunal arbitral. Además, hay situaciones en las que la elección de someter el asunto a un tribunal arbitral puede otorgar cierta neutralidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, en las controversias en que intervienen inversores extranjeros y la administración pública”. En: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18*. ICCA & Kluwer Law International, 2015, p. 680.

<sup>8</sup> La recusación se distingue de la abstención de un árbitro en tanto en esta última es el árbitro mismo quien renuncia voluntariamente a dirimir la controversia. En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*. Lima: Editorial Palestra, 2011, p. 866.

<sup>9</sup> “*Impartiality refers to the absence of bias or predisposition towards a party. Independence is characterized by the absence of external control. Independence and impartiality both “protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case.”* Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña, (Caso CIADI No. ARB/08/5). *Burlington Resources Inc. c. la Republica de Ecuador*. p. 14.

aplicar un estándar objetivo basado en el criterio de un tercero razonable frente a la evidencia disponible<sup>10</sup>.

En el caso *Total v. República de Argentina* se ha establecido que el estándar de valoración de la recusación del artículo 57 es “un estándar estricto y relativamente alto”. Se exigen dos elementos constitutivos: (i) debe existir un hecho o serie de hechos y (ii) que estos sean de tal naturaleza o carácter que permitan concluir mediante la evaluación razonable por un tercero de la evidencia aportada, que hay una ausencia manifiesta de las calidades exigidas por el artículo 14(1) antes citado. En consecuencia, la parte que recusa debe demostrar los hechos que dan lugar a la recusación y que tales hechos, valorados razonablemente por un tercero a la luz de la evidencia disponible, tienen un carácter que puede dar lugar a inferir que es manifiesto que la persona recusada no puede ejercer un juicio independiente en el proceso particular en el que se presenta la recusación<sup>11</sup>.

El incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad de los árbitros puede generar la nulidad de laudos arbitrales. El caso de *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À.R.L. contra el Reino de España*<sup>12</sup> es un ejemplo reciente y revela los problemas que enfrenta el sistema de arbitraje, concretamente, en cuanto a problemas derivados del *double-hatting* que comentamos en este artículo.

En ese caso, España presentó una solicitud de anulación de laudo ante el CIADI alegando que Stanimir Alexandrov, árbitro propuesto por los demandantes, no había revelado una larga relación comercial con el Grupo Brattle, al cual pertenecía uno de los peritos<sup>13</sup>. Se señaló que la vinculación era tal, que -por ejemplo- los dos trabajaron juntos (el Sr. Alexandrov como abogado y el Grupo Brattle como peritos) en dos casos, de manera simultánea al caso *Eiser*<sup>14</sup>. Según España, estos vínculos daban una apariencia de parcialidad y ningún tercero observador

---

<sup>10</sup> Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal (Caso CIADI No. ARB/13/13), 20 de marzo de 2014, p. 18; *Conoco Phillips Petrozuata B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*.

<sup>11</sup> Decisión sobre la Propuesta de la República Argentina de Recusación de la Sra. Teresa Cheng. (Caso CIADI No. ARB/04/01), *Total S.A. c. la República Argentina*. P. 21.

<sup>12</sup> Este caso deriva de una disputa vinculada a modificaciones en el marco regulatorio español que promovía la inversión en el sector de energía; específicamente, energías renovables. Según *Eiser*, los cambios regulatorios lograron la “destrucción completa del valor” de su inversión. Luego de una disputa iniciada con la solicitud de arbitraje de *Eiser* de fecha 9 de diciembre de 2013, el 4 de mayo de 2017 un tribunal CIADI ordenó a España a pagar 128 millones de euros más intereses por vulneración al Artículo 10(1) del TCE (Tratado sobre la Carta de Energía), al alterar el marco regulatorio que regía las inversiones de *Eiser Infrastructure Limited* y *Energía Solar Luxembourg Sarl*, su subsidiaria en Luxemburgo (*Eiser*).

<sup>13</sup> “Durante sus 15 años en la oficina de *Sidley Austin* en Washington D.C., en la cual el Dr. Alexandrov fue socio y codirector de la práctica de arbitraje internacional de la firma, el Dr. Alexandrov y su equipo nombraron al Grupo Brattle en numerosos casos en los que actuó como abogado”. Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España*. p. 15.

<sup>14</sup> “Además, en dos de estos casos, el Dr. Alexandrov estaba trabajando con Brattle al mismo tiempo que se desarrollaba el Arbitraje Subyacente”. Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España*. p. 15.

razonable podía concluir que se podía confiar en que el árbitro ejercería un juicio imparcial y neutral respecto de los informes y testimonios presentados por Brattle.

El laudo fue anulado sobre la base en las cláusulas (a) y (d) del apartado (1) del Artículo 52 de (...) por decisión del 11 de junio de 2020, bajo la consideración de que la falta de imparcialidad de un árbitro implica que el tribunal arbitral no se constituyó correctamente. El Comité de anulaciones del CIADI consideró que “no se puede sostener que un tribunal se ha “constituido correctamente” cuando un árbitro, cuya capacidad de formular un juicio independiente se encuentra en duda, es nombrado para formar parte de o continúe siendo un miembro de un tribunal<sup>15</sup>”. La sentencia destaca que “cierta interacción” entre los árbitros, abogados y peritos que se dedican a arbitrajes de inversión resulta inevitable. Sin embargo, “a mayor cantidad de “vínculos” entre ellos, a través de casos y, en particular, en distintos roles, mayor será la probabilidad de que estos den origen a conflictos. Por consiguiente, en aras de una conducción justa y objetiva de los procedimientos de arbitraje, **estos deben declararse y hacerse específicamente del conocimiento de las partes y de los otros árbitros**<sup>16</sup>”.

El Comité de Anulaciones destacó que debido a la falta de revelación de esta situación “España perdió la posibilidad de un laudo diferente<sup>17</sup>”. Ello resulta particularmente importante pues independientemente de si se recusaba o no al Sr. Alexandrov, el Comité consideró que “[...] el punto de vista de cada árbitro influye y se espera que durante las deliberaciones influyan los puntos de vistas de los otros. La influencia del Dr. Alexandrov en sus coárbitros se habría percibido de manera distinta en cada aspecto material si ellos hubieran conocido todos los hechos y la extensión de su larga relación, y la de Sidley Austin, con el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta<sup>18</sup>”.

Se señaló además, ante la alegación por parte de Eiser de que España habría renunciado a plantear una cuestión respecto de la independencia e imparcialidad del Sr. Alexandrov, que no había nada en el expediente que demostrara que España tenía dicho conocimiento, lo que debía ser probado por Eiser. El Comité manifestó que “El hecho de que la información sea de dominio público no cumple la carga de las Partes Eiser de probar que España estaba al tanto de los hechos relevantes. Una renuncia clara e inequívoca a un derecho tan fundamental como el de cuestionar la imparcialidad e independencia de un árbitro, va a esencia de la constitución correcta de un tribunal. Dicha renuncia no puede establecerse sin prueba de que la parte en cuestión tenía conocimiento real o implícito de todos los hechos<sup>19</sup>”.

---

<sup>15</sup> Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España. p. 55.

<sup>16</sup> Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España. p. 79.

<sup>17</sup> Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España. p. 92.

<sup>18</sup> *Ídem*.

<sup>19</sup> Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A R.L. c. el Reino de España. p. 61.

Este reciente caso destaca la importancia de los deberes de independencia e imparcialidad, así como del deber de revelación de los árbitros en los arbitrajes internacionales, y vuelve a poner sobre la mesa la recurrente discusión sobre los conflictos de interés derivados de la inevitable interacción del grupo de profesionales que se dedican a arbitrajes de inversión.

### **III. El *double-hatting* en el arbitraje internacional**

El arbitraje internacional de inversiones está marcado por el fenómeno de las “puertas giratorias”, es decir, “cada uno de los actores individuales desempeña múltiples funciones como árbitros, abogados, testigos expertos y secretarios de tribunal dentro de este sistema judicial fragmentado y ad hoc de arbitraje de inversiones. El movimiento entre los papeles puede ser secuencial o incluso simultáneo<sup>20</sup>”. Tal como sucedió en el caso comentado de Eiser, en el que un árbitro además se desempeñaba como abogado y, en ese rol, antes y durante el arbitraje mantenía una relación profesional con el grupo al que pertenecía el perito del caso en el cual era árbitro. La práctica derivada de este fenómeno es denominada *double-hatting*.

Gran parte de la doctrina enfoca el problema del *double-hatting* como la causa principal del *issue conflict*. El profesor Philippe Sands resume el dilema del *double-hatting* en la siguiente pregunta: “¿Puede un abogado que “pasa una mañana redactando un laudo arbitral que aborda una cuestión jurídica” divorciarse de su papel en el tratamiento de la misma cuestión jurídica o similar en la “tarde” como abogado en un caso diferente?<sup>21</sup>”.

