

CINCO AÑOS DE LA LEY DE RECURSOS HÍDRICOS EN EL PERÚ

SEGUNDAS JORNADAS
DE DERECHO DE AGUAS

EDITORES
PATRICIA URTEAGA
AARÓN VERONA

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
**INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**

INTE-PUCP
INSTITUTO DE CIENCIAS DE LA
NATURALEZA, TERRITORIO Y
RECURSOS RENOVABLES



PUCP

**CINCO AÑOS
DE LA LEY DE
RECURSOS
HÍDRICOS
EN EL PERÚ**

SEGUNDAS JORNADAS
DE DERECHO DE AGUAS

CINCO AÑOS DE LA LEY DE RECURSOS HÍDRICOS EN EL PERÚ

SEGUNDAS JORNADAS
DE DERECHO DE AGUAS

EDITORES
PATRICIA URTEAGA
AARÓN VERONA

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)

INTE-PUCP
INSTITUTO DE CIENCIAS DE LA
NATURALEZA TERRITORIO Y
RECURSOS RENOVABLES



PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD
Guillermo Boza Pró

Directora del CICAJ-DAD
Patricia Urteaga Crovetto

Equipo de Trabajo
Aarón Verona Badajoz
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo

Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú
Segundas Jornadas de Derecho de Aguas
Patricia Urteaga y Aarón Verona | editores

Fotografía de cubierta: Armando Guevara Gil

Primera edición: agosto de 2015

Tiraje: 500 ejemplares

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51 1) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Producción editorial: Mercedes Dioses

Impresión: Impresión: Gráfica Delvi S. R. L.
Av. Petit Thouars 2309, Lima 14 - Perú
Teléfonos: (51 1) 471-7741 / 265-5430
graficadelvi@gmail.com
Agosto de 2015

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2015-11169

ISBN: 978-612-4206-77-1

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	
<i>Patricia Urteaga</i>	11
SECCIÓN I: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL AGUA	
Estado actual de la cuestión y debates pendientes sobre el derecho humano al agua en Latinoamérica y la Resolución A/RES/64/292 de 2010 de la Asamblea General de la ONU	
<i>Liber Martin y Juan Bautista Justo</i>	27
Medios de protección y jurisprudencia sobre el contenido del derecho humano al agua y saneamiento	
<i>Mauricio Pinto</i>	45
SECCIÓN II: DISCURSOS SOBRE EL AGUA, MEDIO AMBIENTE Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL	
El Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua y los Conflictos Socioambientales en el Perú	
<i>Iván Ortiz Sánchez</i>	65
Discurso sobre el agua, el medio ambiente y el conflicto social	
<i>Augusto Castro Carpio</i>	79
Discursos sobre el agua, conflictos sociales y gobernanza hídrica	
<i>Ana Leyva Valera</i>	87

SECCIÓN III: CALIDAD DEL AGUA

Condiciones que impactan en la calidad del agua y sus repercusiones económicas y sociales <i>Giannina Avendaño Vilca</i>	101
La protección jurídica de la calidad del agua en Canadá <i>Yenny Vega Cárdenas</i>	117

SECCIÓN IV: INSTITUCIONALIDAD Y SUPERVISIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

La institucionalidad y supervisión en la gestión de los recursos hídricos en Argentina, con especial referencia a la provincia de Mendoza <i>Mónica Marcela Andino</i>	131
Hacia una institucionalidad del agua más participativa e integrada: el complejo proceso de establecer los consejos de recursos hídricos de cuenca en el Perú <i>Adam French</i>	145
La gestión del agua bajo estrés hídrico pone en evidencia los verdaderos sentimientos y capacidades de la sociedad para superar las dificultades con equidad y respeto al medio ambiente <i>Axel C. Dourojeanni</i>	165

SECCIÓN V: RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO DE LAS AGUAS: DERECHOS DE USO

Régimen jurídico del dominio del agua <i>Yuri A. Pinto Ortiz</i>	177
Derechos de uso del agua en Brasil: privatización y conflictos sobre un derecho fundamental <i>João Amorim</i>	187
Régimen jurídico del dominio de las aguas: el caso peruano <i>Laureano del Castillo Pinto</i>	213

SECCIÓN VI: ORGANIZACIÓN DE USUARIOS

Organizaciones de usuarios y participación en la gestión del agua en el derecho español: reflexiones generales y consideración de la reciente legislación peruana de aguas sobre estas cuestiones <i>Antonio Embid Irujo</i>	229
Derechos de aguas subterráneas, su compleja incorporación en organizaciones de usuarios: el caso chileno <i>Daniela Rivera Bravo</i>	251
Marco jurídico para las organizaciones de regantes: caso México <i>Jacinta Palerm Viqueira</i>	261

SECCIÓN VII: EL AGUA COMO BIEN ECONÓMICO: MERCADOS, TARIFAS DE AGUA Y RETRIBUCIÓN

Modelo y mercado de derechos de aguas en Chile: elementos configuradores <i>Alejandro Vergara Blanco</i>	293
El agua como bien económico en Perú: mercados, tarifas y retribuciones económicas <i>Guido Bocchio Carbajal</i>	307

CONCLUSIONES

<i>Patricia Urteaga</i>	331
-------------------------------	-----

ANEXO

Perfil y programa de las Segundas Jornadas de Derecho de Aguas.....	339
---	-----

COLABORADORES	349
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

PATRICIA URTEAGA CROVETTO
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

Luego de cuarenta años de vigencia de la Ley General de Aguas en el Perú (Ley n.º 17752), durante los cuales esta fuera constantemente modificada, se hacía necesario contar con una norma que pudiera no solo abarcar la compleja realidad ecológica, social y económica del país, sino, además, enfrentar los principales retos en materia de recursos hídricos, acentuados por los procesos de cambio climático. La aprobación, en el año 2009, de la Ley de Recursos Hídricos, precisamente tenía el propósito de cumplir estos objetivos, para lo cual creó el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (SNGRH).

Desde entonces, no solo se ha dado forma a la institucionalidad necesaria para que el SNGRH funcione, sino que además se ha dotado a la misma de órganos centrales y desconcentrados, que promuevan y fortalezcan una gestión integrada de los recursos hídricos en cada una de las cuencas. El desarrollo de la normatividad e institucionalidad es un elemento clave para el funcionamiento de todo el sistema, pero también es un proceso complejo. Ello se demuestra, por ejemplo, cuando revisamos la cantidad de Consejos de Cuenca creados desde la aprobación de la nueva ley. En el Perú se han identificado 159 cuencas, de las cuales 62 se encuentran en la vertiente del Pacífico, 84 en la vertiente del Atlántico y 13 en la región hidrográfica del Titicaca. Sin embargo, desde el año 2009 hasta el año 2014 solamente se crearon seis Consejos de Cuenca, lo que denota el enorme esfuerzo que aún debe desplegarse para lograr una gestión integrada del recurso. Cuántos de ellos cumplen con la función de gestionar el agua de manera integrada es todavía una interrogante.

Del mismo modo, podríamos preguntarnos si la ley y la institucionalidad han contribuido a la disminución de la conflictividad por el agua en el país. Un año y medio después de la aprobación de la Ley de Recursos Hídricos, a mediados de 2010, la Autoridad Nacional del Agua indicaba que existían 257 conflictos por el

agua.¹ Luego de cinco años de vigencia de la ley, ¿cuál es el balance respecto al número de conflictos por el agua? El Tribunal Nacional de Controversias Hídricas (TNCH), que empezó a funcionar en febrero de 2014, ha resuelto aproximadamente 900 expedientes sobre conflictos hídricos que datan incluso del año 2010, pero la conflictividad parece no disminuir.

Estos datos proyectan el trabajo que se viene desplegando para gestionar los recursos hídricos de manera que se respeten los tres principios de la Gestión Integrada del Agua; es decir: la equidad, la eficiencia y la integridad ecológica del recurso. No obstante, también indican que el panorama nacional se muestra particularmente complejo y desafiante; especialmente, cuando consideramos la variable del cambio climático como un elemento fundamental en la evaluación del desarrollo normativo e institucional sobre los recursos hídricos.

Las Segundas Jornadas de Derecho de Aguas, que se celebraron en Lima entre el 27 y 29 de agosto de 2014, y cuyas ponencias forman parte de este libro, tuvieron como objetivo analizar el desarrollo normativo e institucional de la gestión del agua en el Perú, luego de cinco años de vigencia de la nueva ley. Durante tres días se discutieron temas como el desarrollo jurisprudencial del derecho al agua, los discursos sobre el agua, medio ambiente y conflictividad social, la calidad del agua, la institucionalidad y supervisión en la gestión de los recursos hídricos, el régimen jurídico de dominio de las aguas y los derechos de uso, las organizaciones de usuarios, y el agua como bien económico (mercados, tarifas de agua y retribución). Estos temas fueron analizados desde un enfoque jurídico, comparativo e interdisciplinario, los cuales contribuyeron a responder las interrogantes que suscita la problemática de la gestión del agua y la dinámica del derecho de aguas, no solo en el Perú sino también en países de América y Europa. A continuación se hace una breve referencia al contenido de los artículos y su particular vinculación con los temas señalados.

1. Desarrollo jurisprudencial del derecho al agua

El derecho al agua tiene una historia interesante no solo en términos de su desarrollo normativo en el ámbito internacional, sino, especialmente, en las decisiones de los operadores del derecho. No pocas veces, los jueces y árbitros han suplido jurisprudencialmente los vacíos normativos en relación con este derecho, que se evidencian tanto en la esfera internacional como también en la nacional. El resultado es un conjunto variopinto de resoluciones que, por un lado, despliegan conceptos e instituciones jurídicas, recreando así los elementos del derecho al agua que tímidamente vienen apareciendo en los tratados e instrumentos internacio-

1 Autoridad Nacional del Agua – DGCCI. 2010. *Conflictos Socioambientales*. Base de Datos. 31 de abril de 2010.

nales, pero que, por otro lado, retardan el desarrollo de los mismos. En este panel se exploraron los avances que se han logrado en el campo jurisprudencial, en conflictos por el agua en Argentina y Perú, de manera que una mirada comparativa nos permita analizar con más rigurosidad cuál es la tendencia que se viene perfilando respecto al desarrollo del derecho al agua en el campo judicial.

Liber Martin (Argentina) analiza el estado actual del derecho humano al agua en Latinoamérica, a partir de los discursos y posiciones asumidas por los distintos actores de la comunidad internacional frente a la Resolución A/RES/64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que reconoce el derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano. En función de ello, el autor analiza el contenido de dicha Resolución A/RES/64/292, así como los discursos sobre el particular en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del agua y en el ámbito neoliberal. Martin demuestra que el reconocimiento internacional y local de este derecho, que ciertamente lo ha dotado de legitimidad, no se condice, sin embargo, con los problemas que se presentan en la concreción del derecho en la realidad. Ello se produce, fundamentalmente, debido a que el primer obstáculo para su implementación son los problemas político-económicos del desarrollo y la inequidad económica, verdadera causa que explica, igualmente, la abstención de los países desarrollados en la votación de este derecho en Naciones Unidas.

Por su parte, Mauricio Pinto (Argentina) analiza la configuración del acceso al agua como derecho humano y los medios de protección en el marco de su reconocimiento en los sistemas de tutela de ese tipo de derechos. Ello lo lleva a describir el desarrollo legislativo y jurisprudencial internacional y nacional (Argentina) que reconoce al derecho al agua como un derecho fundamental y que le otorga garantías. El artículo examina las garantías establecidas en cada instrumento internacional que reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento (DHA). Señala los avances significativos de la jurisprudencia internacional y de Argentina, mediante la cual ya no solo se identifica al DHA como ligado, especialmente, al suministro de agua potable y el saneamiento, sino que se perfila una tendencia a vincularlo con otros derechos humanos fundamentales que resguardan la dignidad humana. Ello implica un deber del Estado no solo de cautelarlos sino también de garantizarlos.

2. Discursos sobre el agua, medio ambiente y conflictividad social

La conflictividad que se suscita alrededor del agua refleja de alguna manera la importancia contemporánea de este recurso en términos no únicamente de subsistencia, sino también en términos ontológicos y éticos. Estas dimensiones del significado del agua contribuyen a explicar las causas de la crisis de la gobernanza hídrica, expresadas en la multiplicación de conflictos y controversias por el agua, que vienen

marcando la historia de nuestro país. Los discursos sobre las causas de los conflictos difieren entre sí, dependiendo en muchos casos de los intereses de cada actor.

Sobre el particular, Augusto Castro (Perú) se pregunta por qué el agua se vuelve un objeto de conflicto social. Para el autor, la alarmante cantidad de conflictos por el agua en el Perú obedece fundamentalmente al acaparamiento del agua para fines productivos, pero también a la extendida falta de comprensión sobre la concepción cultural de las poblaciones rurales sobre el agua como ligada a su vida y al cosmos. Sostiene que los conflictos sociales en torno al agua se incrementarán en la medida en que los efectos del cambio climático sean más evidentes. Por ello, es necesario pensar en una política nacional que permita adaptarnos a los nuevos cambios que observamos. En el mismo sentido, Ana Leyva (Perú) muestra la proliferación de los conflictos mineros e hidrocarburíferos por el agua en los últimos años en el Perú, así como también los discursos divergentes de los principales actores y señala la relación que tienen con la gobernanza hídrica del país. Más que un problema físico respecto al recurso, sostiene que los conflictos por el agua revelan un serio problema de gobernanza generado, en gran parte, por un Estado que promueve y privilegia una economía extractivista por encima del cuidado del medio ambiente, y que no termina de hacer realidad una gestión sostenible e integrada del agua.

Un análisis más concreto de los conflictos por el agua lo realiza Iván Ortiz (Perú), a partir de los conflictos y controversias que recibe el Tribunal Nacional de Resolución de Conflictos y Controversias Hídricas (TNRCH). El autor reflexiona sobre las tendencias que muestran estos conflictos, pero también considera que los conceptos y mecanismos para la resolución de conflictos en diversas entidades del Estado son disímiles, lo que dificulta su gestión. Describe la forma autocompositiva que adopta la resolución de conflictos en este foro, a qué grupo pertenecen los usuarios del agua que hacen más uso del mismo y cuáles son las materias más recurridas. Entre los usuarios más asiduos figuran las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, las empresas y las personas naturales, mientras que las materias son los procedimientos administrativos sancionadores y de derechos de agua. Pero también revela lo que los datos ocultan; es decir, los usuarios que no acceden a la justicia del tribunal, como las comunidades campesinas o nativas, y las regiones del país desde donde no se han presentado recursos administrativos ante el TNRCH, pero que, no obstante, registran un número alto de conflictos socioambientales, como Cajamarca y Madre de Dios.

3. Calidad del agua

La contaminación de las fuentes de agua no es un hecho reciente en el Perú. Lamentablemente, la lista de las fuentes de agua contaminadas sigue creciendo. El propio

Estado ha calculado que la descarga anual de desagües llega a 960,5 m³ y se realiza no solo sobre el agua superficial, sino también sobre las aguas subterráneas y el mar. De estos desagües, el 64% son domésticos, 25,4% efluentes mineros, 5,6% son industriales, 4,4% pesqueros, y 0,2% petroleros.² En la actualidad, son innumerables las cuencas con altos grados de contaminación.³ La situación es bastante crítica en algunas zonas que han demandado apoyo del Estado para afrontar las consecuencias de la contaminación. ¿Qué se está haciendo para resolver las causas que originan este problema? ¿Son las normas y los instrumentos de calidad del agua adecuados o muy permisivos? ¿Es el sistema de supervisión de la emisión de efluentes y desagües el que ha fallado o son las normas e instituciones las que deben reformarse? ¿De qué manera enfrentan otros países este problema y cómo podemos resolverlo para garantizar el agua a las poblaciones más vulnerables?

Para contestar estas preguntas, Giannina Avendaño (Perú) analiza los impactos en la calidad del recurso hídrico debido a las actividades productivas y al cambio climático, y señala los costos que se generan no solo en relación con la oferta de agua sino, particularmente, en las condiciones de vida de las personas. Los datos que la autora nos muestra son temibles. Por ejemplo, señala que, aproximadamente, en un tercio de las regiones del Perú, la demanda de agua supera a la oferta. Ello explicaría por qué en ciertos lugares de Ica, Piura, Huancavelica, etcétera, el racionamiento del agua es un hecho incontestable y hasta cotidiano. Además de esta situación crítica, *per se*, la infiltración en las fuentes de agua superficiales y subterráneas de pesticidas y plaguicidas, la acidificación de suelos, la contaminación de las aguas por relaves mineros vertidos a las fuentes de agua, las aguas de producción de las actividades hidrocarburíferas y la eutrofización, entre otros, impactan indubitablemente en la calidad del agua. La afectación de la calidad del agua y la consiguiente disminución de la oferta suele crear círculos viciosos, como por ejemplo, el indiscriminado uso de aguas residuales de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) para regar cultivos agrícolas. El volumen de agua usado en la actividad minera para la extracción del mineral, y los cambios en el volumen del agua subterránea, tienen efectos en la disponibilidad del agua. La falta de información actualizada⁴ y de supervisión del Estado respecto al cumplimiento de los límites máximos permitidos (LMP), en las unidades de explotación y exploración minera, es un dato alarmante. A ello se añade la errónea apreciación del Estado de que la promoción de la inversión requiere estándares más flexibles de fiscalización

2 Consulta: 17 de junio de 2014. <<http://www.minag.gob.pe/portal/sector-agrario/hidrometeorolog%C3%ADa/cuencas-e-hidrograf%C3%ADa/problem%C3%A1tica>>

3 Oré, María Teresa, *et al.* 2009, así como los informes del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA): <http://www.oefa.gob.pe/?s=agua>.

4 Un dato importante al respecto, que señala Avendaño, es que el Estado no tiene un registro de fuentes de agua que se destine al consumo humano.

y sanción, lo que ha llevado a debilitar la ya mermada capacidad institucional del Estado⁵ para garantizar estándares ambientales adecuados (véase OEFA y la Ley 30320 de 2014).

Esta situación de precariedad institucional, conscientemente establecida por el propio Estado, tiene efectos concretos en personas concretas. Como se pudo apreciar también en estas Segundas Jornadas de Derecho de Aguas, los conflictos entre los diferentes usos del agua plantean una disyuntiva que debería estar zanjada: ¿agua para las poblaciones o para las actividades productivas? En suma, el Estado no solo omite crear instrumentos que desincentiven la contaminación de los recursos hídricos, sino que además está cargando los costos de la deteriorada calidad del agua a los usuarios más vulnerables.

Esta situación dantesca de la calidad del agua en el Perú es contrastada con el alentador panorama que nos presenta Yenny Vega (Canadá) respecto a la situación de la calidad del agua en Québec. Vega analiza el nuevo marco legislativo que pretende enfrentar la situación de la calidad del agua y menciona cómo el gobierno federal y las provincias en Québec vienen considerando, institucionalmente, los desafíos que el cambio climático supone. Para ello, la autora hace una revisión exhaustiva de la legislación federal y provincial sobre la calidad del agua, los principios que la rigen, y cómo la situación de la calidad del agua ha ido exigiendo más protección por parte de la legislación. Aunque la legislación no sea perfecta, la autora señala que ha servido para ir enfrentando retos en materia de calidad del agua. Algunas provincias han logrado aprobar leyes e instrumentos de política que han revolucionado los marcos jurídicos para garantizar la calidad del agua. El artículo de Vega acerca de la situación del marco legislativo, sobre la calidad del agua en Québec, demuestra que la premisa del gobierno peruano, que asume la existencia de una relación inversamente proporcional entre la promoción de la inversión y la fiscalización ambiental, no solo es falsa sino que está dejando muchas víctimas como producto de esta inequidad ambiental.

4. Institucionalidad y supervisión en la gestión de los recursos hídricos

El Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (SNGRH) tiene apenas pocos años de creado en el Perú. Su ente rector es la Autoridad Nacional del Agua (ANA), adscrito al Ministerio de Agricultura. Conceptualmente, la implementación de la gestión integrada de los recursos hídricos demanda la protección y conservación

5 La Comisión de Delitos Ambientales ha aplicado que numerosas multas que no han sido satisfechas, y más bien, estos usuarios han apelado las decisiones administrativas, privando así al Estado de recursos que podrían ser puestos al servicio de la remediación ambiental. Véase: Salazar (2015). Consulta: 17/06/2015. <http://www.convoca.pe/investigaciones/el-circulo-minero-de-la-infraccion>.

de las fuentes, la gestión de la tierra, así como la participación de la población, en espacios de tomas de decisiones y procesos de gobernanza, por solo mencionar algunos retos que existen por delante. Las vinculaciones del SNGRH con otros sistemas (como el de Gestión Ambiental, el de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el de Áreas Naturales Protegidas, entre otros) y con otros sectores y procesos (como el sector forestal o los procesos de ordenamiento territorial) resultan evidentes y, sin embargo, aún tiene mucho camino por recorrer normativamente y en la práctica. ¿Cuáles son los problemas institucionales y normativos que aún dificultan la implementación de una gestión integrada del agua en el país? ¿Cómo se deben integrar las competencias de los diversos sectores y órganos estatales para una gestión realmente coordinada del agua, la tierra y sus bienes asociados? ¿Es posible mantener las particularidades de los procesos locales a la vez que se respetan criterios nacionales comunes en la gestión del agua?

En respuesta a estas preguntas, Axel Dourojeanni (Chile/Francia) analiza las reacciones de los usuarios del agua y los responsables de la gestión del agua, desde políticos hasta alcaldes y empleados públicos así como los propios usuarios privados, cuando el agua está en el límite de la disponibilidad por estrés hídrico. Estos intereses suelen generar conflictos, pero al mismo tiempo son oportunidades para la conciliación. En base a su vasta experiencia, Dourojeanni llama la atención sobre las reacciones que solemos tener los usuarios del agua frente a un fenómeno como el estrés hídrico. Mientras que, por un lado, los usuarios no podemos asumir que el agua es finita y que nuestro acceso al agua también lo es, por el otro, el Estado peruano no asume su rol de gestor del agua en contextos de estrés hídrico, hasta que el conflicto tiene manifestaciones violentas. Cuando los usuarios y el Estado se sientan en la mesa, los discursos se tornan más bien generales y ambiguos, de manera que no se consigue traducir las buenas intenciones en acuerdos concretos, con efectos tangibles para los usuarios. El autor llama la atención sobre la urgencia de desarrollar una gestión integrada en contextos de cuencas bajo estrés hídrico. Encuentra que ni las formas institucionales que deben gestionar de manera integral una cuenca, ni los usuarios del agua, funcionarios o tomadores de decisiones, están orientados a lograr un manejo integrado. En el primer caso, porque las instituciones como los consejos de cuenca tienen impedimentos técnicos y financieros para lograrlo. Y en el segundo caso, porque generalmente los usuarios no pueden ver más allá de sus intereses personales.

En el mismo orden de ideas, mediante una etnografía sobre la formación de un consejo de recursos hídricos de cuenca en la cuenca del río Santa (Huaraz), el artículo de Adam French (EE. UU.) nos permite comprender cómo los problemas señalados por Axel Dourojeanni se presentan en un caso concreto. El autor critica el modelo de organización del agua denominado en la Ley 29338 Consejo de Recursos Hídricos de Cuenca (CRHC), y muestra el proceso fallido y complejo para

crearlo en la cuenca del Santa. El autor describe este modelo y el enfoque en el cual se inscribe (Gestión Integrada de los Recursos Hídricos). Muestra cómo se incluye este modelo en la legislación y cómo se planifica su implementación en ciertas cuencas a partir de un fondo económico de una institución multilateral. Sobre la base de este fascinante caso, el autor reflexiona sobre las consecuencias inesperadas de los procesos de intervención del Estado y de las instituciones financieras internacionales (IFI), como el Banco Mundial, y muestra cómo el modelo de Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca, impuesto de arriba hacia abajo, puede generar procesos complejos con resultados distintos a los pensados por los interventores.

El caso del Santa es interesante, además, porque muestra cómo un gobierno regional corrupto puede echar mano de estos procesos, impulsados desde arriba, para cobrar réditos políticos que finalmente lo beneficiarán internamente, sin que se consideren las necesidades o realidades de la cuenca. En la medida en que estos procesos sean financiados con dinero de las IFI, el autor cuestiona el potencial del modelo para garantizar la autosostenibilidad y advierte sobre la crisis que ello generaría a largo plazo. El modelo desconcentrado que ofrece el Consejo de cuenca es un modelo minimalista que, desde la visión de los gobiernos regionales, no les otorga más autonomía sino que sustrae la que tiene como gobierno descentralizado.

Desde otra coordenada geográfica, Marcela Andino (Argentina) nos muestra cómo funciona el sistema de la administración del agua en Argentina. En la medida en que este país tiene un gobierno federal, con autonomías provinciales, es interesante el contraste entre la forma que adquiere el sistema de administración del agua, en comparación con países como el Perú. En Argentina, por ejemplo, no existe una ley nacional sino leyes locales de agua que responden a las necesidades de cada provincia que tiene el dominio de los recursos hídricos de manera originaria. El agua, entonces, es un bien de dominio público provincial, de manera que el uso del mismo será regulado de acuerdo con los cánones legales que la provincia determine. Los órganos desconcentrados de gestión del agua en las provincias dependen financieramente de la Subsecretaría de Recursos Hídricos, pero además cuentan con organismos de cuencas interjurisdiccionales que emanan de tratados interprovinciales. Un aspecto interesante de este modelo es que los órganos de gestión y supervisión de la gestión del agua, en cada provincia, tienen autonomía organizativa y presupuestaria. Mientras que el sistema de control interno de «doble instancia» permite supervisar el uso de los recursos, una vez agotada la vía, existe el control externo por el cual los órganos provinciales de la judicatura se encargan de resolver el conflicto recurrido. Ello implica un control administrativo, presupuestario, funcional y fiscalizador.

5. Régimen jurídico de dominio de las aguas y derechos de uso

El creciente reconocimiento de la importancia del agua viene generando, desde hace algunos años, un debate en torno a la mejor manera de aprovecharlo. En el plano jurídico el debate se traduce en distintos regímenes (publicista o privatista), para aprovechar un recurso que todos reconocen como de dominio de la nación o de la colectividad. Detrás de la polémica en torno al reconocimiento de derechos administrativos o asignación de derechos de propiedad sobre el agua, subyace la discusión sobre quién tiene el dominio del agua, un tema en el cual no se han incorporado otras perspectivas, como por ejemplo, la de los pueblos indígenas, que conforme al derecho internacional y nacional tienen derecho a aprovechar los recursos existentes en sus territorios. Por ello, cabe preguntarse: ¿De quién es el agua, del Estado, de la nación o de los pueblos indígenas? ¿Puede el titular del dominio del agua asignar derechos de propiedad sobre el agua a los particulares? ¿Quién debería tener preferencia para aprovechar el agua? ¿Cómo compatibilizar el dominio del agua por la nación, con los derechos de los pueblos indígenas?

Con relación a la naturaleza jurídica del agua, Yuri Pinto (Perú) reflexiona sobre el modelo establecido en la Ley n° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Señala que el concepto de bien de dominio público hidráulico —figura del derecho de aguas español— tiene connotaciones que el legislador de la Ley de Recursos Hídricos (LRH) no previó. El autor desentraña las consecuencias que se derivan del trasplante legal realizado en la Ley de Recursos Hídricos del Perú del término «bienes de dominio público hidráulico» inspirado en el Texto Refundido de la Ley de Aguas de España, que establece que las aguas son del dominio público estatal como dominio público hidráulico. El autor señala que si bien en la fuente natural, el agua es un bien de uso público, al salir de la misma, mediante un derecho otorgado por el Estado, el agua se convierte en un bien de uso privado de propiedad del titular del derecho. En la medida en que en el Perú, el Estado no es propietario del agua sino que ejerce un dominio eminente sobre esta, no resulta entonces técnicamente apropiado señalar que el agua es un bien de dominio público, pues al afirmarlo estaríamos implicando que el agua pertenece al Estado. Si bien se reconoce que la naturaleza jurídica del agua es la de un recurso natural, es decir, un bien común que le pertenece a toda la nación, la legislación no ha recogido de manera uniforme esta idea, lo cual se presta a confusiones. Las consecuencias del trasplante legal realizado, respecto a una figura del derecho de aguas español en la legislación peruana, se evidencian no solo en la confusión que genera la legislación de la materia, sino también y, sobre todo, en la práctica concreta del derecho de aguas.

Con base en un análisis de la legislación brasileña sobre el agua (1997), João Amorim (Brasil) estudia la inclusión del concepto económico sobre el agua en la misma y reflexiona sobre sus efectos en las políticas hídricas, particularmente en

regiones de crisis hídrica como São Paulo. El autor sostiene que la legislación brasileña sobre el agua le ha otorgado prioridad a la idea del agua como mercancía, en desmedro de su carácter de derecho humano. Ello ha llevado tanto a situaciones críticas respecto a la provisión del agua en regiones como São Paulo, como a la multiplicación de conflictos por el agua en el país. Los efectos de esta decisión del legislador, por lo tanto, no solo han influido negativamente en la gestión del agua, sino también en la gobernanza hídrica con consecuencias sociales funestas.

Desde el derecho comparado, Del Castillo (Perú) señala la ambigüedad existente respecto de la titularidad, dominio o propiedad del agua en la legislación peruana. El autor describe el tratamiento constitucional de los recursos naturales a nivel internacional y en el Perú. Menciona, asimismo, el debate internacional sobre el agua que incluye instrumentos internacionales como la Declaración de Dublín y la jurisprudencia internacional, particularmente ligada a los derechos de los pueblos indígenas. La jurisprudencia y los instrumentos legales internacionales, así como la normatividad nacional y la complejidad que implica no solo la problemática de los pueblos indígenas, sino las diferencias de opinión, con relación a la titularidad del agua por parte de los gobiernos regionales en el Perú, plantean más dudas al respecto. La mayoría de las legislaciones en los países de la región proclaman la soberanía del Estado para su aprovechamiento y regulación, afirmando su dominio eminente sobre los gobiernos locales. No obstante, en la aplicación práctica de las normas no siempre se cumple la presunción de que el Estado representa a la nación. Los gobiernos parecen desconocer los derechos de la población, y, particularmente, los de poblaciones vulnerables como los pueblos indígenas. El autor señala que un estudio desde el derecho comparado puede ayudar a desentrañar esta complejidad legal que se produce en ámbitos legalmente plurales como el nuestro.

6. Organizaciones de usuarios de agua

Las organizaciones de usuarios de agua constituyen uno de los sujetos más importantes en la gestión del agua. Su importancia radica no solo en la función que ejercen respecto a la organización y distribución del recurso, sino, sobre todo, en el hecho de que garantizan la concreción del derecho colectivo al agua, la seguridad hídrica y la subsistencia de miles de comunidades locales. La historia de estas organizaciones en el Perú es muy elocuente en cuanto a la compleja relación que se ha forjado entre las organizaciones de usuarios y el Estado. Durante los años sesenta se crearon las Juntas de Usuarios como órganos de apoyo del Estado para la gestión del agua y durante los años ochenta se les reconocieron funciones relacionadas con la operación y el mantenimiento de los sistemas. En los años noventa se reafirmó esta función, descentralizando la gestión del agua que descansó en las

Juntas de Usuarios, comités y, en la práctica, también en las comisiones. Sin embargo, el reconocimiento de su autonomía sufre un retroceso con la promulgación reciente de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua (Ley n.º 30157), la que trata más bien de controlar su desempeño como gestores del agua. ¿Qué ha pasado con las organizaciones de usuarios desde una perspectiva histórica? ¿Cuáles son los principales problemas que atraviesan estas organizaciones? ¿Qué leyes las han reconocido y cómo? ¿Qué normas podrían garantizar un equilibrio entre el reconocimiento de su autonomía y el cumplimiento de sus funciones de gestión del agua? ¿De qué manera las experiencias de las organizaciones de usuarios en otros países pueden echar luces sobre la situación de las mismas en el Perú?

Sobre este tema, Antonio Embid (España) analiza cómo se ha legislado sobre las organizaciones de usuarios de agua y la participación en la gestión del agua en el derecho español y en la legislación peruana. El autor explora la naturaleza jurídica de las comunidades de usuarios y la forma en que esta figura ha sido incluida en la legislación española. Describe sus características generales y su multifuncionalidad. Con el método comparativo analiza la misma figura en la legislación peruana y discute si son personas jurídicas de derecho privado o público, los tipos de organizaciones de usuarios, su estructura, los principios jurídicos y su representación en otros organismos del Estado. El autor concluye que las organizaciones de usuarios son personas jurídicas de derecho público y critica la consignación más bien ambigua de la Ley de Recursos Hídricos del Perú donde se reconoce que son personas jurídicas de derecho privado —asociaciones— con un carácter estable.

Daniela Rivera (Chile), por su parte, analiza las disposiciones de la legislación chilena que se refieren a las organizaciones de usuarios de uso de agua subterránea. Para ello, describe la regulación sobre las organizaciones de usuarios de uso de agua subterránea, concluyendo que estas disposiciones han tomado como modelo las organizaciones de agua superficial, transponiendo este modelo a los usuarios de agua subterránea, sin tener en cuenta que el uso del agua entre estos es generalmente individual, por lo cual los usuarios subterráneos no ven mayor beneficio en organizarse colectivamente, cuando incluso la fuente de agua es individual. Ello determina que las disposiciones legales devengan en letra muerta, puesto que no se cumplen en la realidad. Como consecuencia, la autora señala que se debe regular la gestión del uso del agua subterránea teniendo en cuenta cómo se gestiona su uso en la realidad. Solo de esa manera se garantizará que las normas se concreten en la práctica.

Desde la experiencia mexicana, Jacinta Palerm (México) analiza las discontinuidades en la normatividad referida a las organizaciones de regantes en el siglo xx, usando para ello evidencias etnográficas y revisando los reglamentos de las organizaciones. La autora describe el contexto del agua en México, particularmente establecido por el reparto agrario, la federalización de las aguas, la nomenclatura

para denominar a las organizaciones de usuarios y la formalización de las mismas a la luz de la historia. Ello la lleva a afirmar que hay muy poca reflexión, si acaso alguna, sobre el éxito o fracaso de las figuras legales con las que, en la historia jurídica del agua en México, se denominaba a las organizaciones de usuarios. Palerm indica que las dificultades para realizar esta reflexión se producen no solo porque el material está disperso, sino porque además la historia de las organizaciones de usuarios de agua suele ser generalmente ignorada.

7. El agua como bien económico

En un mundo que se debate entre la asignación eficiente del recurso, su aprovechamiento sostenible, el impacto del cambio climático y el derecho humano de acceso al agua (incluyendo el reconocimiento de los usos consuetudinarios de comunidades campesinas y pueblos indígenas y nativos), resulta de vital importancia abrir la discusión sobre el alcance y contenido de la naturaleza económica del agua, la gratuidad o el cobro por el recurso o por el servicio, los beneficios y contingencias de su acentuación o desestimación frente a temas cruciales como grupos protegidos, derechos humanos, y acaparamiento y razonabilidad en la metodología para la determinación de su cobro. ¿Es legítimo cobrar por el agua? ¿Existen límites en cuanto a considerar el recurso como un bien económico? ¿Cómo se calcula el valor del agua? ¿El recurso hídrico puede constituirse como propiedad privada o es siempre de dominio público?

En la actualidad existen por lo menos dos sistemas de asignación de derechos de agua. El primero es un sistema en el que el Estado, que tiene el dominio eminente sobre el agua, asigna derechos de uso o títulos administrativos que facultan a su titular a usar el agua bajo condiciones específicas que cautelen la sostenibilidad del recurso. Con la aprobación del Código de Aguas de Chile, en 1981, se institucionalizó otro sistema que asigna los derechos de propiedad sobre la concesión del uso del agua bajo la lógica del mercado. En su artículo, Alejandro Vergara (Chile) describe este modelo a partir del análisis del Código de Aguas de Chile y el mercado de derechos de agua que se institucionaliza a partir de la aprobación de aquel. El autor señala que el mercado es solo uno de los elementos que caracterizan al sistema chileno de derechos de aguas, pues además se reconoce los usos costumbristas y el autogobierno de las aguas. Luego de explicar las tres dominaciones del agua —la administración del Estado, el mercado y la sociedad—, el autor describe las características del mercado de derechos de aguas al que identifica como un modelo legislativo descentralizado con escasa participación del Estado. Con base en la experiencia en la implementación del mercado de derechos de agua en Chile, el mismo autor señala que este sistema requiere una base institucional adecuada para

que el mercado funcione. Sin ese sustrato institucional se generan, como ha sucedido en Chile, no solo efectos perversos en la lógica del propio mercado, al impedir la libre competencia y generar especulación financiera, sino también la imposibilidad del Estado de asignar derechos a quienes los necesitan e impedir la acumulación y el monopolio de derechos de agua (Dourojeanni y Jouravlev, 1999).

Desde una perspectiva del mercado, Guido Bocchio (Perú) analiza la normatividad peruana relacionada con el agua para determinar si este recurso natural es un bien económico. Para ello reflexiona sobre el significado de un bien económico regulado, seguidamente explora si el marco constitucional permite la creación de un mercado de derechos administrativos de uso de agua, concluyendo que si bien, constitucionalmente, es posible la creación de dicho mercado, la Ley de Recursos Hídricos es el principal obstáculo en la medida que impide la transacción de derechos de agua, así como la propiedad privada del agua. El autor cuestiona la opción asumida en la ley, puesto que se contrapone a la realidad en la medida en que desconoce la venta de derechos de agua que se viene realizando en la práctica. Finalmente, propone poner en marcha una experiencia que combine elementos de ambos sistemas, de manera que se instale un mercado intersectorial de derechos de uso de agua sin que se pierda el dominio eminente del Estado.

Las ponencias presentadas en estas Segundas Jornadas de Derecho de Aguas demuestran, con claridad, que las miradas comparada e interdisciplinaria a fenómenos complejos como el agua, así como al marco legal que regula su uso en diversos espacios geográficos, brindan luces sobre aspectos que reclaman desde hace un buen tiempo la atención del debate académico y la propuesta política. Precisamente esta es la contribución que queremos realizar con este libro y que estamos seguros brindará frutos no solo en ámbitos académicos como las aulas, sino también en la reflexión y la praxis de los encargados de elaborar y aplicar las políticas. Si se cumple este propósito, consideramos que no solo habremos tendido puentes entre la academia y la política sino que, sobre todo, habremos contribuido a concebir un futuro más sostenible, equitativo y eficiente en la gestión del agua en el Perú y en América.

8. Bibliografía

- DOUROJEANNI, Axel y Andrei JOURAVLEV
1999 *El código de agua en Chile. Entre la ideología y la realidad*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile: CEPAL, volumen 3.
- ORÉ, María Teresa, et al.
2009 *El agua ante nuevos desafíos. Actores e iniciativas en Ecuador, Perú y Bolivia*. Lima: Oxfam Internacional, IEP.

SALAZAR, Milagros

2015 *El círculo minero de la infracción*. Consulta: 17 de junio de 2015.<<http://www.convoca.pe/investigaciones/el-circulo-minero-de-la-infraccion>>

SECCIÓN I

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL AGUA

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN Y DEBATES PENDIENTES
SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LATINOAMÉRICA
Y LA RESOLUCIÓN A/RES/64/292 DE 2010
DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU

LIBER MARTIN
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas | Argentina

JUAN BAUTISTA JUSTO
Universidad Nacional de Comahue | Argentina

El artículo analiza el estado actual de la cuestión del Derecho Humano al Agua y el Saneamiento (DHAS) en la región latinoamericana, identificando los debates pendientes a partir de un análisis de los discursos y posiciones asumidas por los distintos actores de la comunidad internacional, frente a la Resolución A/RES/64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que se refiere a cuestiones sobre su importancia, legalidad y legitimidad.

1. La Resolución A/RES/64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 28 de julio de 2010 y el discurso de los actores sobre el derecho humano al agua y el saneamiento en el escenario internacional

El derecho humano al agua ha sido reconocido desde las instituciones decimonónicas hasta la actualidad, progresivamente, a través del uso común del agua primero, los servicios públicos luego y —más recientemente— los derechos humanos, formando de esta manera una protección y regulación simultánea y múltiple a través de diversos subsistemas.¹

1 En consecuencia puede afirmarse que: i) Se trata de un derecho humano reconocido en el ámbito internacional, que es interdependiente con otros derechos humanos, siendo su contenido limitado, variable y de satisfacción progresiva, lo que no implica gratuidad (solo asequibilidad), ni tampoco implica necesariamente la prestación directa del servicio por las autoridades públicas con exclusión de los sistemas de gestión privada; ii) En cuanto a su extensión, este derecho se identifica a menudo con el acceso al agua para uso personal y doméstico, con valores que varían de acuerdo con el análisis de las necesidades en juego, y que van desde un mínimo de entre 20 a 50 litros diarios de agua potable para el saneamiento personal, lavado de ropa, preparación de

Sin embargo, poner en práctica y de manera efectiva el derecho al agua no es solo una cuestión legal, ni de disponibilidad de recursos hídricos, sino también —y fundamentalmente— un problema económico y, por lo tanto, aunque no exclusivamente (Wendland 2009), el problema es de significancia en los países pobres² y en aquellos que realizan aportes desde el sistema financiero internacional.

A pesar de los avances existentes, dentro de la literatura que ha estudiado con mayor rigurosidad el tema, se pueden apreciar diferentes puntos de vista en relación con las fuentes jurídicas, el contenido, los límites y los efectos propios del derecho al agua (Embid Irujo 2006). Pero estas discrepancias, sin embargo, no terminan en el plano científico, también llegan a —o más bien parten de— la esfera política, a las que están estrechamente vinculadas, lo que lleva a la habitual y sistemática frustración de los intentos de producir una declaración política o un reconocimiento en diversas conferencias y foros internacionales, como ha ocurrido en los llamados foros mundiales del agua que tuvieron lugar en México (2006) y en Estambul (2009), respectivamente.

Rompiendo esta tendencia, el 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas se pronunció mediante una Resolución, reconociendo el derecho al agua como derecho humano; aunque en los términos de tal pronunciamiento, el derecho al agua queda definido exclusivamente en relación con el agua potable y el saneamiento.

La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 28 de julio 2010, en concreto, «reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos»; y «exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y transferencia de tecnología por medio de la asistencia y cooperación internacionales, en particular, a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento».

Con ello, solo se supera parcialmente el problema de la falta de reconocimiento político del derecho al agua, reflejándose en la misma Resolución de la Asamblea

alimentos y la higiene personal (como especifican las agencias especializadas de las Naciones Unidas: ACNUR, FAO, UNICEF, UNESCO, OMS); iii) Se trata de una necesidad y un derecho humano individual, que, al mismo tiempo, es un derecho colectivo, y por ello implica una serie de facultades y obligaciones para los particulares, tanto privadas como públicas. Como tal, aunque la responsabilidad de su satisfacción eficaz reside, en un primer momento, en los propios titulares, también existe una responsabilidad directa del Estado en su regulación y control, y —subsidiariamente— para realizar el contenido del derecho en las personas que no pueden acceder al mismo debido a la falta de medios; iv) Al igual que ocurre con todo derecho, el derecho al agua y el saneamiento no es absoluto, puede limitarse de acuerdo con el interés público o privado, estando sujeto a la integración y armonización con el resto del ordenamiento jurídico, siempre que no sea desnaturalizado. Véase Martin, Liber *et al.*, 2011; Justo, Juan. B., 2013.

2 UN Development Programme, *Human Development Report 2006*, 2006.

ONU un contexto que nos advierte que las dificultades para encontrar acuerdos no surgen exclusivamente de los diferentes puntos de vista y antinomias existentes, entre las subdisciplinas jurídicas en las que el derecho al agua ha sido estudiado recientemente (derechos humanos, derecho constitucional, derecho de aguas, derecho administrativo, derecho ambiental y el derecho internacional).

La dificultad radica, fundamentalmente, en que los diferentes sistemas jurídicos internacionales, regionales y nacionales, y los diversos sustratos socioeconómicos en los que se producen y aplican las normas, reflejan —con distinta intensidad— los intereses de los actores políticos implicados (gobiernos, empresas, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales organizaciones, entre otros).

En ese contexto, es claro que el discurso jurídico internacional sobre el reconocimiento y la aplicación del derecho humano al agua se mueve en diferentes planos, que fundamentalmente podrían ser reducidos a tres: el discurso de los derechos humanos y su vinculación con la política de aguas —que hemos reseñado *supra* en este artículo—, el discurso en el ámbito del derecho internacional de aguas, y el discurso desde la perspectiva neoliberal (Gupta, Ahlers y Ahmed 2010; Tanzi 2010: 267).

En el ámbito del derecho internacional del agua, los Estados han reconocido la existencia de principios que rigen sus relaciones, como la utilización equitativa de los cursos de agua entre los países ribereños; aunque en tal marco, no se ha aceptado en forma clara la existencia de una prioridad de uso hacia el consumo de las poblaciones frente a otros usos.³ Solo a partir de las denominadas Reglas de Berlín sobre Recursos Hídricos (2004), promovidas por la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) se ha reconocido, explícitamente, el derecho al agua (artículo 17) mediante la modificación del principio de la no prioridad de uso, diciendo que «[...] los Estados deberán, primero, asignar agua para satisfacer las necesidades humanas vitales» (Artículo 14); aun así, el carácter de *soft law* de estas reglas, y su origen ajeno a los sistemas estatales, relativizan el avance.

Dentro del discurso neoliberal, el agua se concibe principalmente como un bien económico. Esta idea fue desarrollada por los economistas y difundida a través de los organismos financieros internacionales y las agencias de cooperación para el desarrollo, pudiendo observarse su presencia no solo en la Conferencia de Dublín

3 Al respecto, se considera las Reglas de Helsinki de la International Law Association (ILA) de 1966 o la Convención de Nueva York de 1997, y la Directiva Marco del Agua de la UE 2000/60/CE. Salinas Alcega, S. (2007, p. 345), observa, en este sentido, que si bien las Reglas de Helsinki de la ILA negaban expresamente la existencia de alguna prioridad de un uso frente a otros, la Convención de Nueva York de 1997 ha morigerado tal máxima, ya que si bien la niega en general, admite que sea reconocida por acuerdo o costumbre —y refiere numerosos tratados que priorizan el uso de la población—, y destaca además que dicha Convención se separa de las Reglas de Helsinki al fijar que el conflicto entre los distintos usos se resolverá teniendo en cuenta especialmente las necesidades humanas.

(1992), sino también en los foros mundiales del agua (1987, 2000, 2003, 2006 y 2009) (Gupta, Ahlers y Ahmed 2010: 296). Este discurso, a su vez, ha impactado fuertemente en los sistemas jurídicos nacionales —mediante las regulaciones sobre las privatizaciones de servicios de agua potable— e internacionales —mediante tratados bilaterales de inversión y mecanismos para resolver diferencias sobre los mismos tratados.