El *issue conflict* trata un sesgo o apariencia de sesgo dada la relación del árbitro con el objeto de la controversia que impide al árbitro abordar el caso con una mente abierta<sup>22</sup>. Esto puede dar lugar a una percepción de parcialidad, en el sentido que se podría percibir que su función en un caso podría influir sus acciones en el otro<sup>23</sup>. Sin embargo, el *issue conflict* puede advertirse en situaciones distintas de las relacionadas con el desempeño en múltiples roles. Como se desarrolla en las anotaciones al Proyecto de Código de conducta para adjudicadores en solución de controversias inversionista-Estado (“Proyecto de Código de Conducta”)<sup>24</sup>, siempre que el *issue conflict* se manifiesta en el contexto en que el adjudicador ha tomado una posición sobre un asunto determinado (prejuzgamiento); derivado de los trabajos académicos, presentaciones y participaciones en eventos académicos, se

---

<sup>20</sup> LANGFORD, Malcolm; BEHN, Daniel; LIE, Runar. “The Revolving Door in International Investment Arbitration”. En *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 2, 2017. p. 301.

<sup>21</sup> LANGFORD, Malcolm; BEHN, Daniel; LIE, Runar. “The Ethics and Empirics of Double Hatting”. En *ESIL Reflection*, vol. 6, núm. 7, 2017, p. 8.

<sup>22</sup> BURGOS, María Angélica. “Double-Hatting in International Commercial Arbitration?”. En GONZÁLEZ-BUENO, Carlos (ed.), *40 under 40 International Arbitration*, Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 87.

<sup>23</sup> SANDS, Philippe. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. La Haya: Kluwer Law International, 2015, pp. 655-656.

<sup>24</sup> ICSID (2020). *Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft\\_Code\\_Conduct\\_Adjudicators\\_ISDS.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf)

podría alegar que sobre determinados asuntos no tendría la mente abierta para considerar una solución jurídica distinta, o una consideración distinta sobre determinados hechos. Dichos supuestos no forman parte del análisis de este trabajo pues nos enfocaremos únicamente en los supuestos de *issue conflict* que se relacionan al fenómeno del *double-hatting* (cuando se verifique un doble rol).

Estos aspectos han sido analizados en casos como *Perenco c. Ecuador*<sup>25</sup> en el que se confirmó una solicitud de recusación sobre la base del artículo 57 del convenio CIADI sustentado en que los comentarios por parte del Juez Brower daban la apariencia de que había prejuzgado cuestiones de mérito cruciales respecto a la expropiación<sup>26 27</sup>.

El *double-hatting* no se reduce solo a asuntos relacionados con el *issue conflict*. Existen supuestos en los que se manifiesta esta práctica que influyen de por sí en los estándares de imparcialidad, independencia<sup>28</sup> y ética que se esperan de los árbitros.

El *double-hatting* ha sido definido en los comentarios al Proyecto de Código de Conducta<sup>29</sup> como “la práctica por la cual un individuo actúa simultáneamente como árbitro internacional y como abogado en procedimientos separados del ISDS.” No obstante ello, se reconoce que el concepto definido no se limita solo a esas situaciones. La práctica ha demostrado que esto puede suceder cuando, por ejemplo, el árbitro ha trabajado como experto en otros casos, como la recusación del profesor Knieper en el caso entre Big Sky Energy Corporation y la República de Kazajstán<sup>30</sup>. En ese caso, la solicitud de recusación tuvo éxito alegando que la labor como consultor empleado por Alemania en diversas reformas jurídicas en toda Asia central lo había puesto en estrecho contacto con miembros del poder

<sup>25</sup> Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Árbitro (Caso CPA No. IR-2009/1, Caso CIADI No. ARB 08/06), *Perenco Ecuador Limited c. La Republica de Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*.

<sup>26</sup> A diferencia del caso *Urbaser contra Argentina*, en el que el profesor McLachlan se habría expuesto a argumentos sobre la ley y sobre los hechos que podrían hacerle llegar a un determinado punto de vista, en el caso *Perenco contra Ecuador* el juez Brower ya se había formado un punto de vista sobre un aspecto de los hechos en cuestión (la naturaleza y las propensiones de una de las partes). Ver: SANDS, Philippe. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. La Haya: Kluwer Law International, 2015, p. 662.

<sup>27</sup> SANDS, Philippe. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 661 - 662.

<sup>28</sup> Como en la decisión sobre la recusación del árbitro José María Alonso en el caso *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. La República Bolivariana de Venezuela*, en el que se recusó al Sr. Alonso, socio en la oficina de Madrid de una firma internacional, porque la oficina de Nueva York y de Caracas representaban al demandante en un procedimiento paralelo contra la República de Venezuela (el caso *Longreef c. Venezuela*). Si bien el Sr. Alonso no participaba directamente en el caso paralelo, el Sr. Alonso era miembro del Comité Directivo de Arbitraje Internacional de su firma. Toda vez que el Sr. Alonso no solo percibía ingresos derivados de la oficina de Madrid, dada la interconexión de las oficinas y la conexión en los asuntos que se tocaban en el caso subyacente y el caso en el que era parte su firma, pudiendo resolver asuntos que se tocaban en ambos casos, resultaba razonable a los ojos de un tercero la apariencia de falta de imparcialidad e independencia.

<sup>29</sup> ICSID (2020). *Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft\\_Code\\_Conduct\\_Adjudicators\\_ISDS.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf)

<sup>30</sup> *Big Sky Energy Corporation c. la República de Kazajstán* (Caso CIADI No. ARB/17/22).

judicial de Kazajstán, que era uno de los involucrados en la controversia, en tanto se discutía las acciones cometidas por el gobierno y sus cortes.

Resulta interesante contemplar los distintos asuntos que se pueden derivar del ejercicio de múltiples roles, por ejemplo, en el Caso No. 101689 y 101691 de la London Court of International Arbitration<sup>31</sup> (consolidados en un solo arbitraje) se recusó a uno de los árbitros sobre la base de su actuación como abogado litigante en otro proceso, en el que se enfrentó al abogado que ahora defendía a la parte demandada. Si bien ello no daría lugar generalmente a una recusación, se consideró que el árbitro iba a estar predispuesto a no creer en las alegaciones del abogado de la parte demandada, pues en el otro proceso en el que fue su contraparte acusó al abogado de la parte demandada de la comisión de actos fraudulentos, generando ello una apariencia de duda sobre su integridad.

Otras situaciones de *double-hatting* se encuentran previstas en las reglas IBA. Coincidimos con lo desarrollado por Estefanía Fierro cuando señala que “Entre el sistema de listas que establece estas directrices encontramos 19 situaciones en las que se presentaría problemas relacionados al “*double-hatting*”<sup>32</sup>”: siete (7) en la Lista roja renunciante<sup>33</sup> y doce (12) en el Listado Naranja<sup>34</sup>; además de algunos

---

<sup>31</sup> Si bien se trata de un caso de arbitraje comercial, la situación perfectamente podría replicarse en el ámbito del arbitraje de inversiones.

<sup>32</sup> FIERRO VALLE, Estefanía. *Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional: El Fenómeno del Double-Hatting*. Lima: Arbitraje PUCP, 2014, p. 62.

<sup>33</sup> 2. Lista roja renunciante

2.1 Relación del árbitro con la controversia

2.1.1 El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.

2.1.2 En el pasado el árbitro intervino en el asunto.

2.3 Relación del árbitro con las partes o sus abogados.

2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.

2.3.2 El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

2.3.3 Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.

2.3.6 El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.

2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.

<sup>34</sup> 3. Listado naranja

3.1 Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso.

3.1.1 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.

3.1.2 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.

3.1.4 Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro.

3.2 Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad.

3.2.1 El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.

3.2.2 Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas.



supuestos adicionales en el Listado Verde. Estas circunstancias podrían perfectamente servir como sustento fáctico para una recusación por *double-hatting*. Si bien las directrices de la IBA no están pensadas para casos de arbitraje de inversión, se reconoce que reflejan la práctica internacional y propone situaciones que pueden dar lugar a dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro. Así se señaló, por ejemplo, al resolver la recusación del Sr. Alexandrov en el caso entre ICS Inspection and Control Services Limited y la República de Argentina: “Aunque las Directrices de la IBA no tienen carácter vinculante en el presente procedimiento, reflejan las mejores prácticas internacionales y ofrecen ejemplos de situaciones que pueden dar lugar a dudas objetivamente justificables sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro”. Estas suelen ser utilizadas pues resultan útiles para evaluar referencialmente los estándares de conducta de los árbitros y suelen ser invocadas en las decisiones relacionadas a la independencia e imparcialidad de los árbitros como sucedió en el caso Eiser.