En estos tres ámbitos, los actores políticos relevantes son generalmente visibles en ambos lados. Por un lado, el discurso de los derechos humanos es sostenido por el denominado tercer sector⁴ y algunos organismos internacionales —OMS, UNICEF—, los que predicán el reconocimiento del derecho, pero sin prestar atención al análisis de los límites y alcances del mismo, o los mecanismos para su realización efectiva. En este sentido, está claro que los movimientos sociales y las ONG han tomado un papel determinante en la construcción del discurso jurídico internacional de afirmación del derecho al agua, rol que incluso presentan en la difusión y reclamación estratégica sobre dicho derecho. Sin embargo, tales movimientos no han tenido un papel importante en la aplicación de los derechos sociales con fuerte contenido económico, ni en Europa ni en América Latina, como algunos autores pretenden (Gupta, Ahlers y Ahmed 2010: 303).

Por otro lado, del lado del discurso neoliberal, algunas empresas relacionadas con los servicios de agua, junto con sus respectivas organizaciones internacionales, organizaciones financieras internacionales y algunas agencias de cooperación, propician un reconocimiento muy limitado del derecho al agua, o directamente se oponen al mismo. Estos actores prefieren hablar, tan solo de derechos, en términos de requerimientos o necesidades básicas a satisfacer, y evitan discusiones en términos de derechos humanos (Horta 2002: 227).

El factor político clave en el estudio de este tema, pero quizás el más difícil de descifrar es, sin dudas, el Estado. Dado su papel de garante de los derechos económicos, sociales y culturales, y la naturaleza cambiante y evolutiva de los mismos, hay que tener en cuenta que es el Estado quien asume la responsabilidad y los gastos derivados de la aplicación efectiva de estos derechos, en general, y del derecho al agua, en particular.

La actitud política de los Estados es determinada por distintos factores, en gran medida accesorios y de carácter aleatorios, como son la disponibilidad de recursos económicos, la abundancia de recursos hídricos, los laudos arbitrales en materia de inversiones; e incluso por su localización geográfica relativa en los cursos compartidos (Aura y Larios de Medrano 2008: 62),⁵ y la consiguiente

4 Dentro del mismo ubicamos principalmente a las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), y a las Organizaciones de la Sociedad Civil (osc), entre otros.

5 Aura y Larios de Medrano explica que en el proceso de codificación del derecho fluvial internacional ha sido patente que la distinta situación geográfica y física de los Estados es el mayor de los

obligación potencial de compartir sus aguas con otros Estados (Conseil d'État 2010: 235).⁶

La votación realizada por la Asamblea General de la ONU, el 28 de julio de 2010, demuestra que la alineación internacional no se produce de una manera homogénea. Es evidente que la situación de los países desarrollados y en desarrollo, y las responsabilidades nacionales e internacionales ulteriores que les incumben en la consecución del derecho al agua, han determinado la actitud asumida por cada uno de ellos más allá —e incluso en contra— de su propio derecho positivo.⁷

Es por ello que los países en desarrollo ya han incluido tal prerrogativa en sus constituciones (Ecuador, Bolivia, Venezuela y muchos países africanos) o están a punto de profundizar las previsiones que ya presentan (México), e incluso han promovido el reconocimiento internacional del derecho al agua, como ha sido expresado por la Asamblea General de la ONU, el 28 de julio de 2010. Sin embargo, paradójicamente, son también ellos los que en mayor medida carecen de los recursos económicos necesarios para asumir la responsabilidad de hacer realidad este tipo de derechos y —por consiguiente— los que presentan los más limitados grados de eficacia con respecto a la satisfacción de tal prerrogativa. Este contraste, en cierto modo, producto de actitudes contradictorias y ambiguas, trae como resultado que tales países no avancen más allá del plano teórico, mediante la presencia meramente simbólica del derecho al agua en las normas.

Por otro lado, los países desarrollados, con grados de satisfacción del derecho al agua, muy superiores a los de América Latina o África, no han procedido, en general, a una modificación de sus normas para receptor el derecho al agua en el plano interno, y además son más reticentes en cuanto a su reconocimiento expreso. Sin embargo, han mostrado un notable interés en la conceptualización del referido derecho, y en participar en las negociaciones internacionales para la aceptación definitiva del mismo.

En concreto, el hecho que estamos tratando de resaltar es que los países en desarrollo, donde se ubican las personas con escasos grados de satisfacción en el

problemas, lo que genera la existencia de dos grupos con intereses contrapuestos: Estados de aguas arriba y Estados de aguas abajo.

6 A pesar de que este último temor se señala como infundado, puesto la afirmación de un derecho humano no tendría ningún efecto sobre la propiedad de los recursos naturales, por parte de los Estados, o sobre los tratados internacionales relativos a la distribución del agua. Véase Conseil d'État (France) 2010.

7 En efecto, la responsabilidad interna ulterior, como resultado de tales declaraciones, fue el argumento utilizado por los países en desarrollo o países con capacidad económico-financiera limitada para hacer efectivo el derecho al agua. Pero este debate —en nuestra opinión— es falso, hasta cierto punto, ya que el contenido de tal derecho es progresivo y, por ello, relativo y estos son los únicos cánones para juzgar la responsabilidad tanto en el plano interno como en el internacional.

derecho al agua, son los que promueven el reconocimiento de dicho derecho, mientras que los países que presentan altos índices de cobertura —aunque no todos— se abstienen de hacerlo.

Ese fenómeno no resulta casual y quizás obedezca al rol mismo que desempeñan los derechos humanos. Ellos constituyen dispositivos tendientes a asegurar a cada persona —sin importar raza, sexo, nacionalidad o condición social—, la posibilidad de demandar el acceso a determinadas condiciones materiales e inmateriales de vida y la protección de ciertos intereses. Esos intereses no se identifican arbitrariamente, sino que reúnen dos condiciones: a) se consideran esenciales para el desarrollo de cada persona, y; b) la historia demuestra que están bajo amenaza, porque el proceso político no logra asegurar su protección.

Desde esa perspectiva, el hecho de que los países desarrollados no participen en los foros internacionales sobre el reconocimiento del derecho humano al agua obedece a tres factores: a) El interés de sus nacionales de contar con el acceso a servicios de agua y saneamiento no solo no se encuentra amenazado, sino que cuenta con altos niveles de satisfacción; b) El reconocimiento de la condición de derecho humano de tal acceso engendra deberes de asistencia y cooperación por parte de los países con más recursos, a la luz del Artículo 2.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la propia Resolución A/RES/64/292; y c) La consagración del derecho humano al agua impacta en el comercio internacional y el desarrollo de proyectos que lideran las empresas pertenecientes a tales países, limitando la capacidad de mercantilización de ciertos recursos naturales. En resumidas cuentas, la consagración de este derecho no resuelve, para los países ricos, ninguna problemática a escala local, sino que, por el contrario, constituye por sí mismo una amenaza para sus intereses geopolíticos en el ámbito internacional.

2. Importancia, legalidad y legitimidad de la Resolución A/RES/64/292

El sinuoso camino que en los últimos años se ha recorrido, en relación con el reconocimiento del derecho al agua, dentro de los derechos humanos encuentra un hito en la Resolución de la Asamblea General que se ha mencionado anteriormente.

Esta Resolución, a pesar de no ser considerada una fuente formal del derecho internacional,⁸ cuando menos es una norma dispositiva que orienta el proceder de los Estados como instrumento del *soft law* (González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María 1998: 90; Del Toro Huerta 2006: 519; Dupuy 1975: 139;

8 De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del derecho internacional no son más que las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Mazuelos Bellido 2004: 1-40),⁹ implicando un compromiso de los mismos frente a la comunidad internacional. Y en este sentido, es un elemento más para considerar el proceso de formación del derecho vigente, sea mediante la cristalización de pautas consuetudinarias como mediante el reconocimiento de principios generales (Aura y Larios de Medrano 2008: 110).¹⁰

Aunque con un peso jurídico muy limitado, se encuentra impregnada de una importancia política significativa, revelada, especialmente, tanto por la amplia mayoría obtenida para su aprobación (122 votos) y la inexistencia de votos en contra de la misma, sino también por las significativas 41 abstenciones registradas (los países desarrollados en la mayoría, entre los que figuran el Reino Unido, EE.UU., Japón, Australia y Canadá).¹¹

Algunos países justificaron su abstención diciendo que el derecho al agua no formaba parte del derecho internacional vigente (Estados Unidos,¹² Australia y Reino

9 González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María explican que ciertas normas internacionales no poseen una absoluta obligatoriedad. Este tipo de normas, que suelen denominarse *soft law*, marcan la pauta de desarrollo o evolución del ordenamiento, y como explica Del Toro Huerta, describen «fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante pero que poseen al menos cierta relevancia jurídica». Recordemos, al respecto que la expresión *soft law* fue desarrollada inicialmente por Dupuy, citado por Mazuelos Bellido, quien empleaba el término «para describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial».

10 Aura y Larios de Medrano explica que en ocasiones las resoluciones en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas dan pautas del proceso de cristalización del derecho consuetudinario, lo que extendemos como el reconocimiento de principios generales del derecho por la comunidad internacional.

11 Abstenciones: Armenia, Australia, Austria, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Etiopía, Grecia, Guyana, Islandia, Irlanda, Israel, Japón, Kazajstán, Kenya, Lesotho, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Nueva Zelanda, Polonia, República de Corea, República de Moldova, Rumania, Eslovaquia, Suecia, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Reino Unido, República Unida de Tanzania, Estados Unidos y Zambia.

12 John F. Sammis, representante adjunto del Consejo Económico y Social (ECOSOC) por Estados Unidos, en la Resolución A/64/L.63/Rev.1, sobre el derecho humano al agua, explicó su voto de la siguiente manera: «Señor Presidente, los Estados Unidos está profundamente comprometido con la búsqueda de soluciones a los problemas de agua de nuestro mundo. Apoyamos el objetivo del acceso universal al agua potable. La problemática del agua y saneamiento serán un foco importante en la Cumbre de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de septiembre de este año. Los Estados Unidos están comprometidos a trabajar con nuestros socios en el desarrollo para avanzar sobre el progreso que ya han hecho en estas áreas como parte de sus estrategias nacionales de desarrollo. El agua es esencial para la vida en la tierra. En consecuencia, los suministros de agua seguros y accesibles aún más, la realización de ciertos derechos humanos, y esas son las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento. Los Estados Unidos apoyan el trabajo del experto independiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento. De hecho, ha copatrocinado la resolución sobre Derechos Humanos y

Unido). Otros argumentaron que el texto de la Resolución no estaba maduro (Turquía, Nueva Zelanda, Japón). Varios países revelaron que el texto no había sido consensuado y, por lo tanto, no resultaba vinculante (Canadá, Japón, Francia y Rusia). Curiosamente, algunos países votaron a favor, asumiendo que la Resolución no tenía la intención de crear nuevos derechos o subcategorías diferentes de los derechos protegidos por las convenciones existentes de derechos humanos (Botswana, Brasil, Colombia, Egipto, España, Hungría).

Más allá de la explicación formal dada para las abstenciones, la posible razón de peso para este resultado, probablemente no resida en el primer punto de la resolución (que «reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos»), el que refleja una realidad que es difícil, si no imposible, contradecir en el estadio actual de evolución jurídica que hemos descrito *supra*. En cambio, tal explicación posiblemente se puede encontrar en el segundo punto de la Resolución, donde gracias a la responsabilidad financiera internacional, los países desarrollados se han comprometido, firmemente, mediante el documento que «exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular, a los países en desarrollo,

el Acceso al Agua Potable y Saneamiento en septiembre pasado en el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra. Esperamos con interés recibir el próximo informe del experto independiente. También esperamos con interés un enfoque más inclusivo, considerado, y deliberativo a estas cuestiones vitales de lo que hemos experimentado en Ginebra, lamentablemente, en esta Resolución, en Nueva York. Y he agregado a la preparación de mis comentarios que estas preocupaciones no son aliviadas por el hecho de que esta misma mañana, hemos visto una enmienda que echa por el suelo lo que el principal patrocinador ha visto como el punto esencial de la Resolución. De nuevo, esto es una imposición a todos nosotros. No hemos tenido tiempo suficiente para considerar realmente las implicaciones de esto, y creo que habría sido mucho mejor, dadas las circunstancias, no poner la presente Resolución a considerar en la labor de hoy. Los Estados Unidos tenía la esperanza de negociar y en última instancia, unirse a un consenso sobre este texto, sobre un texto que sería en defensa y apoyo del proceso internacional en curso en el Consejo de Derechos Humanos. En su lugar, tenemos aquí una resolución que está muy lejos de gozar del apoyo unánime de los Estados miembros e incluso puede poner en peligro la labor en curso en Ginebra. Esta resolución describe un derecho al agua y el saneamiento de una manera que no refleja el derecho internacional vigente, en cuanto no hay un «derecho al agua y al saneamiento», en un sentido jurídico internacional, como se describe en la presente Resolución. Estados Unidos lamenta que esta Resolución nos distraiga de los serios esfuerzos internacionales en curso para promover una mayor coordinación y cooperación en materia de agua y saneamiento. Esta Resolución intenta tomar un atajo en todo el trabajo serio de formular, articular y defender los derechos universales. No se elaboró de manera transparente, inclusiva y las consecuencias jurídicas de declarar un derecho al agua aún no han sido cuidadosa y plenamente consideradas en este cuerpo o en Ginebra. Por estas razones, los Estados Unidos ha pedido una votación y se abstendrá en la presente Resolución» (Nueva York, 28 de julio de 2010).

a fin de intensificar los esfuerzos para proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento».

De hecho, esto podría ser visto por muchos países en desarrollo signatarios como una manera de fortalecer sus posiciones jurídicas, en orden a exigir una combinación de asistencia —mediante la creación de una responsabilidad universal para el derecho al agua— y compensación —por los impactos potenciales del cambio climático en el agua (Gupta, Ahlers y Ahmed 2010: 297).

Este pronunciamiento revela y confirma que el desafío conceptual no se plantea ni en el reconocimiento positivo ni en la proclama política internacional del derecho al agua, vacía y desconectada del resto de la normatividad y de la realidad. De hecho, el reto se sitúa en su ejecución efectiva, de acuerdo con una determinación relativa, progresiva y armoniosa de su contenido y límites en relación con una concreta legislación y regulación del agua, los códigos territoriales y los servicios públicos de cada país, un proceso en el que se está lenta pero continuamente avanzando (WHO/UNICEF, 2010).

En ese sentido, podemos plantear algunas preguntas. Teniendo en cuenta el avance de los derechos humanos en el orden jurídico internacional: ¿es pertinente seguir cuestionando la naturaleza jurídica del derecho al agua y saneamiento? ¿Pueden existir diferentes respuestas de acuerdo al ámbito regional y nacional? ¿Hay que tener en cuenta la disponibilidad de recursos económicos como condición para el reconocimiento de un derecho como el derecho al agua? ¿La posibilidad o imposibilidad de la efectividad de un derecho humano es un criterio válido para justificar la necesidad de su reconocimiento? ¿La consagración legal expresa y específica de este derecho contribuirá a una mayor satisfacción, así como el discurso dominante que argumenta en su favor? ¿La responsabilidad de los Estados estará gravemente comprometida por el reconocimiento del derecho, como sus detractores advierten? ¿Es equiparable la situación en los Estados desarrollados y en los en vías de desarrollo o subdesarrollados? ¿Puede el derecho al agua y su implementación ser ubicado en el mismo nivel de los países que mantienen una constancia de cumplimiento cercanos al 100% de su población? ¿El problema del agua y saneamiento pertenece solo a los Estados pobres? Si esto no es así, ¿hay algún sentido en la búsqueda de un marco y un enfoque común? ¿Dónde están las diferencias? ¿Algunos Estados tienen obligaciones hacia los demás? ¿Las diferencias entre el constitucionalismo latinoamericano y europeo, y de los respectivos sistemas regionales de derechos humanos, llevan a una conclusión diferente con respecto a la interpretación e inserción del derecho al agua en el sistema legal?

Así, surgen dos aspectos muy importantes que deben articularse adecuadamente, con el fin de investigar horizontes más amplios en relación con el discurso jurídico internacional sobre el derecho al agua: razones legales y políticas, aunque

un tanto dispares, se unen y se relacionan de tal manera que uno de estos tópicos no se puede explicar sin el otro.

Es que, finalmente, no puede desconocerse que el tema en análisis corresponda tanto a la política —dado que su fuerza proporciona la legitimidad— como al derecho —que delimita lo que es la legalidad—, marcos conceptuales desde los que debe llevarse a cabo una aproximación crítica al derecho al agua, pero con un fuerte anclaje en la realidad en que se desenvuelve la ley, que permita una mayor efectividad de estos derechos.

3. Los debates pendientes sobre el derecho al agua

Aunque resulta claro que existe un significativo consenso mundial para consagrar el derecho al agua, sea mediante acuerdos internacionales, su integración dentro de la costumbre internacional o como un principio general del derecho (Bates 2010: 282), también es claro que el ámbito de la gobernabilidad del agua en este tema está fragmentado y atravesado por discursos y enfoques contradictorios que compiten entre sí (Gupta, Ahlers y Ahmed 2010: 298).¹³

En este contexto hay al menos cuatro consideraciones críticas que pueden hacerse al proceso de reconocimiento progresivo del derecho al agua, aunque dejan temas pendientes. La primera de ellas, bastante paradójica, es el fracaso de la legislación sobre derechos humanos, la que hubiera podido influir hasta el momento en la construcción de un nuevo derecho internacional capaz de superar el actual que, centrado en la protección de las empresas y las inversiones, le confiera un carácter feudal al sistema jurídico mundial (Kriebaum, en Reinisch y Kriebaum: 2007).

Como ejemplo de las tensiones que genera este carácter feudal, se observan los conflictos generados en torno a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), o los laudos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), vinculados a los servicios públicos de agua y saneamiento en América Latina. Los mismos, incluso si no lo desconocen, constituyen o representan un obstáculo para el reconocimiento de derecho al agua, en cuanto sistemáticamente lo ignoran (Marrella 2010: 335). De todos modos, pueden convertirse en un verdadero obstáculo para la eficacia (Thielborger 2009),¹⁴ al llevar directa o

13 Algunos autores sostienen que esto se debe a que: (i) la gobernabilidad del agua se extiende a través de 28 agencias de la ONU con diferentes políticas y enfoques, (ii) el ángulo de los derechos humanos de la Asamblea General de la ONU no coincide con el enfoque que se está desarrollando en otros foros (UN HRC), (iii) otros actores como organismos financieros internacionales, la industria y los organismos de ayuda al desarrollo promueve la noción del agua como un bien económico y la necesidad de la recuperación total de los costos y (iv) los injustos laudos arbitrales vinculados a empresas prestadoras del servicio de agua.

14 Véase los casos de Argentina y Bolivia en Thielborger, Pierre 2009.

indirectamente al Estado al incumplimiento de las obligaciones asumidas en los acuerdos internacionales de derechos humanos. Esto puede ocurrir tanto directamente, a través de situaciones de congelamiento regulatorio,¹⁵ o indirectamente, ante la imposibilidad de concretarse las inversiones apropiadas para poner en práctica el derecho, sea debido a la magnitud de tales inversiones o, a veces, por los exorbitantes costos que generan las indemnizaciones impuestas en esos marcos de garantía del comercio y la inversión (Bohoslavsky y Justo 2011: 33-36).

De esta manera, el derecho internacional, configurado tanto desde el subsistema de los derechos humanos y el subsistema de protección a las inversiones, en ocasiones envía señales contradictorias a los Estados que presentan fuertes déficits en el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y han asumido compromisos en la materia, como ocurre en muchos países de América Latina, al ponerlos en una disyuntiva en términos de responsabilidad (Bohoslavsky y Justo 2011: 30); generando así un atentado no solo en contra de cualquier derecho al agua, sino también en contra de la unidad y la coherencia de cualquier orden que finja una apariencia legal (UN General Assembly 2006).

En cuanto a la segunda consideración, observamos que, hasta ahora, en el discurso existente, el Estado ha sido el principal (si no el único) responsable de la satisfacción y violación de los derechos sociales y humanos, tanto en el marco jurídico y la jurisprudencia nacional y regional.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) —con mayores atribuciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— no ha dudado en condenar insistente y repetidamente a los Estados, llegando al extremo de consagrar principios de trascendencia significativa para el derecho al agua, como los de progresividad y no regresividad de los DESC (CIDH 2011; Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres 2011).

Sin embargo, entendemos que actualmente resulta claro que el Estado no es el único responsable de la violación de los derechos como el que nos ocupa. Ciertas entidades privadas aparecen junto a él, e incluso por encima del mismo —si uno calcula el poder real que presentan—, además de las empresas transnacionales (ETN). De hecho, las empresas transnacionales pueden afectar el derecho al agua en una forma directa, impidiendo el acceso de la población local a los recursos hídricos a través de su rol de proveedores de agua potable y servicios de saneamiento o, indirectamente, cuando las actividades que llevan a cabo obstruyen su práctica, por ejemplo, cuando causan contaminación.¹⁶ Y esto, a tal punto que el logro de las

15 Los Estados, debido al temor a la condena o como consecuencia de determinadas decisiones, omiten adoptar medidas legislativas, administrativas o judiciales tendientes al reconocimiento del derecho al agua o su realización.

16 El caso paradigmático es *Chevron Corporation vs. The Republic of Ecuador*, PCA, caso n.º 2009-23, Order for interim measures, 9/2/2011; us Court of Appeals for the 2nd Circuit, Decision

responsabilidades —incluyendo las civiles y penales— vinculadas a las empresas transnacionales, por el respeto y las violaciones de los derechos humanos, ha llegado a ser identificado como uno de los principales retos en el actual orden jurídico internacional (Clapham 2006; Delmas-Marty 2007; Ruggie 2008; Bourdon y Queinnec 2010).¹⁷

Con respecto a la tercera consideración, muchos autores coinciden en que el principal problema no es el reconocimiento, sino más bien la aplicación del derecho al agua. Muchos estudios se detienen en ese primer momento, porque abordar el plano de la efectividad requiere ir más allá y tratar cuestiones más profundas y algunas preguntas incómodas.

Está claro que el agua y el saneamiento son derechos sociales en una muy larga lista de derechos no cumplidos —el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) data de 1966, y el Protocolo de San Salvador de 1988—. Por lo tanto, la peculiaridad del contexto latinoamericano —y en general del mundo subdesarrollado— es que esta falta de eficacia, tanto en los derechos sociales y humanos, se puede considerar como estructural y no como algo temporal, tal como se concibe en el discurso de los países desarrollados.

Demasiado se ha hablado sobre el fracaso de las empresas estatales y privadas como proveedores de servicios de abastecimiento de agua y saneamiento en América Latina. Sin embargo, similares problemas no han impedido la aplicación y el cumplimiento de estos derechos en los países desarrollados. Solo una conclusión puede extraerse de ello: el problema principal no radica en el modelo elegido, que se presenta siempre como un instrumento temporal y contingente, sino en las desigualdades internas y externas del sistema, sin duda, un aspecto más profundo y complejo. En consecuencia, las postulaciones de algunos autores (Gupta, Ahlers y Ahmed 2010: 303), en cuanto a que las ONG o movimientos sociales pueden revertir esta tendencia, en América Latina podrían llevarnos a una nueva decepción.

Entonces, las principales causas que dificultan la implementación del derecho al agua en América Latina no se refieren exclusivamente a la falta de su reconocimiento normativo, un problema de la eficacia del derecho o a un orden jurídico mundial de tipo feudal y contradictorio, ni siquiera a cierto modelo de prestación de servicios de agua o a la falta de los recursos hídricos; sino —y fundamentalmente— a los problemas político-económicos del desarrollo y la distribución desigual de recursos, tanto en el ámbito local como el internacional.

Por último, se debe tener en consideración que la creciente legitimidad de los derechos humanos en el ámbito global podría contextualizar los cambios que se

16/08/2002, Docket n.º 01-7756 (L); 01-7758 (C); *Chevron versus S. Donziger et alia*, US District Court Southern District of NY, Order, 8/2/2011, *Opinión*, 7/3/2011.

17 *Avis en réponse à la consultation de John Ruggie*, 20 janvier 2011.

producen, tanto en el derecho constitucional como en su consideración social.¹⁸ La consagración de nuevos derechos, al menos de los Estados occidentales, es una constante, aunque no con igual resultado en cuanto a su efectividad.

Costas Douzinas se refiere a la situación actual de los derechos humanos como estructuralmente paradójica, en el sentido de que su legitimidad está ampliamente expandida junto con las listas sucesivas y extensas de los derechos. Sin embargo, el creciente ritmo de violaciones es igualmente espectacular. Según este autor, la situación se relaciona con la dependencia de las declaraciones contemporáneas de derechos humanos al desarrollo y la concentración del poder político y económico mundial. Así, el discurso teórico-práctico de la teoría de los derechos humanos podría haber sido aislado de aquellos a los que estaba destinado y apropiado por los especialistas (Douzinas 2000: 1-27).

4. Conclusiones

El contexto en que se dicta la Resolución de la Asamblea General de las Naciones del 28 de julio de 2010 es por demás notorio, no solo por los antecedentes previos en los que la misma fue inalcanzable, sino además porque el reconocimiento jurídico de tal derecho en muchos países de América Latina parece ser más amplio que en el resto de las regiones, habiendo recibido una significativa recepción en las legislaciones nacionales. Ello, junto a las características del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, permite vislumbrar en la jurisprudencia internacional una particular protección de este derecho (Hennebel y Tigroudja, 2009).¹⁹

Ese extendido reconocimiento en América Latina no es consistente, sin embargo, con los muy bajos niveles de eficacia en la realización del derecho. Su consideración legal como un derecho humano puede contribuir a su generalización, pero, al menos en los países emergentes o en desarrollo, una mayor recepción jurídica o un mejor acceso a la justicia no será la pieza clave de su eficacia generalizada. Por el contrario, la solución clave se encuentra en la implementación de políticas públicas y en la asignación específica, eficiente, sistemática y controlada de los recursos económicos suficientes para su satisfacción.

Las principales causas que dificultan la implementación del derecho al agua en América Latina no se refieren exclusivamente a la falta de reconocimiento

18 Por ejemplo, Argentina incorporó en su Constitución el texto completo de trece tratados internacionales sobre los derechos humanos (artículo 75, párrafo 22, CN), lo que produjo una verdadera revolución dentro de la estructura y jerarquía de estas fuentes, que ha sido reconocido y ratificado por la Corte Suprema de Justicia y una gran parte de los autores.

19 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso n.º 12,010 «Comunidades Mapuche Paynemil y Kaxipayiñ» de Neuquén, Argentina.

normativo, a un problema de la eficacia jurídica, a un orden jurídico mundial feudal y contradictorio, ni siquiera a una falta de recursos hídricos, sino fundamentalmente a los problemas político-económicos del desarrollo y a la desigual distribución de recursos, tanto en el ámbito local como internacional.

El reconocimiento del derecho al agua por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su Resolución de 28 de julio de 2010, a pesar de su limitado alcance jurídico, es sumamente significativo, ya que concluye los estériles debates de los últimos años. Sin embargo, a pesar de estar impregnada de una notable importancia política en términos de legitimidad, debe llevar a la reflexión el significado de las 41 abstenciones (en su mayoría, de países desarrollados) que la votación de tal Resolución presentó.

Los argumentos formulados por estos países para impedir (o abstenerse de) el reconocimiento del derecho al agua en el ámbito de la Asamblea de las Naciones Unidas estuvieron relacionados con la falta de consenso, la inflación de los derechos, la demanda ilimitada de los recursos hídricos, la imposibilidad de su satisfacción, etcétera. Los mismos, en nuestra opinión, son a veces inexactos, falaces e ilegales, desde que en algunos casos hasta llegan a contradecir los propios marcos legales vigentes de los países.

Pero además, muy a menudo, tales argumentos no son consistentes con los verdaderos motivos que llevan a la alineación de aquellos países que resisten el reconocimiento de tal derecho, los que en realidad refieren a la responsabilidad internacional de los Estados tras su consecución. El derecho humano al agua no aborda ni soluciona una amenaza para los electorados de los países desarrollados, sino que crea riesgos para la posición geopolítica de los gobiernos y empresas de esos países. Ello explica la reticencia demostrada hasta ahora en lograr avances consistentes en los compromisos internacionales en la materia.

En el plano interno, esta responsabilidad —que no ha sido suficientemente valorada— ha generado temor a una reclamación masiva por un derecho cuyo contenido, en realidad, se ha demostrado limitado, relativo, variable y de satisfacción progresiva en función de las circunstancias específicas, como ocurre a menudo con los derechos humanos de naturaleza económica, social o cultural. También es necesario mencionar el hecho de que su reconocimiento, por parte de muchos países, no ha provocado ninguna de las tragedias anunciadas por algunos de los actores interesados.

En el plano internacional, por el contrario, el temor hace referencia a un compromiso potencial vinculado a la necesidad de compartir los recursos hídricos y comprometer aportes financieros que permitan la consecución universal del derecho al agua en los países en desarrollo, tal como se indica en la declaración de la Asamblea General de la ONU de julio de 2010.

5. Bibliografía

AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela

2008 *La regulación internacional del agua dulce*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi.

BATES, Rebecca

2010 «The Road to the Well: An Evaluation of the Customary Right to Water», *Review of European Community and International Environmental Law*, volumen 19, número 3.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y Juan Bautista JUSTO

2011 *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Santiago: CEPAL.

BOURDON, William y Yann QUEINNEC

2010 *Réguler les Entreprises Transnationales, 46 Propositions*. En *Cahiers de Propositions du Forum pour une Nouvelle Gouvernance Mondiale*. FNGM. Disponible en <www.world-governance.org>

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y Amaya ÚBEDA DE TORRES

2011 *The Inter-American Court of Human Rights, Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

CLAPHAM, Andrew

2006 *Human Rights Obligations of Non-state Actors*. Oxford: Oxford University Press.

CONSEIL D'ÉTAT (France)

2010 «L'eau et son Droit», *Rapport Public 2010*, La documentation française, volumen 2.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

2011 *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C, número 98.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván

2006 «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional», *Anuario Mejicano de Derecho Internacional*, volumen 6.

DELMAS-MARTY, Mireille

2007 *La Refondation des Pouvoirs*. París: Le Seuil.

DOUZINAS, Costas

2000 *The End of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing.

DUPUY, René-Jean

1975 «Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la costume sauvage á la soft law», en *L'élaboration du Droit International Public, Société Française pour le Droit International*, Colloque de Toulouse.

DUPUY, PIERRE-Marie, Ernst-Ulrich PETERSMANN y Francesco FRANCONI (editores)

2009 *Human Rights in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

EMBED IRUJO, Antonio (director)

2006 *El derecho al agua*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA

1998 *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas.

GUPTA, Joyeeta, Rhodante AHLERS y Lawal AHMED

2010 «The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world», *Review of European Community and International Environmental Law*, volumen 19, número 3.

HENNEBEL, Ludovic y Hélène TIGROUDJA (directores)

2009 *Le Particularisme Interaméricain des Droit de l'homme*. París: Editions A. Pedone.

HORTA, Korinna

2002 «Rhetoric and Reality: Human Rights and the World Bank», *Harvard Human Rights Journal*, número 15.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION

2006 *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. United Nations (A/CN.4/L/.702).

JUSTO, Juan. B.

2013 *El derecho humano al agua y saneamiento frente a los objetivos de desarrollo del milenio (ODM)*. Santiago: CEPAL.

MARRELLA, Fabrizioo

2010 «On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration», *International Community Law Review*, volumen 12, número 3.

MARTIN, Liber, Mauricio PINTO y Noelia TORCHIA

2011 *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MAZUELOS BELLIDO, Ángeles

2004 «Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. España: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, número 8.

REINISCH, August y Ursula KRIEBAUM (editores)

2007 *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Utrecht: Eleven International Publishing.

RUGGIE, John

2008 *Guiding Principles for the Implementation of the UN Framework: Protect, Respect and Remedy*, cf. CNCDH, *Avis sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme*, 24 abril.

SALINAS ALCEGA, Sergio

2007 «Las aguas no marítimas internacionales», *Derecho y administración de aguas*. Mendoza: Zetaeditores.

SCHEUMANN, Waltina, Susanne NEUBERT y Martín KIPPING (editores)

2008 *Water Politics and Development Cooperation: Local Power Plays and Global Governance*, Springer.

TANZI, Attila

2010 «Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The UNECE Protocol on Water and Health», *International Community Law Review*, volumen 12, número 3.

THIELBORGER, Pierre

2009 “The Human Rights to Water vs. Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict?”. En: Dupuy, Pierre-Marie, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (editores), *Human Rights in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

UNITED NATIONS (UN), GENERAL ASSEMBLY

2006 *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Geneva: International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 abril.

UNITED NATIONS (UN), DEVELOPMENT PROGRAMME

2006 *Human Development Report 2006. Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis*. Nueva York: UNDP.

WENDLAND, Claudia *et al.*

2009 *Sanitation: a Continuous Challenge for the European Region - European Regional Document*. 5th World Water Forum.

WHO/UNICEF

2010 *Joint Monitoring Programme for Water Supply and Sanitation, Progress on Water and Sanitation*. Disponible en <<http://www.wssinfo.org>>

MEDIOS DE PROTECCIÓN Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA Y SANEAMIENTO

MAURICIO PINTO

Universidad Nacional de Cuyo | Argentina

El artículo analiza la configuración del acceso al agua como derecho humano y los medios de protección que tal prerrogativa presenta en el marco de su reconocimiento en los sistemas de tutela de tal tipo de derechos, puntualizando aspectos que se hacen a su contenido, a la luz de diversos precedentes jurisprudenciales.

1. Introducción

El derecho al agua ha sido reconocido desde épocas antiguas, aunque con distintos matices a los que presenta actualmente, respondiendo al paradigma vigente en cada época.¹

Actualmente se vislumbra que, siendo el agua un elemento esencial para la dignidad humana en todos sus órdenes, el derecho de acceso a la misma cae dentro de la categoría de derecho humano,² sea como prerrogativa autónoma o como

1 En el liberal régimen del siglo XIX, las legislaciones priorizaban el acceso al agua para fines personales indispensables, sea en el denominado «uso común» o en el «uso especial» para abastecimiento poblacional. En el siglo XX, el Estado de Bienestar impactó sociabilizó el acceso al agua mediante redes organizadas como servicio público. Y en los albores del siglo XXI, se consolida el acceso al agua desde el discurso de los derechos humanos. Sobre esta evolución, véase Pinto y otros 2006.

2 En términos generales, los derechos humanos son aquellos que corresponden a todos los hombres por el solo hecho de ser tales, y aunque la denominación de «humanos» conlleva una redundancia terminológica —ya que solo el hombre es sujeto de derecho— ello no es casual, sino que semánticamente se ha procurado resaltar el carácter de fundamentalísimos para el hombre que presentan estos derechos, siendo por ello humanos por antonomasia. Véase además: Prado 1997, pp. 2 y 28.

presupuesto o desarrollo de los distintos derechos reconocidos en los acuerdos internacionales (derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la calidad de vida, a la vivienda, a la alimentación adecuada, etcétera).³

Desde el ámbito internacional, el derecho humano al agua puede ser percibido en un gran número de tratados, declaraciones y otras normas,⁴ y ha existido una marcada tendencia hacia su consagración en forma específica. Concretando esta tendencia, la Observación General n.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha especificado el derecho al agua dentro del campo de los derechos humanos a la salud, al nivel de vida y a la alimentación que estipula el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus artículos 11 y 12, entendiendo que el agua «es un bien público fundamental para la vida y la salud», y que «el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico».⁵

-
- 3 Aunque entendemos que debatir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo o si es accesorio a otro derecho principal es una discusión innecesaria, sin consecuencia práctica alguna y por ello ociosa, ya que en ambos casos será susceptible de la protección, en Pinto, Torchia y Martin (2008: 55-59), observamos la conveniencia de adoptar el derecho humano de agua como una categoría autónoma de estudio que involucre a todas aquellas prerrogativas que hacen a la dignidad humana, y que dependen del acceso al agua para ello, pudiéndose instrumentar desde tal perspectiva metodológica la necesidad de replantear políticas ante la crisis hídrica, de modo tal que se fortifiquen las categorías preexistentes mediante una evolución que atienda las necesidades que tal dignidad presenta en relación con el agua.
- 4 Entre muchos otros: artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 20, 26, 29, 46 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; artículos 85, 89, 127 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Artículos 54-55 del Protocolo Adicional I, de 1977; Artículo 5.º, 14 del Protocolo Adicional II, de 1977; preámbulo de la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua; párrafo 18.47 del Programa 21, en Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro; Principio 4 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente; Principio 2 del Programa de Acción, en Informe de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo; recomendación 14 (2001) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos; resolución 2002/6 de la Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos acerca de la promoción del derecho a disponer de agua potable; apartado 38 de la Declaración de Johannesburgo, Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible, 2002. La Carta Europea del Agua (1968), si bien no reconoce expresamente un derecho al agua, declara que la misma es indispensable a la vida humana.
- 5 De esta forma, el Comité ratificó el criterio de identificar el derecho al agua como un derecho humano amparado en el Pacto, tal como había sustentado previamente en los párrafos 5 y 32 de la Observación General n.º 6 (1995) sobre derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

El referido documento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vincula además el derecho al agua con el derecho al más alto nivel posible de salud (cf. párrafo 1 del artículo 12 del Pacto y la Observación General n.º 14 (2000), sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (cf. párrafo 1 del artículo 11 y Observación General n.º 4 (1991)). Este derecho —entiende— también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, entre los que ocupa un lugar primordial el derecho a la vida y a la dignidad humana.

Aunque la correspondencia del agua con la calidad de vida y la satisfacción de otros derechos humanos abre la puerta a una expansión conceptual, hacia un planteo superador de la perspectiva que vincula tal prerrogativa a las necesidades vitales de subsistencia y salubridad, como detallaremos infra, su actual consolidación avanza con una fuerte —pero no exclusiva— relación con el suministro de agua potable y saneamiento, como lo demuestra la Resolución adoptada en la materia por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2010.

Lo que es innegable, sin embargo, es que se ha producido un significativo desarrollo del reconocimiento —explícito o tácito— del derecho al agua, no solo en el régimen internacional de los derechos humanos, sino también en numerosos ordenamientos nacionales, como ocurre en el caso de Argelia, Argentina, Bélgica, Benín, Bolivia, Brasil, Chad, Chile, Costa Rica, Congo, Colombia, Ecuador, España —en los Estatutos de Autonomía de alguna de sus Comunidades autónomas—, Estados Unidos —en algunas Constituciones de los Estados federados—, Etiopía, Francia, Filipinas, Gambia, India, Kenia, Marruecos, México, Nigeria, Sudáfrica, Ucrania, Uganda, Uruguay, Venezuela, Zambia.⁶

En este contexto, el derecho al agua no puede ser divorciado de su carácter fundamental y del Derecho de los derechos humanos y su régimen superior de protección, sino que además su contenido y contorno se encuentra en plena definición, siendo la labor jurisprudencial un excelente tamiz para decantar las tendencias que consolidan su configuración actual.

2. Los medios de protección del derecho humano al agua

Si como hemos analizado el derecho a acceder al agua es un derecho humano, su satisfacción y protección como tal es una consecuencia inevitable, estando consi-

6 Un análisis particular de estas regulaciones lo efectuamos en Pinto, Torchia y Martin 2008. Recomendamos en este punto la lectura de la segunda edición de esta obra (2011), donde hemos actualizado el contenido de tal realidad normativa.

guientemente sujeto a un sistema especial de tutela que las Constituciones y los tratados otorgan al respecto (Pinto 2008: 25).

Los acuerdos internacionales contemplan la obligación de los Estados en su accionar a nivel interno de respetar los derechos humanos reconocidos, garantizar los mismos y prevenir futuras violaciones (Picolotti y Bordenave 2005: 38). Por ello, siendo el acceso al agua un derecho humano, es un deber estatal respetar tal prerrogativa y asegurar su protección mediante el adecuado acceso a la jurisdicción.⁷

Ante el incumplimiento de estas obligaciones, los afectados podrán atender la protección que contempla el Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, hay que considerar el mecanismo de protección que contempla cada tratado vigente en la materia, en los que es posible observar distinta casuística de protección:

- a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el que se apoya la referida Observación General n.º 15, establece un procedimiento de informes en virtud del cual los Estados Miembros y los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas exponen periódicamente ante la ONU las medidas que han adoptado y los progresos que han alcanzado para garantizar el respeto a los derechos garantizados en el Pacto. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bajo este sistema de control, ha referido al derecho al agua en sus Observaciones a informes de los Estados parte del pacto internacional que controla; por ejemplo, en las Observaciones finales al Segundo Informe Periódico del Estado de Israel⁸ y en Observaciones finales al Segundo Informe Periódico del Estado de Nueva Zelanda.⁹

7 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re* «Velázquez Rodríguez», sentencia del 29/7/1988, párrafo 166, ha expresado que es un deber de los Estados «organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos».

8 Doc. E/C.12/1/Add.90 del 23/5/2003, párrafos 25 y 41, del 26/6/2003. Este informe expresa: «El Comité insta encarecidamente al Estado Parte a que adopte medidas inmediatas para garantizar un acceso al agua y una distribución de este recurso que sean equitativas para todas las poblaciones residentes en los territorios ocupados y, en particular, para que todas las partes interesadas participen plenamente y en condiciones de igualdad en el proceso de gestión, extracción y distribución del agua. A este respecto, el Comité remite al Estado Parte a su Observación General 15 sobre el derecho al agua».

9 Doc. E/C.12/1/Add.88 del 23/5/2003, párrafo 9. En este informe: «El Comité agradece profundamente la información sobre el derecho al agua que se suministra en el informe del Estado Parte (párrafos 417 y 418) que se presentó antes de la aprobación de la Observación general 15».

- b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos proclaman las normas regionales para América, estableciendo esta última un mecanismo de protección a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicables a los Estados que hayan adherido al régimen.

La Comisión actúa mediante el seguimiento de informes periódicos que deben realizar los Estados Miembros —en forma similar al sistema del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—,¹⁰ y mediante el conocimiento de denuncias contra un Estado Miembro que realice cualquier persona, grupo de personas, entidades no gubernamentales u otros Estados Miembros, luego de agotados los procesos de jurisdicción interna. Su rol, aunque no es de naturaleza jurisdiccional, ha resultado en ocasiones útil para arribar a soluciones concertadas, como es por ejemplo la tramitación de la denuncia sobre la violación del derecho al agua de Comunidades Paynemil y Kaxipayiñ.¹¹

10 Por ejemplo, en el informe correspondiente a Ecuador en 1997 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador 1997», disponible en <<http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/indice.htm>>, observó que la actividad petrolera en el oriente de ese país contaminó —entre otros recursos— cursos de agua que son las únicas fuentes de las que disponen los seres humanos en la zona para beber, cocinar y bañarse, y donde beben también el ganado, los animales domésticos y la fauna silvestre de que se sirven, lo que ha afectado la salud y la alimentación de los lugareños. En el caso, la Comisión entendió que el ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física —amparados por el sistema interamericano— está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y a la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos. Finalmente, concluyó que es responsabilidad del Estado implementar las medidas necesarias para remediar la situación actual y evitar toda contaminación futura por petróleo que amenace la vida y la salud de esa población, recomendando al Estado adoptar las medidas necesarias para traducir esta inquietud en acciones preventivas y correctivas. La Comisión también trató un tema similar de explotación de recursos e intrusión en territorio indígena en los casos de la comunidad indígena Yanomami versus Brasil y de la comunidad Mayagna Sumo versus Nicaragua (véase Pico-lotti, 2002). De igual forma, en el «Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil» de 1997. Disponible en <www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/indice.htm>, observó la falta de acceso al agua como condición de desigualdad.

11 La causa CIDH n.º 12.010, «Comunidades Mapuche Paynemil y Kaxipayiñ, Neuquén, Argentina», tramitada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene como antecedente un reclamo judicial realizado en la provincia de Neuquén (Argentina) mediante una acción de amparo en procura de salvaguardar el derecho a la salud de niños de comunidades aborígenes ante un incidente de contaminación hídrica, requiriéndose la inmediata provisión estatal de agua en condiciones adecuadas. Aunque la causa agotó las instancias judiciales nacionales, reconociéndose en todas ellas la correspondencia del reclamo, y a pesar de los *astreintes* fijados por incumplimiento, el Estado no obedeció las medidas judiciales ordenadas. En el posterior reclamo internacional, el Estado argentino —como responsable en el derecho internacional— aceptó como acuerdo conciliatorio la construcción de una planta de agua potable y otras medidas sanitarias. Una descripción de los antecedentes y contenidos de este procedimiento puede consultarse en Falaschi y Osés, 2001.

La Corte, en cambio, interviene agotados los procedimientos ante la Comisión, y tiene competencia para resolver en forma definitiva e inapelable cualquier caso relativo a la interpretación y la aplicación de la Convención, pudiendo disponer que se garantice el ejercicio de un derecho, que se reparen las consecuencias de su violación y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En relación con el derecho al agua, como el mismo no es expresamente receptado en la Convención, la Corte ha acudido a respuestas interpretativas basadas en una lectura social de los derechos civiles y políticos o en la definición de grupos vulnerables (Salmón, 2014: 324), pudiéndose apreciar en diversos pronunciamientos aspectos vinculados al acceso al agua como contenido de otros derechos humanos.¹²

- c) La Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Social Europea brindan el régimen propio de Europa. La Convención y sus diversos Protocolos garantizan los derechos civiles y políticos; la Carta, en cambio, tiene por objetivo específico establecer un sistema de promoción de los derechos económicos y sociales, sin que se garantice el disfrute inmediato. Mientras que la Convención establece un mecanismo de protección similar al americano, basándose para ello en peticiones individuales y denuncias de Estados presentadas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y seguidas ante la Corte Europea de Derechos Humanos, la Carta establece un complejo mecanismo de control mediante informes gubernamentales periódicos que ha resultado eficiente (Buergenthal 1999: 11). Dentro de este sistema, la Corte Europea de Derechos Humanos en su sentencia del 25/11/1993 en el caso «Zander versus Suecia», al resolver la Aplicación 14282/88, reconoció que el derecho a usar el agua para bebida de las perforaciones o pozos es una faceta del derecho civil a la propiedad de la tierra donde aquellas se encuentran, considerando que el derecho en cuestión es un derecho civil tutelable.
- d) La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece un régimen de derechos humanos específico para el África. Se distingue de los sistemas europeo y americano en cuanto no crea un tribunal para el caso de violación a los derechos, sino solo la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Buergenthal 1999: 112).¹³ En relación con el derecho al agua, la

12 Véase los asuntos «Comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay» (17/6/2005), «Comunidad Indígena Sawhoymaxa versus Paraguay» (29/3/2006), «Pueblo Saramaka versus Surinam» (28/11/2007), «Xákmok Kásek versus Paraguay» (24/8/2010), «Vélez Loor versus Panamá» (23/11/2010) «Pacheco Teruel versus Honduras» (27/4/2012) y «Suárez Peralta versus Ecuador» (21/5/2013), entre otros.

13 Buergenthal señala, sin embargo, que si bien la aplicación de la Carta Africana se asemeja al mecanismo que desarrolla la ONU en la aplicación de los Pactos de Derechos Humanos que le

Comisión ha emitido un precedente de importancia, en una causa iniciada por cuatro ONG contra el antiguo Zaire (ahora la República Democrática del Congo), acusado de violar el artículo 16 de la Carta Africana —derecho a gozar del mejor estado de salud física y mental—, dado que el Estado no había podido asegurar el acceso al agua potable esencial para la vida. A juicio de la Comisión, las actuaciones del antiguo Zaire constituían una violación del derecho a la salud y necesitaban ser reparadas, ya que «el hecho de que el gobierno no proporcione servicios básicos como agua potable inocua y electricidad y la escasez de medicamentos [...] constituye una violación del artículo 16».¹⁴

3. Consideraciones particulares y jurisprudencia sobre el contenido del derecho del Derecho humano al agua

Más allá de que el reconocimiento del derecho al agua se ha consolidado como una prerrogativa humana tutelable en fueros internacionales y nacionales, resulta de sumo interés observar las configuraciones que en tal sentido se han construido desde la jurisprudencia de los respectivos Estados sobre el alcance y contorno de dicho derecho.

Primeramente, en la medida en que su definición se practique como presupuesto de la calidad de vida y otros derechos humanos, debe analizarse su posible expansión conceptual hacia un planteo superador de la casi exclusiva vinculación a las necesidades vitales de subsistencia, siendo el derecho al agua una categoría de análisis que, aunque se integra con ellas, no equipara necesariamente a las tradicionales referencias a los usos comunes y especiales, o incluso al servicio público (Pinto, Torchia y Martin 2008: 61).¹⁵

corresponde, «algunas de las disposiciones de la Carta Africana son lo suficientemente amplias como para permitir que la Comisión Africana, si lo considera apropiado y si el clima político es propicio, adopte medidas más innovadoras en la promoción de los derechos humanos que las que podrían adoptarse por imperio de los pactos que aplica la ONU».

14 Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Opinión del 4/4/1996 - 1/6/1996. Comunicación 25/89 —y sus acumuladas Comunicaciones 47/90, 56/91 100/93—, donde se analizó la queja del Grupo de Asistencia Jurídica Libre, Comité Austriaco contra la Tortura, Centro Haitiano de Derechos Humanos y Libertades, y los Testigos de Jehová versus Zaire. Disponible en <<http://www.chr.up.ac.za>>

15 Se entiende que la clasificación de las prerrogativas humanas, en categorías y especies de derechos, no es más que un recurso metodológico, donde las clasificaciones son instrumentos de claridad, que nos permiten conocer mejor el objeto de nuestra investigación; someten los entes a un cierto régimen ordenador para facilitar su estudio, y aunque todo ello no acarrea necesariamente consecuencias jurídicas, lo cierto es que de acuerdo a cómo ordenemos las prerrogativas tutelables resultará el contenido y alcance del derecho al agua como categoría jurídica; y en la medida en que incluya aspectos como la alimentación, el trabajo, la calidad de vida, el desarrollo,

Si bien, en los medios de protección el derecho al agua aparece ligado a otras prerrogativas civiles y políticas que pueden dar lugar a la expansión que referimos, su consolidación autónoma en el ámbito internacional avanza con un contenido fuertemente relacionado con el suministro de agua potable y saneamiento.¹⁶ Acorde con estas tendencias, las decisiones judiciales de diversos Estados vinculan su contenido con el acceso a agua potable o con la satisfacción de necesidades vitales, generalmente en referencia a derechos como la salud y la vida;¹⁷ excluyendo en consecuencia aspectos de explotación económica como las actividades agropecuarias, turísticas o futuros desarrollos inmobiliarios.¹⁸

Sin embargo, en la medida en que también se relacione su contenido a otros derechos ajenos a la salud o la vida —como la propiedad, la vivienda, la alimentación, el trabajo, el desarrollo, el medio ambiente, la calidad de vida, la identidad

etcétera, sin lugar a dudas su contenido se expenderá mucho más allá de la salud y salubridad a las que se vincula el mero acceso al agua segura.

- 16 En este sentido, es demostrativa la Resolución A/RES/64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 28 de julio de 2010, la que aunque resulta de mayor peso político que jurídico, es un reflejo tendencial de la percepción que la comunidad internacional expresa en torno al derecho al agua. Sobre la implicancia política de este resolutivo, véase: Martín García 2011.
- 17 El Tribunal Constitucional de Bolivia, en su Sentencia 156/2010-R, ha expresado que «El agua es un recurso vital, del cual depende el ejercicio de otros derechos fundamentales, como son la vida y la salud, forma parte integrante de los derechos humanos oficialmente reconocidos en los instrumentos internacionales, es un bien común universal, patrimonio vital, derecho básico, individual, indivisible, imprescriptible y colectivamente inalienable, que cada persona requiere para su uso personal y doméstico y al que pueda acceder por un precio adecuado y razonable. Cada persona tiene el derecho a un sistema de agua que funcione, los sistemas de agua se deben organizar y manejar para garantizar su acceso continuo». Véase en este sentido: Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Trenque Lauquen (Argentina), *in re* Florit, Carlos Ariel y otros c. Provincia de Buenos Aires y Aguas Bonaerenses s. A., Sentencia del 6/7/2010.
- 18 Destaca en este sentido la jurisprudencia colombiana, donde la Corte Constitucional ha señalado que «el agua potable constituye un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas, cuando está destinada al consumo humano. Y este derecho puede protegerse por medio de la acción de tutela, únicamente cuando se relaciona con la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no cuando está destinada a otras actividades, tales como el turismo, la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados» (Sentencia T-381/2009); criterio que reafirmó con posterioridad al afirmar que «el derecho al agua, para el uso de las personas, en cuanto contribuye a la salud, a la salubridad pública, y, en últimas, a la vida, sí es un derecho fundamental y que, por el contrario, no lo es cuando se destina a la explotación agropecuaria o a un terreno deshabitado» (Sentencia T-413/1995). El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Decimo Primer Circuito de México, en el Amparo directo 740/2011-Petronilo Pantoja Espinoza, el 1/3/2012, luego de fundar su postura en la Observación General 15 del Comité de DESC, entendió que el Estado debe garantizar que «el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso».

cultural, entre otros—,¹⁹ se abre el análisis hacia un posible desarrollo expansivo que incluya actividades que excedan la mera subsistencia o salubridad. En esa tendencia, existen pronunciamientos judiciales que incorporan aspectos de índole productivista, como las actividades agropecuarias u otras.²⁰

-
- 19 El Tribunal Constitucional de Perú, en su sentencia del 7/11/2007 (Expediente n.º 06546-2006-AA) definió primeramente el contenido del derecho al agua potable como un derecho de naturaleza positiva o prestacional, ampliando luego su valoración al expresar que «su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento, el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia. El agua, en cuanto recurso natural, no solo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención, sino que desde una perspectiva extrapersonal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etcétera». La Corte Constitucional de Colombia, aunque en general limita el derecho al agua a su relación con la vida y la salud, en su Sentencia T-418/2010 vincula el derecho al agua potable con el derecho fundamental a la integridad étnica y cultural del pueblo al que pertenecen los interesados.
- 20 En este sentido, la Sala Constitucional Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, en su sentencia del 14/11/2002, ha entendido que «el derecho al abastecimiento de agua potable, como servicio público estrechamente vinculado al derecho a la salud y al de propiedad, entre otros, no puede ser negado, como en el presente caso, por la inercia de la Administración, o, en este caso, del Comité al cual aquella ha delegado la administración del Acueducto, incluso, aunque se trate de una paja para fumigar el café y darle uso esporádico para habitación». El Tribunal Constitucional de Bolivia, en su Sentencia 648/2014, ha entendido que «el corte de suministro de agua tanto en el sistema de riego y agua potable efectuado por parte de los demandados, restringe el derecho fundamental que tiene el accionante del acceso a este servicio básico, considerado que este derecho es indispensable para la supervivencia y desarrollo de la humanidad, [...]; por todo ello, al haberle privado de este servicio al accionante, se lesionó su derecho de acceso al agua, atentando directamente contra el derecho a la vida y a la alimentación no solo de él, sino también el de su familia y de sus trabajadores que viven en su propiedad, así también contra su salud, siendo tales actos excesivos, dentro de un Estado de derecho, más aún, cuando la propia Norma Suprema, establece que el acceso al agua es un derecho fundamental tal como se ha establecido en el Fundamento Jurídico III.3 del presente fallo»; y en su Sentencia 2173/2013 justificó la tutela del derecho fundamental del acceso al servicio de agua no solo en el mantenimiento y subsistencia de la familia reclamante, sino también de sus «animales». La Corte Constitucional de Ecuador, en sus decisiones 0005-10-SEE-CC, 0016-10-SEE-CC, 0018-10-SEE-CC y 002-11-DEE-CC, al analizar la constitucionalidad de un Decreto que estipula un régimen de emergencia ante la sequía, luego de recordar la OG 15 del Comité de DESC, expresa que la media analizada «es adecuada porque contribuye a un fin constitucionalmente legítimo, que es garantizar la captación, provisión, producción, almacenamiento y distribución de agua para el consumo humano y uso agrícola de toda la población de la provincia de Manabí, de lo que se colige que la norma que se examina posee un fin constitucionalmente legítimo, y en segundo término, que es idónea por ser temporal, y su intervención sirve para favorecer el derecho al agua»; el mismo Tribunal, en sus decisorios 0002-10-SEE-CC, 0009-10-SEE-CC y 0010-10-SEE-CC, expuso similar criterio con fundamento en el derecho al agua ante la grave conmoción nacional que se generaba ante «la falta de lluvias y la

Seguramente el desafío en estos últimos casos implicará determinar cuál es el contenido y nivel esencial que debe ser garantido para la satisfacción del derecho, distinguiendo aspectos básicos de satisfacción inmediata de otros niveles de desarrollo potencial, y en este sentido cómo satisfacer progresivamente las casi ilimitadas necesidades de una variedad de situaciones que, en el ejido social, implican el acceso al agua para producir alimentos, generar desarrollo, viviendas, prácticas culturales, trabajo y aumentar los niveles de calidad de vida, todo ello frente a un recurso escaso que es objeto de múltiples y diversas demandas en competencia recíproca.²¹

Más allá de las actividades que permitan —o no— tutelar su contenido sustancial, es claro que el derecho al agua es limitado, variable y de satisfacción progresiva.²² En el ámbito interno, los pronunciamientos judiciales han dado cuenta del referido carácter progresivo, poniendo en valor la actividad planificadora del Estado, con el fin de satisfacer en el tiempo las prerrogativas que dependen del acceso al agua.²³ Esta progresividad, si bien implica una dilación en cuanto a la plena exigibilidad del derecho,²⁴ no implica de ninguna

consecuente no provisión de agua para el consumo humano, la agricultura y ganadería, actividad que constituye un pilar importante de la economía».

- 21 Sobre los niveles esenciales del derecho al agua, su desarrollo progresivo supeditado a la disponibilidad hídrica, y la satisfacción de demandas múltiples y diversas, véase Pinto, Torchia y Martín 2006: 79, 84, 86 y en especial 103-125.
- 22 La dinámica de esta progresión hacia el pleno ejercicio del derecho y de su ejecución práctica estará limitada por la capacidad de cada Estado (utilizando el máximo de los recursos disponibles) para generar las condiciones para su satisfacción gradual, siendo ello una aplicación de los principios de progresión y no reversión en materia de derechos humanos. Al respecto, véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re Acevedo Buendía y otros versus Perú*, sentencia del 1/7/2009 —Serie C n.º 198—. Pero esto no impide la existencia de un nivel básico de satisfacción, por debajo del cual el derecho en cuestión perderían su esencia, sin que el Estado pueda la posibilidad de invocar la falta de recursos económicos para justificar su incumplimiento. Véase en este tema, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *in re Sánchez María del Carmen versus ANSES*, sentencia del 17/5/2005. Del mismo modo, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, veredicto n.º 9051-00, *in re Madrigal Ramírez Vera Violeta y otros*. Véase Municipalidad de Alajuela y otros.
- 23 La Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-418/2010 ha expresado que «Toda persona tiene derecho a que la Administración atienda adecuadamente su petición de acceder al servicio de agua, y a que, por lo menos, exista un plan que asegure, progresivamente, el goce efectivo de esta dimensión del derecho al agua. Esta dimensión positiva del derecho al agua supone contar con un plan que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho y que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan».
- 24 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su sentencia del 27/5/2003, entre muchas otras en igual sentido, ha expresado que «[...] en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que,

manera desconocer la obligación estatal de asegurar el contenido mínimo del mismo.²⁵

Por ello, la extensión del derecho en cuanto a ese contenido mínimo de satisfacción necesaria ha sido abordada en diversos pronunciamientos, en los que en ocasiones se ha cuantificado el volumen básico que precautoriamente debe suministrarse intertanto se regulariza progresivamente el sistema acceso al agua,²⁶ o en su defecto se asegura cualitativamente el acceso en forma independiente de la fijación de un volumen determinado.²⁷

en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador, [...] [...] hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente [...]».

- 25 La misma Corte costarricense en los precedentes citados supra, ha expresado sistemáticamente que de tal progresividad «tampoco puede interpretarse que ese derecho fundamental a los servicios públicos no tenga exigibilidad concreta; por el contrario, cuando razonablemente el Estado deba brindarlos, los titulares del derecho pueden exigirlos y no pueden las administraciones públicas o, en su caso, los particulares que los presten en su lugar, escudarse en presuntas carencias de recursos, que ha sido la secular excusa pública para justificar el incumplimiento de sus cometidos». La Corte Constitucional colombiana en su Sentencia T-418/2010 ha expresado que «mientras se implemente el plan que asegure el goce efectivo de los derechos a los accionantes, deberán adoptarse medidas paliativas que aseguren algún mínimo acceso de supervivencia al agua». Por su parte, la jurisprudencia argentina es rica en cuanto a supuestos en que jurisprudencialmente se ordenen medidas precautorias para satisfacer el estándar mínimo de acceso al agua que exige el derecho intertanto se produce su desarrollo progresivo; así, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, *in re* Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 18/7/2007, ha expresado que «si bien el acceso al agua potable requiere de una política estatal en la materia que establezca sistemas de suministro, ello no implica que el servicio pueda ser relegado mientras tales políticas son implementadas, sino que debe ser brindado por medios alternativos dado que el agua es esencial para la vida».
- 26 Juzgado Civil n.º 4 de Neuquén (Argentina), *in re* Menores de la Comunidad Paynemil sin Amparo, sentencia del 11/4/1997, confirmada en las instancias posteriores, ordenó la inmediata provisión de 250 litros por día/habitante a la población afectada hasta tanto se asegure la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin.
- 27 La Corte Suprema de Justicia de Argentina *in re* Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra sentencia del 18/9/2007, dispuso junto a la ejecución de programas de provisión de agua potable, una medida cautelar solicitada en la que ordenaba al Estado el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas afectadas. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, *in re* Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 18/7/2007, hizo lugar a la acción de amparo impetrada y ordenó al Gobierno de la Ciudad garantizar a un barrio de emergencia el suministro de agua potable mediante camiones cisterna. Cámara Contencioso Administrativo San Nicolás (Argentina), *in re* Conde Alberto, c/ Aguas Bonaerenses s. a., sentencia del 30/10/2008, confirma el fallo de primera instancia en el que se había ordenando a la demandada realizar los trabajos para adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario a los parámetros del Código Alimentario Argentino y complementariamente —durante el plazo de realización de los trabajos— suministrar, en forma gratuita, agua potable en bidones u otro mecanismo a toda persona o entidad con domicilio en la ciudad de Lincoln que así lo requiera de la empresa, siempre que la misma esté destinada a personas menores de tres (3) años,

El carácter de derecho humano, por otra parte, no desemboca en la necesaria gratuidad del mismo. En este sentido, la jurisprudencia ha observado el carácter esencial que puede presentar la onerosidad del acceso al agua para asegurar la eficiencia prestacional²⁸ o la sustentabilidad del recurso,²⁹ advirtiéndose la relación entre la función social de los sistemas de acceso al agua y la solidaridad en el financiamiento de los gastos que dicho servicio implica.³⁰

Vinculado a la referida onerosidad del acceso al agua, se ha discutido la posibilidad de que dicho derecho pueda ser legítimamente afectado en situaciones de morosidad, sosteniéndose en ocasiones la improcedencia de las cortas de suministro incluso en situaciones en que la legislación las habilita.³¹ Empero, acorde a

mayores de setenta (70) o enfermos. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata (Argentina) *in re* Solari, Marta y otros, sentencia del 10/8/2010, confirmó la medida cautelar dictada por el juez de grado que ordenó que se provea a todos los actores de agua potable hasta tanto se dicte sentencia en un proceso donde se cuestionaba la falta de calidad del servicio público existente, prohibiéndose además a las entidades educativas de nivel primario y secundario el uso de agua domiciliaria como suministro al alumnado, obligándose a la comuna a proveer bidones de agua potable.

- 28 La Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-546/09, ha expresado en este sentido que «La jurisprudencia constitucional ha señalado que el pago de los precios acordados en los contratos de prestación de servicios públicos es una condición indispensable para garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los mismos a los demás usuarios, de lo que se deduce que debe haber un medio apremiante para desincentivar la falta de pago. Ese medio puede ser la suspensión».
- 29 El Tribunal Constitucional de Perú, en su Sentencia del 17/8/2010 (Expediente n.º 04899-2007-PA/TC), ha observado que en dicho caso «es indudable que pretender el no cobro de la contraprestación por el uso de agua subterránea es un contrasentido dentro de la lógica de la explotación responsable de los recursos naturales y con la política de preservación de las reservas de recursos hídricos que previo tratamiento pueden ser transformadas en agua potable. La resolución no ha ponderado estos elementos y por lo tanto se ha inclinado por una solución que envía una señal peligrosa a la nación, que sus recursos pueden ser explotados sin mediar contraprestación alguna, poniendo en peligro los fondos que sirven para mantener el servicio de agua potable».
- 30 «Dentro de la concepción del Estado Social de Derecho debe tenerse en cuenta que los servicios públicos domiciliarios tienen una función social, lo cual no significa que su prestación deba ser gratuita pues el componente de solidaridad que involucra implica que todas las personas contribuyen al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado a través de las empresas prestadoras de servicios públicos, dentro de conceptos de justicia y equidad (CP artículos 95-99 y 368)» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-389/2002 y T-546/09)
- 31 La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Tucumán, Argentina, sala I, *in re* Ramos, Elsa Mirta c. Sociedad Aguas del Tucumán, sentencia del 25/2/2010, sostuvo que «[...] la situación de falta de pago no puede, bajo ningún aspecto, condicionar que el servicio no siga siendo prestado, pues la empresa prestataria se encuentra obligada a su suministro en la misma forma y con los alcances en que el usuario está obligado a su uso, por lo que considero que en la especie el concesionario puede actuar a través de vías procesales más idóneas para percibir el cobro por su acreencia y que no se contraponen con la salud pública. Sobre este último punto, no puedo dejar de advertir que la decisión de suspender el suministro de agua potable ante una situación de mora, en las circunstancias señaladas trasluce un “uso abusivo” de una facultad legal,

las previsiones normativas, también se ha reconocido la potestad de aplicar medidas restrictivas de suministro ante el incumplimiento del usuario³²—sin que las consecuencias negativas de tales medidas puedan considerarse dañosas—,³³ a la vez que se ha sostenido la necesidad de que las restricciones no impliquen la imposibilidad total de su satisfacción.³⁴

que deviene irrazonable y por ende inconstitucional. El ejercicio de tales facultades sancionatorias también denotan un “abuso de punición”, descalificado por la doctrina administrativista cuando existen otras alternativas legales menos agraviantes a la dignidad de las personas humanas». En la experiencia chilena, en el marco de un recurso de protección interpuesto por un particular contra de la empresa sanitaria que había procedido a la corta de suministro, el 20/9/2011 la Primera Sala del Tribunal Constitucional *in re* Pablo Segundo Reyes Barraza con Aguas Andinas s. A. consideró un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en esos autos por la Corte de Apelaciones de San Miguel ante la posible afectación del derecho a la vida; aunque el Tribunal declaró inadmisibile el requerimiento por haber cesado la corta a la fecha del pronunciamiento, reviste de interés que —*obiter dictum*— en su argumentación no solo invocó el PDESC y su Observación General n.º 15, sino además que expresamente señaló que «la actividad de la empresa no puede, en caso alguno, entorpecer el acceso al agua potable pues constituye un bien necesario para el desarrollo y existencia del derecho a la vida, constitucionalmente consagrado en el artículo 19, numeral 1.º, de la Carta Fundamental». La Sentencia 0698/2014 del Tribunal Constitucional de Bolivia entiende que aunque la provisión de agua potable puede restringirse por falta de pago, cuando se refiere a entidades que prestan un servicio público y terceros puedan verse afectados, dicho corte únicamente puede proceder cuando no exista otra alternativa posible de cobro del monto adeudado.

- 32 La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes (Argentina), sala IV, *in re* Romero, Andrea Cecilia y Núñez de Romero, Mónica I. c. Aguas de Corrientes s. A., sentencia del 9/11/2012, expresó que «La empresa provincial de aguas está facultada para suspender el servicio de agua potable por violación a las reglamentaciones del mismo, de conformidad al plexo normativo que regula su actividad». En la jurisprudencia chilena, se ha entendido que no es ilegal ni arbitraria la suspensión del suministro de agua potable decidida por un Comité de Agua Potable a raíz del no pago del consumo (Corte de Apelaciones de Talca, Resolución del 23/8/2000 *in re* Sociedad Comercial y Hotelera Paso Nevado con Comité de Agua Potable El Colorado (recurso de protección); Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Resolución n.º 24163 del 24/12/2010 en la Causa Civil n.º 299/2010). En su Sentencia 0698/2014, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha expresado que la provisión de agua potable puede restringirse en la medida en la que no se cubra el monto para mantener el costo de la prestación de un servicio adecuado.
- 33 La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina), sala J, *in re* Lavigna, Osvaldo Héctor y otro c. Aguas Argentinas s. A. sin Daños y Perjuicios, sentencia del 5/7/2011, entendió que «La prestataria del servicio de agua potable no resulta responsable por los daños derivados del corte del suministro por falta de pago efectuado al actor, pues se encuentra probado que la empresa actuó diligentemente en función de los requerimientos que se le efectuaran y que el corte del servicio tuvo sustento legal».
- 34 Así, en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica se ha afirmado que «[...] la línea jurisprudencial de esta Sala Constitucional es clara al establecer que si bien el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados puede proceder a la desconexión del servicio de suministro de agua potable por morosidad actual, lo cierto es que paralelamente debe garantizar a través de una fuente pública de fácil acceso, el suministro del recurso hídrico [...]» (sentencia del 30/5/2014, entre muchas otras). Por su parte, el Juzgado Contencioso Administrativo n.º 1, Departamento Judicial La Plata, Argentina, *in re* UMT. c/ABSA sin Amparo, sentencia del 21/3/05, expresó que

Junto a esas líneas jurisprudenciales, resaltan además diversos pronunciamientos que han puesto en valor la obligación de garantizar los derechos humanos que recae en el Estado,³⁵ y consecuentemente se ha resuelto la improcedencia del cese de suministro en aquellos casos de morosidad que corresponden a sujetos en una situación social vulnerable,³⁶ o que revisten la calidad de sujetos merecedores de una especial tutela en situación de imposibilidad de pago.³⁷

Finalmente, el derecho al agua se trata de un derecho humano individual, que, al mismo tiempo, es un derecho de incidencia colectiva,³⁸ y por ello implica una serie

«la demandada ha procedido de un modo ilegítimo al cortar el suministro del servicio de agua, toda vez que, el derecho de toda persona al agua potable, no solo es un derecho humano reconocido internacionalmente como derecho fundamental, sino que, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, existe la prohibición expresa de cortar en forma total dicho servicio sin asegurar el suministro mínimo para cubrir las necesidades vitales básicas. La falta de pago no habilita a dejar al usuario sin algo que resulta tan imprescindible para la vida humana como lo es el agua, más aun si tenemos en cuenta la diversidad de medios que ofrece nuestro derecho para el cobro de una deuda».

- 35 La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala iv, *in re* Vallejos Ripoll, Carlos María c. Aguas de Corrientes s. A., sentencia del 6/5/2009, sostuvo que «es procedente la acción de amparo incoada a fin que la empresa concesionaria del servicio de agua corriente cese con los cortes del suministro y disponga la inmediata rehabilitación del servicio, pues, el Estado a través del Poder Judicial, tiene la obligación de asegurar el acceso de las personas al agua potable, en tanto, se trata de un derecho humano fundamental que nace de la Constitución Nacional».
- 36 El Tribunal Constitucional de Perú, en su sentencia del 7/11/2007 (Expediente n.º 06546-2006-AA) ha expresado que el acceso al agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación; acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción, cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento; desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población. En igual sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes-Argentina, sala iv, *in re* Romero, Andrea Cecilia y Núñez de Romero, Mónica I. c. Aguas de Corrientes s. A., sentencia del 9/11/2012, reiterada el 19/6/2013 *in re* Gallo, Nelson Carlos c. Aguas de Corrientes s. A. sin amparo, entendió que son improcedentes los cortes de agua en base a deudas de usuarios en situaciones sociales vulnerables que no pueden hacer frente al pago de las tarifas.
- 37 La Corte Constitucional de Colombia en sus Sentencias T-270/2007, T-546/2009 y T-717/2010, consideró inconstitucional la suspensión de los servicios públicos que reúna tres condiciones: 1) que efectivamente recaiga sobre un sujeto de especial protección constitucional, 2) que tenga como consecuencia directa, para él, un «desconocimiento de [sus] derechos constitucionales», y 3) que se produzca por un incumplimiento de las obligaciones que pueda considerarse como involuntario, debido a circunstancias insuperables e incontrolables por el sujeto especialmente protegido o por quienes cuidan de él.
- 38 La faceta colectiva del derecho al agua ha sido explicitada por la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-418/2010, donde ha resaltado que la complejidad del derecho al agua incluye, incluso, dimensiones propias de un derecho colectivo, con las especificidades propias de este tipo de derechos. De igual forma, dicho Tribunal en su Sentencia T-143/2010 refleja la trascen-

de facultades y obligaciones para los particulares, que se manifiestan en prerrogativas y cargas tanto públicas como privadas. Como tal, aunque la responsabilidad de su satisfacción eficaz reside en un primer momento en los propios titulares, también existe una responsabilidad directa del Estado en su regulación y control, y —subsidiariamente— para realizar el contenido del derecho en las personas que no pueden acceder al mismo debido a la falta de medios.³⁹

Desde la perspectiva procesal de su tutela, el carácter de derecho de incidencia colectiva habilita a su tutela extraordinaria o anómala, sea por atender la protección de bienes colectivos propiamente dichos, o, incluso, en ciertas circunstancias, atender la protección de bienes individuales homogéneos,⁴⁰ generándose procesos colectivos que contemplen mecanismos de legitimación amplia para garantizar el

dencia colectiva del interés en cuestión al expresar que cuando el grupo de personas que solicita la reivindicación de su derecho al agua potable tiene conciencia de su identidad indígena, el reclamo tiene mayor fuerza pues de ese derecho depende además el derecho fundamental a la integridad étnica y cultural del pueblo al que pertenecen.

39 La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es expresa en este sentido, pudiéndose en general atender al respecto las Observaciones Generales n.º 12 (párrafos 15 y 16), n.º 13 (párrafo 47), n.º 14 (párrafos 33 a 37), y n.º 18 (párrafos 22 a 28). En relación específica al derecho al agua, la Observación General n.º 15 desarrolla en los párrafos 17 a 29 las obligaciones estatales de respetar —abstenerse de toda actividad que deniegue el derecho—, proteger —defensa ante terceros— y cumplir —facilitar y promover las condiciones adecuadas para su ejercicio y garantizar la satisfacción en aquellos casos en que los titulares del derecho no estén en condiciones de ejercer por sí mismos tal prerrogativa con los medios a su disposición—. Dentro de la jurisprudencia argentina, resaltamos las ya citadas sentencias del 19/6/2013 y 9/11/2012, emitidas por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, *in re* Gallo, Nelson Carlos c. Aguas de Corrientes s. A. sin amparo, e *in re* Romero, Andrea Cecilia y Núñez de Romero, Mónica I. c. Aguas de Corrientes s. A., respectivamente. En este sentido, también se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú (sentencia del 7/11/2007, Expediente n.º 06546-2006-AA) y del Tribunal Constitucional de Colombia (Sentencia T-717/2010).

40 En el derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* Halabi, Ernesto c/PEN - Ley 25873 decreto 1563/2004 sin Amparo, Ley 16968, sentencia del 24/2/2009, ha diferenciado los derechos colectivos, los derechos individuales homogéneos y los derechos individuales, observando la procedencia de la tutela prevista en el artículo 43 CN para los derechos de incidencia colectiva en los dos primeros casos. En la medida en que el conflicto refiera al recurso hídrico como elemento ambiental nos encontraremos ante un interés tutelable que hace a un bien colectivo de naturaleza indivisible, y consiguientemente relativo a un derecho colectivo propiamente dicho; y se tratará de una afección a derechos individuales homogéneos en la medida que aunque no exista un bien colectivo, sino afecciones a derechos individual enteramente divisibles, pero que ello se produzca a partir de un hecho único que genera una causa fáctica homogénea y una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, o también un fuerte interés estatal en la protección de algún tipo de derechos individuales de gran trascendencia social, como ocurre en el caso de los usuarios de los servicios públicos. Véase al respecto, Lorenzetti 2010: 21 y siguientes.

acceso a la justicia,⁴¹ y cuyos efectos de tutela resulten *erga omnes*,⁴² como por ejemplo ocurre en el régimen argentino previsto en relación con la defensa a los consumidores y usuarios de Argentina que regula las Leyes 24240 y 26361.

4. Conclusiones

El análisis precedente nos da la pauta de que, en su evolución jurídica, hoy resulta indiscutible que el derecho al agua se ha consolidado como una prerrogativa humana tutelable desde los sistemas nacionales e internacionales de protección. Principalmente acuñado, en esta perspectiva, en relación con el acceso a los servicios de agua y saneamiento, su matriz y fundamento conceptual permite sostener que ello es solo un aspecto —básico— de su contenido, aunque sujeto a un desarrollo progresivo hacia una potencial entidad mayor.

El análisis de la casuística existente en los distintos sistemas universales y regionales de tutela de los derechos humanos —tanto en el ámbito americano, europeo o africano— demuestra que la prerrogativa en consideración ha sido asumida como un aspecto de la dignidad humana que debe ser preservado, y por ello se encuentra dentro de las obligaciones que los Estados presentan en la materia, ya sea en cuanto a respetar, proteger y cumplir los aspectos que hacen a su contenido.

Pero tal contenido no es ilimitado ni necesariamente difuso, sino que como todo derecho presenta contornos definibles normativamente, siendo su alcance variable y de satisfacción progresiva, con costos que deben resultar asequibles, más allá de quién suministre la prestación del recurso. La jurisprudencia estatal se muestra en este sentido como un interesante mosaico de coincidencias y desencuentros, que permiten asegurar que el contenido del derecho al agua como prerrogativa humana tutelable se encuentra en plena definición, en un proceso de maduración que incluso se tensiona en aspectos tan básicos y fundamentales como determinar

41 En el derecho argentino esta tutela extraordinaria se ha regulado en el Artículo 43 de la Constitución Nacional, donde se estipula que podrán interponer acción de amparo «contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

42 El efecto *erga omnes* de las sentencias en procesos que hacen a la tutela de los usuarios de los servicios de agua en Argentina ha sido receptado expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios, Públicos», sentencia del 11/8/2009, donde se entendió que corresponde revocar la sentencia que no asignó efectos *erga omnes* al un fallo de la Corte Suprema que invalidó el sistema de facturación del servicio de aguas, pues el reconocimiento como legitimado activo a un «afectado» que generó ese fallo, supone que el éxito de su pretensión reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos.

la naturaleza y alcance de las actividades que justifican la protección del acceso al agua como derecho humano.

En ese proceso, sin embargo, hay grandes avances, donde se ha puesto de manifiesto de manera clara que existe un contenido mínimo vinculado a la subsistencia y la salubridad que no puede ser obviado, más allá de un mayor desarrollo progresivo; y aunque la gratuidad no es en principio una característica esencial de este derecho, sí existe un deber estatal de garantizar el acceso en situaciones de vulnerabilidad o cuando el interés público lo requiera.

A su vez, la naturaleza colectiva que irradia el suministro poblacional ha permitido observar que las prerrogativas en juego exigen no solo obligaciones particulares y estatales, sino especialmente de mecanismos procesales que garanticen la tutela jurisdiccional y la eficacia general de las decisiones de tutela que se adopten.

Sin embargo, queda un largo camino por recorrer, y aunque la labor jurisprudencial en la materia resulta iluminadora, la configuración del derecho al agua y su alcance es una cuestión por sobre todo compleja, donde los avances en la formulación del conocimiento jurídico implican un desafío permanente en el que aún nadie tiene la palabra final.

5. Bibliografía

BUERGENTHAL, Thomas

1999 «Derecho e Instituciones Internacionales sobre Derechos Humanos». *Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, El derecho a la salud en las Américas*. Washington: OPS, pp. 3-15.

FALASCHI, Carlos y Nara Osés

2001 «C.I.D.H.: la causa n.º 12.010 Comunidades Mapuche Paynemil y Kaxipayiñ - Neuquen, Argentina», pp. 1-12. Consulta: 16 de enero de 2014. <<http://www.escr-net.org/es/docs/i/400620>>

LORENZETTI, Ricardo Luis

2010 *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

MARTÍN GARCÍA, Liber

2011 «International Legal Discourse on Human Right to Water and Sanitation from the Latin American Standpoint». *Inter-American and European Human Rights Journal, Intersentia*, volumen 4, pp. 136-155.

PICOLOTTI, Romina

2002 «Responsabilidad empresarial, derechos humanos y ambiente: jurisprudencia internacional de derechos humanos en casos de degradación ambiental empresarial». Ponencia presentada en el Foro Social Mundial, Porto Alegre. Consulta: 12 de julio de 2014. <http://wp.cedha.net/?page_id=6629&lang=en>

PICOLOTTI, Romina y Sofía BORDENAVE

2005 «Ambiente, Derechos Humanos y políticas públicas». En: Scoones, Ana y Eduardo Sosa (compiladores), *Conflictos socioambientales y políticas públicas en la provincia de Mendoza*. Mendoza: Oikos Red Ambiental, pp. 33-46.

PINTO, Mauricio

2008 «El agua y los derechos humanos». En: Sosa, Eduardo Adrián (coordinador), *Defensoría del agua y los derechos humanos*, Informe 2006-2008: para hacer del agua un derecho humano. Mendoza: Oikos Red Ambiental, pp. 20-27.

PINTO, Mauricio, Noelia TORCHIA y Liber MARTIN

2011[2008] *Derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

PINTO, Mauricio y otros

2006 «Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularidades de su integración y expansión conceptual». En: Embid Irujo, Antonio (director), *El derecho al agua*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, pp. 285-316.

PRADO, Juan José

1997 *Derechos Humanos. Conceptos introductorios para su estudio*. Buenos Aires: CBC-UBA.

SALMÓN, Elizabeth

2014 «El derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos». En: Gil Guevara, Armando y Aarón Verona (editores), *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: PUCP, pp. 319-339.

SECCIÓN II

DISCURSOS SOBRE EL AGUA, MEDIO AMBIENTE Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL

EL TRIBUNAL NACIONAL DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS HÍDRICAS DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA Y LOS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES EN EL PERÚ

IVÁN ORTIZ SÁNCHEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

En los últimos años, los conflictos socioambientales en el Perú han ido en aumento en forma paulatina, lo cual es un elemento muy importante que está vinculado con los recursos hídricos. En este contexto, recientemente ha asumido funciones¹ el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (en adelante el TNRCH) de la Autoridad Nacional del Agua (en adelante la ANA) del Perú, por lo que queremos presentar información sobre los casos, a partir de un grupo de expedientes de competencia del TNRCH, y, un conjunto de reflexiones desde una perspectiva de estos conflictos. En este breve ensayo presentamos una definición de conflictos sociales, una breve revisión de cómo se está aplicando el concepto de conflictos en el Estado peruano, distinguiendo los conceptos de diferencia, controversia y conflicto social.

1. Introducción

El mundo en sociedad es muy dinámico y a través de ella las personas van construyendo relaciones. En esas interacciones siempre existe la posibilidad latente de que surjan desavenencias que podrían originar una situación conflictiva.

En ese contexto, los conflictos son uno de los elementos más importantes que influyen en la vida y el desarrollo de las personas, comunidades y países. Esto brota

1 De acuerdo con la Resolución Jefatural n.º 045-2014-ANA de fecha 24 de enero de 2014, el TNRCH inició sus funciones el 24 de febrero de 2014.

de nuestra condición de personas y ciudadanos racionales e inteligentes, pero también con limitaciones pues somos diferentes; y, de otro lado, por nuestra naturaleza social. Así, los conflictos ocurren en forma permanente con diversas causas, intereses, actores y niveles. No todos los conflictos son visibles y tangibles, por ello existen diferentes formas de definirlos y clasificarlos.

Los conflictos socioambientales son una realidad constante que se presenta en nuestro país, especialmente vinculada con los recursos hídricos y el agua. Por ello, en este ensayo reflexionaremos sobre dichos conflictos y las funciones del TNRCH a partir de información de los procedimientos administrativos de competencia de dicho tribunal administrativo, como última instancia administrativa en materia de agua y recursos hídricos del Perú.

2. Hacia una definición de conflictos

Existen múltiples definiciones de conflictos, por lo que presentamos un grupo de estas nociones. Folberg y Taylor definen al conflicto como «un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes» (Folberg y Taylor 1996: 42). De otro lado, Ledesma citando a Pruitt y Rubbin señala que «el conflicto es la divergencia percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente» (Ledesma 2013: 46).

Boardman y Horowitz definen el conflicto como «una incompatibilidad de conductas, cogniciones y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social» (Boardman y Horowitz 1994: 4). En otro sentido, Burton afirma que «los conflictos emergen de manera predecible cuando las necesidades de los individuos no se ven satisfechas» (Burton 1990: 15).

En el ámbito nacional, el reconocido especialista Ormachea entiende el conflicto como la «situación en la cual dos o más partes perciben tener objetivos mutuamente incompatibles» (Ormachea 1999: 14). De otro lado, Ledesma «califica de manera genérica que el conflicto es incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima el antagonismo» (Ledesma 2013: 46).

Finalmente, Zegarra entiende el conflicto como «el desacuerdo en la distribución de recursos, o la diferencia en las necesidades, intereses o valores entre dos o más personas, grupos o naciones» (Zegarra 2013). En el mismo sentido, Ormachea refiere que los conflictos pueden surgir desde diversas causas o fuentes (Ormachea 1999: 16):

- a. Los hechos
- b. Recursos escasos. Distribución o asignación de recursos

- c. Necesidades humanas básicas
- d. Valores
- e. Relación
- f. Estructura

En síntesis, si revisamos las definiciones citadas podemos encontrar que existen elementos comunes que se encuentran vinculados al conflicto, como los siguientes: existencia de pluralidad de personas, la existencia de hecho o de percepción, de una divergencia, desacuerdo o incompatibilidad y, de otro lado, están estrechamente relacionados con la causa o motivo que origina la disputa.

3. El conflicto socioambiental

En materia económica, el Perú ha sido considerado como un ejemplo de crecimiento en Latinoamérica en la última década, habiendo mostrado un desempeño macroeconómico sobresaliente dado el crecimiento promedio del Producto Bruto Interno (PBI) (Ormachea 2014: 17).

Sin embargo, como afirman Ormachea, Caravedo, Moreno y Bedoya, nuestro país mantiene la característica de inequidad, sobre todo entre el sector urbano y rural, pues mientras reducidos grupos poblacionales articulados con los sectores más dinámicos y modernos de la economía ven incrementar su capacidad de consumo, otro grupo mayoritario, rural e indígena, se mantiene o se siente alejado de estos beneficios (Ormachea 2014: 17).

Por consiguiente, en las últimas décadas, los conflictos socioambientales se han convertido en un tema constante en el Perú, constituyendo uno de los principales factores que afecta la gobernabilidad en el país (Ormachea 2014: 11, 17).

Al respecto, de acuerdo con los reportes de la Defensoría del Pueblo (Ormachea 2014: 17), la tendencia en este tipo de conflictos fue creciente:

TABLA 1
TOTAL DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

FECHA	NÚMERO DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES
Diciembre 2007	37 conflictos activos
Agosto 2009	135 conflictos activos
Julio 2011	118 conflictos activos
Mayo 2012	173 conflictos activos

Elaboración: Iván Ortiz

Entonces, ¿cómo definir el conflicto social?, Kriesberg señala que el conflicto social surge cuando dos o más personas o grupos manifiestan la creencia de que ellos tienen objetivos incompatibles (Ormachea 2014: 50). En el mismo sentido, Ormachea amplía esta definición explicando los siguientes elementos del conflicto social:

En principio, la definición nos indica que para que un conflicto sea social se requiere de una pluralidad de actores. Caso contrario nos encontramos en un conflicto individual o intrapersonal.

En cuanto a los actores, estos pueden ser de naturaleza individual o colectiva. En otras palabras se pueden dar conflictos interpersonales en diversos contextos entre individuos (vecinos, familiares, amigos, desconocidos, etcétera).

En el plano colectivo podemos tener conflictos entre organizaciones los cuales se caracterizan por tener una estructura claramente definida y sus liderazgos, que tienen capacidad de vincular a sus miembros, por ejemplo empresas, partidos políticos, sindicatos, iglesias, etcétera.

Otros conflictos pueden involucrar a grupos comunitarios en los cuales las estructuras de los grupos no están claramente definidas, pero sus integrantes comparten un sentido de identidad común basado en intereses o necesidades que los vincula. Son grupos étnicos, lingüísticos.

Finalmente, otros conflictos involucran a los Estados extra o intra entre órganos.

La incompatibilidad de objetivos se refiere a la colisión que se produce entre aquellos resultados a futuro que conscientemente desean lograr las partes (Ormachea 2014: 50).

Pero, ¿cómo definir los conflictos socioambientales?

Bedoya, citando a Pablo Ortiz, afirma que podemos definir el conflicto socioambiental como aquel en el que los actores disputan el uso, manejo o control de los recursos naturales. Si desarrollamos más esta idea de base, podríamos concluir que los conflictos socioambientales implican ciertas prácticas de uso y explotación de los recursos naturales, que al afectar o degradar los ecosistemas pueden conducir a movimientos, modificaciones, cambios y/o desarticulación en la estructura de relaciones entre diversos actores al interior de la sociedad (Bedoya 2014: 35).

Por ello, Bedoya expresa que los conflictos socioambientales son expresión (síntoma) de la tensión entre modos de vida y cosmovisiones sobre lo que implica el desarrollo (Bedoya 2014: 42).

Otros autores amplían el concepto trabajando categorías para distinguir los elementos centrales que están detrás de los conflictos socioambientales: los conflictos por simple escasez, por identidad de grupo y por privación relativa (Bedoya 2014: 36).

4. Formas de resolver conflictos

Existen diferentes mecanismos de resolución de conflictos. A continuación presentamos dos formas que consideramos principales, una primera desde el Derecho procesal y una segunda desde la Teoría de la negociación.

De un lado, desde el Derecho procesal, los profesores Zolezzi (2012: 139-158) y Ledesma (2013: 204-219) nos ilustran sobre formas de resolver conflictos a partir de la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Por su parte, Carnelutti define «litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro» (Carnelutti 1944: 44). Así, presentan que los litigios o conflictos pueden solucionarse de diversas formas:

La *autotutela o autodefensa*: Zolezzi lo define como una forma autónoma de solución de litigios en la que no existe la intervención de un tercero, pero que tiene como nota característica que el agente que pretende algo se impone a su adversario a través del uso de la fuerza o de similares medidas coercitivas (Zolezzi 2012: 143). Por su parte, Ledesma agrega que esta forma implica que los conflictos son solucionados por la acción directa de las partes, siendo la forma más primitiva guiada muchas veces por la venganza (Ledesma 2013: 208). Desde el derecho, un caso típico permitido por el ordenamiento jurídico es la legítima defensa.

La *autocomposición*: es otro modo de abordar la solución del conflicto, donde solo la voluntad de las partes involucradas va a ser lo único que ponga fin al antagonismo (Ledesma 2013: 208). En la autocomposición prevalece el espíritu negociador, el acatamiento de la pretensión por voluntad espontánea o el retiro de la pretensión por voluntad propia, ajena a cualquier forma de presión o amenaza, teniendo como ejemplos la conciliación y la transacción (Zolezzi 2012: 145).

La *heterocomposición*: es una forma de solución de los litigios en la cual interviene un tercero con un rol protagónico, pues posee la facultad de emitir un pronunciamiento que soluciona el conflicto, pone fin al proceso y se impone a las partes como el proceso judicial y el arbitraje (Zolezzi 2012: 150). Tiene como elemento central a la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes va a decidir el conflicto (Ledesma 2013: 209).

De otro lado, desde la Teoría de la negociación y conflictos, Ormachea afirma que cuando se presenta un conflicto pueden resolver por cualquiera de las siguientes formas de solución de conflictos: poder, normas e intereses (Ormachea 2014: 26).

En principio, los conflictos pueden resolverse a través del *poder*. Es la solución más rápida en tanto basta con una decisión unilateral impuesta sobre la contraparte. El riesgo es mayor pues puede generar una mayor tensión entre las partes. Finalmente las partes pueden verse involucradas en el espiral del conflicto (Ormachea 2014: 26).

La solución basada en aplicación de criterios *normativos* en general, no solo de la ley o el derecho, sino la costumbre, los criterios morales, los estándares de conducta; tienen la ventaja de ser criterios preexistentes al conflicto que podrían aplicarse para dirimir el caso, lo que requerirá discutir la interpretación y la más justa aplicación del criterio normativo (Ormachea 2014: 26).