- 
- 3.2.3 El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.
  - 3.3 Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado.
    - 3.3.1 Los árbitros son abogados del mismo bufete.
    - 3.3.2 Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales.
    - 3.3.3 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje.
    - 3.3.4 Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas.
  - 3.4 Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje.
    - 3.4.1 El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.
  - 4. Listado Verde
    - 4.3 Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes.
      - 4.3.1 Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

#### **IV. Tratamiento del *double-hatting* en las controversias de Estado-inversionista**

Ante la necesidad de encontrar soluciones a problemas derivados del *double-hatting*, en los últimos años se vienen regulando medidas frente a este fenómeno en el contexto del arbitraje de inversión. Veamos qué tratamiento se le dio:

- i. Código de Conducta de fecha 19 de enero de 2019 para procedimientos de resolución de controversias entre inversionista - Estado, bajo el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica ("CPTPP", por sus siglas en inglés<sup>35</sup>). Aborda expresamente el fenómeno del *double-hatting* y establece una regla clara: los árbitros deben abstenerse de actuar en otros roles en nuevas disputas bajo el CPTPP y bajo otros acuerdos internacionales:

**“Una vez seleccionado, un árbitro se abstendrá, mientras dure el procedimiento, de actuar como asesor o experto o testigo designado por las partes en cualquier controversia pendiente o nueva sobre inversiones en virtud del Acuerdo global y progresivo de asociación transpacífica o cualquier otro acuerdo internacional”.** (Énfasis agregado)

Por otro lado, impone un deber de revelación al candidato a árbitro y al árbitro en funciones, en los siguientes términos:

**“(c) Cada candidato o árbitro deberá revelar la existencia de cualquier interés, relación o asunto** que pueda afectar a la independencia o imparcialidad del candidato o árbitro o que pueda razonablemente crear una apariencia de improcedencia o una aprehensión de parcialidad. Se crea una apariencia de improcedencia o una aprehensión de parcialidad cuando una persona razonable, con conocimiento de todas las circunstancias pertinentes que una investigación razonable revelaría, llegaría a la conclusión de que la capacidad de un candidato o árbitro para desempeñar sus funciones con integridad, imparcialidad y competencia está disminuida”.

El literal f establece las consecuencias del incumplimiento: “En caso de presunta infracción del presente Código de Conducta, el Reglamento de Arbitraje se aplicará a toda recusación, inhabilitación o sustitución de un árbitro”.

- ii. El "Acuerdo Económico y Comercial Global" ("CETA", por sus siglas en inglés) entre Canadá y la Unión Europea, suscrito en octubre de 2016,

---

<sup>35</sup> El CTPPT entró en vigor el 30 de diciembre de 2018 para Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur, países que lograron culminar dichos procedimientos internos. En el caso de Vietnam, el Tratado entró en vigor el 14 de enero de 2019. Para los demás países signatarios (entre ellos, Perú), el CPTPP entrará en vigor 60 días después de que estos notifiquen al depositario (Nueva Zelanda) la conclusión de sus procedimientos legales internos. Información extraída de: [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=213&Itemid=242](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=213&Itemid=242)

también alude al *double-hatting*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta, como particularidad, que este tratado “[...] reemplaza el sistema de solución de disputas entre Inversionistas y Estados (ISDS) de tribunales arbitrales ad hoc -empleado en casi todos los tratados bilaterales de inversión (TBI) hasta la fecha- con un [Sistema de tribunales de inversión]<sup>36</sup> de dos niveles, que proporciona por primera vez en cualquier tratado una revisión en apelación como derecho en las controversias de tratados de inversión”. Se trata de un tribunal con miembros cuya elección se mantiene por un periodo de 5 años.

El artículo 8.30 establece, como parte de las exigencias éticas para los miembros de estos tribunales, lo siguiente: “No aceptarán instrucciones de ninguna organización o gobierno en lo que respecta a los asuntos relacionados con la controversia. No participarán en el examen de ninguna controversia que pueda crear un conflicto de intereses directo o indirecto. Cumplirán las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional o las normas complementarias adoptadas de conformidad con el Artículo 8.44.2. Además, **una vez designados, se abstendrán de actuar como asesores o expertos o testigos designados por las partes en cualquier controversia pendiente o nueva controversia sobre inversiones en virtud de este o cualquier otro acuerdo internacional**<sup>37</sup>”. (Énfasis agregado)

Nuevamente, se optó por una prohibición de *double-hatting*.

- iii. En otros casos se prevé una prohibición con un límite temporal. Así, el artículo 20 numeral 5 del Modelo de Tratado de Bilateral de Inversión de los Países Bajos establece: “Los miembros del Tribunal no actuarán como asesores legales o no deben haber actuado como asesores legales durante los últimos cinco años en las controversias sobre inversiones en virtud de este o cualquier otro acuerdo internacional”.
- iv. Finalmente, el Proyecto de Código de Conducta, el cual ha sido preparado conjuntamente por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL. A la fecha se encuentra sujeto a comentarios.

El artículo 6, sobre el que nos pronunciaremos con detalle más adelante, aborda expresamente la limitación a múltiples roles. El artículo 12 establece la obligatoriedad de cumplir con las disposiciones del Código de Conducta, aunque no indica expresamente cuál sería la consecuencia en caso de incumplimiento.

## V. El otro lado de la moneda: ¿Tiene alguna ventaja para el arbitraje de

<sup>36</sup> ITS - Investment tribunal system.

<sup>37</sup> SARDINHA, Elsa. “The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement”. En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, núm. 3, 2017, p. 626.

### **inversión el uso de dos sombreros en lugar de uno?**

En los ejemplos mencionados en el acápite anterior se observa una tendencia a limitar la existencia de múltiples roles. Antes de comentar la propuesta del Proyecto de Código de Conducta, que precisamente viene evaluando en qué medida limitará el *double-hatting*, consideramos necesario detenernos un momento y evaluar si una prohibición tiene sentido y es realmente beneficiosa o en todo caso, qué consideraciones habrá que tener para establecer los alcances de una prohibición.

Sin duda la búsqueda de mecanismos para asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros es esencial. Como explicábamos al inicio de este artículo, se trata de una piedra angular del arbitraje; sin embargo, igualmente importante resulta garantizar a las partes la libertad de elegir a árbitros. Regular una prohibición a que un árbitro tenga o haya tenido otros roles profesionales, como abogado de parte, experto, etc., si bien evita cualquier posibilidad de conflicto, impacta en las posibilidades de elección de esas personas y, finalmente, en el derecho de elección de las partes.

Esto va de la mano con la necesidad de tener un sistema legítimo, con decisiones adecuadas y que sean percibidas como legítimas. Esto dependerá, en buena medida, de los árbitros, que son quienes adoptan las decisiones.

Coincidimos en que “Desde una perspectiva sociológica, la legitimidad del derecho internacional se basa en su reivindicación de universalidad: instituciones, normas jurídicas y valores universales. Se supone que los abogados, jueces y árbitros internacionales (al menos en teoría) deben reflejar esa universalidad<sup>38</sup>”. Si el arbitraje de inversión busca la solución de controversias entre inversionistas y Estados de todo el mundo, sobre materias que suelen involucrar políticas públicas y aspectos de interés público, las personas e instituciones involucradas deberían reflejar esa diversidad. Los árbitros, que son quienes finalmente evalúan la materia objeto de controversia y toman las decisiones sobre esas materias deberían poder reflejar esa diversidad.

La visión que tiene un árbitro que a su vez es ciudadano o ciudadana de un país en vías de desarrollo sobre la institucionalidad de un Estado también en vías de desarrollo será distinta a la que pueda tener un ciudadano de un país desarrollado que no atraviesa por los mismos problemas. En efecto, “Los puntos de vista de los árbitros pueden divergir, dependiendo de sus antecedentes, experiencia de vida e ideología. Se esperaría que los árbitros 'conservadores' tendieran a favorecer la protección de los derechos de propiedad sin muchas reservas, mientras que los árbitros 'progresistas' tenderían a dar mayor peso a otros valores sociales como la protección del medio ambiente o la prestación de servicios públicos. El equilibrio puede variar dependiendo de la visión del mundo que tenga el árbitro<sup>39</sup>”. Contar

---

<sup>38</sup> POLONSKAYA, Ksenia. “Diversity In The Investor–State Arbitration: Intersectionality Must Be A Part Of The Conversation”. En *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2018, p. s/n.

<sup>39</sup> *Ídem*.

con árbitros de origen diverso, que puedan entender el contexto cultural, socio político y legal de las partes debería ser entonces un aspecto a tomar en cuenta.

A mayor abundamiento, debe considerarse que,

“[...] los órganos decisorios deben ser inclusivos y que los responsables de la toma de decisiones deben representar a los diversos grupos de interesados sujetos a sus decisiones. Esta característica sirve a múltiples propósitos. La bibliografía sobre ciencias sociales muestra que es más probable que los diversos responsables de la adopción de decisiones eviten los sesgos cognitivos y el pensamiento de grupo en la toma de decisiones. Además, uno o más encargados de la adopción de decisiones podrían tener los conocimientos culturales necesarios para comprender la controversia en su contexto. La diversidad entre los encargados de la adopción de decisiones puede mejorar la calidad y el rigor de las decisiones que adoptan y, al hacerlo, hacer efectiva o aumentar la legitimidad normativa de un sistema determinado. Además, es probable que se perciba que los diversos encargados de la adopción de decisiones son capaces de producir decisiones más justas, lo que probablemente aumente la legitimidad sociológica de un sistema particular<sup>40</sup>”.