Las soluciones basadas en la *satisfacción de intereses y necesidades de los actores* en conflicto tienden a ser más favorables para ambas partes y, por tanto, fomentan el cumplimiento de los acuerdos. A pesar de estos beneficios, las soluciones basadas en intereses requieren tiempo, conocimiento y habilidades para identificar y articular los intereses de los actores en conflicto (Ormachea 2014: 26).

¿Cuál es la forma que aplica el TNRCH para resolver los conflictos? y ¿cuál se aplica en los conflictos socioambientales? Más adelante lo veremos.

5. Uso del concepto de conflictos en el Estado peruano

Es importante partir afirmando que en el Estado peruano existen diferencias conceptuales sobre los conflictos socioambientales, por ello mostramos los conceptos que manejan la Defensoría del Pueblo y la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (ONDS) de la Presidencia de Consejo de Ministros (PCM).

La Defensoría del Pueblo define conflicto social como «un proceso complejo en el cual los sectores de la sociedad, el Estado y las empresas perciben que sus objetivos, intereses, valores o necesidades son contradictorios y esa contradicción puede derivar en violencia».² Esta misma institución ha explicitado un concepto operativo de conflicto socioambiental en el glosario de sus reportes mensuales de conflictos sociales, al considerarlo «un tipo de conflicto social cuya dinámica gira en torno al control, uso y/o acceso al ambiente y sus recursos. Están presentes también componentes políticos, económicos, sociales y culturales».³

La Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) ha impulsado la creación de la ONDS,⁴ distinguiendo los conceptos de diferencia, controversia y conflicto de la siguiente manera: la diferencia puede entenderse como un conflicto de juicio u opinión (conflicto cognitivo) que ocurre cuando una de las partes considera que la otra(s) ha(n) llegado a conclusiones equivocadas sobre hechos reales. Se trata fundamentalmente de una contraposición de opiniones.⁵

2 Véase el glosario en <<http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/glosarios.php>>

3 Ídem.

4 Mediante la promulgación del D. S. n.º 106-2012-PCM el 25 de octubre de 2012.

5 Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la PCM. 2012, p. 17. Consulta: 25 de agosto 2014, 14:35 pm. <<file:///E:/willaqnikiki%20concepto%20diferencia,%20controversia%20y%20conflicto.pdf>>

Una controversia consiste en una oposición de intereses o posiciones acerca de un hecho, una acción o decisión. Un interés es un objetivo o meta que persigue un grupo social, en tanto una posición es la visión o representación que dicho grupo se ha forjado, ambas en torno a un hecho, acción o decisión concreta.⁶

La ONDS adopta una definición operacional que define el conflicto social como un proceso social dinámico en el que dos o más partes interdependientes perciben que sus intereses se contraponen (metas incompatibles, escasez de recursos e interferencia de la otra parte para la consecución de sus metas u objetivos), adoptando acciones que pueden constituir una amenaza a la gobernabilidad y/o el orden público, y para cuya resolución, se requiere la intervención del Estado en calidad de mediador, negociador o garante de derechos.⁷

Cuatro elementos pueden destacarse de este concepto de la ONDS de conflicto social:

- a. Interdependencia de los actores en conflicto.
- b. Percepción de la existencia de una contraposición.
- c. Potenciales consecuencias sobre la gobernabilidad y el orden público.
- d. Intervención del Estado como mediador, negociador o garante de derechos.

La diferencia y la controversia están en la fase de prevención y cuando es abierto y más grave el desacuerdo, desencuentro o divergencia se usa el concepto de conflicto. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo no distingue de esta manera los conflictos.

Bedoya afirma, a partir de las cifras de la Defensoría del Pueblo, que a partir del 2005 la mayoría de conflictos socioambientales empiezan a dominar la escena nacional y los actores en disputa son generalmente empresas extractivas, fundamentalmente la empresa minera y las comunidades sociales con el entorno. Entre los temas de controversia, los temores reales o percibidos de la afectación de recursos naturales (aire, agua, suelo), salud de las personas, expectativas sobre acceso al empleo, fondos para el desarrollo, servicio social, entre otros (Bedoya 2014: 30).⁸

6 Ídem.

7 Ídem.

8 Se puede mencionar como conflictos sociales que pueden identificarse como hitos o emblemáticos: 1. Tambo Grande, Piura. Minera-Agricultura (minera Manhattan), 2000-2001. 2. Arequipazo; Oposición a privatización de empresa generadora de electricidad, 2002. 3. Cerro Quilish, Cajamarca; intangibilidad del cerro frente a la ampliación aurífera de minera Yanacocha, 2004; vinculado al agua. 4. Ilave, Puno, 2004; conflictos de comunidades campesinas con autoridades locales del municipio provincial; resultado: asesinato del alcalde por las comunidades. 5. Baguazo, Amazonas, 2009; oposición a decretos legislativos que afectaban el derecho a consulta de los pueblos indígenas vinculada a la aplicación del TLC con EE. UU.

Es importante precisar que, según un análisis de CONACAMI, «el 62% de los conflictos socioambientales se encuentran en ocho regiones: Cajamarca, Cusco, Ayacucho, Áncash, Junín, Loreto, Pasco y Lima» (Bedoya 2014: 37).

Las causas de los conflictos socioambientales, detectadas por la Defensoría del Pueblo son las siguientes: debilidad institucional y desatención del Estado; la posición antiminera, la agenda oculta de algunos líderes y organizaciones, el temor (real o percibido) a la contaminación de recursos naturales, el problema social de la exclusión, desigualdad y discriminación; la afectación de derechos fundamentales; la desconfianza del Estado como protector del ambiente; la presunta incompatibilidad entre actividades económicas y actuación de algunas empresas en los conflictos que no asumen con responsabilidad sus obligaciones y compromisos (Defensoría del Pueblo 2007).

De otro lado, podemos presentar el mapa de controversias del agua del equipo de Prevención y Gestión de Controversias por el Agua⁹ donde se muestran 49 controversias en el Perú vinculadas con el recurso hídrico donde participa la ANA (véase Mapa 1).

6. El TNRCH del agua

El TNRCH¹⁰ es el órgano de la ANA¹¹ que, con autonomía funcional, conoce y resuelve en última instancia administrativa las reclamaciones y recursos administrativos contra las resoluciones emitidas por la Administración Local de Agua, la Autoridad Administrativa del Agua y los órganos de línea de la Autoridad Nacional, según sea el caso.

Tiene competencia nacional y sus decisiones solo pueden ser impugnadas en la vía judicial. Su organización y composición son definidas en el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional.¹²

El TNRCH es un órgano colegiado conforme lo establece la Ley del Procedimiento Administrativo General,¹³ y entró en competencia, recientemente, el 24 de febrero del presente año mediante Resolución Jefatural n.º 045-2014-ANA.

9 Información proporcionada por el ingeniero Carlos Chamochumbi y su equipo al 31 de julio de 2014.

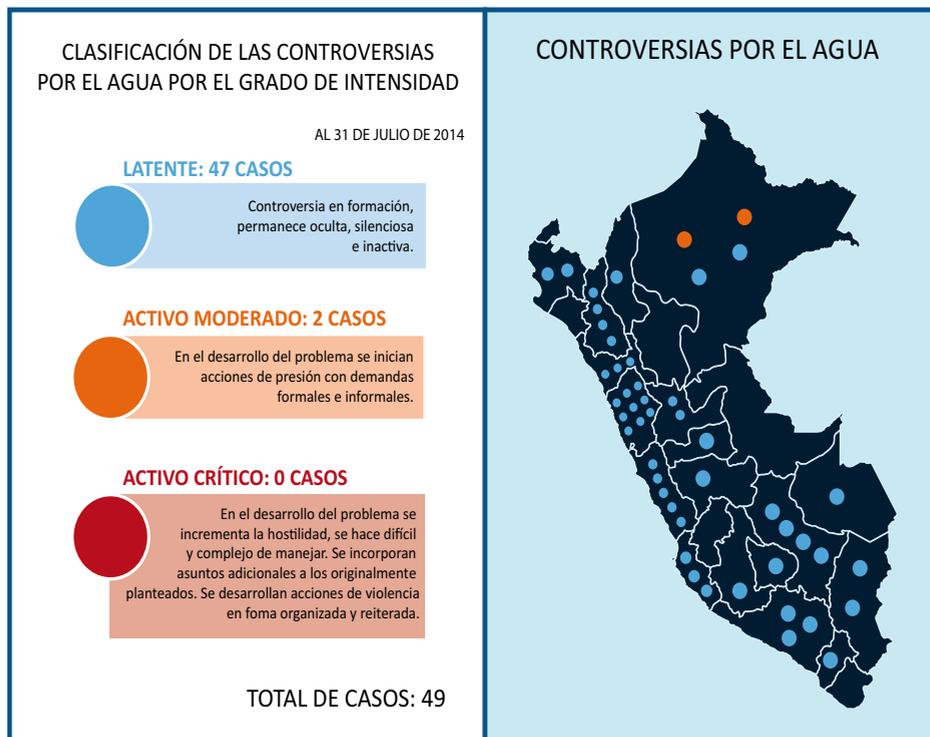
10 Artículo 22.º de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos.

11 Artículo 17.º de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos. «La organización de la Autoridad Nacional se rige por la presente Ley y su reglamento. Su estructura básica está compuesta por los órganos siguientes: a. Consejo Directivo; b. Jefatura; c. Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas; d. Órganos de apoyo, asesoramiento y línea; e. Órganos desconcentrados AAA; f. Alas».

12 El TNRCH está integrado por cinco profesionales de reconocida experiencia en materia de gestión de recursos hídricos por un periodo de tres años.

13 Artículos 95.º-102.º de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

MAPA 1 CONTROVERSIAS POR EL AGUA



Fuente: Autoridad Nacional del Agua

La competencia del TNRCH, ¿constituye una diferencia, una controversia o un conflicto?

Podemos afirmar sin duda que no constituye una diferencia; sin embargo, en algunos casos podría ser una controversia y, en otros casos o procedimientos administrativos, podría constituir parte de un proceso de conflicto de naturaleza socioambiental.

¿Qué forma de resolver conflictos aplica?

De un lado, desde el derecho procesal, es una forma autocompositiva de resolver conflictos pues como afirma Ledesma «el Estado, cuando ejerce su función administrativa, resuelve los conflictos que se le puedan presentar con los administrados bajo un debido procedimiento, pero que siempre puede ser revisada por el Poder Judicial» (Ledesma 2013: 216).

De otro lado, desde la teoría de la negociación, podemos afirmar que este Tribunal resuelve los conflictos a partir de criterios normativos, aplicando e inter-

pretando la Constitución, la jurisprudencia constitucional, las leyes y las normas reglamentarias al caso concreto.

7. Conflictos y procedimientos administrativos del TNRCH¹⁴

A partir de un universo significativo de expedientes administrativos¹⁵ que tiene competencia el TNRCH, podemos presentar los siguientes resultados del análisis de los casos presentados desde el inicio de su competencia:¹⁶

- a. La mayoría de los casos en los que este Tribunal ha asumido competencia se refiere a recursos administrativos interpuestos por los siguientes administrados: entidades prestadoras de servicios de saneamiento (EPS), personas naturales, empresas y organizaciones de usuarios (véase Gráfico 1).
Es importante mencionar que el grupo de las EPS está integrado básicamente por cuatro entidades, y solo una de ellas ha presentado 383 recursos administrativos sobre la misma materia.
- b. Si bien el mayor número de recursos administrativos tienen que ver con procedimientos sancionadores, esta no es la única materia que se desarrolla en los recursos. Existe un grupo considerable de expedientes (cerca del 36%) vinculados con derechos de uso de agua.
- c. Las zonas principales de procedencia de los procedimientos administrativo son:
 - AAA:¹⁷ Cañete-Fortaleza, Caplina-Ocoña, Jequetepeque-Zarumilla, Chapparra-Chincha, Huarmey-Chicama y Urubamba-Vilcanota.
 - ALA:¹⁸ Moche-Virú-Chao, Tarapoto, Sta. Lacramarca-Nepeña y Casma-Huarmey, entre otras.
 - El 22% de los recursos administrativos proceden de la AAA Caplina-Ocoña, y el 14% de la AAA Cañete-Fortaleza (véase Gráfico 3).

14 Agradezco a Doris Valdez y Carlos Torres, asistentes legales, y al señor Óscar Caballero, responsable de archivo, todos miembros del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua quienes me apoyaron en sistematizar la información presentada.

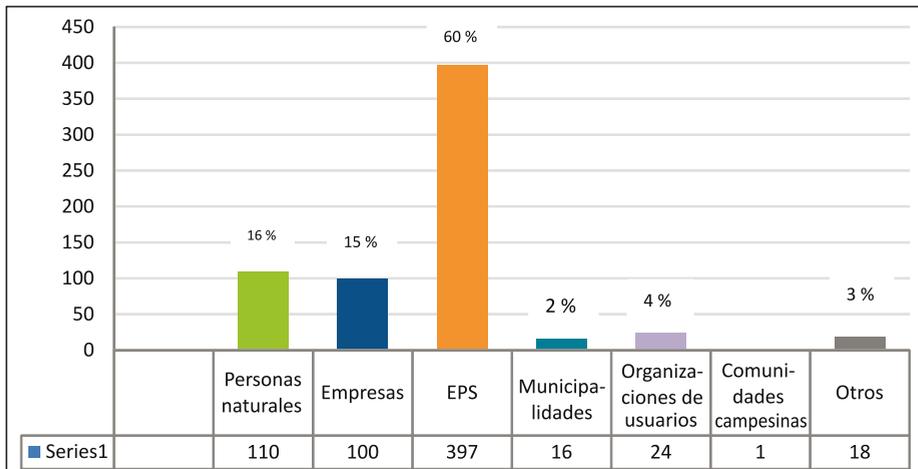
15 El universo de la información sistematizada es 666 expedientes que ya son de competencia del TNRCH.

16 A partir del 24 de febrero de 2014.

17 Autoridad Administrativa del Agua.

18 Administración Local de Agua.

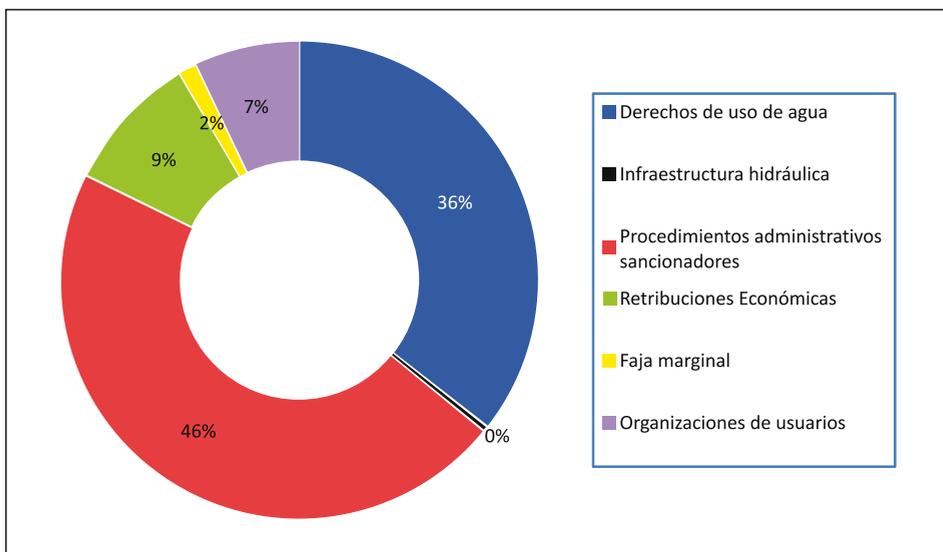
GRÁFICO 1
ACTORES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO



Fuente: Archivo TNRCH

Elaboración: Iván Ortiz, Doris Valdez, Carlos Torres

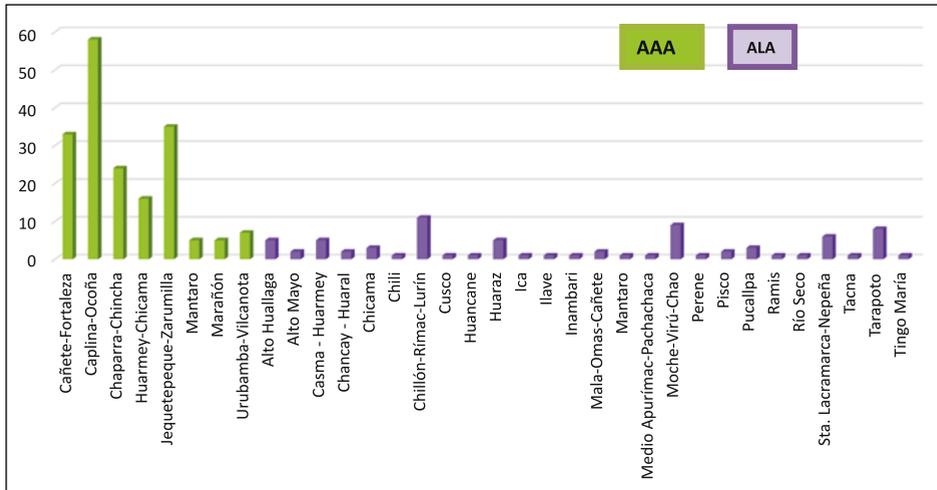
GRÁFICO 2
MATERIA DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPUESTOS



Fuente: Archivo TNRCH

Elaboración: Iván Ortiz, Doris Valdez y Carlos Torres

GRÁFICO 3
PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS



Fuente: Archivo TNRCH

Elaboración: Iván Ortiz, Doris Valdez y Carlos Torres

Es importante precisar la ausencia de procedimientos administrativos sancionadores en zonas de conflictos sociales y contaminación ambiental, de acuerdo con los reportes de la Defensoría del Pueblo y de la PCM. Es decir, no existen recursos administrativos que provengan de departamentos con conflictos socioambientales como Cajamarca y Madre de Dios.

Este hallazgo nos muestra que debemos seguir trabajando en el fortalecimiento de las capacidades y recursos institucionales para la fiscalización y los procedimientos administrativos sancionadores de la ANA, para realizar instrucciones e imponer sanciones en casos de infracciones de la Ley de Recursos Hídricos, dentro de las cuales la afectación a la calidad de los recursos hídricos debe ser prioritaria, especialmente en las zonas de conflictos socioambientales.

8. Reflexiones finales

Existe una aplicación operativa diferente sobre el concepto de conflictos en las diversas instituciones del Estado que establecen distinciones como el caso de la Defensoría del Pueblo y la PCM. Además, esta última establece una clasificación entre los conceptos de diferencia, controversia y conflictos. En ese sentido, consideramos que debe establecerse un marco conceptual y operativo unidimensional en el Estado peruano que permita gestionar adecuadamente los conflictos sociales.

Cabe preguntarse si los casos y/o expedientes de competencia del TNRCH son conflictos o controversias, según los conceptos mostrados. Hay que seguir investigando y trabajando estas cuestiones, sin embargo, podemos decir que el TNRCH resuelve reclamos, recursos de apelación y/o revisión, nulidades de actos administrativos en materia de recursos hídricos que han expedido las ALA, AAA y Direcciones de Línea de la ANA, que consideramos podrían constituir, conforme los conceptos del Estado peruano, en algunos casos, controversias y en otros conflictos, pero que sin duda son de naturaleza socioambiental.

En conclusión, la competencia de resolución de conflictos del TNRCH constituye una forma autocompositiva que usa criterios normativos, sin embargo, creemos que los conflictos socioambientales en su mayoría se han resuelto por el uso del poder que constituye una forma de autotutela. Esta última forma de resolver conflictos socioambientales debe ser transformada hacia una de normas y de satisfacción de intereses y necesidades. Por lo que en ese sentido, debemos fortalecer la capacidad del Estado, en este caso de la ANA, para actuar frente a la vulneración del derecho y la afectación de la calidad del agua, especialmente en las zonas de mayor conflictividad, a través de procedimientos administrativos sancionadores, pero también a través de la incorporación de formas de conciliación y mediación, inclusive dentro de nuestro propio TNRCH, para un grupo de casos como ya lo están realizando algunos tribunales administrativos en nuestro país.

9. Bibliografía

BEDOYA, César

2014 «Evolución y tendencias de los conflictos sociales y ambientales en el Perú: una lectura general». En: Ormachea, Iván y otros, *Minería, conflicto social y diálogo*. Lima: ProDiálogo, pp. 25-49.

BURTON, John

1990 *Conflict: Human Needs Theory*. Nueva York: St. Martins Press, p. 15.

BOARDMAN, Susan y Sandra V. HOROWITZ

1994 *Constructive Conflict Management and social problems*. Nueva York: Journal of Social Issues, volumen 1, número 50, p. 4.

CARNELUTTI, Francesco

1944 *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uteha, p. 44.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2007 Informe Defensorial «Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú». Lima: Defensoría del Pueblo.

- 2008 *Glosario Defensoría del Pueblo*. Disponible en <<http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/glosarios.php>>
- FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR
1996 *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. México: Limusa, p. 42.
- LEDESMA, Marianella
2013 «Conflicto, autotutela y control jurisdiccional». En *Revista Ius et Veritas*. Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, número 46, pp. 204-219.
- OFICINA NACIONAL DE DIÁLOGO Y SOSTENIBILIDAD DE LA PCM
2012 «Willaqniki n.º 01. Informe de diferencias, controversias y conflictos sociales», p. 17. Consulta 28 de setiembre de 2014. <<file:///E:/willaqniki%20concepto%20diferencia,%20controversia%20y%20conflicto.pdf>>
- ORMACHEA, Iván
1999 *Manual de conciliación*. Lima: IPRECON.
- 2014 «Enfoques de intervención constructiva en conflictos sociales». En: Ormachea, Iván y otros, *Minería, conflicto social y diálogo*. Lima: ProDiálogo, pp. 49-80.
- ORMACHEA, Iván y otros
2014 *Minería, conflicto social y diálogo*. Lima: ProDiálogo, p. 15.
- ZEGARRA, José
2013 *Taller de habilidades de negociación para el manejo de audiencias de conciliación*. [diapositivas]. Huancayo: Innova PUCP.
- ZOLEZZI, Lorenzo
2012 «Autotutela, autocomposición y heterocomposición». En: Zolezzi, Lorenzo, *Derecho en contexto*. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 139-158.

DISCURSO SOBRE EL AGUA, EL MEDIO AMBIENTE Y EL CONFLICTO SOCIAL

AUGUSTO CASTRO CARPIO
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

1. El agua y la vida

La primera cuestión que debemos plantear al referirnos al tema del agua tiene que ver con su importancia y con su significado. Probablemente no hay en el mundo un asunto que evoque más contenidos y perspectivas que el tema del agua. La humanidad tiene una especial relación con el tema, al punto de considerarlo sinónimo de lo que significa la vida.

Para todos los pueblos del mundo el agua ha sido y sigue siendo un asunto relacionado con la sobrevivencia y la vida. Basta con un recorrido por diferentes culturas para advertir su importancia y su presencia. En el Perú, las fiestas del agua son muchas y evocan el significado vital de esta para los pueblos. La imagen del mito de Manco Cápac y Mama Ocllo dicta incluso que del lago Titicaca surgió el Estado inca. De alguna manera todas las culturas en el mundo reconocen el valor del agua para su propio desarrollo.

Esta observación que podemos hacer de manera general tiene su asidero científico en la importancia real que el agua ha tenido para el surgimiento de la vida en el planeta. De cierta forma, no sería para nada exagerado sostener que la vida depende del agua; por lo que no solo podemos hacer una correlación entre el agua y la vida en el planeta, sino que podemos ser más específicos y establecer una correlación permanente entre el agua y el desarrollo de la vida humana en todos sus períodos.

Decir que el agua es un elemento vital implica necesariamente reconocer dos cosas: primero, como acabamos de decir, su vinculación con la vida, y, en segundo lugar, la importancia que siempre ha tenido para los seres humanos.

Establecer con claridad la importancia del agua significa relevar y destacar un punto central de la condición humana: el agua es signo de vitalidad, de renovación

y de desarrollo de todas las formas de vida, de salud, de derecho, de pureza y de calidad de vida. Este es el motivo por el que las sociedades humanas le han conferido un papel relevante y permanente en su quehacer cotidiano.

2. La importancia y los conflictos por el agua

No se necesita ser muy astuto para darse cuenta que los conflictos humanos tienen que ver con la sobrevivencia de la especie y con sus ambiciones. El desarrollo de la especie humana depende de los recursos naturales de la tierra y del agua. Sin agua no hay manera que la especie sobreviva.

En este sentido, una mirada a la historia humana nos indicaría que las diversas civilizaciones del mundo se ubicaron y ocuparon zonas favorables a la agricultura y a la ganadería, las que estaban a su vez ligadas estrechamente a las cuencas y a los ríos. Ejemplos de lo dicho sobran: Mesopotamia ligada al Tigris y al Eufrates; Egipto al Nilo, China al Hwang Ho y al Yang Tse Kiang, (Amarillo y Azul respectivamente), Tokio al Kanda, al Sumida, al Tama, al Ara; y en nuestra región, recordemos el papel del río Vilcanota para los incas, el Mantaro para los huancas y el Rímac para los pueblos de Lima. Alrededor de sus nacientes, de sus cursos y de sus desembocaduras los pueblos se han desarrollado y organizado. Cualquiera puede observar que todos los pueblos están articulados con fuentes del agua.

Estas ocupaciones del territorio supusieron conflictos y guerras por la tierra y por el agua. Naturalmente fueron episodios caracterizados por la necesidad de sobrevivencia. Los viejos estados en el mundo se articularon teniendo como base el control político y social de sus recursos naturales, tanto de las tierras como de las fuentes de agua. Los conflictos locales por el agua entre comunidades y pueblos obligaron al surgimiento del Derecho en el manejo del agua y crearon una tradición al respecto. Ciertamente, en los inicios, el más poderoso hizo sentir su fuerza, pero la necesidad y la realidad obligaron a que los estados antiguos legislaran con más intensidad sobre el agua.

En los Estados modernos la cuestión del agua no ha perdido su importancia ni su simbolismo. Todo lo contrario. El agua tiene un papel fundamental para el desarrollo del Estado. Esto es lo que obliga a los estados modernos a contar con la legislación correspondiente, por un lado; y por el otro, a buscar las fuentes físicas para que el abastecimiento de agua sea el necesario para garantizar la vida de sus pueblos. El agua es así una política de Estado, y se ha convertido en un derecho fundamental de las personas en el Estado moderno.

La pregunta clave que nos hacemos en este trabajo es por qué el agua se vuelve un tema de conflicto social. La respuesta, siguiendo nuestro razonamiento, estaría en que adquiere un sentido preciso en la lucha por la sobrevivencia. Si las

personas o las comunidades sienten que el abastecimiento de agua que poseen puede desaparecer o que puede ser arrebatado, observaremos que estas mismas personas o comunidades lucharán porque el agua no desaparezca y evitarán a todo trance que esta les sea arrebatada. La cantidad de conflictos advertidos en la historia del Perú por el agua obedece centralmente al acaparamiento del agua en función de diversos intereses, a veces comprensibles, a veces no tanto y muchas veces llevados por la codicia y el interés de unos pocos.

Recordemos además que el agua es importante y necesaria para muchas actividades productivas aparte del consumo humano. El agua es necesaria para el florecimiento de los campos de agricultura y para dar de beber al ganado; también se necesita agua en la producción industrial y para procesar los minerales. En todas las actividades productivas el agua está presente. El conflicto social aparece cuando los intereses de unos se superponen a los intereses del resto, y cuando la apropiación del recurso del agua no es para todos, sino solo para algunos. Debemos precisar que no son las diversas actividades productivas las generadoras de los conflictos sociales, sino el uso indebido y abusivo de los recursos, y en este caso concreto, del agua.

3. El medio ambiente y la generalización de los conflictos por el agua

Los problemas del medio ambiente están provocando en algunos lugares una generalización de los conflictos por el agua. Ello se debe a que el incremento de la temperatura causa impactos serios en muchos lugares del planeta y eso repercute en el manejo del agua por parte del Estado, las empresas y las comunidades. Ello hace que el tema del agua pase a ser comprendido para las comunidades como un tema de carácter ambiental en los actuales momentos. La realidad no está muy lejana de esta percepción de los comuneros.

En el caso peruano el impacto más fuerte del cambio climático está en la relación con el deshielo de los glaciares tropicales. Ello se expresa en una reducción significativa de su masa glaciaria con la consecuente disminución de los volúmenes de agua tanto en ríos como en aguas profundas. Es probable que en los primeros años no se aprecie una disminución del caudal del agua, pero las cosas se pondrán muy severas cuando los glaciares hayan desaparecido. Debemos recordar que, según la Autoridad Nacional del Agua, estamos hablando de un 41% de reducción de la masa glaciaria en el Perú.

Por ello no nos parece gratuito que los conflictos del agua se hayan expresado con fuerza entre las comunidades campesinas y las empresas mineras o las hidroeléctricas. El sentido común de los pueblos y de las comunidades está en la defensa de las cabeceras de cuenca, donde se encuentran las nacientes de los ríos. El conflicto

CUADRO 1
PERÚ: CONFLICTOS SOCIALES POR AUTORIDAD COMPETENTE,
SEGÚN TIPO, SEPTIEMBRE 2014 (NÚMERO DE CASOS)

Tipo	TOTAL	%	Gobierno nacional	Gobierno regional	Gobierno local	Poder legislativo	Poder judicial	Organismo Constitucional Autónomo
TOTAL	201	100,0	123	42	21	3	7	5
Socio-ambiental	131	65,2	104	22	4	1	0	0
Asuntos de gobierno local	21	10,4	0	0	17	0	4	0
Demarcación territorial	15	7,5	6	9	0	0	0	0
Comunal	9	4,5	3	4	0	0	0	2
Asuntos de gobierno nacional	9	4,5	8	0	0	0	0	1
Otros asuntos	7	3,5	1	0	0	1	3	2
Laboral	5	2,5	1	3	0	1	0	0
Asuntos de gobierno regional	4	2,0	0	4	0	0	0	0
Cultivo ilegal de coca	0	0,0	0	0	0	0	0	0
Electoral	0	0,0	0	0	0	0	0	0

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

con las empresas, sean mineras, industriales o de energía se produce en la defensa del uso del agua para el riego de las tierras de las comunidades. Las comunidades se han movilizadado en diversos lugares del país para oponerse a la minería en el entendido, según las comunidades, que la minería usa el agua y la contamina.

Los conflictos sociales con las empresas mineras se han desarrollado en diversos lugares del país desde el norte en Piura y Cajamarca, pasando por el centro y sur. Esto refuerza y explica la perspectiva que asumen y defienden las comunidades campesinas y los pueblos en defensa de su recurso. Ciertamente no solo es

CUADRO 2
PERÚ: CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES,
SEGÚN ACTIVIDAD SEPTIEMBRE 2014
(NÚMERO DE CASOS)

Actividad	n.º de casos	%
TOTAL	131	100,0
Minería	92	70,2
Hidrocarburos	18	13,7
Energéticos	8	6,1
Forestales	4	3,1
Residuos y saneamiento	4	3,1
Otros	3	2,3
Agroindustrial	2	1,5

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

el agua, sin embargo, el agua siempre está presente en el centro de la agenda del reclamo que hacen las comunidades.

Veamos los cuadros que nos permiten observar el conflicto socioambiental en toda su extensión y magnitud.

En el Cuadro 2 damos la información sobre los tipos de conflictos ambientales que se han desarrollado hasta agosto del 2014. Nótese que dentro de los conflictos socioambientales los relativos a la minería, hidrocarburos y energéticos suman 118 de los 131 conflictos existentes. Esto representa el 90% de los conflictos socioambientales.

Un tema que no hay que olvidar es que en la cultura andina el origen de la civilización y de la vida está en las alturas, y debemos recordar también que para el mundo andino de las cochas y lagunas surge la vida. Esta mirada considera que los ecosistemas son transversales al territorio y articulan montañas, valles interandinos y tierras costeras. En esta orientación el agua viene de las alturas. La defensa de las cabeceras de cuenca se transforma, en este escenario, en una lucha fundamental de la vida de las comunidades.

Sería conveniente observar a qué altura se encuentran los conflictos sociales. La información que tenemos es que la mayoría de los conflictos está en las zonas altas del país.

Como podemos apreciar, las zonas de conflicto con la minería se encuentran ubicadas a más de 3 000 metros sobre el nivel del mar. El 64,9% de los distritos —74 de 114— se ubica por encima de los tres mil metros y algo menos del 20% se ubica entre los 2 000 y 3 000 metros de altura. Esto confirma lo que estamos

CUADRO 3
DISTRITOS SEGÚN RANGOS DE ALTITUD SOBRE EL NIVEL DEL MAR

Rangos de altitud sobre el nivel del mar	Número	%
Más de 3000	74	64,9
2001-3000	22	19,3
1001-2000	2	1,8
501-1000	2	1,8
Menos de 500	14	12,3
Total	114	100,0

Fuente: Elaboración propia en base a reportes de Defensoría del Pueblo.

señalando en relación a que el tipo de conflicto socioambiental se encuentra principalmente en lugares de altura. Nos parece que la razón de fondo está en la percepción de la población de que las minas, al estar cerca de las cabeceras de cuenca, contaminan sus fuentes de agua que ya sabemos son fundamentales para su producción agropecuaria y su propia existencia (Castro 2013: 74).

La desaparición de los glaciares, antiguos vigilantes y celosos cuidadores del agua, es una catástrofe para el mundo andino y para el Perú moderno. La gente lo percibe con mucha preocupación. En esta orientación, la minería es sentida como ajena al drama que se avecina, e interesada en cuestiones que no son las fundamentales para la vida de los comuneros. Al no ser parte de las empresas mineras y no tener beneficios sobre utilidades y ganancias, las comunidades no pueden ser parte de los beneficios económicos que la minería les podría ofrecer. Las comunidades campesinas solo pueden percibir con mayor o menor profundidad los males que les puede acarrear esta forma de producción extractiva.

Nuestra evaluación es que los conflictos sociales en torno al agua se van a incrementar en la medida en que los efectos del cambio climático se hagan más recurrentes en el país. Esta situación va a intensificar los ya existentes entre los agricultores y la minería; entre los propios agricultores de las partes altas y bajas por el control del agua; entre las comunidades y pueblos del campo con las ciudades necesitadas de agua y de energía eléctrica, y entre las regiones del país, al ser unas más dependientes que otras en materia de agua. Sin contar, por cierto, los problemas que podemos atravesar en relación con la reducción de los acuíferos en muchos lugares de la costa, ocasionados directamente por la reducción de la masa glaciar o por el

sobreuso del agua que se ha hecho para garantizar la exportación de productos agrícolas (Muñoz, Navas y Milla 2014). En fin, la situación no parece nada halagüeña para el futuro social de nuestras poblaciones.

4. La defensa del agua, el eje de la política nacional de adaptación al cambio climático en el Perú

El tema que hemos presentado está vinculado con nuestra existencia, con nuestro futuro y nuestra vida. No tenemos que reiterarlo: no podemos vivir sin agua. No hay argumento válido para relativizar esta idea central.

Si el cambio climático, con todos sus impactos, al elevar la temperatura genera el derretimiento de los glaciares y eso produce una transformación profunda de las formas en las que hemos vivido, será necesario entonces una política nacional que permita adaptarnos a los nuevos cambios que observamos en el horizonte cercano.

Una política de adaptación es una política de prevención y de realismo frente a los riesgos y desastres que nos pueden suceder. Esto supone tomar en nuestras manos el manejo del agua. Pero, este manejo debe ser democrático, inteligente previsor y cuidadoso del líquido elemento, porque de él dependerá nuestro futuro. No es conveniente ni el catastrofismo que piensa que el mundo se acabará mañana, ni la indolencia que cree que no va a pasar nada y que todos son imaginaciones de científicos soñadores. Ni una ni otra.

Una visión prudente que toma en serio el rol del agua en nuestra civilización y para nuestro pueblo, que sabe de cuánto volumen disponemos, dónde lo disponemos y dónde no lo disponemos; que sabe que el agua es fundamental para las actividades productivas como la agricultura, la ganadería, la minería y la industria; que sabe además que el agua es decisiva para la vida de las personas, debe ser estricta en su manejo, debe reconocer su derecho para todos y debe guiar las políticas públicas que sobre adaptación al cambio climático el Perú debe tener.

5. Bibliografía

CASTRO, Sofía

2013 *Pobreza, minería y conflictos socioambientales en el Perú*. Lima: INTE-PUCB, p. 74.

MUÑOZ, Ismael, Susana NAVAS y María del Carmen MILLA

2014 «El problema de la disponibilidad del agua de riego: el caso de la cuenca del río Ica». En Oré, María Teresa y Gerardo Damonte (editores), *¿Escasez de agua? Retos para la gestión de la cuenca del río Ica*. Lima: Fondo Editorial de la PUCB, pp. 87-126.

PRECIADO, Ruth

2011 «El agua y las industrias extractivas en el Perú: un análisis desde la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos». En Urteaga, Patricia (editora), *Agua e industrias extractivas. Cambios y continuidades en los Andes*. Lima: IEP, Concertación y Justicia Hídrica, pp. 171-215.

DISCURSOS SOBRE EL AGUA, CONFLICTOS SOCIALES Y GOBERNANZA HÍDRICA

ANA LEYVA VALERA
CooperAcción | Perú

El presente artículo analiza la relevancia de los conflictos mineros e hidrocarbúricos por agua, dentro del conjunto de los conflictos sociales existentes en el Perú; así como también los discursos de los principales actores en ellos, y la relación de ambos temas con la gobernanza hídrica del país.

Sostenemos que los conflictos por el agua revelan, más que un problema de escasez, un serio problema de gobernanza, que tiene que ver con un Estado que muestra una excesiva dependencia de las actividades extractivas a lo largo de su historia. Esta situación lo ha llevado a privilegiar su función de promoción de la inversión sobre la protección de los derechos y el cuidado del medio ambiente.

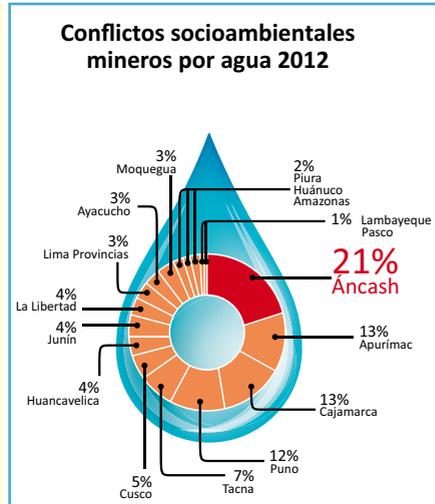
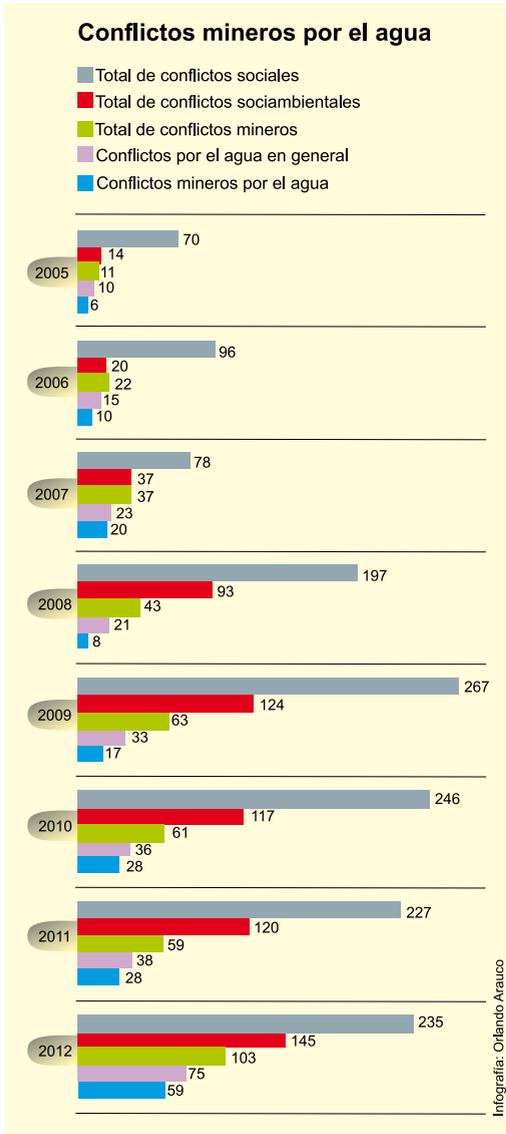
Concluimos que los conflictos tienen que ver con las enormes dificultades que presenta el Estado para consolidar una institucionalidad democrática y descentralizada, que posibilite la gestión sostenible e integrada de los recursos naturales, en general, y del agua, en particular. A partir de este análisis planteamos algunas conclusiones y recomendaciones a considerar en las políticas y en la gestión pública.

1. Los conflictos sociales y el agua

El agua en el Perú es uno de recursos que se encuentran en el centro de los conflictos sociales. De ello da cuenta, un informe de la Red Muqui¹ que sistematiza los Reportes de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo publicados entre el

1 Red Muqui y Comunicaciones Aliadas. Informe «Agua para todos y para siempre». 2013.

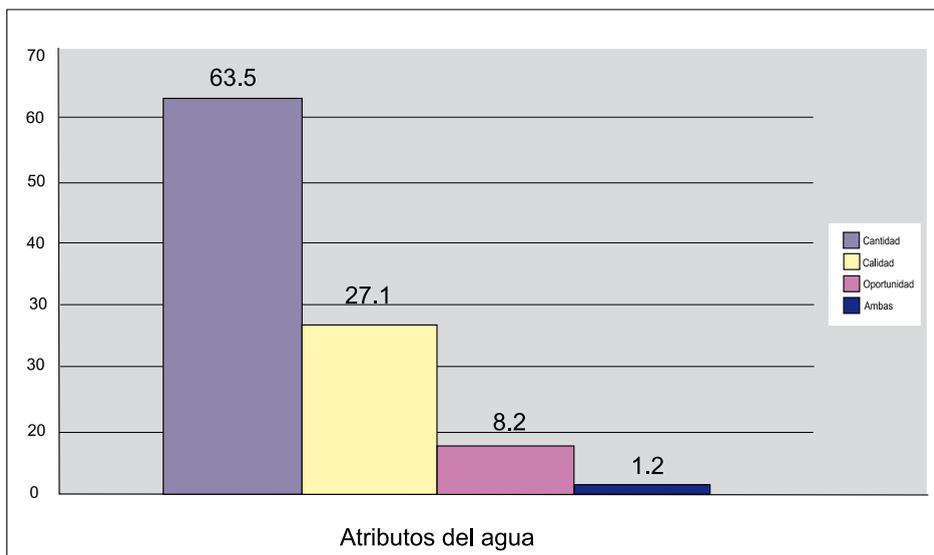
GRÁFICOS 1A Y 1B CONFLICTOS MINEROS POR AGUA EN EL 2012



Fuente: Defensoría del Pueblo
Elaborados: Red Muqui con datos de la Defensoría

2005 y 2012. En este se determina que una proporción importante de los conflictos socioambientales son por agua (alrededor del 30% o más) y que de ellos, un número significativo de casos están relacionados con la actividad minera como se puede apreciar en los gráficos 1A y 1B.

GRÁFICO 3
CONFLICTOS POR LOS ATRIBUTOS DEL AGUA, 2012



Fuente: Carlos Pereyra Matsumoto - IPROGA, 2005

En un estudio realizado por el hidrólogo Carlos Pereyra, en el año 2005 (Pereyra 2006: 222), del total de conflictos por agua, el 63,5% eran por cantidad, 27,1% por calidad, 8,2% por oportunidad y el 1,2%, por ambas. Los conflictos recogidos en este estudio se concentran en costa y sierra. Por lo que Pereyra concluye que en la costa y en la sierra la principal causa de conflicto es la escasez del agua.

La materia de la disputa, en los casos de este estudio, son principalmente los usos: agrarios (25,9%), agrario-mineros (14,1%), agrario-urbanos (32,9%) agrario-piscícola.

Si analizamos la información del *Reporte de Conflictos Sociales* n.º 122, de la Defensoría del Pueblo, correspondiente al mes de abril de 2014, encontramos que de 214 conflictos sociales, 25 tienen como escenario la selva y 189, la costa y la sierra. De un total de 136 conflictos socioambientales, 60 son por agua. Cabe precisar también que de estos conflictos, casi la mitad son conflictos por actividades extractivas (49 son por actividad minera y 9 por actividad hidrocarburífera).

Además, considerando que el total de conflictos mineros en dicho reporte es 101 y de los conflictos por actividad hidrocarburífera 17, podemos concluir que en ambos casos los conflictos por agua son casi el 50% o más. Lo que conduce a señalar la importancia que tiene para las poblaciones locales la relación agua-actividades extractivas.

De otro lado, si nos detenemos en los 49 conflictos mineros por agua podemos observar que todos se ubican en la sierra y costa y sus causas son: una supuesta

contaminación (17), temor a contaminación (15), pérdida de manantiales (3) y temor a pérdida de fuentes de agua o de acceso a ella (14). En el caso de los conflictos vinculados a los hidrocarburos, todos se ubican en la selva; 5 son por supuesta contaminación y 4 por temor a la contaminación.

Esta relevancia de los recursos hídricos en los conflictos sociales se expresan también en los casos que, en algún momento, han pasado a ser parte de la agenda pública y que han polarizado al país. Entre ellos están: Tambogrande (Piura), Quilish (Cajamarca), Conga (Cajamarca), Tía María (Arequipa), Tintaya (Cusco), Parón (Áncash), Cañaris (Lambayeque), Lote 1AB o 192 (Loreto). Todos ellos se ubican en zonas captadoras o almacenadoras de agua. Pero además, el último tiene serios problemas de contaminación (desapareció una laguna² y casi todas las fuentes de agua de la zona de influencia han sido contaminadas durante más de cuarenta años de explotación petrolera).

Algunos de los proyectos mencionados se ubican en cabecera de cuenca y forman parte de los once proyectos mineros que cuentan con los mayores volúmenes de inversión (Conga, Galeno, Toromocho, Hierro Apurímac, Las Bambas, Pamba de Pongo, Constancia, Haquira, Ampliación Cerro Verde, Quellaveco).³

A partir de ello podemos concluir que los conflictos dan cuenta de las preocupaciones que existen en las poblaciones locales por la calidad del agua, vinculadas, principalmente, a las industrias extractivas. En una parte se denuncia la contaminación y, en otra, se expresan temores de que ello ocurra con la realización de nuevos proyectos, no solo de gran o mediana minería sino también de minera pequeña y artesanal. Los casos que se presenta en la Amazonía, donde se concentra más del 97% de la disponibilidad del agua dulce del país, se dan principalmente, en torno a los problemas de contaminación.

En la costa y en la sierra la preocupación por el agua tiene dos aristas: calidad y cantidad. Respecto, a lo segundo, existen denuncias por desaparición de lagunas u otros cuerpos de agua, pero sobre todo, hay temor de que ello suceda por la ubicación de los proyectos.

2. Discursos sobre el agua

En los conflictos, los discursos en relación con el agua suelen ser diversos y hasta contradictorios, según los intereses expresados por los actores.

2 En noviembre de 2013, la OEFA sancionó a Pluspetrol con 20 millones de soles por la desaparición de la laguna Shanshococho de 3 000 m².

3 Estos proyectos ascienden aproximadamente a US\$35 000 millones de dólares, de un monto proyectado de inversión de US\$54 000 millones. Milagros Salazar. 2014.

a. *El discurso del empresariado*

El sector más representativo del empresariado existente en el país considera que el Perú no tiene problemas de disponibilidad de agua dulce, que por el contrario, existe abundancia de este recurso y que la mayor parte se pierde en el mar. Señala que la minería utiliza solo una pequeña cantidad de ese volumen y que, por lo tanto, no hay razón para que exista un conflicto por el uso del agua entre la agricultura y la minería. Que ese aparente conflicto lo generan quienes se oponen a las inversiones por un tema ideológico.

Además, señalan que no existe pérdida de disponibilidad por contaminación ya que la tecnología permite el tratamiento de las aguas utilizadas en el proceso industrial y estas se devuelven a los cursos de agua pudiendo usarse nuevamente. Con frecuencia podemos escuchar comentarios como el siguiente:

Según un estudio, Perú produce entre 22 y 30 billones de metros cúbicos de agua al año. Somos un país rico en agua. El 80% de esa cantidad se va a las cuencas occidental y oriental, al océano, y de ese 20% restante la minería utiliza entre el 1% y 1,5%.

En zonas costeñas donde no hay agua o son desérticas nos la hemos arreglado para poner plantas desaladoras y trabajar centros mineros con agua desalinizada.

Es importante tener en cuenta esto, ya que la agricultura y la minería pueden convivir sin ningún inconveniente.⁴

Además suelen sostener que un reservorio puede remplazar a una laguna y que incluso pueden proveer de una cantidad mayor de agua. Igualmente, que los ecosistemas de bofedales o humedales pueden ser restaurados una vez concluida la operación. Desde este enfoque el agua es vista por separado del ecosistema que la produce.

b. *El discurso del Estado*

Si bien en los discursos de las entidades gubernamentales existen algunas diferencias que responden a los sectores y materias de su competencia, en todas se comparte un mismo propósito, facilitar las grandes inversiones.

Un primer actor estatal a considerar es la Autoridad Nacional del Agua (ANA), organismo especializado adscrito al Ministerio de Agricultura y ente rector del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos. Este organismo tiene la potestad,

4 Declaraciones de Abraham Chahuán, Presidente de Perumin. Tomado de *El Comercio*: «Presidente de Perumin: Minería solo emplea el 1,5% del agua del Perú», 18 de septiembre de 2013).

con ciertas limitaciones, de declarar reservas de recursos hídricos, zonas de protección, zonas intangibles (solo sobre cabeceras de cuenca). En los procesos de evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) de los proyectos de inversión que afectan los recursos hídricos, la ANA debe emitir opinión vinculante. Generalmente, su función protectora es poco ejercida. En cuanto a los EIA, sus opiniones, en casi todos los casos, son favorables a la aprobación de los mismos.

En los EIA de proyectos de inversión que pueden afectar de manera significativa los recursos hídricos, la ANA no es visibilizada por la ciudadanía como el actor clave en la toma de decisiones y, por lo tanto, cuando emite opinión favorable y cuando la autorización es cuestionada, no se le suele pedir explicaciones. Tampoco este organismo busca tener un mayor protagonismo en esos procesos.

La ANA proyecta la idea de estar abocada a la gestión del agua, principalmente vinculada a su distribución. Su rol en la conservación no parece ser muy claro. Menos aún se muestra liderando la promoción de una gestión integrada, con visión ecosistémica.

Es bastante sintomático que un ministro de Agricultura, en cuyo sector se ubica la ANA, no identifique el rol que le corresponde a esta en la conservación de los recursos hídricos y que dicho rol se lo atribuya al Ministerio del Ambiente (MINAM), considerándolo, además, un obstáculo para la inversión.

¿A qué se debe dedicar este (MINAM)?

Es muy peligroso que un ministerio —que tiene un enfoque proteccionista— decida si se hace un pozo de petróleo en una zona de amortiguamiento. La empresa Petrobras que trabaja en una zona de amortiguamiento, quería mover un pozo 300 metros porque el original daba a una quebrada. Nosotros y Energía y Minas lo analizamos y resolvimos en 24 horas. El Ministerio del Ambiente demoró 25 días, y su respuesta fue que el pedido implicaba revisar todo el expediente. Mientras tanto la perforadora, cuyo costo diario de operación es de 600 mil dólares, esperaba para actuar. A su vez el pozo es fundamental para el circuito energético del sur.⁵

Sobre el proyecto minero Conga, este mismo ministro señaló:

Según la evaluación del MINAM, no se han considerado las microcuencas de modo integral y el área del EIA podría ser mayor. Uno puede suponer que debajo de las lagunas puede haber comunicación kilómetros más abajo, nuestra valoración es que no es así. Ante las dudas tenemos una propuesta de solución: medir los acuíferos de las partes bajas, alejadas, donde se cree que puede haber afectación, y se

5 «Ministro de Agricultura: Los beneficios con Conga son importantes para el país», *El Comercio*, 4 de diciembre de 2011.

establece eso como línea de base. Si se ve que el proyecto las afecta, se garantiza una compensación ambiental y económica.⁶

Esta opinión fue vertida, cuando la ANA ya había emitido su opinión favorable. Paradójicamente, el Ministerio del Ambiente posee competencias muy limitadas en la gestión de los recursos hídricos (principalmente en la supervisión y fiscalización), sin embargo, la población espera que intervenga cuando se encuentra en juego la conservación de estos recursos. En este tipo de casos, el MINAM generalmente adopta una postura de facilitador del diálogo. A pesar de ello, sus posturas suelen influir en la opinión pública, aunque difícilmente contradicen las decisiones u opiniones de otros ministerios. En el caso Conga, el ministro Manuel Pulgar Vidal desconoció la existencia del informe técnico de revisión del EIA, realizado por la gestión ministerial anterior, debido a que en su presentación no se había seguido el trámite documentario. Asimismo, desestimó la opinión técnica del hidrogeólogo norteamericano Robert Morán, calificándola de poco técnica y de contener opiniones políticas.⁷

Otro actor importante, es el Ministerio de Energía y Minas, que generalmente se presenta con un discurso similar al de las empresas. Ello lo debilita institucionalmente, ya que hasta el momento es quien aprueba los EIA en los sectores de hidrocarburos, energía y minería, cuando se trata de proyectos de gran y mediana envergadura. Según el ministro Jorge Merino:

En el Perú no hay escasez de agua; sobra el agua, el 97% del agua de lluvia se pierde en los océanos, lo que hay que hacer es almacenarla», dijo ante un auditorio lleno, de más de 200 asistentes.

Bajo esta perspectiva, la ejecución debe venir por el lado de la asociatividad: el inversionista minero tiene que incluir en el desarrollo del proyecto minero el tema del agua; las comunidades deben agruparse por familias y construir microreservorios que luego complementen con proyectos como Sierra Productiva y el inversionista puede contribuir en acercarlos al mercado.⁸

c. *El discurso de los pobladores de la ciudad*

La ciudad suele tener poca información de los servicios ambientales que le brinda la zona rural. Según sea su proximidad geográfica a las zonas de conflictos, las posiciones varían. Lima suele ser indiferente y muestra interés cuando el conflicto escala. Cuanto más lejano se está menos se puede comprender las razones subyacentes.

6 Ídem.

7 «Peritaje alternativo a Conga es de índole político», *El Comercio*, 12 de marzo de 2012

8 Declaraciones del ministro de Energía y Minas Jorge Merino, en «Al toro por las astas», noticias del 12 de marzo de 2012. Disponible en: <www.minerandina.com>

En ese escenario se produce un clima de polarización. El manejo de la información sobre lo que sucede determina las posturas mayoritarias. Muchas veces el poblador de la ciudad considera que es la ignorancia la que conduce a la población rural a oponerse a los proyectos.

d. El discurso de los pobladores rurales

Los pobladores rurales le dan una valoración especial a las fuentes de agua, pues ellas y la tierra le permiten reproducir sus formas de vida. Un sector importante en los conflictos, sienten temor de perder este recurso en calidad y cantidad. Consideran que las actividades extractivas las ponen en riesgo, las contaminan y amenazan las zonas captadoras y de almacenamiento. No confían en los EIA ni en la opinión técnica de la ANA como la vía para protegerlas y consideran al Estado como parcializado con las empresas.

Estas posturas las encontramos en declaraciones como la que señalamos a continuación:

Dicen que somos antimineros y que no queremos el desarrollo, pero no es así. Lo que no queremos es que afecten nuestras aguas que usamos para nuestro consumo y el de nuestro ganado. Queremos que se conserven nuestras lagunas naturales» dice Daniel Gil Terrones, poblador del caserío El Lirio.⁹

Igualmente, algunos hechos como el siguiente registrado por la prensa, dan cuenta de ello:

Mientras tanto, miles de pobladores del valle de Tambo rechazaron la “aprobación” del EIA del proyecto Tía María y acordaron realizar un paro preventivo de 48 horas, los días 28 y 29 de agosto del presente, en rechazo al proyecto minero Tía María.¹⁰

3. Los problemas subyacentes en los conflictos y en los discursos

a. ¿Escasez o abundancia aparente?

En los discursos descritos podemos apreciar que los actores se refieren de manera contradictoria sobre los volúmenes de agua existentes en el país. Como se sabe, Perú es uno de los diez países con mayores recursos hídricos en el mundo. Sin

9 «Entre el oro y el agua», La República.pe, 6 de noviembre de 2011.

10 «Vuelve el conflicto a Tía María», *Notiagro*, 14 de agosto de 2014, <<http://www.cepes.org.pe/notiagro/node/22091>>

embargo, estos se encuentran desproporcionalmente distribuidos. Menos del 2% del total se localizan en la cuenca del Pacífico, en donde vive más del 60% de la población. Aquí se concentra el mayor número de ciudades y las más densas y en donde se desarrollan las principales actividades económico-productivas.

El agua de esta zona generalmente se capta de la parte alta de la cordillera de los Andes y desciende hacia la costa, una región caracterizada por su aridez. Por otro lado, el mayor volumen de disponibilidad de los recursos hídricos (más del 97%) se ubica al otro lado de la cordillera, en territorios amazónicos, que forman parte de la cuenca del Atlántico.

A este escenario se suman los impactos globales del cambio climático: hay una mayor evapotranspiración, cambios en el régimen de lluvias, pérdida de glaciales y procesos de desertificación, que afectan la captación, acumulación y disponibilidad de agua dulce. El caso peruano muestra una mayor gravedad debido a su ubicación y a la fragilidad de sus ecosistemas.

b. La necesidad de información

Como hemos apreciado en la base de los conflictos existen temores. El temor es un mecanismo de defensa del ser humano ante posibles riesgos. Los temores pueden ser fundados o infundados.

Disipar toda duda tiene que ver con brindar información y en este tema existe un gran problema en el Estado. La información con que se cuenta es escasa y desactualizada. Se conoce poco sobre la hidrogeología de muchas cabeceras de cuenca donde se desarrollan grandes proyectos de inversión minera. La exigencia de este tipo de estudios recién se ha establecido como un requisito. Pero, aún así, su contenido no ha sido adecuadamente regulado.

De otro lado, no existe información sobre la oferta de agua en muchas cuencas. Según un informe periodístico realizado este año (Salazar 2014), basado en entrevistas a altos funcionarios de la Dirección de Conservación y Planeamiento de la ANA, de las 159 cuencas e intercuencas, 119 no cuenta con información confiable y ellas representan el 95% del volumen de agua disponible. Esta investigación periodística señala que la ausencia de información obliga a los técnicos de la ANA a realizar cálculos sobre la disponibilidad de aguas superficiales con un margen de error del 20% en promedio. Refiere que mucha de la información del Estado data de los años ochenta, cuando existía la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales (ONERN). Incluso el dato de que la minería consume solo el 2% del agua a escala nacional.

La ANA se ha propuesto realizar balances hídricos en doce cuencas con alta conflictividad. Sin embargo, no cuentan con el registro de caudales de los últimos diez años, información que se necesita para elaborar estudios sólidos. A esto se añade que de las 1 832 estaciones meteorológicas e hidrológicas, solo el 47% están

operativas (864) y que de ellas, solo 142 miden el caudal de los ríos. Es decir, existe cuencas que no tienen estaciones y esto lleva a que se realicen cálculos tomando como referencias otras cuencas y en aquellas donde solo existe estaciones meteorológicas, se utiliza la información de las precipitaciones (Salazar 2014).

c. Debilidad institucional

En el plano internacional existe todo un debate sobre cuán determinante es la escasez del agua en la generación de conflictos sociales. Al respecto, un informe de la UNESCO (UNESCO 2013) nos ofrece datos y una reflexión bastante interesante. Este informe señala que los conflictos no dependen necesariamente de si hay agua o no en una región, sino de la capacidad institucional para gestionar adecuadamente este recurso. Para demostrarlo recurren a los casos de países naturalmente áridos que cooperan para conseguir agua y que desarrollan estrategias y arreglos institucionales que les permiten afrontar su problema sin mayores conflictos.

A partir del estudio de casos, este informe concluye que las instituciones encargadas de la ordenación de los recursos hídricos deben ser sólidas, para equilibrar los intereses contradictorios en cuanto a su adjudicación, y para hacer frente a la escasez de agua que a menudo es resultado de una mala gestión.

En ese sentido, plantea que una gestión cuidadosa y previsoras debe contar con una base de datos fiable que comprenda informaciones meteorológicas, ecológicas y socioeconómicas y que, por lo tanto, las decisiones que ella adopte sobre los recursos hídricos deberían estar fundamentadas en dicha información.

Para evitar que se produzcan tensiones entre los diferentes usuarios del agua, el informe señala que es necesario eliminar las disparidades en la capacidad de las partes interesadas, para generar, interpretar y validar los datos.

Considera que generar un clima de confianza y cooperación implica el fortalecimiento de las capacidades en materia de generación y análisis de datos, planificación de la ordenación sostenible de los recursos hídricos, técnicas de resolución de conflictos o de participación de las partes interesadas y que ello debe hacerse no solo con las instituciones de gestión del agua, sino también con las organizaciones no gubernamentales locales y las asociaciones o grupos de usuarios del agua. Prevenir conflictos en esta perspectiva supone la identificación de todas las partes interesadas competentes y su posición para darle un tratamiento adecuado.

Plantea, asimismo, que cuando se produce el conflicto y el nivel de controversia es elevado y las disparidades son grandes, es muy poco probable que las partes se pongan de acuerdo. En esos casos, propone la formación o la investigación conjuntas. Considera que ello puede permitir generar la confianza necesaria para adoptar las decisiones fundadas en la cooperación.

En el Perú, la institucionalidad del agua es muy débil aún. Se expresa en su poca capacidad para prevenir conflictos y para resolverlos. Lo que tiene que ver, además, con su poca capacidad para conciliar los diversos intereses y para evitar que los grupos económicos más poderosos, vinculados principalmente a las actividades extractivas, se impongan. Es más, por las distorsiones que existe en sus fines, influenciado por el modelo económico que sigue, es proclive a favorecerlos.

De otro lado, pese a que tenemos una nueva ley de recursos hídricos que incorpora la gestión integrada, este principio no se aplica (Urteaga 2011: 31) y tampoco existe la voluntad de tomar decisiones en cuanto a la conservación de ecosistemas productores de agua.

De otro lado, existe un nivel de desconfianza mutua entre el Estado y la población que impide una gestión colaborativa. El Estado minusvalora los conocimientos de las poblaciones locales y considera complicado incorporarlas en las decisiones. Las poblaciones *a priori*, juzgan al Estado como parcializado y en contra de sus intereses.

5. Conclusiones y recomendaciones

- a. Los discursos y conflictos expresan intereses en pugna. El problema es que no existe una institucionalidad que medie entre ellos, estableciendo relaciones justas y satisfactorias para todos. Generalmente, se imponen los grandes intereses.
- b. Los temores de las poblaciones locales no son disipados con suficiente información proporcionada por el Estado, porque este no tiene una política establecida para generarla y actualizarla. Esto alimenta la idea que sus decisiones no son confiables.
- c. La falta de información no permite tomar decisiones oportunas y prevenir conflictos sociales. Pero además, cuando el conflicto se produce, el Estado basa sus decisiones en información de parte, que no verifica porque el procedimiento de toma de decisiones no se lo permite.
- d. Frente a esta situación es necesario fortalecer la institucionalidad. Con reglas claras implementadas y que permitan adoptar decisiones debidamente fundamentadas en plazos razonables, sin que exista la amenaza, para los funcionarios, de la aplicación de una sanción de falta grave por la demora. Esto también supone dotar a los organismos que participan en la gestión de la independencia que necesitan para desarrollar sus funciones, librándolos de injerencias de terceros. Además, de asignar los recursos que se requieren para que se cuente con profesionales del más alto nivel, en el número necesario y

que estos puedan tener a su alcance la información científica básica, actualizada y disponible en una base de datos.

- e. Es necesario escuchar a las poblaciones locales para conocer a profundidad sus demandas, pero además, se requiere su participación en la toma de decisiones, garantizando que las asimetrías en información y capacidades se superen.
- f. Finalmente, consideramos necesario contar con la voluntad política de quienes gobiernan para regular y controlar las actividades extractivas a fin de que exista un adecuado relacionamiento de las empresas con los recursos hídricos, los distintos usuarios del agua y el sistema de gestión.

6. Bibliografía

PEREYRA MATSUMOTO, Carlos

2005 *Panorama de los conflictos por el agua en el Perú*. Seminario «Conflictos sociales, acceso al agua y previsiones estratégicas en el Perú». 19 de enero. Lima: IPROGA. <http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/eventos/seminario_agua/documentos/Los_conflictos_agua-CIP_Congreso.pdf>

2006 «La gestión integrada del agua y los conflictos en las cuencas andinas», *Pluralismo legal, reforma hídrica y políticas de reconocimiento*. 28-30 de noviembre. *WALIR Studies*. Cusco, Perú, volumen 13.

RED MUQUI Y COMUNICACIONES ALIADAS

2013 Informe «Agua para todos y para siempre». Disponible en: <http://www.muqui.org/adjuntos/Agua_para_todos_y_para_siempre.pdf>

SALAZAR, Milagros

2014 Informe: «El Estado ignora cuánta agua hay en 119 cuencas del país». *La República*, 1 de marzo.

UNESCO

2013 Informe: «Cooperación y conflictos en torno al agua». Revista *Un Mundo de Ciencia*, volumen 11, n.º 1, enero-marzo.

URTEAGA, Patricia

2011 *El agua y las industrias extractivas: cambios y continuidades en los Andes*. Lima: IEP.

SECCIÓN III

CALIDAD DEL AGUA

CONDICIONES QUE IMPACTAN EN LA CALIDAD DEL AGUA Y SUS REPERCUSIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES

GIANNINA AVENDAÑO VILCA
Defensoría del Pueblo | Perú

En el presente artículo se aborda la temática de la calidad del recurso hídrico desde la perspectiva del impacto que en él se genera como producto del cambio climático y del desarrollo de las actividades económicas y su regulación, y los costos sociales que de todo ello se deriva: la afectación en la disponibilidad y calidad del agua y sus repercusiones en la salud de las personas y condiciones de vida en general.

1. Introducción

Abordar el tema de la calidad del agua es una tarea compleja, por cuanto no es posible tratar sobre ella sin antes hacer referencia la disponibilidad del recurso hídrico, las prioridades que se establecen para su uso y, por ende, los impactos que en él se generan y sus respectivas consecuencias.

Es decir, más allá de sus características físicoquímicas del agua en sus fuentes naturales, la evaluación de la calidad del agua requiere de una visión integral que implica analizar con detenimiento una serie de aspectos que permitan plantear propuestas y líneas de acción para la preservación de los recursos hídricos, tales como: el contexto ecológico, las actividades humanas que impactan sobre los recursos hídricos, los usos y valores que la sociedad otorga al recurso, los conflictos que se producen en torno al agua, la política y normatividad existente para la regulación de los usos del agua, entre otras.

Sin embargo, este análisis no puede realizarse al margen del contexto de crisis económica mundial y sus efectos en el Perú, como país cuya economía se basa en

la producción y exportación de bienes primarios y, como tal, condicionado por intereses económicos nacionales y extranjeros para flexibilizar la aplicación de sanciones por daños ambientales —a través de normas impulsadas recientemente por el poder ejecutivo— con el propósito de promover las inversiones del sector privado en proyectos mineros, de hidrocarburos, forestales y agroindustriales.

El contexto ecológico: cambio climático y la disminución del recurso hídrico

El cambio climático se define como aquellos cambios en el estado del clima, que se identifican por cambios en la variabilidad de las propiedades naturales de cada entorno y que persisten en el tiempo. Este fenómeno se explica tanto por el impacto directo o interrelacionado de las actividades humanas y los procesos naturales internos o externos, como cambios en los ciclos solares, erupciones volcánicas, cambios en la atmósfera y en el uso de la tierra (IPCC 2014: 5).

Esta definición fue resumida por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1992), en cuyo artículo 1 define al cambio climático como aquel suceso: «atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables».¹

A partir de los resultados de las investigaciones internacionales y, particularmente, de aquellas presentadas por el Grupo de Trabajo II, que se encuentra elaborando el Quinto reporte del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático, en la región de América Latina se han identificado graves riesgos para la sostenibilidad de los ecosistemas, tales como la disminución en la disponibilidad de agua en zonas semiáridas, la disminución de la capa glaciaria, inundaciones y deslizamientos en zonas urbanas y rurales debido al aumento de precipitaciones, la disminución de la producción y calidad de los alimentos, y el aumento de los vectores transmisores de enfermedades en zonas altas y al nivel del mar (IPCC 2014: 24).

Para el caso concreto del Perú —país en el que se ubica el 71% de los glaciares tropicales de los Andes sudamericanos— (Bernex y Tejada 2010: 19), parte de estos cambios se aprecian en el retroceso de los glaciares andinos, cuya importancia radica en ser la principal fuente de abastecimiento de agua dulce en el tiempo de estiaje. De acuerdo con los datos disponibles para el periodo 1970-1997 se ha producido en promedio un 22% de reducción de los glaciares en las siguientes dieciocho cordilleras: Blanca, Huallanca, Huayhuash, Raura, La Viuda, Central, Huagoruncho, Huaytapallana, Chonta, Ampato, Vilcabamba, Urubamba, Huanzo, Chila, La Raya, Vilcanota, Carabaya y Apolobamba (Oré 2009: 229).

Esta situación contribuye a agravar el déficit hídrico, aumentando el riesgo de desabastecimiento de agua para el consumo humano, el desarrollo de actividades

1 Documento disponible en: <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>>

de riego y la generación de energía hidroeléctrica, así como el incremento del nivel del mar que puede provocar inundaciones y la intrusión de agua salina en los acuíferos de agua dulce. Por ello, y a modo de prevención, se requiere destinar esfuerzos a la generación de información actualizada sobre el retroceso de los glaciares y los niveles de intrusión salina.

De otro lado, el aumento de las temperaturas, asociado con los cambios en el uso del suelo también tiene un impacto en el régimen hídrico, con ciertas tendencias hacia su disminución. Así tenemos, que al comparar la oferta de agua superficial y los usos de agua consuntivos en las cuencas del país, de acuerdo con la información disponible sobre balance hídrico que proporciona la Autoridad Nacional del Agua (ANA), los resultados muestran que en 16 de sus 36 estaciones hidrométricas existe un déficit de suministro de agua, lugares en los que además coincide la aparición de conflictos por el uso del agua.²

2. Desarrollo y regulación de actividades productivas: impactos en la calidad y disponibilidad del agua

a. Las actividades agrícolas y ganaderas

Desde el punto de vista económico, la agricultura es la actividad más importante de los pobladores rurales en el Perú, dado que ocupa al 21% de la población económicamente activa —aproximadamente 3,2 millones de personas—, aporta el 9% al Producto Bruto Interno nacional (PBI), produce el 11% del valor total de las exportaciones nacionales y contribuye en un 80% a la provisión total de alimentos para la población (ANA 2013: 21). Asimismo, la extensión territorial que abarca la actividad agropecuaria es de 387 mil 424 km² y corresponde al 30% del territorio nacional; siendo mayor que la superficie territorial total de Japón, Alemania, Italia, Reino Unido, Corea del Sur y Suiza (INEI 2014: 2).

No obstante la evidente importancia de la actividad agrícola para la seguridad alimentaria del país, aún se carece de una real conciencia con respecto a los efectos que producen en la economía nacional la ausencia de incentivos para su desarrollo por pequeños y medianos productores, así como los impactos que la falta de regulación en el uso de los suelos y en la aplicación de insumos generan en la calidad de los recursos hídricos.

2 Las estaciones hidrométricas en las que se ha registrado déficit de suministro de agua durante el periodo septiembre 2013 a agosto 2014 son las siguientes: Acarí (Arequipa), Caplina (Tacna), Casma (Áncash), Chicama (La Libertad), Huarmey-Huamba (Áncash), Huaura (Lima), Ica (Ica), Ilo-Moquegua (Moquegua), Locumba (Tacna), Lurín (Lima), Pisco (Ica), Rímac (Lima), Sama (Tacna), Tambo, Torata (Tacna) y Yauca.

Parte de los efectos contaminantes de la actividad se producen a causa del uso de pesticidas y plaguicidas empleados en monocultivos, los cuales se infiltran en las aguas superficiales y subterráneas. La aplicación excesiva de fertilizantes inorgánicos y otros agroquímicos provoca la eutrofización en los cuerpos de agua, la acidificación de suelos y la producción de gases invernaderos. También existe afectación de quebradas por el vertimiento de residuos químicos producto de la elaboración de pasta básica de cocaína.

De otra parte, cabe resaltar que en la actividad agrícola se valora el uso de las aguas residuales debido a su alto contenido de nutrientes (nitrógeno y fósforo) y materia orgánica que funciona como mejorador del suelo. En el Perú es común observar que las aguas residuales que producen las empresas prestadoras de servicios de saneamiento (EPS) son derivadas para el riego de áreas de cultivo por los propios agricultores. Sin embargo, tales acciones se realizan sin ningún tipo de control relacionado con los componentes del agua residual, poniendo en riesgo la salud de los agricultores y de la población que consume los productos que fueron regados con agua residual.

En efecto, el uso del agua residual tiene como principal desventaja la diseminación de patógenos, entre ellos los huevos de helminto, cuya ingesta a través del consumo de vegetales regados con aguas residuales señala un riesgo de contraer ascariasis —infección parasitaria intestinal que en su estado crónico produce desnutrición y retardo en el crecimiento—, con una probabilidad dieciséis veces mayor que para el caso de zonas regadas con agua no residual. Los huevos de helminto son resistentes a la desinfección por cloro, ozono y luz ultravioleta, por lo que deben eliminarse de las aguas residuales por medio de tratamientos de remoción física como sedimentación, coagulación-floculación y filtración (UNAM 2010: 48-49).

Sobre el particular, cabe señalar que el Decreto Supremo n.º 034-2008-AG, que aprueba el Reglamento de la Ley de Inocuidad de los Alimentos, establece en su artículo 10 que el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) se encuentra a cargo de la vigilancia de las aguas para riego agrícola y, como tal, se le encarga formular la normatividad para el desarrollo de dichas acciones. Sin embargo, a la fecha, esta entidad no habría realizado acciones destinadas al control de la calidad del agua que se emplea en el riego de cultivos.

Con respecto a la contaminación del agua por actividades ganaderas, esta se produce debido a la eliminación de excretas de ganado en las fuentes hídricas, al vertimiento directo de residuos del procesamiento de productos ganaderos, por la producción de alimento animal, y también por las actividades de pastoreo que afectan el ciclo del agua y convierten el uso del suelo.

Los impactos de estas actividades se explican como resultado de la ausencia de políticas, regulaciones e incentivos para el desarrollo de la agricultura y la ganadería

desde una perspectiva de soberanía alimentaria sobre el eje esencial de la preservación y control del uso del recurso hídrico.

b. Las actividades mineras

La actividad minera al igual que la agrícola y agropecuaria posee una significativa relevancia en la economía nacional. Esta aporta alrededor del 9% al PBI nacional, genera 680,000 puestos de empleo directa e indirectamente³ y, según datos de enero a mayo del 2014, el 56,12% de las exportaciones peruanas lo constituyen productos mineros, entre los que se incluyen los productos metálicos, no metálicos, siderometalúrgicos, metalmecánicos y joyería (MINEM 2014: 9).

La minería a gran escala y la minería artesanal impactan significativamente en los recursos hídricos, debido a la cantidad de agua que se emplea en los procesos de extracción, por los cambios en la cantidad y disponibilidad del agua subterránea y por la contaminación de relaves vertidos a las fuentes de agua.

Como parte de los mecanismos de control de la contaminación del agua por los efluentes líquidos de la minería, mediante Decreto Supremo n.º 010-2010-MINAM se aprobaron los Límites Máximos Permisibles (LMP) para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero-metalúrgicas para doce parámetros: pH, sólido totales en suspensión, aceites y grasas, cianuro total, arsénico total, cadmio total, cromo hexavalente, cobre total, hierro (disuelto), plomo total, mercurio total y zinc total.

Actualmente, la fiscalización del cumplimiento de dichos LMP en los vertimientos de aguas residuales de la actividad minera se encuentra a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Dicha entidad ha emitido la normatividad que tipifica las infracciones administrativas, estableciendo una escala de sanciones sobre la base de porcentajes de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), las cuales deben imponerse en función del grado de incumplimiento de los LMP en los parámetros de mayor riesgo ambiental y por infracciones muy graves que generan daño real a la flora fauna, la vida o la salud humana.⁴

No obstante la existencia de varios casos que ejemplifican de manera individualizada los efectos que la actividad minera genera en la calidad y disponibilidad del agua, no existe información sistematizada y actual respecto del nivel de cumplimiento de los LMP de las 940 unidades mineras de explotación (461 unidades) y exploración (479 unidades) reportadas por el Ministerio de Energía y Minas al mes de junio de 2014, por lo que no existen datos que reflejen el impacto real de dicha actividad en el territorio nacional.

3 Disponible en <<http://www.minproperu.com/assets/1720-roque-benavides---miner%C3%A1-da-y-desarrollo-del-per%C3%BA.pdf>>

4 Resolución de Consejo Directivo n.º 045-2013-OEFA/CD.

Solo existen algunos resultados de la Campaña Nacional de Monitoreo Ambiental de Efluentes y Recursos Hídricos que realizó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) en los años 2008 y 2009,⁵ en la cual se evaluó un total de 28 y 37 unidades productivas mineras por cada año, respectivamente, en las ciudades de Pasco, Lima, Áncash, Arequipa, La Libertad, Huanavelica, Junín y Cajamarca a fin de determinar la relación entre el cumplimiento de los LMP en esta actividad y su relación con la calidad de las aguas en los cuerpos receptores. Los resultados fueron tomados por Herrera y Millones (2012) para calcular el costo de la contaminación ambiental minera y las multas que debieron ser impuestas a partir de los precios sombra de la contaminación.

De otra parte, conviene señalar que la ANA está facultada a sancionar por la contaminación de las fuentes naturales de agua, superficiales o subterráneas, cualquiera fuese la situación o circunstancia que lo genere.⁶ Sin embargo, el ejercicio de esta facultad se halla supeditado a contar con información precisa sobre los monitoreos de la calidad del agua en sus fuentes naturales, la identificación de los vertimientos que allí se realizan, y los resultados de las acciones de fiscalización y sanciones impuestas por el OEFA a los agentes privados por prácticas que menoscaban la calidad del agua.

Asimismo, constituye una forma de desprotección de la calidad de los recursos hídricos el debilitamiento institucional del OEFA, producido a partir de la Ley 30320/2014,⁷ mediante la cual se restringe su capacidad fiscalizadora y sancionadora. En efecto, el artículo 19 de la mencionada ley establece que el OEFA durante el periodo de tres años excepcionalmente tramitará procedimientos sancionadores, privilegiando las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental, y que, de imponer sanciones, estas no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar.

c. Las actividades de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos

La calidad del agua también se ve afectada por los efectos de la etapa de exploración de hidrocarburos y la generación del «agua de producción», la cual sale del pozo junto con el petróleo o gas y contiene sustancias tóxicas y gases disueltos como

5 Los parámetros analizados fueron el potencial de hidrógeno (pH), sólidos suspendidos (STS), plomo (Pb), cobre (Cu), Zinc (Zn), hierro (Fe), arsénico (As), cianuro (Cn), cadmio (Cd), mercurio (Hg), cromo (Cr), así como el níquel (Ni) y el selenio (Se) que actualmente no se encuentran incluidos en la normatividad.

6 Literal c) del artículo 277 del Decreto Supremo n.º 001-2010-AG, Reglamento de la Ley General de Recursos Hídricos.

7 Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 12 de julio de 2014.

el monóxido de carbono dióxido de carbono, ácido sulfúrico, además de trazas de metales pesados. En tanto el impacto durante la etapa de explotación de hidrocarburos se produce por el empleo de químicos para la formación de espuma y la quema de gas en las estaciones de desperdicio.

Otro de los efectos de esta actividad se aprecia en problemas derivados por el transporte de los derivados, como la rotura de oleoductos y gasoductos, con los consiguientes derrames, erosión y derrumbe de lodo que tapan las quebradas y contaminan el agua.

Esta situación se reproduce constantemente en las zonas aledañas a las actividades de explotación de los lotes 1AB y ocho concesionados a la empresa Pluspetrol Norte s. A. en la región Loreto, deteriorando la alimentación y la salud de los pueblos indígenas asentados en las cuencas del Pastaza Tigre, Corrientes y Maraón.

Como muestra de las alteraciones en la calidad del agua, los resultados de los análisis efectuados el año 2012 en el Lote 1AB por parte de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental concluye lo siguiente (Defensoría del Pueblo 2014: 6-10):

- El agua de las quebradas Titiyacu y Panitza y el río Pastaza no es apta para consumo humano. Sin embargo, podría ser consumida previo tratamiento.
- La cocha Ullpayacu registró altas concentraciones de cloruros como consecuencia del aporte de una fuente externa de cloruros, proveniente principalmente de las aguas de producción de la actividad hidrocarburífera.
- En la quebrada Ullpayacu y las cochas Pashincocha, Chirunchicocha, Ullpayacu e Ismacaño se encontró evidencia de películas visibles de aceites y grasas e hidrocarburos totales de petróleo.
- La cocha Ismacaño se encuentra afectada con arsénico, cadmio, cromo, cobre, mercurio, plomo y zinc, producto de la remoción del suelo y relleno de tierra nativa en el proceso de remediación.
- La quebrada Ullpayacu y la cocha Chirunchicocha registraron altas concentraciones de hidrocarburos totales de petróleo (HTP), superándose en dieciocho muestras el Estándar de Calidad Ambiental tomado como referencia (norma boliviana), superando la concentración de 14 000 mg/kg.

La gravedad de esta situación impulsó la conformación de comisiones e incluso la aprobación de un plan de acción de emergencia ambiental destinado a controlar los riesgos sanitarios y ambientales, la revisión de normas, así como el monitoreo del cumplimiento de los planes de acción inmediato y de corto plazo. Sin embargo, han sido pocos los avances para mejorar las condiciones de salud de

las comunidades nativas que habitan en la zona y reducir los episodios de contaminación del agua en la zona.

d. Las actividades de suministro de agua potable, servicio de alcantarillado y disposición de aguas residuales

En el Perú existen cincuenta empresas prestadoras de servicios de saneamiento (EPS) que proveen de los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en las zonas urbanas. De acuerdo con los datos de la Superintendencia Nacional de los Servicios de Saneamiento (SUNASS), el 2006 existían un total de 2 681 539 conexiones de agua potable (SUNASS 2011: 16), y al año 2012 estas pasaron a ser un total de 3 306 775 conexiones (SUNASS 2011: 24); produciéndose un incremento de conexiones de alrededor del 30% en seis años.

Esta situación obedece a dos factores principales: al incremento sostenido de la población en las zonas urbanas y grandes ciudades (ámbito de las EPS) y las inversiones realizadas para la generación de infraestructura de agua y saneamiento. Estos patrones de crecimiento demográfico aumentan la demanda de agua en las ciudades, pero además producen problemas como la disminución en la continuidad del servicio, el deterioro en la calidad de algunas fuentes subterráneas debido a su excesiva explotación y la aparición de conflictos entre usuarios que exigen usar el agua en sus actividades.

Por ejemplo, en la ciudad de Ica la EPS EMAPICA abastece a sus usuarios únicamente a través de 21 pozos tubulares que fueron construidos a una profundidad de 20 metros; mientras que los usuarios del agua agroindustriales han realizado la perforación de pozos con profundidades de hasta 200 m, ocasionando con esto un descenso del nivel del acuífero, y que la continuidad del servicio de agua potable sea de entre 3 y 15 horas por día.

Asimismo, en Tacna la EPS Tacna también atraviesa por serias dificultades para asegurar el abastecimiento de agua a sus usuarios. Esto se debe a que algunas fuentes de agua no pueden ser explotadas porque poseen grados elevados de concentración de aluminio y arsénico presentes en condiciones naturales, y cuya remoción es compleja por los altos costos que ello demanda; mientras los miembros de la Junta de Usuarios del Valle de Tacna discuten las condiciones y prioridades para el uso de otras fuentes de agua, generándose conflictos por la dotación del volumen de agua para uso poblacional y agrícola.⁸

8 De acuerdo con lo señalado en el oficio n.º 1062-2014-300-700-EPS Tacna s. A., del mes de junio del 2014, la EPS Tacna reporta a la Oficina de la Defensoría del Pueblo con sede en Tacna, que la Comisión de regantes de Uchusuma y otros agricultores resolvieron modificar la dotación de agua que de acuerdo con el Plan de Descarga por la Autoridad Local de Aguas debía ser de 375 l/s para uso poblacional y 250 l/s para uso agrario, ahora pasaba a ser de 345 l/s para uso poblacional y 420 l/s para uso agrícola.

Finalmente, debe tenerse en consideración que a mayor población y conexiones de agua potable, mayor será la producción de aguas residuales que deberá ser dispuesta en las fuentes de agua (ríos, lagos, mares) e incluso en canales de regadío, afectando con ello la calidad del agua.

3. El costo social de la contaminación del agua

La contaminación del agua constituye un costo social en toda actividad económica, que produce una pérdida de bienestar general debido a los costos extras que generalmente debe asumir la sociedad en su conjunto para afrontar los procesos que permitan preservar el recurso hídrico en mejores condiciones o potabilizarla. Este costo se relaciona con un concepto importante en la economía ambiental: la externalidad.

La externalidad implica un costo ajeno a los intercambios de mercado que no es incluido en la producción ni deducido de las ganancias del agente que usufructúa de la actividad económica, pero cuyo proceso de generación tiene impacto en los recursos hídricos y el medio ambiente en general. Es decir, la existencia de una externalidad significa que el mercado no funciona de forma adecuada y que los precios que el mercado o los agentes económicos «asignan» a los metales, a los hidrocarburos o a los monocultivos, no reflejan todos los beneficios o todos los costos; por lo que nadie asume sus costos, pero todos sufrimos sus efectos (UNAM 2010: 221).

a. Los precios sombra de las actividades productivas

Los costos que no se reflejan en los precios que el mercado asigna a determinados bienes como el costo de alterar o contaminar los recursos hídricos que se emplean en determinada actividad, es el denominado precio sombra. Este precio constituye un indicador de cuánto las unidades productivas deberían reducir sus ganancias para invertir ese diferencial en disminuir la contaminación ambiental que la actividad produce.

Un ejemplo de estos costos lo proporciona el estudio de Herrera y Millones, el cual concluyó que por el incumplimiento de los LMP en las unidades mineras monitoreadas los años 2008 y 2009 por OSINERGMIN, se debieron imputar multas ascendentes en promedio a US\$ 647,9 millones y US\$ 308,3 millones, respectivamente. Los montos que no se pagaron por la contaminación constituyen los precios sombra o las ganancias adicionales que recibieron los agentes económicos.

Por otra parte, las alteraciones en la calidad y cantidad del agua, en el corto y mediano plazo, también generan otros costos en el ambiente y la economía, en tanto repercuten negativamente en otras actividades productivas restringiendo

las posibilidades de su desarrollo, como por ejemplo en la disminución de fuentes para la agricultura, la ganadería y el consumo humano.

Es así que contrariamente a la idea de que los países deben industrializarse para lograr un nivel económico alto y luego dedicarse a cuidar el ambiente, la capacidad biofísica de los ecosistemas indica que el crecimiento económico no es panacea para la calidad ambiental (UNAM 2010: 306). Por lo tanto, las políticas para la asignación de uso del recurso hídrico deben tomar en consideración no solo los ingresos que la actividad productiva contribuirá al país en el corto plazo, sino también los impactos económicos y sociales, para a partir de ello implementar mecanismos sancionadores y económicos que mitiguen los posibles efectos en la calidad del agua.

b. La retribución económica por el uso del agua y el pago por servicios ecosistémicos

El cobro de una retribución económica por el uso del agua (superficial y subterránea) y por el vertimiento de aguas residuales, constituye un mecanismo introducido por el artículo 90 de la Ley n.º 29338/2009, Ley de Recursos Hídricos, con el objetivo de obtener recursos para el control, vigilancia y remediación de los recursos hídricos.

Esta retribución se efectiviza a través del pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso o por verter agua residual a un cuerpo de agua receptor. Los costos se calculan considerando aspectos sociales, ambientales y económicos, razón por la cual se fijan por metro cúbico y atendiendo a criterios de disponibilidad del recurso, volumen de agua utilizado, volumen de agua vertido, impacto sobre el ambiente receptor y beneficios económicos que obtienen los usuarios por el uso del agua.

Otra de las medidas legales dispuestas recientemente para impulsar la protección del ecosistema, se encuentra en la Ley n.º 30215/2014, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, cuyo objeto es promover, regular y supervisar los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos.

La retribución por servicios ecosistémicos se deriva de acuerdos voluntarios entre los «administradores de la naturaleza», como por ejemplo, las comunidades asentadas en las fuentes del recurso hídrico y los beneficiarios finales del uso del agua (por ejemplo, las empresas de saneamiento), que establecen acciones de conservación, recuperación y uso sostenible para asegurar la permanencia de los ecosistemas.

Sin embargo, este sistema también plantea algunos retos para su implementación, tales como: incertidumbre respecto de los ingresos que los prestadores del servicio deberían percibir de los beneficiarios aguas abajo; el posible incremento

en el valor de las tierras y tensiones respecto de su control; y el cambio del uso de las tierras que impulsa un proceso de conversión de los campesinos en trabajadores no agrícolas, con la consiguiente reducción de la oferta de productos provenientes de la actividad agrícola.

4. Impactos de la calidad del agua en la salud de las personas. Monitoreo de las fuentes de agua para consumo humano y tratamiento de aguas residuales

De acuerdo con los datos del INEI, al mes de marzo del 2014, de cada 100 hogares peruanos, 88 consumen agua proveniente de la red pública; y si se trata de hogares del área rural, por cada 100 de ellos 64 se abastecen de agua proveniente de la red pública. Es decir, alrededor del 35% de familias de las zonas rurales acceden al agua a través de ríos, acequias y manantiales.

En lo que se refiere a los medios que emplean los hogares para la eliminación de excretas, los datos señalan que de cada 100 hogares, 73 eliminan las excretas mediante la red pública de alcantarillado y 9 por pozo séptico. Sin embargo, en las áreas rurales, el porcentaje de familias que utilizan dichos sistemas apenas alcanza el 17%.

Para el Ministerio de Salud (MINSA), las restricciones que aún persisten en el acceso a los servicios básicos de agua potable y desagüe son condicionantes que generan en la población peruana la exclusión en salud, con consecuencias en la morbilidad de las personas en todas las etapas de la vida. El impacto de esta situación se refleja en el 5,3% de atenciones por enfermedades infecciosas intestinales que atendieron las dependencias del MINSA durante el año 2011 en consulta externa, lo cual representa un total de 1 347 423 atenciones.

La población más expuesta a contraer las enfermedades por el agua se ubica principalmente en las zonas rurales debido a la falta de sistemas para la potabilización del agua. No obstante a la fecha, no se han realizado esfuerzos en el país para la obtención de datos que demuestren de manera fehaciente la relación del acceso a los servicios básicos de saneamiento y las conocidas enfermedades hídricas.

a. Registro de las fuentes de agua para consumo humano

En relación con los mecanismos que existen para controlar la calidad del agua, el Reglamento de Calidad del Agua para Consumo Humano, aprobado por Decreto Supremo n.º 031-2010-SA, establece que las Direcciones Regionales de Salud (DIRESA) o las Direcciones de Salud (DISA) están a cargo del registro de las fuentes de los sistemas de abastecimiento de agua para consumo humano. Esto implica que cada fuente de agua debe contar con su respectiva licencia de uso, la caracterización de

la calidad fisicoquímica, microbiológica y parasitológica de la fuente seleccionada, entre otros requisitos; sin embargo a la fecha no existe un registro de fuentes.

Es preciso señalar que las EPS deben realizar el control de parámetros microbiológicos, físicos y químicos al ingreso y salida de las plantas potabilizadoras, así como en las redes de distribución, como parte del control durante el proceso de tratamiento del agua para consumo humano. Al respecto, cabe indicar que en una investigación realizada por la Defensoría del Pueblo el año 2010, se constató que las EPS no contaban con un registro del control de la calidad del agua de sus fuentes; y que el número de muestras tomadas variaba por años y meses.

En ese sentido, y a fin de complementar la labor iniciada por la DIGESA en el control de algunas fuentes de agua de las que se abastecen las EPS, se requiere que la Autoridad Nacional del Agua elabore un registro actualizado de las fuentes superficiales y subterráneas y las clasifique de acuerdo con el tipo de tratamiento que requerirá el agua para su potabilización, acorde con lo establecido en los Estándares de Calidad Ambiental para el Agua.

A partir de ello, la ANA, en coordinación con la propia EPS, podría implementar acciones de monitoreo permanente de la calidad de las fuentes de agua, y cuyos resultados permitirían conocer no solo el estado de las fuentes en el tiempo sino también una evaluación de los costos en los que deberá incluir la empresa para la potabilización del agua.