Una mayor diversidad impacta directamente en la percepción de legitimidad del sistema que, como comentábamos, es esencial:

“[...] Incluso si suponemos que "las diversas religiones, culturas, nacionalidades, clases y sexos" no marcan ninguna diferencia a la hora de juzgar, la representación diversa de los árbitros es significativa en cualquier caso dado que las partes interesadas que se ven afectadas por las decisiones arbitrales creen que la composición del panel arbitral importa "para las percepciones de imparcialidad y justicia y, por tanto, para la legitimidad sociológica". Cabe señalar que no sólo es necesario hacer justicia, sino que también "debe verse que se hace manifiesta e indudablemente"<sup>41</sup>”.

La diversidad de partes que participan en arbitrajes de inversión, así como de los sectores económicos involucrados, se puede apreciar, por ejemplo, en “Las estadísticas del CIADI 2020-2<sup>42</sup>”. Los siguientes gráficos han sido extraídos de la página 12 del referido reporte:

<sup>40</sup> BJORKLUND, Andrea et. al. “The Diversity Deficit in International Investment Arbitration”. En *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21, núm. 2-3, 2020, p. 412.

<sup>41</sup> POLONSKAYA, Ksenia. “Diversity In The Investor-State Arbitration: Intersectionality Must Be A Part Of The Conversation”. En *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2018, p. s/n.

<sup>42</sup> ICSID (2020). *The ICSID Caseload – Statistics. Issue 2020-2*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf>

Chart 7: Geographic Distribution of All ICSID Cases, by State Party Involved

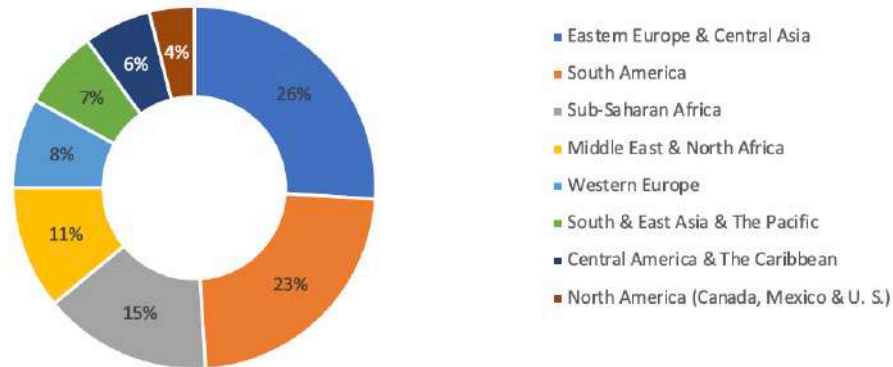
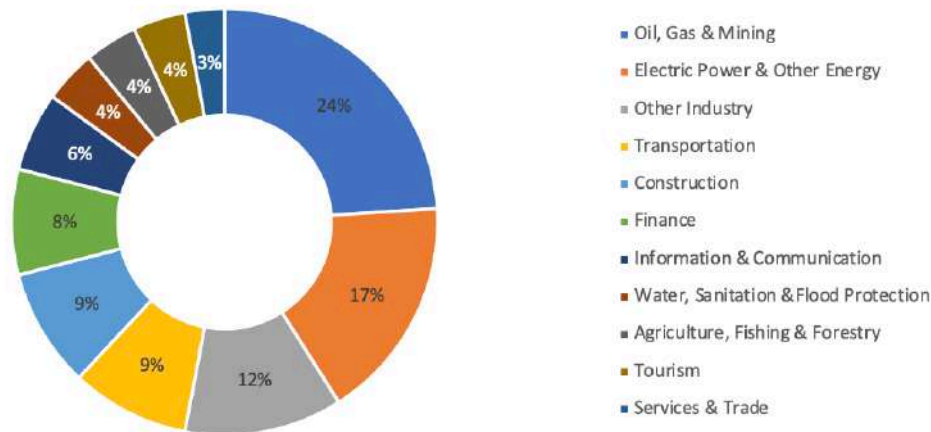


Chart 8: Distribution of All ICSID by Economic Sector



Frente a discusiones que involucran sectores económicos diversos y políticas de Estados también diversos, ¿reflejan los árbitros que resuelven esas controversias esa diversidad? La respuesta es negativa. Veamos las mismas estadísticas del CIADI, esta vez sobre de las nacionalidades de los árbitros. El gráfico de la izquierda recoge información entre los años 1966 al 2020, mientras que el gráfico de la derecha recoge información solo del año 2020<sup>43</sup>:

<sup>43</sup> ICSID (2020). *The ICSID Caseload – Statistics. Issue 2020-2*, pp. 17, 28. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf>

Chart 13: Arbitrators, Conciliators and *ad hoc* Committee Members Appointed in ICSID Cases

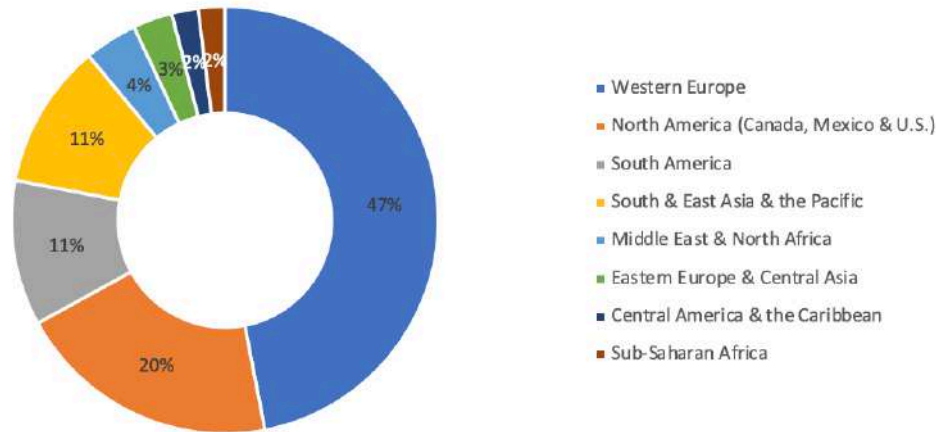
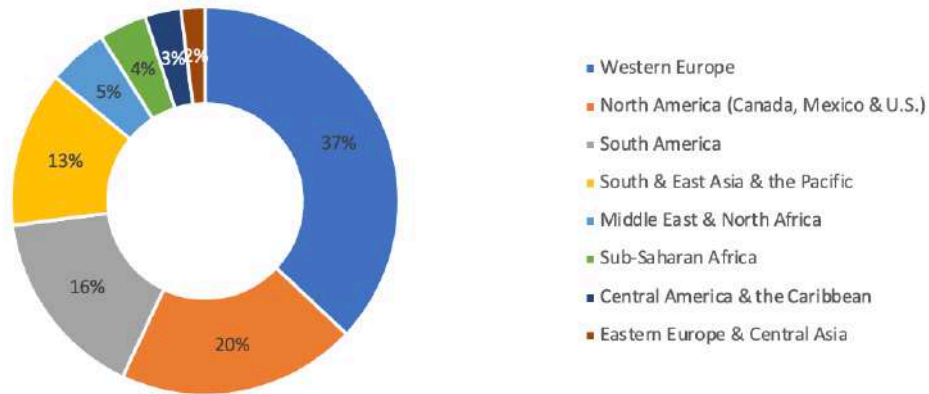


Chart 8: Arbitrators, Conciliators and *ad hoc* Committee Members Appointed in ICSID Cases in FY2020



Se advierte una alta concentración de árbitros, conciliadores y miembros de Comité Ad Hoc de Europa del este y América del Norte; además de un creciente -aunque aún reducido- número de perteneciente a América del Sur. La participación de profesionales de otras nacionalidades es bastante reducida. Por tanto, no estamos ante un grupo de árbitros diversos que reflejen la diversidad de las controversias.

Además de esta situación sobre la multiculturalidad de los árbitros, que no refleja diversidad, el reporte del CIADI muestra un escenario aún más ácido en cuanto a la diversidad de género. Según estadísticas del CIADI con información de 1966 al 2020, solo el 12% del total de árbitros, conciliadores y miembros de Comités Ad Hoc, fueron mujeres. Situación bastante alejada a la que debiéramos tener en una sociedad moderna, en la que la mujer tiene un rol activo y relevante en la sociedad. Durante el año 2020, solo el 14% fueron mujeres, lo que demuestra que inclusive en el reciente año la participación de las mujeres es reducida. Veamos los



*¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión*

siguientes gráficos extraídos de las páginas 20 y 30 de “Las estadísticas del CIADI 2020-2<sup>44</sup>”:

Chart 16: Arbitrators, Conciliators and ad hoc Committee Members Appointed in Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules - Distribution of Appointments by Gender



Chart 11: Arbitrators, Conciliators and ad hoc Committee Members Appointed in Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules in FY2020 - Distribution of appointments by Gender



Finalmente, si bien el Reporte del CIADI no muestra información sobre las edades de quiénes son designados, es conocido que los árbitros son “*male, pale, and stale*” – lo que implica que la mayoría de los árbitros internacionales son hombres blancos y de alto rango<sup>45</sup>”.