Iniciar esta labor con las EPS constituiría el primer impulso para el desarrollo de mecanismos de protección del agua para consumo humano, a través de la identificación de las fuentes de agua que permiten la provisión del agua en localidades de pequeñas ciudades y rurales, en las cuales la gestión de los servicios de agua y alcantarillado se encuentra a cargo de los propios gobiernos locales y las organizaciones comunitarias presentes en las comunidades campesinas y nativas.

b. Control y supervisión del vertimiento de aguas residuales domésticas

En cuanto al vertimiento de aguas residuales domésticas realizadas por las EPS, actualmente, 29 de las 50 empresas que operan en el ámbito nacional no cuentan con sistemas para el tratamiento de estas aguas;⁹ mientras que en el resto de empresas no existen sistemas de tratamiento para todas sus localidades y, cuando

9 Las empresas que no cuentan con estos sistemas en cada región son: en Amazonas: EMUSAP Amazonas S. R. L. EMAPAB S. R. LTDA y EPSSMU S. R. LTDA.; en Áncash: EPS Chavín S. A. y SEDACHIMBOTE S. A.; en Apurímac: EMSAP Chanka S. R. L y EMUSAP Abancay S. A.; en Cajamarca: SEDACAJ S. A. Y EPS Marañón S. R. L.; en Cusco: SEDACUSCO S. A., EMAQ S. R. LTDA, EMPSSAPAL S. A. Y EMSAPA Calca S. R. L.; en Huánuco: SEDAHUÁNUCO S. A.; en Junín: SEDAM Huancayo S.A.C., EPS Mantaro S. A., EPS Sierra Central S. A., EPS Selva Central S. A., EMSAPA Yauli S. R. LTDA; en Lima: EMAPA Huaral S. A. y EMAPA Huacho S. A.; en Loreto: EPS SEDALORETO S. A.;

existentes, el tratamiento es deficiente por antigüedad de la infraestructura, sobreexplotación de los sistemas, falta de mantenimiento o errores en el diseño.

Sobre el problema en particular, el año 2013, la Defensoría del Pueblo realizó una supervisión de las condiciones del vertimiento de las aguas residuales procedentes de las EPS ubicadas en las ciudades de Chiclayo, Ica, Cajamarca, Piura, Puno y Tumbes. Los resultados de dicha supervisión reflejaron los siguientes problemas: el vertimiento de las aguas residuales no tratadas a los ríos y canales de regadío, el reúso no autorizado de aguas residuales por parte de los agricultores, el colapso de los sistemas de tratamiento de aguas residuales por falta de mantenimiento preventivo y el deterioro de las redes de alcantarillado, el incumplimiento del Programa de Adecuación de Vertimientos y Reúsos (PAVER), la ausencia de control de los LMP por parte de las EPS y del sector vivienda, entre otros.¹⁰

Como se presenta la situación, fortalecer la gestión del vertimiento de aguas residuales requiere del diseño de propuestas que involucren a los actuales y potenciales beneficiarios de las aguas residuales tratadas, a fin de no solo obtener financiamiento que permita a las EPS la construcción y el mantenimiento de la infraestructura necesaria para el tratamiento, sino también para la obtención de beneficios por el posible reúso del agua tratada en otras actividades productivas.

5. Conclusiones

El contexto internacional y nacional en sus aspectos económico, político y social y la ausencia de medidas estatales efectivas para la evaluación real del impacto de las actividades económicas en la calidad del agua para su consecuente inclusión en los costos de producción de los distintos agentes económicos, propician escenarios de tensión entre los distintos usuarios del recurso hídrico.

Esta evidente despreocupación por atender los problemas que existen en la gestión del recurso hídrico genera a su vez grandes costos sociales. Los efectos finales se reflejan en la disminución de las fuentes de agua en condiciones de calidad que permitan el abastecimiento de agua para el consumo humano, así como que aseguren un entorno ecológico que posibilite el desarrollo de las actividades humanas para su subsistencia con calidad de vida.

La intervención del Estado a través de instrumentos económicos para la asignación de un «precio» a la contaminación, de manera que esta se «absorba» en el sistema de mercado, debe imponerse a un nivel que realmente influya en el compor-

en Pasco: EMAPA Pasco S. A.; en Puno: EMAPA y S. R. LTDA; en San Martín: EMAPA San Martín, EMAPA Moyobamba S. R. LTDA y SEDAPAR Rioja S. R. L; y en Ucayali: EPS EMAPACOPSA S. A.

10 Los resultados de las referidas supervisiones fueron reportadas a la Autoridad Nacional del Agua durante el periodo del 15 de abril del 2013 al 24 de abril de 2014.

tamiento del agente económico. En ese sentido, la retribución económica y los pagos por servicios ambientales deben permitir balancear el impacto que las distintas actividades producen en la calidad del agua, para alcanzar el equilibrio entre las actividades que a corto y mediano plazo generan réditos económicos en el país, y aquellas que crean mayores oportunidades de empleo y que aseguran la soberanía alimentaria y la disponibilidad de agua para consumo humano directo.

Por lo tanto, el Estado debe abstenerse de imponer condiciones que flexibilicen la protección del medio ambiente y de los recursos hídricos en particular y, por el contrario, debe centrar sus esfuerzos en fortalecer a las entidades encargadas de velar por el cumplimiento del marco normativo de protección ambiental de la calidad del agua e impulsar las acciones de supervisión de la calidad de los recursos hídricos así como la conservación y remediación en las cuencas afectadas, a través del empleo de los ingresos obtenidos de las retribuciones económicas y otros conceptos deducibles de las actividades que explotan el recurso.

6. Bibliografía

AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (ANA)

2013 *Atlas de recursos hídricos del Perú*. Lima: Autoridad Nacional del Agua, Oficina Nacional del Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos.

BERNEX, Nicole y Manuel TEJADA

2010 Cambio climático, retroceso glaciar y gestión integrada de los recursos hídricos. Lima: Global Water Partnership South America – Foro Peruano para el Agua. Consulta: 13 de agosto de 2014. <http://www.gwp.org/Global/gwp-SAm_Files/Publicaciones/Varios/2011-Cambio-Climatico.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2014 «Acciones del Estado frente a la declaratoria de emergencia ambiental en la cuenca del río Pastaza. Supervisión a la implementación del Plan de Acción Inmediato y de Corto Plazo». Informe de Adjuntía n.º 001-2014-DP/AMASPPI.MA. Lima. Consulta: 13 de agosto de 2014. <<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2014/Informe-de-Adjuntia-N-001-2014-DP-AMASPPI.MA.pdf>>

2010 «Resultados de la supervisión defensorial de la calidad del agua abastecida por las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS)». Informe n.º 011-2010-DP/AMASPPI.SP. Lima. Consulta: 13 de agosto de 2014. <<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2010/informe-011-2010-dp-amasppi.sp.pdf>>

HERRERA, Pedro y Óscar MILLONES

- 2012 «Aproximando el costo de la contaminación minera sobre los recursos hídricos: metodologías paramétricas y no paramétricas». En: *Economía*, volumen xxxv, n.º 70, semestre julio-diciembre, pp. 9-59.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC)

- 2014 «Summary for policymakers». En: Field, C. B., V. R. Barros, D. J. Dokken, K. J. Mach, M. D. Mastrandrea, T. E. Bilir, M. Chatterjee, K. L. Ebi, Y. O. Estrada, R. C. Genova, B. Girma, E. S. Kissel, A. N. Levy, S. MacCracken, P. R. Mastrandrea, y L. L. White (eds.), *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, United Kingdom y Nueva York, N. Y., USA: Cambridge University Press.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM)

- 2014 *Boletín Estadístico del Subsector Minero*, junio 2014. Consulta: 13 de agosto de 2014. <<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/publicaciones/variables/2014/junio/boletinjunio.pdf>>

ORÉ, María Teresa (coordinadora)

- 2009 «Problemática de la calidad y cantidad del agua». En Saskia Van Orsel y Jeroen Vos. *El agua ante nuevos desafíos. Actores e iniciativas en Ecuador, Perú y Bolivia*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Oxfam.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM)

- 2010 *Calidad del agua: un enfoque multidisciplinario*. Ciudad de México. Consulta: 13 de agosto de 2014. <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Mexico/iiec-unam/20110804014021/Calidagua.pdf>>

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA CALIDAD DEL AGUA EN CANADÁ

YENNY VEGA CÁRDENAS
Universidad de Montreal | Canadá

A pesar de la abundancia del agua en Canadá y en la provincia de Québec, la contaminación de los recursos hídricos amenaza directamente la disponibilidad de esta para los diferentes usos en el país. La industrialización y la intensificación de la agricultura, así como la urbanización, han ocasionado una preocupante degradación de la calidad de las aguas. Es por esto que en 1978, se adopta un programa de saneamiento de las mismas, tanto en la provincia de Québec como en las otras provincias y, desde esa fecha hasta el día de hoy se han realizado cambios legislativos para que se sancione más severamente a los que contaminan. Aunque esta corriente legislativa ha permitido que la calidad del agua haya mejorado de manera significativa, los nuevos y numerosos contaminantes, muy difíciles de descomponer, aunado con el calentamiento global, han hecho que la contaminación de las aguas siga siendo una de las principales preocupaciones del pueblo canadiense. Para poder responder de manera adecuada a los nuevos retos que se plantean, el marco jurídico actual está en plena evolución.

1. Introducción

Canadá es uno de los países que dispone de las más grandes cantidades de agua en el mundo, puesto que en promedio, sus ríos y lagos representan aproximadamente el 9% de la totalidad de recursos hídricos renovables de todo el planeta tierra. Este país comparte con los Estados Unidos la cuenca de los Grandes Lagos de Norteamérica, la cual contiene cerca del 20% del agua dulce disponible en el mundo.

De todas las provincias canadienses, la provincia de Québec cuenta con un contexto hidrográfico extremadamente favorable, puesto que esta dispone de cerca del 3% de las reservas de agua dulce del planeta. Esta provincia se encuentra irrigada por el majestuoso río San Lorenzo, que se encuentra aguas abajo de la cuenca de los Grandes Lagos. Como la calidad y la disponibilidad del agua en la provincia dependen, en gran parte, de la afluencia del agua de los Grandes Lagos, Québec integra junto con la provincia de Ontario y de algunos estados americanos la comisión del manejo integrado de esta inmensa cuenca hidrográfica.

Tanto en Canadá como en la provincia de Québec, el agua constituye uno de los pilares de la economía, puesto que la mayor parte de las industrias son extremadamente dependientes del agua. De hecho, la abundancia del agua ha permitido el desarrollo de ciertas industrias que requieren para su funcionamiento enormes cantidades de agua como es el caso de la producción de papel y la hidroelectricidad.

A pesar de la abundancia del agua en Canadá y en Québec, la contaminación de los recursos hídricos amenaza directamente su disponibilidad para todos los usos. De hecho, la industrialización y la intensificación de la agricultura, así como la urbanización, han ocasionado la contaminación de las aguas tanto superficiales como subterráneas. Más exactamente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, la aceleración de la industrialización conllevó a una preocupante degradación de la calidad de los recursos hídricos en el país (MDDEP 1999). Es por esto que en 1978, con el fin de restaurar las aguas y disminuir la contaminación de las mismas, se adopta un programa de saneamiento de aguas tanto en la provincia de Québec como en otras provincias y se modifica la legislación para que esta sancione más severamente a los que contaminan. Aunque esta corriente legislativa ha permitido que la calidad del agua mejore de manera significativa, los nuevos y numerosos contaminantes que son muy difíciles de descomponer, aunado con el calentamiento global, que según los estudios parece indicar una disminución del nivel de agua de los Grandes Lagos y del río San Lorenzo, han ocasionado que la contaminación de los recursos hídricos y la concentración de contaminantes en el agua siga siendo una de las principales preocupaciones en Canadá (Shlozberg *et al.* 2014).

2. Los usos y principales fuentes de contaminación del agua en Canadá

En Canadá, las principales actividades no consumidoras de agua son: la producción de energía hidroeléctrica y la navegación. Estas actividades, aunque no consumen agua, pueden afectar su calidad como, por ejemplo, cuando ocurren fugas de combustibles de los buques, se modifica el trazo de los ríos, o las hidroeléctricas ocasionan el aumento del mercurio en las especies acuáticas.

Entre los principales usos del agua en Canadá, los encontramos tanto en el sector industrial manufacturero, como en el minero, agrícola y urbano. Estos usos contaminan el agua tanto de manera superficial como subterránea. Así, el uso agrícola contamina el agua considerablemente, principalmente cuando se utilizan grandes cantidades de fertilizantes y de pesticidas (Rousseau *et al.* 2004); el sector industrial vierte una cantidad importante de contaminantes que son muy difíciles de descomponer y que inclusive las plantas de tratamiento de aguas residuales no alcanzan a neutralizar (Eau Secours! 2006); el sector minero y la industria petrolera deja mucha agua utilizada irrecuperable, especialmente la que proviene de la extracción del petróleo de las arenas bituminosas que requiere doce barriles de agua para producir un barril de petróleo. Finalmente, el uso doméstico es responsable de buena parte de la contaminación del agua, particularmente cuando se utilizan ciertos detergentes que dañan al ambiente, o cuando se arrojan productos farmacéuticos al agua, y lo que es más paradójico, por el mismo consumo generalizado de analgésicos y píldoras en la población. De hecho, las plantas de tratamiento existentes enfrentan grandes dificultades al momento de eliminar los residuos farmacéuticos, lo que según los estudios ha causado cambios importantes en el hábitat acuático.

En Québec, hay dos problemas relacionados con la calidad del agua que se han intensificado en los últimos años: el primero, relacionado con la infraestructura de distribución del agua, y el segundo, con la proliferación de las cianobacterias o algas azules (MDDEP 2010).

En cuanto a la infraestructura, las cañerías hechas de plomo (MDDEP 2008), instaladas en ciertas construcciones muy antiguas, dejan residuos en el agua que causan daños en la salud de la población, principalmente porque las cantidades elevadas de plomo afectan el sistema nervioso central y las capacidades cognitivas de los niños (MDDEP 2008). El gobierno ya ha hecho un llamado a los municipios y a los propietarios para que procedan con el cambio de la tubería antigua, y poco a poco se están tomando medidas para disminuir el impacto del plomo en la salud.

En lo que respecta a las cianobacterias (Blais 2002), su proliferación afecta a diferentes actividades, sobre todo las que implican un contacto directo con el agua, hecho que constituye un gran riesgo para la salud pública. Esta situación ha hecho que el gobierno tome acciones concretas para proteger de manera más rigurosa la calidad del agua de sus ríos y lagos, ya sea por medio de la adopción de nuevos reglamentos, como por el aumento del control de la aplicación de los mismos.

En resumen, a pesar de la abundancia del agua en Canadá, la contaminación amenaza directamente su disponibilidad para todos los usos. Los Grandes Lagos, el río Fraser y el río San Lorenzo están muy contaminados por sustancias que pueden ser muy peligrosas, tanto para los seres humanos como para los ecosistemas acuáticos. Se debe tener en cuenta que la calidad del agua del río San Lorenzo no

depende solamente de la provincia de Québec, sino también de la provincia de Ontario y los diferentes estados federados ribereños de los Grandes Lagos que se encuentran ubicados aguas arriba. Es pertinente señalar que los diferentes gobiernos han realizado esfuerzos desde hace muchos años para mejorar la calidad del agua de esta cuenca, ya que esta ha sido fuertemente contaminada por el sector industrial, municipal y agrícola. Veamos ahora qué acciones políticas y jurídicas ha tomado tanto el gobierno canadiense como el gobierno de la provincia de Québec para proteger la calidad de los recursos hídricos.

3. El marco político jurídico de la protección de la calidad del agua en Canadá

Canadá es un Estado federal constituido por diez provincias y tres territorios.¹ La Constitución de 1867 (Reino Unido 1867) reparte las competencias legislativas entre los gobiernos de las provincias y del gobierno federal. En lo concerniente al agua, las competencias no están claramente definidas y, por ende, deben ser compartidas entre los dos tipos de gobierno (Vega y Vega 2010). En el marco de sus fronteras respectivas, las provincias son aquellas sobre las cuales recae la responsabilidad principal del manejo, la conservación y la explotación de los recursos hídricos, y esto en virtud de los artículos 92(5), 92(3) y 92(16) de la Constitución que disponen que las provincias son responsable de reglamentar las materias esencialmente locales, sean estas públicas o privadas (Vega y Vega 2010).

El gobierno federal posee, sin embargo, una competencia no despreciable sobre estos recursos. En primer lugar, a través de su papel exclusivo en cuanto a las relaciones internacionales y, particularmente, las relaciones con los Estados Unidos que comparten cuencas hidrográficas con Canadá. De hecho, en virtud de esta competencia constitucional, el gobierno de Canadá firmó con su vecino del sur el Tratado de Aguas Limítrofes de 1909 (Gobierno de Canadá y Gobierno de los Estados Unidos de América: 1909) por medio del cual se crea la Comisión Mixta Internacional, destinada a dirimir los conflictos relativos al uso de las aguas compartidas por los dos países, y se desarrolla una serie de acuerdos para el manejo compartido de las aguas transfronterizas. En segundo lugar, en virtud de la competencia otorgada al gobierno federal para reglamentar las cuestiones entre provincias, este adoptó la Ley sobre los Recursos Hídricos de Canadá (Parlamento de Canadá 1985a), que tiene como objetivo proteger la calidad de las aguas y de esta manera la salud pública.

Como la gobernanza de los recursos hídricos es una competencia compartida que recae tanto en las provincias como en el gobierno federal, los dos niveles de

1 Las provincias son: Québec, Ontario, Tierra Nueva y Labrador, la Isla del Príncipe Eduardo, Nueva Escocia, Nuevo Brunswick, Alberta, Manitoba, Colombia Británica, Saskatchewan. Los territorios son: Nunavut, los territorios del noroeste y Yukón.

gobierno deben administrar de manera concertada estos recursos. Sin embargo, cabe señalar que es a las provincias a las que recae más directamente la responsabilidad de actuar en calidad de fiduciarias del agua, teniendo en consideración el beneficio de las generaciones futuras.

a. Los mecanismos jurídicos de protección de la calidad de las aguas en el ámbito federal

La política federal del agua (Environnement Canada 1987), adoptada en 1987, se utilizó como instrumento político para valorizar la importancia de este recurso que fue durante mucho tiempo subestimado. Así, el primer objetivo de esta política es de preservar y mejorar la calidad del agua. Esta política hace hincapié en la adopción del principio de «quien contamina paga», e incita a adoptar medidas más estrictas para disminuir la contaminación de los cuerpos de agua, por medio de una legislación más coercitiva. Al respecto, cabe señalar que esta política constituye casi letra muerta, puesto que la responsabilidad de proteger la calidad del agua recae principalmente en las provincias.

En lo que concierne a las relaciones entre los gobiernos provinciales y el gobierno federal, esta política preconiza una mayor coordinación entre los diferentes niveles de gobierno para alcanzar un manejo integrado de las cuencas hidrográficas (Environnement Canada 1987). El gobierno federal se apoya principalmente en la Ley sobre los Recursos Hídricos de Canadá (Parlamento de Canadá 1985a), que establece un marco jurídico favorable para la colaboración entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales y territoriales en los asuntos referentes a la administración y protección del agua. Al respecto, el gobierno federal ha firmado varios acuerdos con los diferentes gobiernos provinciales, como es el caso del Acuerdo Canadá-Ontario (Gobierno de Canadá y Gobierno de la Provincia de Ontario 2011) concerniente a la protección de las aguas de la cuenca de los Grandes Lagos, y el nuevo acuerdo Canadá-Québec (Gobierno de Canadá y Gobierno de la Provincia de Québec 2011) que hace referencia a la conservación y manejo del río San Lorenzo (2011-2026).

El gobierno federal canadiense, encargado de las relaciones internacionales, ha firmado varios acuerdos con Estados Unidos concernientes a la protección y el mejoramiento de la calidad del agua, particularmente de los Grandes Lagos de Norte América, en 1972, 1978, 1987 y, recientemente, en 2012 (Gobierno de Canadá y Gobierno de los Estados Unidos de América 2012). De hecho, Canadá y Estados Unidos se han fijado objetivos de restablecimiento y de protección de esta cuenca puesto que en el curso de los años, los problemas de contaminación del agua han evolucionado, requiriendo mayor intervención por la parte de los gobiernos.

En principio, se pretendió limitar la cantidad de contaminantes que podían ser arrojados al agua, con el fin de reducir la proliferación de las algas que atacaban la biodiversidad. En 1978, se dio origen a la idea de un «enfoque ecosistémico», y se adoptaron medidas para reducir la emisión de productos químicos tóxicos para el medio ambiente; en 1987, Canadá y Estados Unidos se comprometieron a establecer restricciones al consumo de pescados y de especies salvajes, a limpiar los lagos de las algas indeseables y llegaron hasta prever el cierre de playas con el fin de restablecer el ecosistema en esta región. Recientemente, en el 2012, el acuerdo fue modificado con el fin de, entre otros, combatir los problemas referentes a la proliferación de especies acuáticas invasoras y de reducir los impactos de los cambios climáticos. Se pretende igualmente dar una mayor participación a la población en las discusiones, particularmente a los grupos indígenas, los propietarios ribereños, las ONG y los representantes de las diferentes escalas de gobierno (Gobierno de Canadá y Gobierno de los Estados Unidos de América 2012).

Por otro lado, algunas leyes federales vienen a reglamentar ciertos usos del agua en el marco de las competencias atribuidas al gobierno federal, como es el caso de la Ley sobre la Pesca (Parlamento de Canadá 1985b) y la Ley sobre la Marina Mercante de Canadá (Parlamento de Canadá 2001). No obstante la reglamentación existente y los acuerdos internacionales firmados, el marco jurídico federal es relativamente limitado puesto que este no puede reglamentar lo que corresponde al vasto campo de competencia de las provincias. Por consiguiente, expondremos a continuación el régimen jurídico que protege las aguas en la provincia de Québec.

b. Los mecanismos jurídicos de protección de la calidad de las aguas en la provincia de Québec

Desde 1978, el gobierno decide abordar directamente el problema de la contaminación del agua. Al respecto, en 1988 adopta un programa de reducción de vertimiento de aguas residuales provenientes de las industrias. Este programa conllevó a la modificación de la Ley sobre la Calidad del Medio Ambiente (Assemblée Nationale du Québec 1978-2011) y la adopción de diversos reglamentos que enmarcan el manejo de las aguas residuales.

La modificación de la Ley sobre la Calidad del Medio Ambiente permitió prever mecanismos de control y protección de los medios acuáticos. Más particularmente, el contenido de los artículos 20, 22 y 32 de esta ley permiten al ministro del Medio Ambiente reglamentar numerosas actividades vinculadas con el agua y exigir una evaluación previa de los proyectos que pueden atentar contra los recursos hídricos. El gobierno puede, si lo considera necesario, realizar consultas públicas sobre los diferentes proyectos que sean susceptibles de afectar de manera importante el medio ambiente y, por ende, los cuerpos de agua.

En Québec existe una interdicción general de contaminar, y esto en virtud del artículo 20 de la Ley sobre la Calidad del Medio Ambiente. Esta disposición legislativa prohíbe la liberación de un contaminante vedado por reglamento o en cantidades que sobrepasen los parámetros fijados por el mismo. Para aquellos contaminantes que no se encuentran específicamente reglamentados, es la regla que estipula la prohibición de la liberación de todo contaminante susceptible de alterar la calidad del medio ambiente que se aplica (artículo 20, párrafo 1). La prohibición implica para el contraventor la obligación de descontaminar y, en ciertos casos, estará sujeto a la imposición de multas establecidas por la ley. Esta es en realidad la aplicación del principio «quien contamina paga».

Además de esta medida *à posteriori*, la Ley sobre la Calidad del Medio Ambiente insta una medida preventiva. Así, en virtud del artículo 22 las personas que desean realizar actividades cercanas a cuerpos de agua, deberán obtener previamente un certificado de autorización, aunque a primera vista tal actividad no parezca poder alterar la calidad del agua (Assemblée Nationale du Québec 1978-2011).

Otras medidas decisivas que han contribuido a la protección del medio ambiente y, por ende, al mejoramiento de la calidad del agua, fueron el reconocimiento en la Ley sobre la Calidad del Medio Ambiente (artículo 19.1) que ampara el derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano y, conjuntamente, la creación de un derecho de acción susceptible de ser presentado por todo ciudadano que pueda verse perjudicado (19.2). Sin embargo, cabe señalar, que la jurisprudencia estableció que la violación al derecho al medio ambiente sano debe ser pronunciada «en la medida prevista por la ley» y «los reglamentos», es decir, que se debe probar que el contaminante arrojado está prohibido por reglamento o sobrepasa los límites previstos por el mismo. Por consiguiente, se señala que el derecho a un ambiente sano es un derecho relativo y no absoluto.

El gobierno de la provincia de Québec organizó, en 1999, una consulta pública muy importante sobre la gobernanza de los recursos hídricos en la provincia (Bureau d'Audiences Publiques sur l'Environnement 2000). A partir de aquella, el gobierno de Québec adoptó, en 2002, una Política Nacional del Agua (Gobierno de la provincia de Québec 2002) que dio paso a la adopción, en 2009, de la Ley que Afirma el Carácter Colectivo de los Recursos en Agua y Pretende Reforzar su Protección (Assemblée Nationale du Québec 2009). En virtud de esta ley (artículo 1) se confirma la naturaleza jurídica del agua como un bien común, fuera del ámbito comercial, y se dice que el agua forma parte del patrimonio común de la nación quebequense. Esta nueva noción implica la responsabilidad del Estado de conservar y proteger los recursos hídricos de la provincia en beneficio de las generaciones futuras.

Esta nueva ley, además de institucionalizar el modelo de gestión integrada de los recursos hídricos, crea una nueva acción judicial para obtener la reparación

de los daños causados al agua (artículo 8), la cual puede ser presentada únicamente por el procurador general en nombre del Estado. Esta acción tiene como objetivo ordenar la descontaminación del agua y la reparación de los perjuicios causados ya sea por medio de medidas compensatorias o por el pago de una indemnización.

En un contexto de cambio climático, la nueva ley de aguas recuerda la importancia de la aplicación del principio de precaución en cuestión de gobernanza del medio ambiente. Aunado a esto, la ley reconoce expresamente el derecho fundamental de los individuos a tener acceso al agua potable y asegura la protección de este patrimonio común.

Sin embargo, aunque Canadá y, más particularmente, la provincia de Québec, haya realizado numerosos esfuerzos para limpiar y proteger la calidad del agua, todavía queda mucho por hacer, tanto en materia de legislación como de control, más aún cuando se tienen en cuenta los impactos de los cambios climáticos sobre los cuerpos de agua, y los nuevos contaminantes cada vez más difíciles de neutralizar.

4. Conclusiones

Sin haber pretendido agotar el tema concerniente al marco jurídico existente en Canadá y en la provincia de Québec, con respecto a la protección de la calidad de los recursos hídricos, se puede denotar que aunque el régimen de aguas no sea perfecto, los esfuerzos realizados en los últimos años han tendido a mejorar la calidad de las aguas en el país. Las provincias canadienses que hacen parte de la región de los Grandes Lagos de Norteamérica, como lo es Québec y Ontario, han demostrado un liderazgo importante en lo que hace referencia a la adopción de mecanismos y conceptos jurídicos y políticos novedosos que contribuyen a la preservación del agua.

La provincia de Québec, al proclamar el Estado como guardián y fiduciario del agua en beneficio de las generaciones futuras, excluyendo así el término de propiedad de las mismas, demuestra que está aún más que nunca consciente de la importancia de administrar el agua desde un punto de vista integrado y ecosistémico, para así lograr conservar y proteger los recursos hídricos que están bajo su responsabilidad.

Esto no se trata de un movimiento aislado, sino que se integra en una nueva mentalidad regional de protección de las aguas, puesto que esta provincia canadiense junto con la provincia de Ontario y los estados federados ribereños de los Grandes Lagos firmaron en el 2005, un acuerdo interestatal en virtud del cual se comprometen a proteger esta gran reserva de agua en beneficio de las generaciones

futuras. Este nuevo acuerdo regional, tiende hacia la armonización del derecho de aguas de la región de los Grandes Lagos, adoptando un modelo de gestión que parece revolucionar las tendencias tradicionales del derecho.

Solo queda en lo sucesivo observar la evolución de la aplicación de estos nuevos marcos jurídicos y de analizar si hay o no mejoramiento, no solo de la calidad del agua en Canadá, sino de la gobernanza como tal de los recursos hídricos de la región.

5. Bibliografía

BLAIS, Sylvie

2002 «La problématique des cyanobactéries (algues bleu-vert) à la baie Missisquoi en 2001» *Agrosol*. Québec, 13, 2, pp. 103-110. Consulta. 10 noviembre 2008. <http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/eco_aqua/cyanobacteries/articlesb.pdf>.

BUREAU D'AUDIENCES PUBLIQUES SUR L'ENVIRONNEMENT

2000 *Leau, ressource à protéger, à partager et à mettre en valeur*. Québec. Consulta: 19 de marzo de 2014. <<http://www.bape.gouv.qc.ca/sections/archives/eau/rapport.htm>>.

EAU SECOURS!

2006 *La pollution et contamination de l'eau*. Québec. Consulta: 5 de julio de 2014. <http://www.eausecours.org/public/Eau_Dossiers_thematiques/Pollution/1aouverture.htm>

MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS (MDDEP)

1999 *La gestion de l'eau au Québec*, document de consultation publique. Québec. Consulta: 19 de julio de 2014. <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/consultation/themes2.htm#qualite>>

2008 *Le plomb dans l'eau potable*. Québec. Consulta: 29 de julio de 2014. <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/potable/plomb/index.htm#problematique>>.

2010 *Fleurs d'eau de cyanobactéries*. Québec. Consulta: 6 de agosto de 2014. <http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/eco_aqua/cyanobacteries/index.htm>

ROUSSEAU, Normand, Patrick LEVALLOIS, Nadine ROY, Julie DUCROCQ, Suzanne GINGRAS, Pierre GÉLINAS y Hélène TREMBLAY

2004 *Étude sur la qualité de l'eau potable dans sept bassins versants en surplus de fumier et impacts potentiels sur la santé*. Québec: Bibliothèque Nationale du Québec.

SHLOZBERG, Reuven, Rob DORLING, Peter SPIRO, CANADIAN ELECTRONIC LIBRARY (FIRM); MOWAT CENTRE FOR POLICY INNOVATION Y COUNCIL OF THE GREAT LAKES REGION
2014 *Low Water Blues. An Economic Impact Assessment of Future Low Water Levels in the Great Lakes and St. Lawrence River*. Toronto. Consulta: 20 de julio de 2014. <http://www.mowatcentre.ca/wp-content/uploads/publications/89_low_water_blues.pdf>

VEGA, Yenny y Nayive VEGA
2010 «L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien». *Les Cahiers de droit*. Québec, volumen 51, número 3-4, pp. 771-800. Consulta: 20 de julio de 2014. <<http://www.erudit.org/revue/cd/2010/v51/n3-4/045733ar.html?vue=plan>>

Legislación, tratados y políticas públicas

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC
2009 Loi Affirmant le Caractère Collectif des Ressources en Eau et Visant à Renforcer leur Protection. 11 de junio.

1978-2011 Loi sur la Qualité de l'Environnement. Esta ley ha sido varias veces reformada hasta la fecha.

ENVIRONNEMENT CANADA
1987 La Politique Fédérale Relative aux Eaux, 1987. 7 de diciembre. Consulta: 2 de junio de 2014 <<http://www.ec.gc.ca/eau-water/default.asp?lang=Fr&n=E05A7F81-1#federal>>

GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE QUÉBEC
2002 La politique nationale de l'eau. 26 de noviembre.

GOBIERNO DE CANADÁ Y GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ONTARIO
2011 Prolongation de l'Accord Canada-Ontario Concernant l'Ecosystème du Bassin des Grands Lacs 2007-2010. 24 de marzo. Consulta: 22 de julio de 2014. <<http://www.ec.gc.ca/grandslacs-greatlakes/default.asp?lang=Fr&n=B903EE0D-1>>

GOBIERNO DE CANADÁ Y GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE QUÉBEC
2011 Entente Canada-Québec sur le Saint-Laurent 2011-2026. 24 de noviembre. Consulta: 6 de agosto de 2014. <http://planstlaurent.qc.ca/fileadmin/site_documents/documents/Documents_Entente/Entente_final_fr.pdf>

GOBIERNO DE CANADÁ Y GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
1909 Tratado de aguas limítrofes. 11 de enero.

2012 Accord Relatif à la Qualité de l'Eau dans les Grands Lacs entre le Canada et les États-Unis. 7 de septiembre. Consulta: 3 de julio de 2014. <<http://ec.gc.ca/grandslacs-greatlakes/default.asp?lang=Fr&n=A1C62826-1&offset=10&toc=show>>

PARLAMENTO DE CANADÁ

1985a Loi sur les Ressources en Eau du Canada. 20 de mayo.

1985b Loi sur les Pêches, 4 de abril.

2001 Loi de 2001 sur la Marine Marchande. 14 de noviembre.

REINO UNIDO

1867 Loi Constitutionnelle de Canada de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

SECCIÓN IV

INSTITUCIONALIDAD Y SUPERVISIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

**LA INSTITUCIONALIDAD Y SUPERVISIÓN
EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN ARGENTINA,
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVINCIA DE MENDOZA**

MÓNICA MARCELA ANDINO
Autoridad del Agua | Argentina

La República Argentina se encuentra vertebrada, territorial y políticamente, en Estados provinciales autónomos y autárquicos que dictan sus normas, deciden sus instituciones y eligen sus autoridades. Como consecuencia de ello, y del dominio local de los recursos naturales, no existe una administración central o única del agua con competencia en el ámbito nacional. Cada estado provincial organiza su sistema de administración del agua de manera específica, delegando la gestión a algún órgano del Gobierno o nombrando autoridades con competencias exclusivas en la materia, las que estarán sujetas a un riguroso régimen de fiscalización tanto interno como externo.

1. Introducción

Abordar los aspectos sustantivos del régimen del agua en la Argentina, en general, y en Mendoza, en particular, lo que supone acercarnos a su aspecto institucional, requiere ineludiblemente considerar el reparto de competencias y las diversas jurisdicciones que derivan de la forma de Estado federal adoptada por la República Argentina.

La base del reparto de competencias en materia ambiental y de aguas la conforman los artículos 124; 41; 75 incisos 10 y 13; y 126 de la Constitución Nacional, reformada en el año 1994, en adelante CN.

A partir de estas normas surge de manera expresa que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, consecuencia de lo cual, pertenece a las mismas la facultad de administrar,

establecer políticas y reglar el uso y aprovechamiento de los mismos, sin alterar los principios consagrados en los Códigos de fondo (Civil, Comercial, Penal y de Minería), ni los derechos y garantías amparados por la CN, quedando fuera de su competencia las materias delegadas a la Nación, todo lo relativo a ríos interprovinciales navegables, y el dictado de leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental.¹

Todo ello en virtud de que la CN parte del presupuesto histórico de considerar a las provincias como entidades políticas anteriores al Estado nacional, por lo que gozará únicamente de aquellos poderes que le sean delegados expresamente por estas.²

En tanto que en materia del dominio de los recursos naturales, desde la reforma constitucional de 1994 se despeja toda discusión acerca de que el dominio originario de los recursos naturales, en general, y del agua, en particular, pertenece a las provincias.³

a. *Las jurisdicciones y competencias sobre el agua*

Siendo el dominio, tal y como lo describe el artículo 2506.º del Código Civil argentino, el derecho real más pleno, conforme el cual una cosa se encuentra sometida a la acción y voluntad de una persona, serán las provincias argentinas, entonces, las que ejerzan esa relación de señorío sobre los recursos naturales que existan en sus respectivos territorios. En particular, en relación a los recursos hídricos, sobre la base de la noción del *uti possidetis iuris*, el dominio de los mismos corresponde de manera originaria a las provincias (Pinto 2011: 51).

En razón de ello y conforme al principio de que el dominio conlleva la jurisdicción, salvo que exista una exclusión constitucional expresa, la jurisdicción para reglar el uso y aprovechamiento de las aguas no marítimas, es decir su administración y disposición, así como también la reglamentación de los usos conforme sus propias políticas e instituciones, corresponde a las provincias.

Como consecuencia de ello, el uso especial del agua —bien del dominio público provincial— será regulado, autorizado y gravado a través de los modos y en la

1 La Constitución Nacional Argentina ha delegado expresamente en el Gobierno Federal la jurisdicción para reglar todo lo relativo a la navegación y el comercio internacional e interprovincial; el conocimiento de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima y dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental (artículos 26.º, 75.º incisos 10, 13, 41.º y 116.º).

2 Así entonces los poderes y propiedades que detentan las provincias son todos aquellos en que sucedieron a la Corona española en 1810, año de conformación del primer Gobierno patrio, y que no delegaron de manera expresa al Estado nacional en la Constitución de 1853-1994.

3 Un análisis detallado del tema puede encontrarse en Martin (2010).

forma que la autoridad provincial disponga, conforme sus normas locales, no existiendo una ley con alcance nacional que regule el uso del recurso hídrico.⁴

La mayoría de las leyes de aguas provinciales sancionadas en el período decimonónico, entre ellas la de Mendoza de 1884, adolecen de falta de técnica legislativa, conteniendo disposiciones que si bien fueron útiles al desarrollo productivo local en el siglo pasado, hoy resultan arcaicas, por la escasa o nula consideración de aspectos referidos a la protección de la calidad frente a los conflictos que genera la contaminación provocada por los usos, tanto industriales como agrícolas, el uso y administración de las aguas subterráneas, la regulación de modernas técnicas de riego, los sistemas de reutilización, entre otros, que en la actualidad resultan claves para una gestión eficiente del recurso (Escorihuela 2002: 40).

Con una técnica legislativa más adecuada y modernizada, se sancionan a partir de 1970, códigos de aguas, ya no leyes aisladas, como los de las provincias de Córdoba y Santiago del Estero, La Pampa, La Rioja, San Juan, San Luis, y el de la Provincia de Buenos Aires, de 1999, el cual considera al agua como un recurso natural integrante del ambiente.

Estas normas contemporáneas contienen conceptos evolucionados, tales como la política y planificación hídrica, emergencias hídricas, áreas de riesgo hídrico, impacto ambiental, concesiones empresarias de obras y servicios relacionados con el agua, registro y catastro de aguas, prioridades de uso más flexibles, comités de cuencas, aguas interprovinciales, protección de fuentes de agua superficial y acuíferos, cuencas hidrográficas como unidades de planificación y administración, etcétera.

b. El aspecto institucional

Como consecuencia de la autonomía provincial y del dominio local de los recursos naturales derivados del sistema federal del Gobierno argentino, no existe una administración central o única del agua con competencia en el ámbito nacional. Cada estado provincial, en su mayoría, ha organizado el sistema de administración de los recursos naturales existentes en su territorio, entre ellos el hídrico, ya sea de manera específica, nombrando autoridades con competencias exclusivas en la materia, o delegando las mismas a algún órgano del Gobierno.

Fuera del caso particular de la administración hídrica mendocina, que veremos a continuación, la organización institucional del agua en el resto del país se encuentra dispersa en una serie de órganos desconcentrados de los gobiernos

4 Sin perjuicio de ello existen numerosos proyectos de leyes que pretenden regular con alcance nacional el recurso hídrico, tales como el proyecto sobre Gestión Integral de Aguas, o la Ley Federal de Aguas, o el de Ley Marco de Política Hídrica que adopta como Lineamientos de Política de la Nación los Principios Rectores de Política Hídrica para la República Argentina y otras cuestiones conexas, a los que más adelante haremos referencia.

provinciales sin autarquía financiera, bajo el dominio de direcciones, departamentos o secretarías.

En el ámbito nacional, la Subsecretaría de Recursos Hídricos (SsRH), dependiente de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, constituye la Autoridad Hídrica Nacional que tiene a su cargo la promoción de un armónico desarrollo, aprovechamiento, control y protección de los recursos hídricos, que busca el consenso con todas las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁵

En el ámbito provincial puede advertirse que la institucionalidad del agua está estrechamente vinculada a aspectos geográficos y climáticos. Así, en general, en las regiones áridas se han conformado organismos con mayor o menor descentralización operativa y financiera dedicados específicamente a la gestión del agua, en especial, atendiendo a las necesidades del riego, mientras que en las zonas húmedas, la gestión es encarada desde áreas relacionadas con los recursos naturales o con la producción agraria.

Se complementa el aspecto institucional del agua en la Argentina con una serie de organismos de cuencas interjurisdiccionales que han surgido por tratados interprovinciales y que tienen las competencias que en los mismos se les ha encomendado.⁶

-
- 5 En el orden nacional y con dependencia de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación encontramos una serie de institutos que cumplen tareas de investigación, asesoramientos técnicos y formación de recursos humanos, tales como el Instituto Nacional del Agua (INA); el Instituto Nacional de Economía, Legislación y Administración del Agua y el Ambiente, el Órgano Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP), el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA), la Agencia de Planificación (APLA), entre otros.
- 6 Hasta el momento, los organismos de cuenca en funcionamiento son: el COIRCO (provincias de Buenos Aires, La Pampa, Mendoza, Neuquén y Río Negro); la AIC (Buenos Aires, Neuquén y Río Negro); la COREBE (Chaco, Formosa, Jujuy, Salta, Santa Fe y Santiago del Estero); la Comisión Técnica Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Pasaje-Juramento-Salado (Catamarca, Salta, Santiago del Estero, Santa Fe y Tucumán); la Comisión Técnica Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Salí-Dulce (Catamarca, Córdoba, Salta, Santiago del Estero y Tucumán); la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe); la Autoridad de Cuenca del Río Azul (ACRA), comité integrado por representantes de las provincias de Chubut y Río Negro, de los municipios de El Bolsón y Lago Puelo y de la Nación; la ACUMAR, Cuenca Matanza-Riachuelo (Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires); el Comité de Cuenca Río Senguer, creado mediante tratado interjurisdiccional celebrado entre las provincias de Chubut y Santa Cruz, en cuyo seno se logró el acuerdo para la construcción de la presa Los Monos; el Comité de la Región Hídrica Bajos Submeridionales, de reciente creación, integrado por las Provincias de Chaco y Santa Fe; el Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana (CIRHNOP), constituido por Buenos Aires, Córdoba, La Pampa, San Luis y Santa Fe para evaluar y desarrollar en forma conjunta acciones de mitigación de los efectos de las inundaciones (Plan de Control de Inundaciones); el Grupo técnico del río Desaguadero, integrado por representantes de ocho provincias y la Nación, derivado del

Por último, y en razón de que la República Argentina comparte recursos hídricos con sus países limítrofes, (Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile), integra cuencas hidrográficas internacionales, respecto de las que se han estructurado organismos de gestión de diversa índole: el Comité Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay); la Comisión Binacional Administradora de la Cuenca Inferior del Río Pilcomayo (Argentina y Paraguay), la Comisión Binacional para el Desarrollo de la Alta Cuenca del Río Bermejo y el Río Grande de Tarija (Argentina y Bolivia), y la Comisión Trinacional para el Desarrollo de la Cuenca del Río Pilcomayo (Argentina, Bolivia y Paraguay).⁷

2. La institucionalidad hídrica en Mendoza y el control de su gestión

a. *Las autoridades del agua*

El Departamento General de Irrigación, en adelante el DGI, constituye por mandato constitucional, artículo 188 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en adelante (CPM) el único Administrador del agua en la Provincia de Mendoza,⁸ entendiendo con exclusividad en todos los asuntos referidos a la temática hídrica que no sean de competencia de la justicia ordinaria. Siendo un órgano extrapoder, sus máximas autoridades, creadas por la Constitución Provincial, son un Superintendencia y un Consejo, nombradas por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (artículo 189 CPM), lo que garantiza la existencia de consenso político en su designación.⁹ Por disposición de la Ley 322 se crea un tercer órgano con compe-

COIRCO; y el Comité Interjurisdiccional de Cuenca del río Chubut integrado por las provincias de Chubut, Río Negro y la Nación.

7 Otros organismos tienen encomendadas tareas de administración de tramos internacionales de algunos de los ríos de la Cuenca del Plata, [Comisión Administradora del Río de la Plata (Argentina y Uruguay), la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo (Argentina y Uruguay), la Comisión Administradora del Río Uruguay (Argentina y Uruguay), y la Comisión Mixta Argentino-Paraguaya del Río Paraná (Argentina y Paraguay)]. Mientras que otras entidades tienen a su cargo funciones específicas como el diseño, construcción y operación de grandes aprovechamientos hidráulicos como la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (Argentina y Uruguay) y la Entidad Binacional Yacyretá (Argentina y Paraguay), o la navegación Comité Intergubernamental de la Hidrovía Paraguay-Paraná (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay), o tareas de inventario y planificación de las cuencas compartidas entre Argentina y Chile, como el Grupo de Trabajo Argentino-Chileno.

8 La Provincia de Mendoza se ubica en la zona árida del centro-oeste del país.

9 La remoción de dichos funcionarios se encuentra prevista mediante el mecanismo del Jury de enjuiciamiento.

tencias reglamentarias, conformado por los cinco consejeros y el superintendente denominado Honorable Tribunal Administrativo.¹⁰

Caracterizan al órgano gestor del agua en Mendoza su *autarquía financiera*, es decir que administra sus propios recursos, sin depender económicamente de partidas presupuestarias que otorgue la H. Legislatura provincial, para lo cual anualmente el DGI dicta su presupuesto de gastos y cálculo de recursos (artículo 196 CPM);¹¹ su *independencia técnica y política* por cuanto sus decisiones no son revisables por otro órgano de la administración central ya que los fallos que dicte el Honorable Consejo de Apelación, como las resoluciones que pronuncia el superintendente en última instancia, solo son revisables por el órgano jurisdiccional local, es decir, la Suprema Corte de la Provincia (artículo 19 de la Ley 322), mediante acción procesal administrativa. Dicha independencia se perfecciona con el ejercicio del *ius edicendi*, es decir, de la facultad que ostenta el DGI de dictar normas de funcionamiento interno y externas de carácter obligatorio para toda la población, como máximo exponente del «poder de policía» de las aguas, cauces, riberas y zona de servidumbre, que dicho órgano ejerce.

Otra nota característica es la «exclusividad» en materia de aguas. La Constitución Provincial le otorga competencia al DGI en todos los asuntos que se refieran a la «irrigación» que no sean de competencia de la justicia ordinaria (artículo 188 CPM). Cabe aclarar que el término «irrigación», que alude al principal destino del recurso hídrico, a principios del siglo XX, hoy se entiende en sentido amplio, comprensivo de todos los posibles usos que puede darse al agua.¹²

La gestión del agua de los cursos de agua y canales matrices que tiene a su cargo el DGI, se complementa con la que realizan, en la red secundaria de riego, las inspecciones de cauce. Ambas instituciones constituyen un sistema de descentralización de doble grado (Cano 1967: 46), donde el DGI resulta un órgano extrapoder en relación con el Poder Ejecutivo provincial y, además, se ha separado la gestión operativa o distribución del agua en los cauces menores desde dicho ente público hacia los consorcios de usuarios.

Estos consorcios revisten la naturaleza jurídica de entes públicos no estatales conformados *ministerio legis* (Andino, Mónica: 2001). Sin perjuicio de ello, las inspecciones de cauce deben su existencia al reconocimiento que formula la Constitución

10 Publicada en el B. O. de la Provincia de Mendoza en fecha 5 de enero de 1905.

11 Esta disposición se complementa con lo dispuesto por Ley 1032 al señalar textualmente que: «Los presupuestos del DGI... serán enviados (a la Legislatura) al solo efecto de tenerlos presentes en el estudio de la situación general».

12 Ello en consonancia con lo establecido por el artículo 1 de la Ley de Aguas de Mendoza de 1884, que compete a las autoridades de aplicación todo lo referente a «La administración del agua, su distribución, canales, desagües, servidumbre, etc., las concesiones de agua para irrigación y su empleo para otros usos....».

provincial al derecho de los usuarios de *participar en la administración de las rentas del canal* (artículo 187 CPM), como consecuencia de ello, las inspecciones de cauce resultan entes autárquicos con competencia en la administración, uso, control, conservación, mantenimiento y preservación de los canales secundarios, hijuelas y desagües de riego de la Provincia, así como de las aguas que son conducidas por los mismos. Su actual régimen positivo específico lo constituye la Ley 6405.¹³

Dichas inspecciones de cauce presentan como pilares fundamentales de su institucionalidad: *Autarcía y autoadministración*, ya que aprueban y ejecutan sus propios presupuestos. El inspector de cauce, siguiendo la autorización presupuestaria dada por la Asamblea de Usuarios, administra las rentas de la inspección. *Democracia directa y representativa*: conforme al artículo 187 CPM, los usuarios tienen la atribución de elegir a las autoridades de sus canales.¹⁴

b. Control interno y externo de la gestión

La gestión que realizan las autoridades del agua en Mendoza, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, estará sometida a dos tipos de controles, uno interno y otro externo. El control interno es el que se realiza dentro el propio ente a través de sus propios órganos, y el externo es el que se lleva a cabo por otro de igual o superior jerarquía. Comencemos por el primero de ellos.

I. CONTROL INTERNO

El control interno es el que se efectúa dentro del DGI y entre los órganos que lo conforman. La Ley 322, que fija el procedimiento administrativo que se aplica a los trámites iniciados ante el DGI, estipula que el superintendente rinde cuentas anualmente ante el H. Tribunal Administrativo a través de la presentación de un Balance General; y por su parte, el H. Consejo controla el accionar de la Superintendencia cuando resuelve los recursos de apelación que los usuarios interpongan contra los actos emitidos por el superintendente en ejercicio de sus competencias originarias.

El H. Tribunal Administrativo por su parte, al ser integrado por el superintendente y los consejeros, en su actuar conjunto efectúan un permanente control recíproco de las funciones que se desarrollan en sus respectivos ámbitos de actuación.¹⁵

Por otra parte, la Superintendencia, con el fin de ejecutar las funciones que le han sido encomendadas por la Constitución provincial y las Leyes de Aguas,

13 Publicada en el B. o. de la Provincia de Mendoza, en fecha 2 de julio de 1996.

14 Por Ley 5302, cada cuatro años los usuarios eligen por votación secreta y obligatoria a quién se ha de desempeñar como administrador y representante legal del consorcio a través del cargo de inspector de cauce.

15 Estos controles internos hacen efectivo el principio republicano de «contralor» entre los distintos órganos.

desconcentra parte de las mismas en funcionarios de menor jerarquía, denominados subdelegados.¹⁶ Estos funcionarios, en el marco de las facultades que le han sido delegadas, emiten actos administrativos (otorgan permisos de uso de áridos, imponen multas, etcétera) que pueden ser apelados ante el superintendente.¹⁷

Este tipo de control intraórgano implica un procedimiento que evalúa tanto la legitimidad como la oportunidad, pudiendo actuarse de oficio y prevaleciendo la verdad material (Diez 1971: 323).

Por otra parte, cabe idéntico procedimiento recursivo respecto de las decisiones adoptadas por los inspectores de cauce, en los casos en donde no exista subdelegación, las que serán resueltas por el superintendente. Es decir, que la Superintendencia y los subdelegados de aguas resuelven las apelaciones —con conocimiento amplio sobre la legitimidad u oportunidad del acto atacado— planteadas contra los actos administrativos emitidos por los inspectores de cauce, en ejercicio de sus competencias de distribución y la preservación de las aguas (artículo 221 h de la Ley de Aguas y artículo 9 inciso f Ley 6405), quedando excluidas las cuestiones propias del manejo autárquico de cada inspección de cauce, los que solo están sujetos al control de legalidad que autoriza el artículo 187 de la CPM al que nos referiremos más adelante.

Este sistema de control interno es denominado de «doble instancia» ya que habilita la revisión de una decisión por otro órgano, de mayor jerarquía, distinto al que resolvió originariamente, lo que garantiza el derecho constitucional del debido proceso y la defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional).

En el caso particular de los Consorcios de Usuarios denominados inspecciones de cauce, y las Asociaciones de Inspecciones que estas conformen en los términos de la Ley 6405, el control interno de su actuación se lleva a cabo a través de órganos de su propia estructura, los delegados, la Asamblea, la Comisión de Vigilancia y la Sindicatura.

Conforme a la Ley 6405 (artículo 8), los delegados cumplen una función de asistencia hacia el inspector, la que a su vez resultan un control al actuar del mismo. Las principales funciones del cuerpo de delegados consisten en prestar la necesaria conformidad a la decisión del inspector de contratar y remover el personal de la inspección y fijar sus remuneraciones, y avalar el Proyecto de Presupuesto Anual

16 La administración hídrica de la Provincia de Mendoza se encuentra dividida actualmente en cinco unidades hidrográficas: Río Mendoza, Río Tunuyán Superior e Inferior, Río Atuel y Río Diamante. Completa la estructura organizativa la Jefatura de Zona de los Ríos Malargüe, Barrancas, Grandes y Colorado. Este esquema, hace efectiva la gestión por cuenca (artículo 193 CP) con independencia técnica de cada subdelegación sin perjuicio de su dependencia a la potestad jerárquica —y coordinadora— de la Superintendencia.

17 Sus funciones se encuentran detalladas en la Ley de Aguas (Título XIII), y desarrolladas reglamentariamente en la Resolución n.º. 2325/77 HTA.

y la rendición de cuentas que debe elevar el inspector a la Asamblea de Usuarios, lo que supone un control previo de estos actos.

Una vez aprobado el presupuesto por la Asamblea, el inspector es responsable en los términos de los artículos 221 j de la Ley de Aguas y 40 y ss. de la Ley 1003 por las ejecuciones irregulares que realice y, consiguientemente, debe rendir cuenta a la Asamblea en función de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 6405.¹⁸

Por otra parte, la labor del inspector de cauce es fiscalizada por una Comisión de Vigilancia, designada anualmente por la Asamblea de usuarios. El control de la ejecución presupuestaria de cada ejercicio anual que esta Comisión lleva a cabo, mientras se está ejecutando el presupuesto, permite la detección temprana de faltas que pueda cometer el inspector, las que se informan oportunamente a la Asamblea.¹⁹

Por último, cabe mencionar que la Ley 6405 prevé, para el mejor cumplimiento de sus fines o para la defensa de los derechos y fomento de los intereses de las comunidades de usuarios agrupadas, la posibilidad de que las inspecciones de cauce se agrupen en Asociaciones de Inspecciones de Cauce.

Dichas Asociaciones, que resultan personas jurídicas autárquicas de las inspecciones que las conforman, gozan de plena capacidad jurídica para actuar en el ámbito del derecho público y privado, con facultad de elaborar sus propios estatutos de organización y funcionamiento, designar sus autoridades y administrar sus rentas.²⁰

Conforme con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 6405, la Sindicatura, integrada por usuarios de las inspecciones que conforman la Asociación, en un número de hasta tres miembros, cuyas funciones serán *ad honorem*, tendrá a su cargo la fiscalización interna de la legitimidad y mérito de las gestiones que lleve a cabo el principal órgano de una Asociación, el Directorio.

18 Con posterioridad tales constancias contables deben ser remitidas a una aprobación del DGI que, a través de su H. Tribunal Administrativo analiza la legalidad del obrar del Inspector.

19 La Resolución 744/98 HTA ha regulado con mayor detalle el funcionamiento de este órgano de control fijando entre sus facultades las de: a) Acceder a los libros y documentación que lleve la Inspección de Cauce; b) Analizar la rendición de cuentas del ejercicio para el cual han sido elegidos y elaborar un informe antes del 30 de abril del año siguiente; c) Informar a los asambleístas sobre la rendición de cuentas, cuyo texto deberá ser incorporado al Acta de la Asamblea; d) Convocar a Asamblea Ordinaria cuando omitiere hacerlo la Inspección, previa intimación fehaciente a la misma por el término de quince (15) días; e) Convocar a Asamblea Extraordinaria cuando aquella fuera solicitada infructuosamente a la Inspección de conformidad con los términos del artículo 6 de la Ley; f) Denunciar ante la Dirección de Fiscalización las irregularidades detectadas; g) Controlar el cumplimiento de la ejecución presupuestaria por parte de las autoridades de la Inspección, en todas y cada una de sus partidas; y g) Velar por el cumplimiento de las funciones y atribuciones del Inspector y Delegados.

20 Todo ello bajo la supervisión del Departamento General de Irrigación de conformidad con el artículo 187 de la Constitución Provincial, quien emite el acto aprobatorio de naturaleza homologatoria de tal proceso.

II. CONTROL EXTERNO

Una vez agotada la instancia administrativa ante las autoridades del agua, se abre una instancia de control externo a cargo del órgano jurisdiccional al que la Constitución mendocina le encarga la resolución, como juez natural de las cuestiones vinculadas al recurso hídrico, la Suprema Corte de Justicia local, a través de la Acción Procesal Administrativa.²¹

Según Diez, en la acción judicial que se habilita luego de la actuación administrativa, importa la actuación de un tercero independiente e imparcial, que solo examina la legitimidad del acto administrativo, no existiendo actuación de oficio, siendo la impulsión del proceso a cargo de las partes y prevaleciendo la verdad formal (Diez 1971: 323). Por otra parte, el ejercicio de la facultad constitucional que tiene el DGI de dictar su propio presupuesto de gastos y cálculo de recursos solo estará sujeto a un contralor *ex post* por parte del Tribunal de Cuentas de la Provincia.²²

Las inspecciones de cauce son, a su vez, externamente controladas en cuanto a la legalidad de su actuar, por las autoridades superiores del agua, es decir el DGI. El referido control *ex post*, en el marco de la autárquica de los consorcios de usuarios, debe limitarse a la legalidad del funcionamiento de la inspección.²³

Si bien el DGI es la autoridad superior del agua en la Provincia de Mendoza, y por ello tiene sobre las inspecciones de cauce facultades de contralor de legitimidad, ello no implica la existencia de una relación jerárquica propia de órganos internos, excluyéndose en consecuencia el control de la oportunidad y conveniencia de los actos de las inspecciones de cauce, así como los demás caracteres que se presentan en las relaciones jerárquicas.²⁴

Dentro de la estructura orgánica del DGI es el Honorable Tribunal Administrativo quien despliega los principales controles sobre las inspecciones de cauce y las Asociaciones, tanto en los aspectos económico-financieros, sobre las elecciones de las autoridades del cauce y el cumplimiento de los deberes de funcionarios públicos de las mismas, quedando a cargo del superintendente controlar los aspectos ejecutivos de la gestión del agua que realizan las inspecciones.

De manera concreta, el control de legalidad que efectúa el DGI, a través del H. Tribunal Administrativo se centra en todo lo referente a elección de autori-

21 Artículo 144 ss. y cc. CP.

22 El H. Tribunal de Cuentas, órgano extrapoder de origen constitucional (artículos 181 ss. y cc.) aprueba y desaprueba las rendiciones de cuentas del DGI, en concordancia con las previsiones de los artículos 11 y 20 de la Ley 1003.

23 El artículo 23 de la Ley 6405 desarrolla legislativamente el *control de las autoridades superiores de irrigación* que observa la Constitución de Mendoza en su artículo 187.

24 Pinto, Mauricio. 2002, p. 195.

dades;²⁵ aprobar y efectuar los controles de legitimidad de la ejecución presupuestaria y de las rendiciones de cuentas de las inspecciones y Asociaciones;²⁶ aprobar los estatutos de las Asociaciones de inspecciones; requerir la exhibición de libros y documentos que estime necesaria; solicitar informes y disponer investigaciones de oficio o a petición de parte; verificar el cumplimiento de los recaudos exigidos para designar autoridades; designar veedores de las Asambleas Generales de Usuarios; intervenir administrativamente la inspección o la Asociación, cuando existan causas graves que así lo justifiquen, ya sea de oficio o a petición de los usuarios.

El control de cuentas puede generar distintas responsabilidades en los controlados. En el caso que las cuentas arrojen un perjuicio a la hacienda pública que está bajo la administración de los inspectores de cauce, se dispondrá la devolución respectiva, lo que podrá ejecutarse por la vía de apremio.²⁷ sin perjuicio de sanciones administrativas de apercibimiento y multa.²⁸

Por su parte, le cabe a la Superintendencia del DGI vigilar el cumplimiento de las atribuciones, deberes y funciones asignadas a las inspecciones y Asociaciones, cuidando de no entorpecer la regularidad de sus respectivas administraciones por las autoridades legítimamente constituidas;²⁹ disponer inspecciones o verificaciones de carácter técnico que tengan por objeto asegurar el normal escurrimiento de las aguas y el adecuado funcionamiento hidráulico de las obras de conducción.

La potestad policial que reviste al superintendente, en relación con la administración genérica, lo faculta a emplazar a los inspectores de cauce a subsanar las falencias e incumplimientos detectados durante los controles (artículo 204 de la Ley de Aguas) e imponer sanciones en caso de incumplimiento.

Esta actividad fiscalizadora que ejerce el DGI, a través de la Superintendencia, deberá profundizarse en virtud de cierta jurisprudencia relativamente reciente que afirma la calidad de guardián genérico de los canales que tendría este órgano,

25 Dicho órgano ostenta además la facultad de intervención, destitución, suspensión, e inhabilitación de las autoridades de tales consorcios.

26 Los presupuestos que, con conformidad de los delegados sean elevados por el inspector de cauce a la Asamblea, y obtengan la conformidad de esta, son remitidos al H. Tribunal Administrativo para su control y eventual aprobación homologatoria que los dote de eficacia. Luego este órgano lleva a cabo un examen de las cuentas de percepción o inversión de los caudales públicos, aunque limitado a comprobar si ellas han sido practicadas con arreglo a la Constitución y a las leyes y reglamentos en vigencia (inciso b) que comentamos, en concordancia con el artículo 12 Ley 1003.

27 Artículos 221 j de la Ley de Aguas, 40, 43 y 44 Ley 1003 y 37 Ley 322.

28 Artículos 221 i de la Ley de Aguas, 22, 25 y 42 de la Ley 1003.

29 El artículo 221 i de la ley de Aguas prevé la posibilidad de que el superintendente imponga sanciones de multa a los inspectores de cauce, aspecto que ha sido reglamentado por la Resolución 25/99 HTA.

respecto del cual extiende la responsabilidad por daños producidos a terceros que tengan alguna vinculación a un cauce secundario.³⁰

Se entiende que esta jurisprudencia no está considerando adecuadamente la naturaleza de la actividad fiscalizadora, automatizando una responsabilidad en cabeza del controlante, cual si fuera directamente el controlado, cuando el rol y responsabilidades de ambos son distintos. Ya que si ese fuera el alcance del control, cuando la Superintendencia detecte falencias en la distribución del recurso, deberían proceder a una intervención directa del DGI sobre el manejo de tales cauces, desplazando a las inspecciones de cauce, en desmedro de la descentralización operativa en la gestión del agua exigida constitucionalmente en Mendoza.

3. Conclusiones

La institucionalidad del agua en Argentina no es uniforme conviviendo órganos con similares funciones pero con diverso grado de descentralización o desconcentración, lo que se refleja en el alcance de la autarquía y autonomía que poseen.

La legislación de aguas de Mendoza es la que mayor autarquía concede a los órganos gestores del agua, cuyo origen es la propia Constitución provincial. De ello resulta que estos entes estarán sujetos a rigurosos procesos para la designación de sus autoridades, las que requieren acuerdo de la legislatura provincial en el caso de las del DGI y elecciones directas y obligatorias para los usuarios para los inspectores de cauce.

Luego, durante la gestión diaria del recurso serán fiscalizados internamente por sus propios órganos en un control de tipo vertical y *ex post*, el control será externo en el que intervendrán órganos de igual o superior jerarquía.

Dichos controles se realizan de manera efectiva, sin violentar la autarquía de los consorcios de usuarios, ya que la forma en que cada inspección de cauce cumple sus funciones, gestionando adecuadamente las aguas, es una faceta técnica discrecional de cada cauce.

La descentralización de la gestión hídrica, así como la de otras materias que exigen especialidad técnica (como los servicios públicos en general) en organismos específicos, dotados de instrumentos políticos, económicos y jurídicos que aseguran un actuar técnico independiente, es una modalidad institucional moderna de alta eficiencia comprobada, por cuanto asegura un actuar imparcial de la Administración (Pinto y Andino 2003: 797).

30 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, *in re* «Departamento General de Irrigación en J: 144165/5856 Abrego, Cruceño Emilia c/Dep. Gral. de Irrigación por Daños y Perjuicios s/Inc. Cas», Sala Primera, sentencia de 31/07/2003, que condena al DGI por daños producidos por una obra de una Asociación de inspecciones, entre otros.

4. Bibliografía

ANDINO, Mónica

2001 «Las inspecciones de cauce y su reconocimiento procesal como personas jurídicas», *La Ley Gran Cuyo*. Mendoza.

DIEZ, Manuel María

1971 *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra, t. V.

CANO, Guillermo

1967 *Reseña crítica de la legislación y administración de aguas en Mendoza*. Mendoza: Ed. del autor.

MAGNANI, César

1991 «Administración de las Aguas en la Provincia de Mendoza. Descentralización y participación de los usuarios como rasgos determinantes de la gestión hídrica de regadío», trabajo de tesis, inédito, Mendoza.

MARTIN, Liber

2010 *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MATHUS ESCORIHUELA, Miguel

2002 *La administración hídrica*. Mendoza: Ed. UNC.

PINTO, Mauricio

2002 *Configuración jurídica de la participación comunitaria en la gestión hídrica*. Mendoza.

2011 *Los dominios originario e indígena. Su reconstrucción histórico-dogmática en el régimen argentino*. Mendoza: Editorial de la Universidad del Aconcagua.

PINTO, Mauricio y Mónica ANDINO

2003 «Entes reguladores con independencia funcional, política e institucional: una antigua solución del Derecho mendocino en las modernas instituciones de control», *La Ley Gran Cuyo*. Mendoza.

2005 *Ley de Aguas de 1884. Comentada y concordada*. Mendoza: Irrigación Edita.

RUIZ FREITES, Santiago

2008 «Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua en Argentina». En: Embid Irujo, Antonio (director) *et al.*, *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua*. Navarra: Ed. Thomson-Aranzadi.

HACIA UNA INSTITUCIONALIDAD DEL AGUA
MÁS PARTICIPATIVA E INTEGRADA:
EL COMPLEJO PROCESO DE ESTABLECER
LOS CONSEJOS DE RECURSOS HÍDRICOS DE CUENCA EN EL PERÚ

ADAM FRENCH
Universidad de California | Estados Unidos

Este artículo tiene dos objetivos principales: 1) ofrecer observaciones críticas del modelo de consejo de recursos hídricos de cuenca (CRHC) que está siendo desarrollado en el Perú actualmente y 2) presentar resultados de una investigación empírica del intento de establecer el grupo impulsor del CRHC en la cuenca del río Santa. El trabajo muestra que el modelo del CRHC es un componente importante del paradigma de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH) y presenta condiciones que promueven y obstaculizan el funcionamiento de este modelo, y la GIRH en general, en el contexto actual del Perú. Luego, el artículo examina la incorporación del modelo del CRHC en el régimen legal de la Ley de Recursos Hídricos n.º 29338, destacando aspectos importantes de su carácter y composición, proceso formal de creación y funciones básicas. Enseguida, el artículo resume la historia del intento sin éxito de formar el grupo impulsor del CRHC del río Santa entre el 2010 y 2011. El artículo termina con unas conclusiones y reflexiones generales sobre los desafíos y posibilidades de implementar los CRHC en el Perú.

1. Introducción

Aunque no fue celebrado —al menos públicamente— por la Autoridad Nacional del Agua (ANA) ni los usuarios locales, el 15 de mayo de 2014 ocurrió un hecho importante en el proceso de la instalación de un consejo de recursos hídricos de cuenca (CRHC) en el río Santa. No fue un avance formal del proceso, como por ejemplo la conformación del grupo impulsor o la aprobación de un plan de trabajo,

sino la caída del poder de César Álvarez, el expresidente regional de Áncash, quien en esa fecha se le acusó formalmente de asociación ilícita para delinquir y homicidio calificado y fue puesto bajo prisión preventiva (*La República* 2014).

La salida de Álvarez de la presidencia regional de ninguna manera garantiza un avance en la formación del CRHC del río Santa, pero se ha removido un obstáculo importante al proceso. Desde 2010, Álvarez se había opuesto públicamente al modelo del CRHC promovido por la ANA, que en el caso del río Santa exige una institución interregional en la que participan los gobiernos regionales de los departamentos de Áncash y La Libertad. Había manifestado su rechazo a la inclusión de La Libertad y especialmente de los actores del Proyecto Especial Chavimochic. Álvarez insistía que el agua del Río Santa era un recurso hídrico principalmente de los ancashinos y que el CRHC del río Santa debía ser un consejo regional dirigido por el gobierno regional de Áncash (GRA).

El artículo continúa con una introducción al modelo del CRHC dentro del paradigma de la GIRH en general y luego considera su implementación dentro del régimen legal actual en el Perú. Luego, con un enfoque en el estudio del caso del río Santa, el trabajo analiza la manera en que el GRA, junto con unos aliados, intentaba formar el grupo impulsor del CRHC. El análisis presenta la historia de una serie de encuentros de actores de la cuenca del Santa, entre octubre de 2010 y septiembre de 2011, destacando cómo estos foros, diseñados para llevar a cabo la elección de representantes al grupo impulsor, estuvieron dirigidos estratégicamente por el GRA, excluyendo a los actores de La Libertad. Al final de los cuatro encuentros no se concluyó la formación del grupo impulsor y, hasta la fecha, el CRHC de este río importante ha quedado sin ser implementado. Sin embargo, tal como lo muestra este artículo, las experiencias y resultados de los encuentros ofrecen lecciones importantes con respecto a los esfuerzos por cultivar una institucionalidad más integrada y participativa en la gestión del río Santa y en el Perú en general.

2. El consejo de cuenca en el paradigma de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos

Desde la década de los noventa ha ocurrido una transición marcada en varios países, desde una gestión sectorial del agua dirigida por burocracias estatales con el fin de involucrar actores de diversos sectores públicos, del sector privado y de la sociedad civil, a través del modelo de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH). Como parte de este proceso han proliferado diversas colaboraciones formales en el ámbito de las cuencas hidrográficas que incluyen consejos de cuenca, comités de gestión y grupos asesores (Leach y Pelkey 2001; Lubell *et al.* 2002). Aunque la gestión del agua en el ámbito de cuenca ha existido en diversos países

desde hace muchos años (Dourojeanni, Jouravlev y Chávez 2002; Fanlo Loras 2007), la proliferación de instituciones de cuenca, dentro de las últimas décadas, está estrechamente relacionada con la difusión del paradigma de la GIRH que la han promovido organizaciones multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y coaliciones de promoción como el *Global Water Partnership* (Lemos y De Oliveira 2004; Goldman 2007; Urteaga 2010). La GIRH tiene una atracción conceptual en su intento de vincular diversos actores sectoriales y de distintas escalas en una gestión participativa y democrática (GWP, s. f.), pero el modelo ha sido criticado tanto por su ambigüedad como por las dificultades de su implementación (Biswas 2004; Molle 2008).

En el Perú, la transición al modelo de la GIRH ha sido un proceso que viene desde hace más de una década (Perú 2004) y ha sido formalizado por la Ley de Recursos Hídricos (Ley n.º 29338), aprobada en 2009 (Perú 2009). Cabe destacar que en el contexto del Perú (especialmente en la vertiente del Pacífico) requiere una gobernanza del agua más integrada, en vista de que los diversos actores sectoriales con distintos usos y valores del recurso hídrico están en constante competencia bajo condiciones de una reducida oferta del agua en relación con el cambio climático y la contaminación y con una demanda cada vez mayor por una modernización y globalización económica (Oré *et al.* 2009; Bury *et al.* 2013; Guevara Gil y Verona 2014). Pese a la importancia de esta gestión multisectorial, su implementación enfrenta una variedad de desafíos que incluye una larga historia de divisiones geográficas y sociales en el accidentado territorio físico y cultural del país (por ejemplo entre costa-sierra-selva y ciudad-campo) y un sistema político muy centralizado (Cotler 1978; Gonzáles de Olarte 2004). Los esfuerzos para superar divisiones duraderas y descentralizar la institucionalidad del gobierno están en marcha, pero en muchos casos los procesos siguen siendo incipientes y parciales en algunas regiones, estancados por conflictos y corrupción (Del Castillo 2004; Gonzáles de Olarte 2004; Crabtree 2006; Eaton 2010). El *boom* económico de la última década ha tenido impactos contradictorios en la descentralización también, proveyendo importantes recursos económicos a los gobiernos locales y regionales, pero a la vez introduciendo actores externos poderosos y alimentando en algunos casos la corrupción (Bebbington y Bury 2009).

En el sector hídrico en el Perú como en muchas partes del mundo, la institucionalidad pública durante el siglo xx estuvo dominado por una política y burocracia tecnocrática que enfatizaba grandes proyectos de infraestructura y control estratégico del recurso hídrico (Worster 1985; Molle, Mollinga y Wester 2009; Oré y Rap 2009). En el Perú, este sistema ha sido impuesto —a menudo por un aparato estatal débil o ausente— a los diversos usos y costumbres de diferentes grupos sociales y culturales, creando un contexto de pluralismo normativo y un conflicto latente en torno al recurso hídrico (Guillet 1992; Oré 2005; Urteaga y Boelens 2006;

Guevara Gil 2009). En el contexto actual, aunque el paradigma dominante ha cambiado, la tendencia tecnocrática sigue influyendo la implementación de la GIRH —que es promovido «desde arriba»— y no solo enfrenta al pluralismo normativo sino a las crecientes presiones del cambio global en los recursos hídricos y las demandas de diversos sectores para una mayor participación en la gobernanza del agua (Guevara Gil 2008; Oré y Rap 2009).

En teoría, al menos, la incorporación de los consejos de cuenca en la institucionalidad del sector hídrico ofrece un espacio más inclusivo y participativo para fomentar colaboración alrededor del agua. La gestión del agua en el ámbito de cuenca hidrográfica también cuenta con un atractivo lógico: los límites de la cuenca son definidos por la naturaleza y el mismo flujo del agua conecta a los actores a través de su dependencia del recurso compartido. Sin embargo, una consideración crítica de los dinámicos «hidrosociales» (Swyngedouw 2009: 56-69)¹ al nivel de muchas cuencas muestra que los actores y poderes involucrados en la gobernanza de una cuenca se extiende mucho más allá de los límites físicos de la entidad hidrográfica mientras que la organización administrativa y política existente no corresponde a estos límites (Blomquist y Schlager 2005; Cohen y Davidson 2011). Obviamente, bajo estas condiciones, la gobernanza hídrica no es un esfuerzo técnico exclusivo sino es un proceso politizado que se enfrenta a las condiciones hídricas cambiantes tanto como a las relaciones sociales y económicas inciertas. Las investigaciones empíricas de esfuerzos para implementar el modelo del CRHC en contextos como Brasil y México enfatizan una gama de desafíos que incluye la ausencia de una institucionalidad existente al nivel de las cuencas para facilitar la transferencia de responsabilidades y poderes, la carencia de recursos financieros dedicados a la función sostenida del CRHC, las dificultades de construir identidades compartidas entre diversos usuarios e intereses al nivel de la cuenca, y la complejidad para que los diferentes actores de la cuenca puedan representar eficazmente a una institución (Dourojeanni *et al.* 2002; Lemos y De Oliveira 2004; Abers y Keck 2006; Abers 2007).

3. La incorporación del consejo de cuenca en el régimen legal de la Ley n.º 29338

a. Carácter general y composición de los consejos de cuenca

Pese a los varios desafíos de gobernar el agua al nivel de la cuenca hidrográfica, este espacio geográfico se ha convertido en la unidad fundamental de la gestión del agua

1 Swyngedouw sugiere que «las investigaciones hidrosociales perciben la circulación del agua como un proceso físico y social combinado, como un flujo socionatural hibridizado que fusiona la naturaleza y la sociedad en maneras inseparables».

bajo la Ley n.º 29338 (Perú 2009). En este sistema, el CRHC es la institución principal que incorpora actores de los diversos sectores públicos, la sociedad civil y el sector privado en la gestión del agua. En el artículo 24 de la Ley n.º 29338, los CRHC son definidos como:

[...] órganos de naturaleza permanente integrantes de la Autoridad Nacional, creados mediante decreto supremo, a iniciativa de los gobiernos regionales, con el objeto de participar en la planificación, coordinación y concertación del aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos en sus respectivos ámbitos.

El mismo artículo especifica que las instituciones pueden ser de carácter regional o interregional, dependiendo si existen uno o más gobiernos regionales dentro del ámbito de la cuenca. Más que estas características fundamentales y algunas referencias a las funciones del CRHC, la Ley n.º 29338 no incluye muchos detalles sobre el CRHC cuando se refiere al Reglamento para la determinación de su «designación, funciones, y atribuciones» (artículo 24). La composición formal de la institución es especificado en el artículo 26 del Reglamento e incluye:

- i) Un representante de la Autoridad Nacional del Agua.
- ii) Un representante de cada gobierno regional.
- iii) Un representante de los gobiernos locales por cada ámbito de gobierno regional.
- iv) Un representante de las organizaciones de usuarios de agua con fines agrarios por cada ámbito de gobierno regional.
- v) Un representante de las organizaciones de usuarios de agua con fines no agrarios por cada ámbito de gobierno regional.
- vi) Un representante de los colegios profesionales por cada ámbito de gobierno regional.
- vii) Un representante de las universidades por cada ámbito de gobierno regional.

Además, el artículo 26 menciona que en las cuencas transfronterizas, el CRHC incluye un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, y donde existen comunidades campesinas o nativas o proyectos especiales (P. E.) que operan la infraestructura hidráulica pública dentro del ámbito de la cuenca se incluirá un representante de las referidas comunidades o los P. E. Aunque este diseño promueve una visión multisectorial, queda algunas dudas sobre la capacidad de un grupo tan limitado de representar los intereses y valores de la diversidad de actores en las cuencas complejas y extensas que caracterizan muchas partes del país.²

2 Por ejemplo en la cuenca Santa, estaría unido bajo solo un representante más que 180 comunidades campesinas o bajo el representante de usuarios de agua con fines no agrarios dos de las

b. Creación de los consejos de recursos hídricos de cuenca

Los lineamientos generales para la creación de los CRHC, aprobado por Resolución Jefatural n.º 575-2010-ANA (ANA 2010), detallan una serie de pasos para el establecimiento de los CRHC. La conformación del grupo tiene tres etapas principales: 1) preparatoria y coordinación interinstitucional, 2) caracterización general de la cuenca e identificación de actores, y 3) conformación y acreditación de representantes. La primera etapa tiene como fin «despertar el interés del gobierno regional y de las principales instituciones relacionadas con la gestión de recursos hídricos de la cuenca» y asegurar que el gobierno regional lidere el proceso de conformar un grupo impulsor (Lineamientos, III.1). La ANA tiene un rol de asesor en este proceso, brindando información con respecto a la GIRH y las funciones de los CRHC, pero es importante destacar el rol clave del (los) gobierno(s) regional(es) en promover la designación de los integrantes del grupo impulsor que luego tiene la responsabilidad de elaborar un plan de trabajo que «establecerán y definirán los objetivos, resultados, actividades, responsabilidades, plazos, presupuesto y financiamiento para la creación e instalación del CRHC» (Lineamientos, III.1.d).

La segunda etapa del proceso enfoca en la caracterización de la cuenca y la identificación de actores con el objetivo de «lograr que el grupo impulsor ...disponga de información básica con respecto a las características biofísicas, ambientales y de los actores que intervienen en la gestión» de la cuenca (Lineamientos, III.2). Este proceso involucra la delimitación y caracterización del ámbito tanto como un mapeo de actores y las relaciones entre ellos y «debe ir acompañado por una campaña masiva de sensibilización y de información a través de diferentes medios, que permita a la población y las instituciones públicas y privadas participantes, reconocer los impactos que generan sus diversas actividades, para adoptar medidas que preserven y conserven la calidad de los recursos hídricos» (Lineamientos, III.2.c). Obviamente, en casos de cuencas grandes y complejas —como muchas de las 159 cuencas al nivel nacional del Perú— esto es un proceso extensivo que requiere significativos recursos humanos, institucionales y financieros. En vista de esta necesidad de recursos, el Banco Mundial y el BID han colaborado prestando más de US\$17,5 millones del apoyo al Proyecto de Modernización de la Gestión de Recursos Hídricos (PMGRH) para la creación de las CRHC, en al menos seis cuencas piloto (ANA 2008; IDB 2010).

La tercera etapa principal es la conformación y acreditación de representantes del CRHC de «manera ordenada y democrática» (III.3) en conformidad con los artículos 26 y 28 del Reglamento de la Ley n.º 29338 y el anexo 3 de los Lineamientos

empresas mineras y hidroenergéticas más grandes del mundo (Duke Energy y Barrick Gold), cientos de piscigranjeros de pequeña y media escala, y los varios proveedores de agua potable en todo la cuenca.

Generales para la Creación de CRHC. Como observamos en la sección anterior, la composición del CRHC consiste de solo un representante de grupos como usuarios de agua con fines agrarios y usuarios de agua con fines no agrarios que unen diversos actores de varios sectores y escalas de producción. Por eso, la coordinación de diálogo entre estos actores antes de la selección de representantes es importante y podría generar significativos costos que no son considerados explícitamente en los Lineamientos Generales para la Creación de los CRHC, ni en otros componentes del régimen legal de la Ley n.º 29338.

c. Funciones de los consejos de cuenca en la gestión del agua

Dentro del régimen legal de la Ley n.º 29338, los CRHC tienen una gama de funciones y responsabilidades. Estas funciones son detalladas en artículo 31 del capítulo IV del Reglamento de la Ley n.º 29338 (Perú 2010). Por limitaciones del espacio, el artículo presenta solamente una breve selección de estas funciones para dar una idea de la importancia del CRHC. Una de sus responsabilidades claves es promover la participación de sus integrantes en la formulación e implementación del Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca (en cooperación con la). Este Plan es el «instrumento público vinculante para la gestión de los recursos hídricos de la cuenca respectiva» (Reglamento, artículo 32). Sin embargo, para ser vinculante, el plan, luego de contar con la conformidad del CRHC, tiene que ser aprobado por la jefatura de la ANA y «las opiniones del CRHC son vinculantes en tanto guarden relación con el Plan de Gestión de Recursos Hídricos aprobado por la ANA» (Reglamento, artículo 32). En realidad, en los pocos casos donde ya existen estos planes, estos han sido elaborados por un consultor con la participación del CRHC y finalmente aprobados por la ANA.³ Otra función central del CRHC incluye «proponer anualmente a la AAA el plan de aprovechamiento de las disponibilidades hídricas para atender las demandas multisectoriales, considerando los derechos de uso de agua otorgados y usos de agua de las comunidades campesinas y comunidades nativas...» (Reglamento, artículo 31, inciso E). El CRHC, además, emite opinión «verificando la conformidad y compatibilidad con el Plan de Gestión» en varios casos, incluyendo en «el otorgamiento de derechos de uso de agua y determinación del uso prioritario en caso de concurrencia» y en el «establecimiento de parámetros de eficiencia y otorgamiento de certificaciones de eficiencia» (Reglamento, artículo 31, inciso G).

Para cumplir sus diversas funciones, el CRHC tiene el poder de formar grupos de trabajo especiales cuando lo considere pertinente y también cuenta con el apoyo de una secretaria técnica, a cargo de un secretario técnico designado por concurso

³ Los planes de gestión han sido elaborados y aprobados en seis cuencas «piloto» con apoyo financiero del PMGRH.

público de méritos, convocado por la jefatura de la ANA (Reglamento, artículo 30). De hecho, algunas de las funciones centrales del CRHC —por ejemplo la realización de acciones de vigilancia y fiscalización, tanto como la emisión de opiniones en los casos mencionados en el párrafo anterior— no son responsabilidad del CRHC directamente, sino de la secretaria técnica con conocimiento del presidente del CRHC, y poniendo en conocimiento del resto del CRHC (Reglamento, artículos 30 y 31).

En vista de la diversidad y complejidad de las funciones del CRHC y su secretaria, por no mencionar los esfuerzos tremendos de organizar a los varios actores en la cuenca para sondear perspectivas y preferencias, elegir representantes, conformar el CRHC y asistir a las diversas reuniones, es importante examinar la fuente del financiamiento para esta institución tan clave para la GIRH, como encapsulada en el régimen legal de la Ley n.º 29338. Hasta ahora, la fuente principal de estos recursos en seis cuencas piloto han sido los préstamos del Banco Mundial y el BID apoyando al PMGRH. Sin embargo, como estipula uno de los contratos con el BID, «[...] los consejos de cuenca serán financiados con recursos de Financiamiento de forma decreciente (90%, 65%, 35%, 10%) por un periodo de cuatro años, al final de los cuales, el soporte del Financiamiento será retirado y estas instituciones deberán ser financiadas con recursos provenientes de las retribuciones económicas por el uso del agua» (IDB 2010, anexo único, p. 4). Este esquema de financiamiento destaca la importancia de establecer y asegurar permanentemente el cobro de las retribuciones económicas por el uso del agua, para no socavar la existencia y función de los CRHC. Mientras que los fondos significativos de los préstamos existentes han contribuido a la formación y desarrollo de los CRHC en las seis cuencas pilotos, las necesidades de las otras 153 cuencas oficiales en todo el país son preocupantes, especialmente, dado el plazo de diez años desde la aprobación del Reglamento (2010) para implementar los CRHC en todo el país (Novena Disposición Transitoria del Reglamento de la Ley n.º 29338).

En adición a las dudas sobre la sostenibilidad del apoyo financiero de los CRHC, surgen algunas preguntas sobre su autonomía y grado de poder ejecutivo frente a su dependencia de la ANA y función consultiva (Hendriks 2009; Del Castillo 2011). Desde una perspectiva jurídica, los CRHC tiene un reducido poder ejecutivo comparado con las Autoridades Autónomas de Cuencas Hidrográficas (AACH) que en algunas cuencas servían como «el máximo organismo decisorio en materia de uso y conservación de los recursos de agua y suelo, en su respectivo ámbito jurisdiccional» (Perú 1991, artículo 55), desde el año 1992 o 1994 hasta 2008, cuando fueron disueltos por la creación del Sistema Nacional de Recursos Hídricos con el Decreto Legislativo 1081 (Perú 2008). La disolución de las AACH fue visto como un retroceso en el proceso de descentralización, especialmente por algunos gobiernos regionales (Cruzado Caballero 2008), a pesar de que los AACH

existentes sufrían de problemas estructurales y mostraban pocas capacidades de promover la gestión multisectoral del agua en el ámbito de la cuenca (Ortiz-Sánchez 2008; Hendriks 2009). Aunque hasta ahora las capacidades de los CRHC no han sido probados, con la formación de seis CRHC desde 2011, y las recientes aprobaciones de sus planes de gestión, existen nuevas oportunidades para examinar empíricamente cómo funcionarán estas instituciones.

4. El fracasado intento de impulsar el Consejo de cuenca del Río Santa

Como uno de los ríos más caudalosos y consistentes de la vertiente Pacífico, el río Santa fue designado una cuenca priorizada para la creación de un CRHC dentro del PMGRH (ANA 2008; IDB 2010). En 2009, la cuenca Santa era una de las tres cuencas (con Chira-Piura y Tacna) donde la ANA planeaba instalar el CRHC, con apoyo financiero y técnico de un préstamo del BID (el Banco Mundial apoyaría el mismo proceso en las cuencas Chancay-Lambayeque, Ica-Alto Pampas y Chili-Quilca).⁴ Sin embargo, pese a los intentos de la ANA por avanzar en la formación de un CRHC interregional en la cuenca, el GRA rechazó este proceso buscando, a cambio, la manera de formar un CRHC regional. Por un lado, el GRA expresó su desacuerdo con la anulación de la AACH⁵ que ocurrió con la transición al régimen legal mediante la Ley n.º 29338 (Cruzado Caballero 2008). Por otro lado, el GRA fue opuesto a «cualquier intento de unir las gestiones de la cuenca del río Santa con las cuencas de los ríos Chao, Virú y Moche», ubicadas en el departamento de La Libertad (GRA 2009). En varios contextos, el gobierno del expresidente regional, César Álvarez, criticó el uso del río Santa por parte de los usuarios de La Libertad, especialmente a través del Proyecto Especial (P. E.) Chavimochic, sugiriendo que el río pertenece a Áncash y que el departamento vecino deba pagar por el uso del recurso hídrico (Álvarez 2011). Aunque la gran mayoría del área de la cuenca y del volumen del río pertenece al departamento de Áncash, en su último tramo, el cauce del río aborda al norte la provincia liberteña de Virú, mientras que la cuenca del río Tablachaca —un importante afluente del río Santa— recibe escorrentía de la provincia de Santiago de Chuco, también territorio del departamento de La Libertad. Más importante aún es el trasvase masivo del agua a través del canal madre de Chavimochic que permite que el río Santa abastezca de agua para diversos usos, que incluye el riego de grandes extensiones de terrenos para agricultura

4 Este proceso no avanzó en la cuenca del Santa ni en la cuenca Ica-Alto Pampas y el PMGRH eventualmente transfirió los fondos del BID y Banco Mundial a las cuencas de Tumbes y Chancay-Huaral.

5 La AACH del río Santa fue creado por Decreto Supremo n.º 57-94-AG en 1994. No incluyó a ningún representante del departamento de La Libertad.

exportadora, agua potable para la ciudad de Trujillo y producción energética (Chavimochic 2012).

Empezando en 2010, el GRA a través del Proyecto Especial Chincas, junto con el apoyo de organizaciones, que incluyen El Frente de Defensa de la Provincia del Santa y el Frente de Organizaciones Agrarias de la Provincia del Santa, dirigieron una serie de cuatro encuentros regionales con el objetivo de formar el grupo impulsor del CRHC, con la participación de los ancashinos exclusivamente. Para avanzar con este objetivo, en octubre de 2010, el GRA auspició el primer Encuentro Regional de los Actores de la Cuenca del Santa en la ciudad de Nuevo Chimbote. Con el GRA, asumiendo los costos de participación de los asistentes de las diferentes partes de la cuenca, el encuentro juntó a diversos actores de las organizaciones estatales y la sociedad civil. Los asistentes incluyeron representantes de varias comisiones de la Junta Nacional de Usuarios de Riego del Perú, de la ANA y las ALA de Huaraz y Santa-Lacramarca-Nepeña, del Parque Nacional Huascarán, y de diversas organizaciones no gubernamentales y Frentes de Defensa. Pese a sus importantes roles en la gestión de la cuenca, no hubo la presencia formal de actores claves como el gobierno regional de La Libertad, el Proyecto Especial Chavimochic y Duke Energy, ni el sector minero.

Durante los dos días del evento (26 y 27 de octubre), unos expertos presentaron ponencias informativas y hubo un taller sobre la GIRH en la cuenca del río Santa. Desde el principio, los organizadores enfocaron el debate en la necesidad de superar divisiones históricas entre la costa y la sierra de Áncash y destacaron que todos deben estar «Juntos por el agua». Al fin del evento, propusieron unos acuerdos y conclusiones generales incluyendo la necesidad de «exigir la modificación de la nueva Ley de Recursos Hídricos n.º 29338» y «exigir la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras y vertientes de las cuencas y el Parque Nacional Huascarán» (Actores Santa 2010). La segunda demanda fue relacionada con los reclamos de actores de la cabecera de cuenca preocupados por exploraciones mineras cerca de la laguna Conococha. Este creciente conflicto proveía una causa estratégica para evidenciar una solidaridad entre los costeños y serranos.

En febrero de 2011, el GRA organizó el segundo Encuentro Regional en la ciudad de Caraz. Al igual que en el evento anterior, el primer día hubo una serie de ponencias, pero el segundo día consistió de cuatro talleres concurrentes para avanzar con los acuerdos del primer evento. Entre ellos, un taller enfocó las modificaciones específicas a la Ley n.º 29338.⁶ Otro taller desarrolló «Propuestas, acciones,

6 Los recomendaciones de este taller —algunas de las cuales obviamente han sido elaboradas antes del evento— involucraban cambios en el artículo 19, para incluir tres representantes de las juntas de usuarios de riego de las diferentes regiones del país en el consejo directivo de la ANA; cambios en el artículo 24 para modificar la definición de una cuenca interregional (con la condición de excluir a La Libertad del CRHC del Río Santa); y cambios al artículo 49 para orientar preferentemente los excedentes del agua, generados por la eficiencia en la seguridad alimentaria

y compromisos para la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras y vertientes de la cuenca», con un enfoque en la zona de Conococha, donde en diciembre de 2010 brotó el conflicto con la empresa minera Chancadora Centauro, dejando como saldo un poblador muerto y varios heridos de la comunidad de Cátac (*El Comercio* 2010a, *El Comercio* 2010b). En su discurso, durante la clausura de este evento, César Álvarez subrayó el hecho de que el GRA había provisto el apoyo legal y financiero al esfuerzo antiminerero y a las familias de las víctimas de la violencia, en el caso de Conococha, enfatizando la solidaridad de la parte baja con la parte alta de la cuenca. Después de destacar este apoyo, Álvarez proclamó la necesidad de que el Gobierno central vea a todo Áncash *unido* en sus demandas y manifestó su rechazo a la participación del departamento de La Libertad en la gestión la cuenca del Santa (Álvarez 2011), y a votación a mano alzada la audiencia aprobó las modificaciones a la Ley n.º 29338 presentado en el evento y la declaratoria de la intangibilidad de las cabeceras y vertientes de la cuenca.