Así, a pesar de ser el arbitraje de inversión multicultural y diverso, ello no se refleja en los árbitros designados para resolverlos. Las razones por las cuales no hemos podido llegar a tener paneles de árbitros diversos sin duda son variadas. Destacamos, para efectos del presente artículo, que “El acceso a la “puerta” del arbitraje requiere que un candidato sea reconocido y aceptado por sus pares; sin

<sup>44</sup> ICSID (2020). *The ICSID Caseload – Statistics. Issue 2020-2*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf>

<sup>45</sup> SUCHARITKUL, Vanina. ‘ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal’. Kluwer Arbitration Blog, 2020.



dicho reconocimiento y aceptación, el candidato nunca será nombrado porque "siempre se nombra [...]— a las personas que conoces"<sup>46</sup>". En efecto, difícilmente una parte elegirá como árbitro a una persona desconocida. Si queremos que esa elección sea en atención a las calificaciones profesionales del candidato, es relevante que existan espacios profesionales en el que nuevos candidatos, con perfiles diversos, puedan desenvolverse e ir ganando la experiencia necesaria para poder asumir el rol de árbitros.

Para lograr ese objetivo, una ruta es fomentar la participación de esos profesionales, de grupos diversos, en espacios académicos y/o como parte de equipos de abogados en materias vinculadas a arbitraje de inversión, de modo que puedan ir siendo conocidos y ganar la experiencia que les permita eventualmente ser elegibles como árbitros o consolidarse en dicho rol. Contar con estos espacios permitiría el ingreso de otros perfiles de árbitros, incluyendo nuevas generaciones, así como la consolidación de aquéllos que ya son árbitros pero no suelen ser elegidos frecuentemente y por tanto no pueden dedicarse solo a ello.

Debemos ser conscientes de que los árbitros a tiempo completo usualmente son profesionales con más años y ya consolidados, los cuales no requieren de esos otros espacios para ganar experiencia, hacerse conocidos o simplemente sus ingresos son suficientes para ser únicamente árbitros. Por el contrario, entre los profesionales que ejercen múltiples roles se encontrarán aquellos que no forman parte de ese sector ya consolidado que, como hemos visto, no refleja adecuadamente la diversidad propia de los arbitrajes de inversión. En efecto, "La siguiente generación de árbitros tiende a ejercer como abogado y no podría renunciar a sus deberes profesionales a menos y hasta que reciban suficientes nombramientos que le permitan actuar como árbitros a tiempo completo. Así pues, la prohibición excluiría a un número de candidatos mayor que el necesario y supondría una barrera de entrada al impedir la renovación de la reserva de árbitros"<sup>47</sup>.

Otro grupo de árbitros ya experimentados, si bien podrían desempeñarse únicamente en esa función, han decidido compatibilizar ese rol con labores académicas o como abogados litigantes, siendo precisamente alternativas atractivas por tener un perfil que combine ambas funciones.

En estas estas circunstancias, en las que se debe buscar fomentar la diversidad abriendo espacios, consideramos que imponer limitaciones tajantes y amplias al doble rol más bien los reducirá, generando obstáculos en este objetivo y en la posibilidad de ejercer ampliamente el derecho de las partes a elegir árbitros que además doten de legitimidad al sistema.

---

<sup>46</sup> POLONSKAYA, Ksenia. "Diversity In The Investor–State Arbitration: Intersectionality Must Be A Part Of The Conversation". En *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2018, p. s/n.

<sup>47</sup> SUCHARITKUL, Vanina. 'ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal'. *Kluwer Arbitration Blog*, 2020.

Con estos elementos sobre la balanza, a continuación comentamos nuestras impresiones sobre el propuesto artículo 6 del Proyecto de Código de Conducta, en la búsqueda de lineamientos para una adecuada regulación del *double-hatting*.

#### **VI. Fijando lineamientos para la regulación del *double-hatting* a propósito del "Proyecto de Código de Conducta"**

El Proyecto de Código de Conducta propone lo siguiente en su artículo 6:

<p style="text-align: center;"><b>Article 6</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Limit on Multiple Roles</b></p> <p>Adjudicators shall [refrain from acting]/[disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/or] [the same treaty]</p> <hr style="border-top: 1px dashed black;"/>
<p style="text-align: center;"><b>Artículo 6</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Límite a los Múltiples Roles</b></p> <p>Los adjudicadores [se abstendrán de actuar]/[revelarán que actúan] como abogados, expertos, jueces, agentes o en cualquier otra función pertinente al mismo tiempo que [dentro de los X años de] actuar en asuntos que impliquen a las mismas partes, [los mismos hechos] [y/o] [el mismo tratado].</p>

A continuación, desglosamos y comentamos cada uno de los elementos de la propuesta, ponemos luces sobre los aciertos y potenciales problemas que consideramos que podrían producirse y, a propósito de ello, establecemos algunos lineamientos a ser tomados en cuenta para tener una regulación que promueva la legitimidad de los arbitrajes de inversión, cuidado la independencia e imparcialidad de los árbitros, pero también promoviendo el tener árbitros diversos.

Son tres los ejes que analizaremos: i. *¿quiénes?*, es decir, los sujetos cuya actividad debe ser regulada; ii. *¿qué?*, es decir, qué tipo de actividad o rol adicional debe ser objeto de regulación; y, iii. *¿cómo?*, es decir, qué medidas deben ser tomadas.

#### **i. *¿Quiénes?: Sujetos objeto de la propuesta***

El Proyecto de Código de Conducta se refiere a “*adjudicators*”. De acuerdo con las definiciones del propio Código, este término incluye árbitros, miembros de comités internacionales ad hoc de anulación o apelación y jueces de mecanismos permanentes de solución de controversias inversionista-Estado. Este es el caso, por ejemplo, de tratados como el CETA, que mantienen un tribunal permanente designado para la resolución de disputas derivadas del tratado.

Si bien podría parecer una cuestión de nomenclatura que no afecta el tratamiento que se les debería dar, en realidad sí existen ciertas particularidades que deberían ser tomadas en cuenta. A diferencia de jueces y miembros de tribunales permanentes, los árbitros tienen funciones e ingresos circunscritos al caso concreto para el que fueron designados. Como bien señala Todd Weiler “[...] los individuos que actúan como árbitros son profesionales que ofrecen un servicio privado - no funcionarios que realizan un servicio público (...)”<sup>48</sup>. Desde una perspectiva práctica, un juez no realiza funciones como abogado de parte, sino que compatibiliza su función, a lo mucho, con la de árbitro o académico, manteniéndose en la posición de un tercero imparcial que resolverá un caso. Ello a diferencia de lo que puede suceder con un árbitro, en el que sí es común que actúe en posiciones de experto o como abogado de parte.

Si bien consideramos un acierto que se incluya en la regulación a otros profesionales (jueces, miembros de tribunales permanentes, etc.), las particularidades de sus funciones determinan que en este artículo nos centraremos únicamente en lo que concierne al rol de los árbitros.

## ii. ¿Qué?: Roles objeto de la norma

Nos referimos al rol adicional que podría tener el árbitro. Puede resultar difícil determinar dónde trazar la línea y establecer qué roles deberían estar dentro del alcance de la norma. El doble rol que probablemente venga primero a la mente es el de abogado de parte. No obstante ello, como hemos visto en el caso *Big Sky*, una grave infracción a los deberes de independencia e imparcialidad puede derivarse del intercambio de roles como consultor.

Por ello, consideramos que la fórmula en el Proyecto resulta adecuada, al contemplar diversos roles que podrían generar conflicto:

- a) Como abogado, como en el caso *Blue Bank*, en el que se generó conflicto por el rol de árbitro y su rol como abogado de una firma internacional. Generalmente, el conflicto se genera porque se considera que lo que resuelva en el caso puede beneficiarlo, de alguna manera, en su otro rol.
- b) Como testigo experto, porque cuando uno desempeña el rol de experto adopta una posición particular del asunto, una sobre la cual se tiene convicción. Al revelar esa posición y juzgar un asunto determinado sobre

---

<sup>48</sup> SUCHARITKUL, Vanina. *ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal*. Kluwer Arbitration Blog, 2020.

la base de eso se podría dar un caso de *issue conflict* al haber tomado una posición determinada.

- c) Como juez, pues las decisiones que emita o las relaciones que tenga con algunos actores pueden resultar relevantes en términos de *issue conflict* e incluso el desarrollo de una cercanía con una de las partes<sup>49</sup>.
- d) Así como “cualquier otra función pertinente”. Ello, pues existen otros roles que pueden generar situaciones pertinentes de analizar caso a caso: miembro de comité de anulaciones (con lo que pudo haber dado su posición particular sobre un asunto que podría devenir en un supuesto de *issue conflict*), mediador, e incluso puede abarcar casos en los que se actúe como parte de una institución que realice *third party funding*.

La disposición planteada da un margen de apreciación a fin de poder evaluar caso por caso los efectos que podría tener el intercambio de roles en la apariencia de independencia e imparcialidad del árbitro.

Consideramos que la redacción es suficientemente flexible para abarcar los distintos supuestos que se pueden derivar de la propia práctica de las nuevas generaciones de árbitros, los cuales actualmente se desempeñan en diferentes roles a fin de poder consolidar su reputación.

### **iii. ¿Cómo?: Medidas frente al *double-hatting***

#### **a) ¿Prohibición o revelación?**

Ante los múltiples roles que puede tener un árbitro, el Proyecto de Código de Conducta viene evaluando si establecer una medida de prohibición o un deber de revelación. Como hemos explicado, en un escenario en el que deben crearse espacios para fomentar la diversidad y se debe respetar la libertad de elección de las partes, no nos parece conveniente establecer una medida tan tajante como la de restricción.

Si bien reconocemos que una medida de prohibición tiene la ventaja de ser clara, rápida y segura en casos en los que realmente exista un conflicto, consideramos que la alternativa de exigir revelación resulta ser más adecuada. No descarta de antemano la existencia de múltiples roles que hemos visto que sí tiene aspectos positivos para el sistema, permite a las partes tomar decisiones debidamente informadas y, en caso una parte considere que la información revelada amerita una recusación, entonces se realizará un análisis *Ad Hoc* en el que se determinará si se cumple el estándar de “*carencia manifiesta*” de las cualidades exigidas para ser árbitro.

---

<sup>49</sup> Resulta ilustrativo ver el caso Big Sky Energy Corporation c. la República de Kazajstán (Caso CIADI No. ARB/17/22).

Ahora bien, sí nos parece relevante que exista una disposición clara que establezca el deber de revelación de un árbitro que viene ejerciendo múltiples roles y sus alcances a fin de permitir una elección informada.

Otra alternativa, mencionada en los Comentarios al Proyecto de Código de Conducta, consiste en permitir que un árbitro pueda ejercer multiplicidad de roles durante un periodo, en tanto tenga un número pequeño de casos. Si bien una estipulación de este tipo reduce el impacto de una medida restrictiva en esos profesionales, no es una tarea sencilla determinar cuántos años serían los necesarios o cuántos casos serían los permitidos. Si no se toma una posición lo suficientemente flexible, en la práctica, esta regulación también generaría restricciones al acceso de esas personas. Quienes no hayan podido consolidarse aún y no puedan seguir teniendo múltiples roles eventualmente quedarían fuera del grupo de los elegibles, sin encontrarse aún en aptitud de continuar únicamente como árbitros. Probablemente, las personas de grupos diversos son las precisamente necesitarían de un periodo de transición más largo. No solo ello. La medida seguiría generando el problema de restringir la posibilidad, válida, de querer elegir a un árbitro experimentado que además ejerce un rol distinto, con el enfoque que esa práctica puede aportar.

En tal sentido, la discusión se podría reducir a la elección entre una medida que protegería la legitimidad de la institución del arbitraje de inversiones en el corto plazo (la prohibición) pero que no sería sostenible en el largo plazo y una medida que resulta más costosa en el corto plazo y menos efectiva (la revelación), pero que permite consolidar una legitimidad en el largo plazo. Conscientes de ello, recomendamos que establezca la obligación de revelación, la cual, adecuadamente regulada, permitiría a las partes elegir si creen que existen elementos para formular una recusación. En caso se adopte una medida de prohibición recomendaríamos que sea lo más restrictiva posible a efectos de reducir las barreras que impedirían una mayor diversidad en los profesionales del arbitraje que formarían parte del cambio generacional en los árbitros dedicados a las disputas entre Estados e inversionistas.

#### **b) La revelación como medida idónea**

El deber de revelación ya se encuentra previsto en otra sección del Proyecto de Código de Conducta. Concretamente, en el artículo 5. Si bien aún se vienen discutiendo algunos aspectos, es posible advertir que tiene una vocación amplia y exhaustiva. Además de establecer, de manera general, el deber de revelar cualquier interés, relación o asunto que pudiera razonablemente considerarse que afecta su independencia e imparcialidad, precisa algunas situaciones que deberán ser reveladas, manteniendo el deber de revelar prontamente cualquiera de estas situaciones durante el proceso. Nótese que el estándar para la revelación es uno de "razonabilidad", siendo una valla más alta que la exigida para la descalificación de un árbitro, que es el de carencia manifiesta de cualidades para ser árbitro. Los hechos que ameritan revelación no necesariamente ameritan una descalificación del árbitro.

Entre las situaciones específicamente previstas se encuentran:

1. Relaciones profesionales, de negocios u otras significativas dentro de un periodo que cinco años con las partes, sus abogados, otros adjudicadores (presentes o anteriores) actuando en el proceso o expertos. Asimismo, vienen discutiendo si incluirán relaciones con terceros con interés financiero directo o indirecto en el resultado del proceso.

Este punto alude a conflictos que podrían crearse por la relación entre el árbitro y otras personas. Si estas relaciones se produjeron a propósito de otro rol que tuvo o tiene el árbitro, podría involucrar casos de *double-hatting*.

2. Cualquier interés financiero directo o indirecto en: (i) el proceso o en su resultado; y, (ii) en procedimientos administrativos ante Cortes domésticas u otros paneles o Comités que versen sobre las materias que serán decididas en el proceso ante el sistema de resolución de disputa entre inversionista- Estado.

Este punto no está directamente relacionado al *double-hatting*, aunque podría coincidir con un supuesto en el que el árbitro, a propósito de otro rol, tenga un interés financiero directo o indirecto.

3. Otros casos de resolución de disputa entre inversionista- Estado, entre los cuales el candidato o adjudicador ha sido o viene estando involucrado como abogado, miembro de comité de anulación o experto. Viene discutiéndose si además se incluiría la participación en otros arbitrajes internacionales y roles como conciliadores y mediadores.

Este punto sí aborda supuestos de *double-hatting* como abogado, árbitro, miembro de comités de anulaciones, expertos, conciliador o mediador. Sobre el rol adicional al de árbitro que podría abarcar la norma nos hemos pronunciado en la sección anterior. Sobre si las materias deberían abarcar otros arbitrajes internacionales nos pronunciaremos más adelante.

4. Lista de publicaciones del adjudicador o candidato. Viene discutiéndose si incluiría discursos públicos relevantes.

Este punto está vinculado a supuestos de *issue conflict*.

Por otro lado, se establece que “[...] los candidatos y los árbitros harán todos los esfuerzos razonables para conocer esos intereses, relaciones y asuntos” y que “Los candidatos y los árbitros deben preferir la divulgación si tienen alguna duda sobre si se debe hacer una divulgación. Los candidatos y los árbitros no están obligados a revelar intereses, relaciones o asuntos cuya relación con su papel en el procedimiento sea trivial”. Así, se pone en el candidato a árbitro o árbitro la carga de realizar los esfuerzos razonables para tomar conocimiento de situaciones que debiera revelar.

En el caso de situaciones vinculadas a *double-hatting* -que son las que venimos evaluando-, esto nos parece acertado<sup>50</sup>. Es el árbitro el que está en mejor posición para conocer este tipo de situaciones. Ante la duda, además, el árbitro debe revelar; salvo que se trate de una situación trivial. Se presentarán discusiones sobre si un asunto era o no trivial, pero al preverse que el árbitro debe inclinarse por la revelación, en la práctica, tendría que tratarse de un asunto claramente insignificante para no cumplir este deber.

Nótese además que no se exceptúa de ello lo que pueda ser conocido por las partes, por ejemplo porque se trata de información que se encuentra en fuentes públicas como podría suceder con publicaciones o videos en internet, perfiles profesionales en internet u laudos públicos (como los del CIADI). Si bien las partes, al evaluar a un árbitro tienen el deber de investigar su perfil, en la práctica la valla va tornándose alta. Ponemos como ejemplo el caso Eiser que hemos comentado, en el que se señala que el árbitro debe revelar y la excepción no es que razonablemente las partes pudieran conocer la situación que podía generar el conflicto, sino que tendría que haberse acreditado que esa parte tenía conocimiento de dicha información.

Consideramos que la revelación, incluso con un estándar tan elevado como planteamos, es preferible a una medida de restricción. No obstante, en caso la medida elegida sea la de prohibición, los requisitos que activen esa medida tendrían que pasar una valla que, por el contrario, debería ser muy alta. Solo de ese modo podría compatibilizarse el esfuerzo, de un lado, por evitar supuestos de *double-hatting* que puedan generar descalificaciones por carencia manifiesta de cualidades para ser árbitro y, de otro lado, de limitar lo menos posible el derecho de las partes a elegir, y sobre todo a elegir un *pool* diverso de árbitros.

A continuación, evaluaremos qué elementos adicionales tendrían que considerarse para una revelación amplia o, en caso se opte por la restricción, por una que sea la menos gravosa.

### **c) Asuntos sobre los que recaería la revelación/prohibición**

Debemos referirnos necesariamente a los asuntos que abarcaría la medida. En ese sentido resulta pertinente lo señalado por la propuesta del Proyecto. Este propone que “[...] impliquen a las mismas partes, [los mismos hechos] [y/o] [el mismo tratado]”.

Con relación a esta propuesta, nos referiremos en primer lugar al concepto de “partes”, término que no ha sido definido. A fin de tener una regulación que abarque supuestos que puedan encender alarmas de posibles conflictos, consideramos que este término tendría que referirse a cualquier actor involucrado en el arbitraje; no solo a las partes en sentido estricto (demandante y demandado). Así, mismas partes podría referirse a casos en los que: (i) un profesional participa

---

<sup>50</sup> No descartamos que en otros casos el deber de revelación deba tener el mismo estándar; sin embargo, ello debe ser materia de un análisis específico que no es objeto del presente artículo.

como árbitro en un caso seguido contra el Estado peruano y, en otro caso, participa como abogado también en un caso contra el Estado peruano o (ii) un profesional participa como árbitro en un caso seguido contra el Estado peruano y, en otro caso, participa como abogado de una parte no relacionada al arbitraje del cual es árbitro, pero designó al mismo perito que viene participando en el primer caso.

Además de casos que impliquen a las "mismas partes", se viene discutiendo si debe comprender "mismos hechos y/o el mismo tratado". Podría haberse planteado también el abarcar más instrumentos internacionales como lo hacen el CETA y otros códigos.

Si el Proyecto adoptara una medida de revelación creemos que la fórmula del texto debería tener un alcance amplio sobre los asuntos a revelar. Así, el texto debería abarcar asuntos "que impliquen a las mismas partes, los mismos hechos<sup>51</sup> o el mismo tratado" entendiéndose la primera coma como un "o". De esta forma el deber de revelación cubre asuntos de *double-hatting* relacionados a una cercanía con alguna de las partes y también alcanza a asuntos de *double-hatting* relacionados a un problema de *issue conflict*, aunque situaciones que claramente podrían resultar triviales no tendrían que ser reveladas.

Contando con una obligación clara de revelación, las partes podrían evaluar si consideran que, en el caso concreto, deben plantear una recusación en la que se realizará una evaluación *Ad-hoc*.

Por el contrario, si se adoptase una medida de prohibición, coincidimos con posiciones como la de Vanina Sucharitkul en el sentido en que esta debería tener un alcance reducido. Vanina Sucharitkul señala que "[...] si se examina con mayor detenimiento, **la disposición podría interpretarse en sentido amplio** para reducir significativamente el número de árbitros de los casos [entre Estados e inversionistas]. Por ejemplo, "los mismos hechos" podrían interpretarse potencialmente para abarcar pandemias como la COVID-19, crisis financieras mundiales o desastres naturales que afectan a más de un país<sup>52</sup>". Así, existe riesgo de tener interpretaciones demasiado amplias, que podrían llegar a ser triviales y que serían claramente gravosas sobre todo ante una medida de prohibición.

---

<sup>51</sup> La expresión "los mismos hechos" podría ser entendida de una manera tan amplia, que podría escapar a la finalidad de revelar elementos relevantes. Por ello, a efectos del presente artículo consideramos que debería ser entendido dentro del ámbito de las disputas entre inversionistas y estados y no extenderse a espacios como el de los arbitrajes comerciales que podrían estar sujetos a confidencialidad y la coincidencia, en cuanto a hechos, probablemente no sea relevante ni siquiera a efectos de un posible *issue conflict* con una controversia entre inversionista - Estado. Por el contrario, los mismos hechos en las disputas de inversión normalmente estarán vinculados a ciertas protecciones que el inversionista tiene a su disposición, que no son muchas y suelen ser similares en los diversos instrumentos internacionales. Realizada esa precisión, y aunque reconocemos que el *issue conflict* difícilmente podrá dar lugar a una recusación, consideramos aceptable que los árbitros revelen esta información acotada al plazo que comentamos en este artículo (5 años) aun cuando no se trate de las mismas partes y el mismo tratado.

<sup>52</sup> SUCHARITKUL, Vanina. *ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal*. Kluwer Arbitration Blog, 2020.



Para evitar interpretaciones de este tipo, el texto debería abarcar asuntos “que impliquen a las mismas partes, los mismos hechos y el mismo tratado” entendiendo la primera como un “y”. Estimamos que solo ante situaciones de este tipo, graves, podría imponerse directamente una medida restrictiva. En otros supuestos, permanecería la obligación de revelación. Por ejemplo, si nos encontráramos ante dos arbitrajes bajo el BIT Perú – España, en los que se tratan hechos relacionados a un supuesto de expropiación, si en uno de ellos se designara a un profesional para que sea árbitro y en otro se desempeñara como abogado (de cualquiera de las partes ya sea del estado peruano o del inversionista) a ojos de un tercero razonable estaríamos ante una situación en la que el árbitro podría dar apariencia de poder beneficiarse de esta situación.

En síntesis, recomendamos una redacción que permita una interpretación amplia si se adoptara una medida de revelación. Esto coadyuvaría a que las partes cuenten con una mayor cantidad de elementos para evaluar la independencia e imparcialidad del árbitro en cuanto a los múltiples roles que pueda haber adoptado. Si, por el contrario, se adopta una medida de prohibición, recomendamos una redacción más restrictiva a fin de evitar la posibilidad de interpretaciones triviales que reducirían la posibilidad de elegir entre un *pool* diverso de árbitros.

#### **d) Límite temporal de la prohibición/revelación**

Con relación al periodo que estaría sujeto a la medida, ya sea de revelación o de prohibición, el Proyecto de Código de Conducta viene evaluando entre aquellos roles que se produzcan "al mismo tiempo" o "dentro de los X años".

El límite temporal busca determinar el periodo respecto del cual ejercer múltiples roles podría ameritar que se active la consecuencia que se haya establecido (revelación o prohibición), teniendo en cuenta además los otros elementos que hemos evaluado (materia, roles, etc.)

Que se adopten medidas frente a *double-hatting* que ocurra al mismo tiempo que el proceso en el que el profesional en cuestión viene actuando como árbitro, nos parece que resulta razonable frente a cualquiera de las medidas antes señaladas. Esto alude, cabe resaltar, a todo doble rol que se presente en las condiciones que hemos descrito, ya sea al aceptar al encargo o mientras se desarrolle el proceso en el que la persona en cuestión es árbitro.

Ahora bien, más discutible es que se establezca adicionalmente un periodo dentro del cual, el otro rol que haya desempeñado el árbitro, active igualmente esas consecuencias. Si se trata de roles muy recientes, como los ocurridos pocos meses antes de asumir el rol de árbitro, podría parecer razonable que el tratamiento sea parecido a lo que suceda durante el trámite del proceso; sin embargo, ¿qué pasaría si el otro rol ocurrió hace uno o dos años? ¿podría de igual manera considerarse reciente y relevante a efectos de activar la medida? ¿a partir de qué año dejaría de tener tal relevancia?

El problema de establecer cierta cantidad de años para este tipo de regulaciones es que finalmente lo que se determine puede parecer insuficiente o, más bien, exagerado. Haciendo una comparación con el límite temporal de tres años previsto desde la versión del 2004 de las Reglas IBA, en ese caso se consideró que en ciertas situaciones de la Lista Naranja, no debería presentarse un potencial conflicto de intereses luego de transcurrido ese periodo. Lo que excediera del mismo entraba en la Lista Verde. Al respecto:

"Algunos comentaristas sugirieron que tres años era algo arbitrario y no tenía en cuenta la gama de circunstancias individuales. Algunos pensaban que tres años era demasiado corto. Otros pensaban que era demasiado largo. Esta cuestión ya había sido examinada por el Grupo de Trabajo, que decidió mantener los límites de tres años a fin de indicar que algunos conflictos potenciales se desvanecerían con el paso del tiempo. Si bien todo límite de tiempo específico debe ser algo arbitrario, se consideró que tres años proporcionaban un punto de referencia realista para la mayoría de las situaciones. Sin embargo, el Grupo de Trabajo reconoce que el límite de tres años es sólo una directriz. No proporciona un límite claro inequívoca porque no puede captar las circunstancias individuales que podrían hacer que la divulgación fuera adecuada incluso después de un lapso de tiempo. En consecuencia, siempre se debe hacer referencia a los Estándares Generales al determinar si la divulgación sería apropiada<sup>53</sup>".

En el caso del Proyecto, existe ya un periodo previsto en el artículo 5 que hemos mencionado previamente, sobre el deber de revelación. En ese caso, se alude a uno de 5 años. Al respecto, los comentarios a ese artículo del Proyecto señalan: "Se presume que la existencia de relaciones en épocas anteriores es demasiado remota para crear un conflicto. Además, una relación que existiera antes del umbral de los cinco años pero que pudiera afectar razonablemente a la independencia o imparcialidad de los árbitros seguiría estando sujeta al deber de divulgación de conformidad con el párrafo<sup>54</sup>". Al igual que en el caso de las Reglas IBA, se ha considerado que pasado ese periodo sería remoto que se produzcan conflictos, aunque de igual modo, si existiese alguna circunstancia que sí deba ser razonablemente considerada, el árbitro tendría que revelarla.

No hay mayor detalle sobre por qué en este caso, a diferencia de las Reglas IBA, se ha optado por un periodo de 5 años en lugar de uno de 3; no obstante, advertimos que un periodo similar ha sido adoptado, por ejemplo, en el Modelo de Tratado de Bilateral de Inversión de los Países Bajos que hemos comentado<sup>55</sup>, precisamente respecto de mecanismos de solución de controversias entre inversionista-Estado.

---

<sup>53</sup> DE WITT WIJNEN, Otto L.O.; VOSER, Nathalie; RAO, Neomi. "Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration". En *Business Law International*, vol. 5, núm. 3, 2004. p. 455.

<sup>54</sup> Proyecto de Código de Conducta de los Árbitros en la Solución de Controversias entre Inversores y Estados. p. 13.

<sup>55</sup> "Members of the Tribunal shall not act as legal counsel or shall not have acted as legal counsel for the last five years in investment disputes under this or any other international agreement".

Este periodo, que es mayor al de las Reglas IBA, podría ser, en todo caso, aplicable frente a una medida de revelación, en la que hemos señalado que consideramos que la carga sí puede ser exigente para los candidatos árbitros. Sin embargo, frente a una medida de prohibición nos parece que restringiría en gran medida las posibilidades de ejercer un doble rol, perjudicando los aspectos positivos que hemos comentado que encontramos en su ejercicio.

## VII. Conclusiones

Sobre la base del análisis que hemos efectuado, concluimos lo siguiente:

- i. Una de las ventajas que hace tan atractivo al arbitraje como medio de resolución de disputas es la posibilidad de elegir al juzgador, de quien se espera que sea independiente e imparcial, siendo esto esencial para la legitimidad del proceso. En el caso de los arbitrajes de inversión, la legitimidad del sistema de solución de controversias es a su vez esencial para los inversionistas, quienes buscan una alternativa frente a la resolución de disputas por parte del Poder Judicial del Estado con el que se generó la controversia.
- ii. La importancia de tener árbitros independientes e imparciales es reconocida de manera constante en diversas decisiones expedidas en arbitrajes de inversión. El Convenio CIADI reconoce expresamente que las personas elegibles deben inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. Asimismo, la falta de estas cualidades puede generar la nulidad de laudos arbitrales, como sucedió recientemente en el Caso Eiser, en junio de 2020. Para dar lugar a recusaciones o anulaciones, la jurisprudencia del CIADI nos ilustra sobre la exigencia de un estándar alto (carencia manifiesta) y objetivo (basado en el criterio de un tercero razonable frente a la evidencia disponible).
- iii. Un fenómeno que viene generando preocupación es el del *double-hatting*, el cual, siguiendo la definición del Proyecto de Código de Conducta, preparado conjuntamente por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL y que a la fecha se encuentra sujeto a comentarios, consiste en la práctica por la cual un individuo actúa como árbitro internacional y, a la vez, ejerce otros roles relacionados al arbitraje internacional, pudiendo generar esta situación potenciales conflictos. Por ejemplo, cuando un árbitro se desempeña en otros casos como abogado, experto o consultor.
- iv. Gran parte de la doctrina enfoca el problema del *double-hatting* como la causa principal del *issue conflict*, el cual trata un sesgo o apariencia de sesgo dada la relación del árbitro con el objeto de la controversia que impide al árbitro abordar el caso con una mente abierta. El *issue conflict* puede dar lugar a una percepción de parcialidad, en el sentido que se podría percibir que su función en un caso podría influir sus acciones en el otro. Sin embargo, este puede advertirse en situaciones distintas de las relacionadas con el

desempeño en múltiples roles; y, de otro lado, el *double-hatting* no se reduce solo a asuntos relacionados con el *issue conflict*.

- v. El fenómeno del *double-hatting* viene generando especial interés en el contexto del arbitraje de inversión, en el que el fenómeno de las puertas giratorias es bastante común. Ante la necesidad de encontrar soluciones a problemas derivados de este fenómeno, en los últimos años se vienen regulando medidas en diversos instrumentos como el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica ("CPTPP") y el "Acuerdo Económico y Comercial Global" ("CETA"), los cuales han optado por prohibirlo. Finalmente, a propósito del Proyecto de Código de Conducta que comentamos en el presente artículo, se viene discutiendo entre una medida de prohibición o de revelación con ciertas particularidades en cualquier caso.
- vi. A fin de evaluar si una medida de prohibición es la más adecuada, hemos analizado si existe alguna ventaja para el arbitraje de inversión el uso de dos sombreros en lugar de uno. Al respecto, consideramos igualmente importante garantizar a las partes la libertad de elegir a árbitros. Regular una prohibición a que un árbitro tenga o haya tenido otros roles profesionales, como abogado de parte, experto, etc., si bien evita cualquier posibilidad de conflicto, impacta en las posibilidades de elección de esas personas y, finalmente, en el derecho de elección de las partes. Esto va de la mano con la necesidad de tener un sistema del cual se emanen decisiones que sean percibidas como legítimas. Si el arbitraje de inversión es diverso en cuanto a países involucrados, industrias y personas, los juzgadores deberían reflejar esa diversidad. Las experiencias, enfoques y contextos en los que se desarrollan estos juzgadores repercuten a su vez en su análisis y decisiones sobre los casos; impactando esto en la legitimidad del sistema.
- vii. La búsqueda de mecanismos de fomenten la diversidad es especialmente importante en un contexto en el que es conocido que los árbitros son "*male, pale, and stale*"; tal como lo refleja, por ejemplo, el último Reporte anual elaborado por CIADI sobre arbitrajes de inversión. Las razones por las cuales no contamos con paneles de árbitros diversos son variadas; sin embargo, destacamos, para efectos del presente artículo, que la designación de árbitros suele centrarse en personas reconocidas que, además, nos sean conocidas. Por ello, es importante que existan espacios profesionales en el que nuevos candidatos, con perfiles diversos, puedan desenvolverse e ir ganando la experiencia necesaria para poder asumir el rol de árbitros. Teniendo en cuenta que quienes se dedican solo a ser árbitros suelen ser aquellos árbitros consolidados, prohibir a los árbitros el ejercicio de roles adicionales generará problemas de acceso sobre todo a aquellas personas que inician su actividad como árbitros, que son las que más adelante podrían permitirnos tener precisamente alternativas diversas. Por otro lado, aun en el caso de árbitros consolidados, su elección puede ser atractiva precisamente por la experiencia que tienen por ejercer como abogado de parte, además de árbitro.

- viii. Ante la inminente reforma del Código de Conducta de adjudicadores en la solución de controversias entre inversionista-Estado, que busca determinar si optar por la prohibición o la revelación como medida frente al fenómeno del *double-hatting* desglosamos y analizamos cada elemento de la propuesta en búsqueda de lineamientos para una adecuada regulación que asegure el objetivo de dotar de mayor legitimidad a la institución del arbitraje, sin sacrificar el futuro de la institución.
- ix. A partir de este análisis, trazamos los lineamientos para una regulación de *double-hatting* para árbitros que ejerzan otros roles vinculados al arbitraje internacional:
- a) recomendamos optar por la revelación como medida frente a supuestos de *double-hatting*, que si bien es más difícil de implementar y podría ser menos efectiva, reforzará la legitimidad del arbitraje en el largo plazo. Para que sea lo más efectiva posible, sugerimos que la revelación sea amplia e incluya roles que se produzcan "al mismo tiempo" o "dentro de los X años". Si bien establecer una cantidad de años puede resultar siempre arbitrario, el Proyecto del Código de Conducta propone 5 años, cifra con la que, en todo caso, no encontramos objeciones. Asimismo, incluye la revelación de roles que "[...] impliquen a las mismas partes, los mismos hechos y/o el mismo tratado", entendiendo el término "mismos hechos" solo dentro del ámbito de las disputas entre inversionistas y estados; y permitiendo al árbitro no revelar asuntos que sean notoriamente triviales.
  - b) en el supuesto que se opte por una medida de prohibición, consideramos que esta protegería la legitimidad de la institución del arbitraje de inversiones -en cuanto a independencia e imparcialidad de árbitros- pero con una visión en el corto plazo. En el largo plazo, la prohibición implicaría restringir el acceso a nuevos árbitros, con un fuerte impacto en la diversidad en el arbitraje y, al final de cuentas, en la legitimidad de la institución que se buscaba proteger. Por ello, en el supuesto que se opte por esta medida, debería ser lo más restrictiva, incluyendo solo roles que se produzcan "al mismo tiempo" produzcan "al mismo tiempo" y que "[...] impliquen a las mismas partes y los mismos hechos y el mismo tratado" y descartando aquellos asuntos que resulten triviales.