De acuerdo con esta posición, en contra de la colaboración con los liberteños, en mayo del 2011, el GRA, con la participación de un grupo selecto de actores de la cuenca Santa, rechazaron formalmente la propuesta de la ANA de conformar el CRHC Interregional, con el financiamiento del BID (Actores Santa 2011). A través del mismo proceso, acordaron solicitar a los congresistas de la República la modificatoria de la Ley n.º 29338 de acuerdo con las recomendaciones de los I y II Encuentros Regionales de los Actores de la Cuenca. En vista de este rechazo, el PMGRH transfirió los fondos designados por Áncash a la cuenca de Tumbes, dejando a la cuenca Santa fuera de las prioridades del PMGRH hasta que las dificultades políticas puedan ser superadas (ANA 2013).

Mientras tanto, el proceso dirigido a conformar el grupo impulsor del CRHC regional continuó y en julio de 2011 el GRA organizó el tercer Encuentro Regional de los Actores de la Cuenca del Santa en Pampas (provincia de Pallasca). Este evento tuvo una asistencia reducida en comparación con los I y II Encuentros y los dirigentes del evento se enfocaron en reiterar y reforzar los acuerdos de los Encuentros anteriores (Actores Santa 2011). Acordaron, además, que el IV Encuentro Regional sería en setiembre en Huaraz y que este último encuentro llevaría a cabo la creación del Grupo Impulsor del CRHC del Río Santa.

En setiembre de 2011 el GRA organizó el cuarto Encuentro Regional de los Actores de la Cuenca del Santa en Huaraz. Aunque se programó la creación del Grupo Impulsor del CRHC del Río Santa, el intento no logró su objetivo. Por un lado, el fracaso estaba vinculado con desacuerdos entre los principales organizadores del evento a raíz de temas relacionados con el desarrollo del Proyecto Especial Chincas. Específicamente, miembros del Frente de Organizaciones Agrarias de la Provincia

del país. El taller también recomendó exigir la derogatoria de los Decretos Supremos n.º 001-2011 y 002-2011-PCM dados al fin del segundo Gobierno de Alan García.

del Santa habían rechazado desde 2010 los planes del GRA de construir una nueva bocatoma para el P. E. Chincas, como especificado en un controversial perfil técnico⁷ (*El Ferrol* 2010; *El Comercio* 2011). Por otro lado, había un nivel de participación pública muy reducido en el cuarto Encuentro que habría socavado la legitimidad de una elección de representantes al grupo impulsor del CRHC. Irónicamente, las fechas del cuarto Encuentro coincidieron con las del Foro Agua Santa, en la misma ciudad de Huaraz, que fue organizado por varias instituciones públicas y privadas y tuvo una amplia participación de los actores involucrados en la gestión de la cuenca del Santa y del público en general (incluyendo algunos participantes de La Libertad).⁸ Después de este fallido intento, el GRA dejó sus esfuerzos de instalar el grupo impulsor y el proceso de crear el CRHC en la cuenca del Río Santa se estancó totalmente.

Pocos meses después de la caída del poder de César Álvarez, en mayo de 2014, la ANA reinició su esfuerzo por promover la formación del CRHC Interregional en la cuenca del Santa (ANA 2014), pero hasta ahora, los grupos como el Frente de Organizaciones Agrarias de la Provincia del Santa siguen rechazando la inclusión de los actores de La Libertad (*Prensa Regional* 2014). Estas divisiones duraderas entre los usuarios de agua de Áncash y La Libertad tienen raíces en las competencias, resentimientos y percepciones del favoritismo del Gobierno central por el Proyecto Especial Chavimochic, que han empeorado el contexto de creciente preocupación por la escasez hídrica debido a los efectos del cambio climático (*Prensa Regional* 2011). Obviamente, las maniobras del expresidente regional César Álvarez contra cualquier intento de vincular Áncash y La Libertad en la gestión del río Santa ha empeorado estas relaciones y resentimientos, creando obstáculos significativos para la formación del CRHC interregional y a la GIRH en general en la cuenca del Santa. Sin embargo, pese a estos desafíos, existen también voluntades de superar estas divisiones improductivas y las mismas presiones por el cambio climático en los recursos hídricos del río Santa, que preocupan a los usuarios a la vez, han exigido una mayor cooperación a través de divisiones políticas que puedan asegurar que todos tengan suficiente agua para sus necesidades durante las épocas de estrés hídrico.

Dada la dependencia compartida del agua del río Santa, el desarrollo de una institucionalidad en el ámbito de la cuenca y una gestión más integrada es una cuestión de tiempo. No obstante, las habilidades y capacidades de esta institucionalidad son cuestiones más de recursos dedicados y poderes compartidos.

7 Los agricultores del Frente de Organizaciones Agrarias de la Provincia del Santa promovían una «bocatoma única» ubicada al mismo nivel del río de la bocatoma de Chavimochic, mientras que el GRA ha favorecido la construcción de la bocatoma unos kilómetros más abajo, en el cauce del río.

8 La memoria del evento está disponible para descargar en: <<https://portals.iucn.org/library/node/10088>>

5. Conclusiones

Los complejos dinámicos hidrosociales que caracterizan la gobernanza del agua bajo el cambio global requieren cada vez más formas de gestión integrada y cooperativa que unan actores a través de divisiones geográficas, políticas y culturales. La creación de una institucionalidad en el ámbito de las cuencas hidrográficas tiene mucho potencial para contribuir a una gestión más participativa e integrada, pero intentos de instalar esta institucionalidad en varios contextos muestran los diversos desafíos que enfrenta al proceso. En el caso del Perú, la implementación de los CRHC en las 159 cuencas del país es un componente clave en el régimen legal e institucional de la Ley de Recursos Hídricos n.º 29338, y el proceso ya está avanzando en al menos seis cuencas importantes de la vertiente del Pacífico, con apoyo financiero del Banco Mundial y del BID.

Estas primeras iniciativas ofrecen oportunidades para analizar el carácter y las capacidades de esta nueva institucionalidad, que parece—desde una lectura de la ley por lo menos—cumplir un rol más consultivo para la ANA que ejecutivo o autónomo. Además, estas primeras experiencias deben mostrar si un mayor cobro de la retribución económica por el uso del agua en estas cuencas será suficiente para cubrir los significativos costos de implementación y sostenimiento de la operación de los CRHC o si será necesario buscar otras maneras de apoyar y subsidiar estas instituciones y sus actividades. Dentro de esta evaluación, será crítico tomar en cuenta los costos de participación de los diferentes actores y sectores involucrados, dadas las asimetrías de recursos y poderes entre los diversos participantes.

En lugar de examinar un caso exitoso de la instalación del CRHC, este artículo se ha enfocado en un intento fracasado del GRA de manipular el proceso de creación del CRHC para establecer un mayor poder sobre la cuenca del Río Santa. Al haber estado dirigido por un gobierno regional que ha sido expuesto como un ejemplo extremo de la corrupción que llegó a florecer bajo la descentralización, el caso destaca unas lecciones importantes. Primeramente, subraya el carácter político del CRHC y la importancia de las capacidades y prácticas de las instituciones existentes que tienen el cargo de liderar la creación de esta nueva institucionalidad. En segundo lugar, aunque no ha sido examinado explícitamente aquí, el caso sugiere la importancia de cultivar un entendimiento compartido del sistema hidrosocial de la cuenca en su *totalidad* junto con sus componentes, funciones, necesidades y umbrales. Este entendimiento debe servir como un base en la toma de decisiones e idealmente debe enfatizar las dependencias compartidas que pueden contribuir a la formación de una identidad colectiva entre diversos actores. En el caso del río Santa, este entendimiento fue reemplazado por una perspectiva parcial y estratégica que intentaba substituir un tipo de clientelismo por solidaridad y una identidad compartida. Aunque esta estrategia puede producir aliados políticos, no

va a asegurar un uso sostenible del recurso hídrico. Finalmente, el caso muestra el verdadero potencial del CRHC, el de ser un espacio democrático y productivo. Mientras que la mayoría de las acciones de los organizadores de los cuatro encuentros parecían dedicadas a promover sus objetivos e intereses, algunos aspectos de los encuentros brindaron espacios de diálogo abierto y crítico e intercambios fructíferos entre actores de distintas perspectivas y realidades (por ejemplo, el debate que ocurrió en el taller sobre la modificación de la Ley n.º 29338). La oportunidad de conversar, analizar y discutir en forma directa y transparente, en el proceso de gestión del agua es fundamental para el GIRH y resulta difícil impedir en contextos públicos que se unan diversos actores alrededor de un recurso vital. Las cuestiones pendientes son qué grado de autonomía y poder deben tener estos foros para implementar sus decisiones y cómo financiar en el largo plazo no solamente la gestión que proponen sino el complejo proceso de llevar a cabo una institucionalidad de cuenca verdaderamente representativa y participativa.

6. Bibliografía

ABERS, Rebecca Neaera

2007 «Organizing for governance: building collaboration in Brazilian river basins». *World Development*, volumen 35, pp. 1450-1463.

ABERS, Rebecca Neaera y Margaret E. KECK

2006 «Muddy waters: the political construction of deliberative river basin governance in Brazil». *International Journal of Urban and Regional Research*, volumen 30, pp. 601-622.

ÁLVAREZ, César

2011 Clausura al II Encuentro Regional de los Actores de la Cuenca Regional del Río Santa. Caraz, Perú. 12 de febrero.

AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (ANA)

2008 *Estudio de factibilidad del Proyecto Modernización de la Gestión de los Recursos Hídricos*. Lima: Autoridad Nacional del Agua.

2010 Resolución Jefatural n.º 575-2010-ANA. Lima: Autoridad Nacional del Agua.

2013 *Estado Situacional Referido a la Conformación de los Consejos de Recursos Hídricos*. Lima: Autoridad Nacional del Agua. Disponible en: <<http://www.ana.gob.pe/media/527988/consejo%20de%20recursos%20h%C3%ADricos%20de%20cuenca.pdf>>

2014 AAA Huarmey-Chicama instruye a usuarios el proceso de creación de los Consejos de Cuenca. Lima: Autoridad Nacional del Agua. Disponible en:

<<http://www.ana.gob.pe/sala-de-prensa/noticias/noticias-2014/aaa-huar-mey-chicama-instruye-a-usuarios-el-proceso-de-creaci%C3%B3n-de-los-consejos-de-cuenca.aspx>>

BEBBINGTON, Anthony y Jeffery BURY

2009 «Institutional challenges for mining and sustainability in Peru». *Proceedings of the National Academy of Sciences*, volumen 106, pp. 17296-17301.

BISWAS, Asit K.

2004 «Integrated water resources management: a reassessment: a water forum contribution». *Water International*, volumen 29, pp. 248-256.

BLOMQUIST, William y Edella SCHLAGER

2005 «Political pitfalls of integrated watershed management». *Society and Natural Resources*, volumen 18, pp. 101-117.

BURY, Jeffrey, Bryan G. MARK, Mark CAREY, Kennet R. YOUNG, Jeffrey M. MCKENZIE, Michael BARAER, Adam FRENCH y Molly H. POLK

2013 «New Geographies of Water and Climate Change in Peru: Coupled Natural and Social Transformations in the Santa River Watershed». *Annals of the Association of American Geographers*, volumen 103, pp. 363-374.

CHAVIMOCHIC

2012 *Chavimochic en cifras 2000-2010*. Trujillo, Perú: Chavimochic.

COHEN, Alice y Seanna DAVIDSON

2011 «The watershed approach: Challenges, antecedents, and the transition from technical tool to governance unit». *Water Alternatives*, volumen 4, pp. 1-14.

EL COMERCIO

2010a Fotos: empieza escasez de alimentos en Huaraz por bloqueo de carreteras. <<http://elcomercio.pe/peru/lima/fotos-empieza-escasez-alimentos-huaraz-bloqueo-carreteras-noticia-682242>>

2010b Gobierno revocó permiso de proyecto minero que generó protestas en Huaraz. <<http://elcomercio.pe/peru/lima/gobierno-revoco-permiso-proyecto-minero-que-genero-protestas-huaraz-noticia-683097>>

2011 Áncash: pobladores bloquean la carretera Panamericana Norte. <<http://elcomercio.pe/peru/lima/ancash-pobladores-bloquean-carretera-panamericana-norte-noticia-1331428#comentarios>>

COTLER, Julio

1978 *Clases, estado y nación en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

CRABTREE, John

2006 «Making institutions work in Peru: Democracy, Development and Inequality Since 1980». *Institute for the Study of the Americas*. Londres.

- CRUZADO CABALLERO, Lindberg
 2008 «Murgia y Álvarez demandan la restitución de autoridad autónoma de la cuenca del Santa». *Periodismo responsable*.
 Disponible en: <<http://periodismoresponsable.blogspot.com/2008/08/murgia-y-lvarez-demandan-la-restitucin.html>>
- DEL CASTILLO, Laureano
 2004 *Un consenso vital: hacia un sistema de gestión compartida y descentralizada del agua*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- 2011 «Ley de Recursos Hídricos: Necesaria pero no suficiente». *Debate Agrario*, volumen 45.
- DOUROJEANNI, Axel, Andrei JOURAVLEV y Guillermo CHÁVEZ
 2002 *Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica*. Santiago de Chile: United Nations Publications.
- EATON, Kent
 2010 «Subnational Economic Nationalism? The contradictory effects of decentralization in Peru». *Third World Quarterly*, volumen 31, pp. 1205-1222.
- FANLO LORAS, Antonio
 2007 Confederaciones hidrográficas. En Embid A. (editor), *Diccionario de derecho de aguas*. Madrid: Iustel, pp. 426-447.
- FERROL, EL
 2010 «Perfil de Chincas elaborado por SISA es un mamotreto».
- GOLDMAN, Michael
 2007 «How “Water for All” policy became hegemonic: The power of the World Bank and its transnational policy networks». *Geoforum*, volumen 38, pp. 786-800.
- GONZALEZ DE OLARTE, Efraín
 2004 *La difícil descentralización fiscal en el Perú*. Lima: IEP.
- GOBIERNO REGIONAL DE ÁNCASH (GRA)
 2009 Oficio n.º 2515-2009-Región Áncash-GGR. Gerencia General. Vichay: Gobierno Regional de Áncash.
- GUEVARA GIL, Armando
 2008 *Derechos y conflictos del agua en el Perú*. Lima: Concertación.
- 2009 *Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: PUCP Fondo Editorial.

- GUEVARA GIL, Armando y Aaron VERONA
2014 *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú: Primeras Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: PUCP.
- GUILLET, David
1992 *Covering Ground: Communal water management and the State in the Peruvian Highlands*. Ann Arbor, EE. UU.: University of Michigan Press.
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP (GWP)
s. f. *What is IWRM?* Global Water Partnership. Disponible en: <<http://www.gwp.org/en/The-Challenge/What-is-IWRM/>>
- HENDRIKS, Jan
2009 «La participación de la sociedad civil en el manejo del agua depende de la forma que adquieran los consejos de cuenca». *La Revista Agraria*. Lima: CEPES, pp. 12-13.
- INTERAMERICAN DEVELOPEMENT BANK (IDB)
2010 Contrato de Préstamo n.º 2166/OC-PE. PMGRH.
- LEACH, William D. y Neil W. PELKEY
2001 «Making watershed partnerships work: A review of the empirical literature». *Journal of water resources planning and management*, volumen 127, pp. 378-385.
- LEMOS, Maria Carmen y João Lúcio FARIAS DE OLIVEIRA
2004 «Can water reform survive politics? Institutional change and river basin management in Ceará, Northeast Brazil». *World Development*, volumen 32, pp. 2121-2137.
- LUBELL, Mark, Mark SCHNEIDER, John T. SCHOLZ y Mihriye METE
2002 «Watershed partnerships and the emergence of collective action institutions». *American Journal of Political Science*, pp. 148-163.
- MOLLE, François
2008 «Nirvana concepts, narratives and policy models: Insights from the water sector». *Water Alternatives*, volumen 1, pp. 131-156.
- MOLLE, FRANÇOIS, Peter P. MOLLINGA y Philippus WESTER
2009 «Hydraulic bureaucracies and the hydraulic mission: flows of water, flows of power». *Water Alternatives*, volumen 2, pp. 328-349.
- ORÉ, María Teresa
2005 *Agua, bien común y usos privados. Riego, Estado y conflictos en La Achirana del Inca*. Lima: PUCP.
- ORÉ, María Teresa, Laureano DEL CASTILLO, Saskia VAN ORSEL y Jeroen VOS
2009 *El agua, ante nuevos desafíos*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

ORÉ, María Teresa y Edwin RAP

2009 «Políticas neoliberales de agua en el Perú. Antecedentes y entretelones de la Ley de Recursos Hídricos». *Debates en Sociología*, pp. 32-66.

ORTIZ-SÁNCHEZ, Iván

2008 «Autoridad de cuencas y gestión de recursos hídricos: una aproximación». En A. Guevara-Gil (editor), *Derechos y conflictos de agua en el Perú*. Lima: Concertación.

PERÚ

1991 *Decreto Legislativo 653* (Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario). Lima.

2004 *Estrategia Nacional para la gestión de los Recursos Hídricos Continentales del Perú*. Lima.

2008 *Decreto Legislativo 1081* (Creación del Sistema Nacional de Recursos Hídricos). Lima.

2009 *Ley de Recursos Hídricos* n.º 29338. Lima.

2010 *Reglamento de La Ley de Recursos Hídricos* n.º 29338. Decreto Supremo n.º 001-2010-AG, Ministerio de Agricultura. Lima.

PRENSA REGIONAL

2011 «Agricultores denuncian que proyecto Chincas los deja sin agua para riego». Disponible en: <<http://www.inviertehuaraz.com.pe/prensa/index.php/regionales/58-regionales/3761-agricultores-denuncian-que-proyecto-chincas-los-deja-sin-aguas-para-riego>>

2014 «Agricultores rechazan creación del consejo interregional del río Santa». <<http://www.inviertehuaraz.com.pe/prensa/regionales/58-regionales/11370-2014-08-12-01-33-42>>

LA REPÚBLICA

2014 «César Álvarez ya está a disposición de la justicia». *La República*. Lima. <<http://www.larepublica.pe/15-05-2014/detienen-a-18-personas-involucradas-en-crimen-de-ezequiel-nolasco>>

ACTORES SANTA

2010 Acta de Reunión de Trabajo del I Encuentro Regional de los Actores de la Cuenca Hidrográfica del Río Santa. Chimbote (27 de octubre, 2010).

2011 Acta de Reunión de Trabajo del III Encuentro Regional de los Actores de la Cuenca Hidrográfica del Río Santa. Pampas (16 de julio, 2011).

2011 Acta de Reunión de Coordinación de los Actores de la Cuenca del Río Santa. Chimbote (23 de mayo, 2011).

URTEAGA, Patricia

2010 «Ingeniería legal, acumulación por desposesión y derechos colectivos en la gestión del agua» [*Legal Engineering, Accumulation by Dispossession, and Collective Rights in Water Management*]. En: R. Bustamante (editora), *Lo colectivo y el agua: entre los derechos y las prácticas*. Lima: IEP.

URTEAGA, Patricia y Rutgerd BOELENS

2006 *Derechos colectivos y políticas hídricas en la región andina*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

WORSTER, Donald

1985 *Rivers of empire: Water, aridity, and the growth of the American West*. EE. UU.: Oxford University Press.

LA GESTIÓN DEL AGUA BAJO ESTRÉS HÍDRICO
PONE EN EVIDENCIA LOS VERDADEROS SENTIMIENTOS Y CAPACIDADES
DE LA SOCIEDAD PARA SUPERAR LAS DIFICULTADES
CON EQUIDAD Y RESPETO AL MEDIO AMBIENTE

AXEL C. DOUROJEANNI
Fundación Chile | Chile

Las capacidades del Estado, usuarios y sociedad para gestionar el agua y los territorios, desde el ámbito nacional hasta el de cuencas y local, ciertamente no han evolucionado al mismo ritmo de las situaciones creadas por el incremento de las demandas de agua y es lo que hoy se conoce como estrés hídrico.

La idea del presente ensayo es destacar las reacciones de los usuarios del agua y de los responsables de su gestión, desde políticos hasta alcaldes y empleados públicos, así como los propios usuarios privados, cuando el agua está en el límite de disponibilidad por diferentes causas englobadas bajo el concepto de estrés hídrico (Beatriz Pradillo 2015).¹

Cuando se habla de sentimientos, el autor se refiere a la naturaleza humana capaz de tener gestos de nobleza, pero también de actitudes egocéntricas en la forma de apropiación del agua que va quedando. Quizás la llamada hidrosolidaridad, frase acuñada por la Autoridad Nacional del Agua del Perú, se da en pequeñas comunidades pero en el ámbito de grandes cuencas y sistemas hídricos *ello no ocurre espontáneamente*, sobre todo si los usuarios no se conocen entre sí y pertenecen a mundos sociales y económicos muy diferentes. En esos casos, cada cual vela por sus propios intereses.

1 *Estrés del agua*: ¿Se puede en el caso de agua hablar del término estrés? Por supuesto, estrés hídrico sucede cuando la demanda de agua es más grande que la cantidad disponible durante un período determinado de tiempo o cuando su uso se ve restringido por su baja calidad, definición dada por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). El resultado es un deterioro de los recursos de agua dulce en términos de cantidad (acuíferos sobreexplotados, ríos secos, lagos contaminados) y de calidad (eutrofización, contaminación de la materia orgánica, intrusión salina). Interpretar correctamente este término es importante ya que el estrés se refiere a sequía y desertificación por la falta de agua, y al mismo tiempo se refiere al exceso de agua, como inundaciones y crecidas de ríos que impiden usarla. Disponible en: <<http://www.iagua.es/blogs/beatriz-pradillo/estres-agua>>

La llamada cultura del agua, hoy en día, debería reflejarse principalmente en la aceptación, por parte de la sociedad, de la necesidad de coordinación y cooperación entre todos los usuarios que intervienen en un sistema hídrico compartido dentro un gran condominio, como es una cuenca o cuencas interconectadas, para lograr la equidad en el acceso al agua que va quedando disponible; y la asunción de los costos que implica gestionarla de forma adecuada.

Sobre la base de diferentes experiencias vividas y la lectura para comentarios de un reciente trabajo elaborado sobre la cuenca del río Ica y trasvases desde Huancavelica (María Teresa Oré *et al.* 2014), se destacan, a grandes rasgos, las relaciones entre las escasez del agua y la consecuente reducción de la disponibilidad de agua para uso humano, con las reacciones de las personas, instituciones, usuarios, Estado y sociedad al momento de superar los desafíos.

La hipótesis que subyacen detrás del trabajo son:

- a. Que estas reacciones, tanto del Estado como de los usuarios y y de la sociedad civil, son usualmente tardías en reconocer la gravedad del caso.
- b. Que los usuarios de los grandes sistemas hídricos, lejos de cooperar para enfrentarse a la escasez de agua, tratan de maximizar sus rentas sin importarles si afectan a terceros.
- c. Que el Estado no ha contribuido a evitar el incremento de conflictos por el agua ya que sus acciones son aisladas y sus intervenciones son dispersas en la cuenca a través de cada sector, lo que aumenta el desconcierto y ocasiona la pérdida de recursos por la ineficiencia.
- d. Que el sentido de gestión integrada del agua, es decir, la gestión coordinada de las intervenciones en un sistema hídrico compartido, está aún lejos de ser adoptado por los actores responsables públicos y privados, más allá de las declaraciones.
- e. Que los usuarios solo se agrupan cuando buscan establecer un sistema de defensa colectivo contra problemas o amenazas compartidas por ellos. El enemigo común los puede unir si la única solución es tomar acuerdos compartidos.
- f. Que la participación y cooperación entre el sector público, el Estado y la sociedad civil es la mejor vía que puede inducir a la gestión integrada de los recursos hídricos.

Hay numerosos estudios ya realizados en zonas sujetas a sequías naturales o con un exceso de demandas con relación a la disponibilidad del agua en las cuencas, que aportan información para la comprensión de la evolución de las complejas interrelaciones que se generan por motivo de la presión progresiva que múltiples actores ejercen por el uso del agua y las tierras en una región con escasez de agua.

Lo que es novedoso es vincular el conocimiento y efecto de los límites que impone la naturaleza, sobre todo con relación a la disponibilidad del agua; con relación a las motivaciones, fuerzas, criterios e intereses de diferentes actores y de diferente origen; a que intervienen y comparten un mismo sistema natural como es una cuenca, río y acuífero. Estos intereses, en casi todos los casos, entran en pugna y generan desencuentros y conflictos políticos, sociales y económicos y ambientales, pero al mismo tiempo son la base de las reacciones que generan opciones de conciliación de intereses.

En general, en todas las zonas donde hay escasez de agua siempre han existido conflictos por el agua, ya sea entre comunidades campesinas, pequeños propietarios, grandes empresas y zonas urbanas; inclusive estos enfrentamientos han ido creciendo con la intervención de actores externos sin tradición local, pero con suficiente capital para realizar grandes emprendimientos con el uso masivo del agua. A ello se agrega que nuevos actores se involucran en la gestión del agua, tales como las autoridades locales, los miembros de las ONG, los defensores del ambiente, académicos, funcionarios de organismos internacionales y expertos de asistencia bilateral.

Cabe destacar además que en épocas pasadas existía poca conciencia del efecto de los usos del agua y ocupación de las cabeceras de cuenca sobre los usos y usuarios del agua en las zonas más bajas de una cuenca y viceversa. La parte alta de las cuencas era casi una «caja negra» captadora de agua para los usuarios aguas abajo que no se preocupaban de los usos aguas arriba y mucho menos de los que vivían en dichas zonas. A la inversa era lo mismo, los usuarios del agua y territorios de la partes altas de las cuencas no pensaban en los usuarios de la parte baja.

Dentro de este escenario, las soluciones eran principalmente con el fin de aumentar el acceso a las fuentes de agua mediante regulación de descargas, trasvases de agua y explotación de acuíferos, sin considerar integralmente los efectos que ello podía ocasionar en los demás usuarios del sistema y en el medio ambiente. Estas soluciones, basadas casi esencialmente en construir obras hidráulicas, no fueron efectuadas necesariamente pensando en un beneficio equitativo para los diferentes usuarios del agua de la cuenca baja y alta, ni de los habitantes de las cuencas de donde se trasvasa el agua y de los variados usuarios de los acuíferos y del ambiente, es decir, fueron ejecutados sin usar un concepto de gestión integrada del agua.

Esta mentalidad ha subsistido hasta el día de hoy en muchas personas, aun cuando la escasez de agua y el costo creciente de las obras y las reacciones en defensa del medio ambiente ha dado paso a la búsqueda de soluciones más económicas y menos polémicas, tales como la reutilización del agua, el aumento de la eficiencia del uso del agua y, en general, la reducción de la huella hídrica en todo lo que sea factible. En este proceso, no siempre se considera mejorar la eficiencia del uso del

agua en el ámbito de todo el sistema hídrico compartido, si no que se focaliza en cada usuario. El siguiente paso, recién iniciado como el promovido por la Alianza para la Gestión Sostenible del Agua (Alliance for Water Stewardship, AWS), es que cada usuario participe en la gestión del agua de la cuenca donde se ubica.

Para comprender la complejidad que enfrenta una región con escasez de agua, mejor definido como estrés hídrico (término que abarca más elementos que la sola la escasez) es importante destacar que, más que la gestión directa del agua, el mayor problema radica en la gestión de las personas que usan el agua.

Los actores que intervienen en una cuenca, sean habitantes o externos a la misma, tardan mucho en:

- a. Asumir que deben considerar los efectos de sus intervenciones en un sistema compartido por otros muchos actores.
- b. Entender que las intervenciones producen un efecto acumulado de impactos en la cuenca y sus habitantes.
- c. En aceptar que ya no hay tanta agua disponible como antes.

Aceptar todas estas situaciones, condiciones y límites es un proceso lento y negado por muchos, sobre todo para prevenir las consecuencias. Esta lentitud en la aceptación de un hecho evidente agrava los problemas al no ser enfrentados con rapidez y eficacia. Los costos que origina este desconocimiento son rara vez calculados.²

A la sociedad en general le toma mucho tiempo asumir, casi con resignación, que sus libertades individuales de acceso al agua se vean cada vez más reducidas. Por ejemplo, siguen contaminando el agua o explotando los acuíferos hasta agotarlos. Los límites son impuestos, tanto por la naturaleza y los cambios de clima, como porque hay que satisfacer cada vez más necesidades de una población y producción en aumento. Es necesario usar cada vez más agua para satisfacer mercados internos y externos en rápida expansión, con todas las implicaciones relacionadas con la producción de más bienes y servicios y asumir los impactos que ocasionan en el medio ambiente intervenido. El Estado por lo general elude largamente el problema hasta que hay manifestaciones públicas en contra de las situaciones producidas por el estrés hídrico.

La inconformidad y la rebeldía frente a la necesidad de aceptar los nuevos escenarios con relación al acceso cada vez más restringido al agua se observa en las declaraciones vertidas en los cientos de reuniones a las que se les convoca a los usuarios del agua y donde se evade sistemáticamente el compromiso de asumir el costo para enfrentar lo antes posible tales las situaciones.

2 En Chile, la carencia de prioridades para usos humano del agua y desarrollo de medidas para ampliar la cobertura del servicio de agua potable rural origina gastos enormes a los municipios para abastecer con camiones aljibes a la población rural.

En estos eventos se escucha un muro de lamentos, preocupaciones y quejas contra la madre naturaleza y contra «los otros usuarios» del agua o el estado. Casi el 80% de las declaraciones en las presentaciones en estos eventos son siempre las mismas y se resumen a que no hay agua, que les quitan el agua, que hay sequía o que hay inundaciones o que el agua es de mala calidad o que es muy cara, que antes era mejor (obvio, había menos extracciones) o que el ambiente se ha deteriorado.

La evasión a adoptar medidas concretas se materializa en sendos discursos que no conducen a lograr compromisos concretos. Cuando se trata de precisar lo que se desea como escenario y metas claras, para determinar soluciones y una estrategia para ponerlas en práctica. Las propuestas se enuncian en forma tan general que quedan en discursos. Los asistentes se ponen de acuerdo solo en grandes metas tales como lograr la «seguridad hídrica», la «sustentabilidad del agua», la «hidrosolidaridad», la «equidad» en el acceso al agua y evidentemente agregar que todo ello se debe lograr «con la debida consideración del medio ambiente».

En las propuestas de solución es lo mismo. Están de acuerdo en soluciones usualmente genéricas tales como que es necesario «tomar medidas para adaptarse a los efectos del cambio climático», hay que lograr la «Gestión Integrada del Agua o de los Recursos Hídricos (GIRH)», hay que lograr «la participación plena» en la gestión del agua o declarar que «el agua es un derecho humano» o que es un «bien público intangible e inviolable» o encuentran que la solución es negar el uso del agua a los recién llegados. Cada cual tiene una idea propia de lo que ello significa, pero que no se discute para no entrar en controversias.

En contraste con la aceptación generalizada de los grandes «problemas», «escenarios» y «soluciones», la situación de aparente consenso cambia radicalmente en el momento de tener que asumir el costo de aplicar medidas concretas. En ese momento prevalecen largamente los intereses particulares y las ambiciones personales como se puede inferir de la lectura de muchos casos de conflictos por el agua. Las soluciones que se aplican responden, sobre todo, en favor de los grupos más organizados y con mayor poder de presión pero que no se acercan ni remotamente a lo que se considera una gestión integrada de las intervenciones en una cuenca y sobre el agua.

Por ello el rol del Estado es esencial para lograr cambiar posiciones discursivas y declarativas, buenas para un discurso político, que no favorecen el alcance de metas, declaraciones que por muy altruistas que sean no se logran solo por enunciarlas y, por lo tanto, no permiten alcanzar la ansiada GIRH. Proponer solo soluciones genéricas es una forma de no llegar jamás a acuerdos con la consecuente evasión de los problemas.

Para lograr cambiar esta situación, el Estado debe impulsar un esfuerzo público-privado para lograr que se adopten medidas concretas de gestión del agua y de las cuencas: desde aceptar que se requiere, junto con la participación y transparencia,

una autoridad de agua funcional y estable, con personal calificado, organizaciones de usuarios de agua operativas, financiamiento asegurado, hacer cumplir las leyes y normas y otras medidas que se conocen bien pero no se aplican porque no se adoptan y cumplen todos los requisitos para hacerlo, en particular, el monitoreo y la fiscalización así como la puesta en práctica de instrumentos de gestión eficaces.

En este entorno, el usuario del agua evade fácilmente la fiscalización estricta de la extracción de agua, de acuerdo con los derechos otorgados, el control de la extracción de agua de pozos mediante la medición volumétrica, el control de vertimientos tóxicos y residuos sólidos en los cauces de los ríos, el pago de los costos de operación y mantenimiento (O&M) de las obras, el pago de los «gastos comunes» para gestionar el agua en el ámbito de la cuenca o para el financiamiento de obras hidráulicas, el pago al personal y por equipamiento adecuado para la gestión del agua o la aceptación de reducir consumos de agua en épocas de escasez. Todas estas situaciones son más una constante que una excepción.

Es sintomático que aparte de culpar a la naturaleza y a los «otros» de los males, como las sequías o inundaciones y la contaminación del agua o la sobreexplotación de acuíferos, una gran parte de usuarios esperan además que «alguien» se haga cargo de los costos de las soluciones y las aprueban con entusiasmo solo si a los interesados no les afecta ni cuesta nada.

En general, ningún usuario desea ceder privilegios adquiridos sobre el agua, contradiciendo el entusiasmo por la llamada «hidrosolidaridad» (es muy raro que alguien ceda agua que utiliza por tradición, de manera formal o informal, legal o ilegal) y está más bien a la espera de que se encuentren nuevas fuentes de agua esperanzado en la construcción de más obras hidráulicas (trasvases, embalses, plantas de desalación, etcétera) o a costa de reducir el caudal ambiental y la napa subterránea o importar agua de otras cuencas.

Por suerte, en los límites de disponibilidad también se aprecia el aumento de inversiones para mejorar la eficiencia del uso del agua disponible, para reutilizar el agua o buscar fuentes no convencionales como captar el agua de las neblinas, agua de techos, recargar acuíferos o bombardear nubes, todas estas opciones usadas en escalas reducidas.

Es notorio que los usuarios más fuertes y organizados, que logran apoyo político, financiero y técnico, terminan por dominar el escenario y buscan soluciones, en gran medida y mientras puedan, a costa de afectar a terceros y el medio ambiente que intervienen.

Cuando no hay un sistema de gestión integral del agua que analice todas las opciones y efectos de las intervenciones sobre el agua y las cuencas, materializado en la aplicación de *planes de ordenamiento y gestión del agua y las cuencas*, formulados con participación real y representativa, es muy difícil si no imposible lograr equidad en el acceso al agua o reducir los riesgos del efecto de sequías o inunda-

ciones o impactos en el medio ambiente. Los *planes directores de ordenamiento y gestión del agua y las cuencas* deben además tener el respaldo legal para aplicarlos y no ser solo indicativos, sin control de aplicación ni financiamiento.

Con respecto a los usuarios privados, como empresa agrícola o minera, no basta que en forma aislada, aumenten la eficiencia del uso que hacen del agua porque deben involucrarse y contribuir efectivamente en la gestión del agua de la cuenca donde se ubican. Esto, ya explicado, se le conoce como Responsabilidad Social Empresarial orientada a la gestión del agua (RSEAgua).³ De allí que la certificación de uso sustentable del agua de una empresa va más allá de reducir su huella hídrica, aspecto ciertamente necesario, porque exige que la empresa se comprometa además con la gestión del agua de toda la cuenca de donde la capta y donde vierte sus aguas usadas. No basta, por ejemplo, ser eficiente en el uso del agua captada si, al hacerlo, contribuye a deprimir la napa de agua subterránea o devuelve residuos industriales contaminados.

Estas situaciones están ampliamente documentadas en trabajos que explican las razones y fuerzas que incrementan la presión sobre el uso del agua, desde la ampliación de la frontera agrícola en zonas de desiertos, hasta la expansión urbana, pasando por inversiones en emprendimientos mineros e industriales, aunadas a la necesidad de proteger o recuperar caudales ambientales, humedales y ecosistemas hídricos. A ello se debe sumar el aumento constante de usuarios del agua que se califican de ilegales, informales o precarios o simplemente usuarios no registrados. Estas presiones sobre el agua van a seguir cada vez más, con el agravante de que las reservas de los acuíferos se reduzcan y los cambios de clima puedan causar impactos más severos. Es lógico, por lo tanto, que si el Estado no construye las capacidades suficientes para lidiar con estos efectos, solo aumentaran los conflictos por el agua.

Los Estados en América Latina siempre han aplicado y generado diferentes medidas e instrumentos para gestionar el agua y regular las intervenciones en las cuencas más relevantes de sus países. Una gran parte de los apoyos ha sido la construcción de grandes obras hidráulicas, sobre todo para satisfacer demandas de agua poblacional, riego e hidroenergía. También han contribuido con el financiamiento de cientos de estudios, planes, asignación de derechos de uso y aplicación de normas de impacto ambiental, entre muchas otras acciones.

Otras acciones de gestión son producto directo de las organizaciones de usuarios del agua que existen en todos los países. Es evidente que estas acciones, en general, no han sido suficientes o no se han aplicado plenamente o no han logrado evolucionar con la rapidez necesaria, como se constata por el aumento constante de conflictos por el agua y los impactos no deseados en el medio ambiente.

3 Proyecto SuizAgua Andina que abarca Colombia, Perú y Chile y que se encuentra actualmente en ejecución en dichos países. En Chile, la Fundación Chile ejecuta el Proyecto.

En varios países de la región, como México, Brasil y Perú, se está en el proceso de aplicar leyes de aguas que incluyen la aplicación de instrumentos que se supone serán más efectivos, tal como elaborar planes de ordenamiento y gestión del agua por cuencas y la creación de consejos de recursos hídricos por cuenca, entre otros. En teoría, el principal objetivo de dichos instrumentos es «ordenar» las intervenciones que cientos de actores realizan sobre un sistema hídrico compartido, incluyendo las que se hacen en el territorio de las cuencas que conforman dicho sistema.

Se espera que dicho «ordenamiento» y coordinación de las intervenciones se realice sobre la base de consensos sustentados en la participación informada de los miembros de los consejos de recursos hídricos que se instalen en cada cuenca. Dicha información en apoyo a la toma de decisiones, por parte de los miembros del consejo, comité o mesa de agua, debe provenir de equipos técnicos interdisciplinarios y calificados, organizados como Secretaría Técnica (Perú), organismos de Cuenca (México) o Agências de Bacia (o Agencias de Cuenca, en Brasil) cuyo costo operativo idealmente debería ser financiado por los mismos usuarios del agua, pero con un apoyo inicial importante del Estado. Sin secretaría técnica que presente opciones sobre las cuales decidir, los Consejos, mesas, comités y otras formas de participación son prácticamente inútiles.

Por ahora, las grandes intervenciones sobre el agua y las cuencas, desde las formas de gestión del agua hasta las decisiones de trasvase, se han decidido, generalmente, desde el ámbito nacional y bajo las presiones de los actores locales mejor organizados para llegar a las autoridades nacionales con desigual participación de los usuarios del agua y habitantes locales. Se supone que con la instalación de Consejos de Recursos Hídricos a nivel de Cuenca, apoyados por sus respectivos organismos técnicos, esta situación cambie a fin de que se logre una participación efectiva de los actores que intervienen en la cuenca. Esto supone, por ejemplo, que la formulación y aceptación de un plan de gestión y de intervención en el sistema hídrico debe ser consensuado con los diferentes usuarios del agua y la cuenca.

La experiencia en dichos países, con relación a la instalación y operación de organizaciones para la gestión del agua por cuencas o sistemas hídricos interconectados, enseña que se requiere un largo camino de consolidación de más de diez años, a lo largo del cual el Estado debe estar acompañando y subsidiando el proceso. La verdadera participación, la ganancia de la credibilidad con relación a dichas organizaciones y el logro de acuerdos que superen la carencia de sentido de cooperación en el ámbito de los grandes sistemas hídricos, aunado al cumplimiento de pagos y acuerdos, al respeto a las normas y el ambiente, es un tema cultural, de aprendizaje y de respeto mutuo que toma mucho tiempo y tiene estrecha relación con cada región y lugar.

Sendos informes sobre la instalación de Consejos de Cuenca en México y Comités de «Bacia» (o cuenca) en el Brasil, así como la experiencia más corta del

Perú, dan cuenta de las dificultades para que estos sistemas sean operativos. Los consejos solo tienen valor si disponen de un sólido y estable grupo técnico local de apoyo y recursos financieros para mantener dicho equipo de apoyo, que debe estar ubicado lo más cerca de la o las cuencas, así como de los recursos para hacer inversiones. El reglamento, roles y atribuciones de dichos consejos deben ser claros para garantizar la representatividad de los actores y dar un real valor a las decisiones del Consejo sin relegarlo a un rol solo consultivo.

En resumen, las investigaciones y reflexiones contenidas en diferentes estudios que analizan las situaciones en zonas de escasez de agua dan cuenta de las tareas que se tienen que ejecutar para lograr alcanzar capacidades colectivas que hagan frente a la escasez de agua, tanto por razones naturales como por el efecto del aumento de las demandas sobre el recurso.

La compleja tarea es ayudar a modificar los enfoques mentales cuando se interviene sobre el agua, lo que es una forma de crear una nueva cultura del agua, para pensar en el ámbito de las cuencas y sus habitantes y ecosistemas, considerando el efecto de cada acción en los demás y el medio ambiente.

Ojalá se puedan lograr acuerdos actuando en forma participativa, valorando el conocimiento local, invirtiendo en conocer el medio intervenido y logrando acuerdos entre actores de muy diferente origen, poderes políticos y financieros que compartan un mismo sistema hídrico, pero al mismo tiempo haciendo respetar los acuerdos y las leyes para los cuales las autoridades del agua deben disponer de capacidades adecuadas y ganarse respeto y credibilidad con su accionar.

Bibliografía

ORÉ, María Teresa y Gerardo DAMONTE (editores) *et al.*

2014 *¿Escasez de agua? Reto para la gestión de la cuenca del río Ica*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

PRADILLO, Beatriz

2015 *Estrés del agua*. 5 de enero. Disponible en <<http://www.iagua.es/blogs/beatriz-pradillo/estres-agua>>

SECCIÓN V

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO DE LAS AGUAS:
DERECHOS DE USO**

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO DEL AGUA

YURI A. PINTO ORTIZ
Autoridad Nacional del Agua | Perú

En el presente capítulo abordamos el tema de la naturaleza jurídica del agua, a fin de explicar los alcances de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos, en cuanto se refiere al dominio público del agua.

1. A manera de ejemplo: el caso del Proyecto Isla San Lorenzo

A fines de la década pasada, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada Perú (ProInversión) desarrolló un proyecto inmobiliario, comercial y turístico en la Isla San Lorenzo, el cual consideraba la construcción de edificios de viviendas, centros comerciales y hoteles en un área de 350 hectáreas aproximadamente. Además, contemplaba la construcción de un puente desde la costa del Callao hasta la Isla San Lorenzo.

Faltando poco para la respectiva convocatoria del concurso de la entidad encargada de ejecutar el proyecto, se advirtió que la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos (en adelante, LRH), considera a las islas como *bienes de dominio público hidráulico*. Los especialistas de los diferentes sectores del gobierno interpretaron que dicha clasificación se encuentra dentro de los alcances del artículo 73 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, Constitución), el cual establece lo siguiente:

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico. (El énfasis es nuestro.)

El criterio adoptado en ese momento implicaba que las islas, al ser bienes de dominio público hidráulico, no pueden ser objeto de transferencia; por tal razón, no fue posible continuar con el proyecto.

A lo largo del presente artículo notaremos que el concepto de *bien de dominio público hidráulico* tiene connotaciones que probablemente no fueron advertidas por el legislador al momento de elaborar la LRH y que sololos pudieron ser percibidas posteriormente, al momento de aplicar la norma a casos concretos. En este contexto procederemos a explicar los fundamentos que motivaron los artículos de la LRH referidos a la naturaleza jurídica del agua.

2. La Ley de Recursos Hídricos y el concepto de Bien de Dominio Público Hidráulico

El artículo 7 de la LRH establece que tanto el agua como los bienes naturales asociados a esta constituyen bienes de dominio público hidráulico.¹

Constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la presente Ley, el agua [...] y los bienes naturales asociados a esta [...].

A fin de poder entender en qué consisten los bienes naturales asociados al agua, resulta importante tener en cuenta que esta nunca se presenta sola, como un recurso aislado, toda vez que necesita un soporte, un depósito o un continente en el cual pueda permanecer y/o a través del cual pueda discurrir. Estos últimos son definidos por la LRH como bienes asociados al agua, los cuales pueden ser considerados como aquellos bienes indispensables para el aprovechamiento del recurso y por tal motivo le son inherentes.

Los bienes asociados al agua son de dos clases:

- a. Naturales, categoría en la cual se encuentran los cauces, riberas, fajas marginales, entre otros; y,
- b. Artificiales, categoría en la cual se encuentran las obras ejecutadas por el ser humano, tales como las represas, canales, bocatomas, tuberías, defensas ribereñas, entre otras.

La LRH, además de incorporar el concepto de bienes asociados al agua, precisó que cuando estos son naturales les corresponde la categoría de bienes de dominio

1 El artículo 3 del Reglamento de la LRH también desarrolla este concepto e indica que son bienes de dominio público hidráulico tanto las fuentes naturales de aguas como los bienes naturales asociados al agua. Además, agrega que en general son aquellos bienes considerados como estratégicos para la administración pública del agua.

público hidráulico, definición que fue establecida con la finalidad de delimitar el ámbito de actuación de la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA). De esta manera, con excepción del uso primario del agua, todas las intervenciones de las personas sobre estos bienes deben ser autorizadas por la ANA, la cual se constituye como la autoridad única y exclusiva para la administración del agua y sus bienes asociados naturales.

Cabe señalar que la LRH ha tomado como referencia el término «bienes de dominio público hidráulico» inspirada en el Texto Refundido de la Ley de Aguas de España, el cual establece en su artículo 1 que las aguas continentales superficiales y las subterráneas renovables constituyen un recurso unitario que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Asimismo, el artículo 2 de la referida norma contiene la definición de dominio público hidráulico:

Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

- a. Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.
- b. Los cauces de corrientes naturales continuas o discontinuas.
- c. Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- d. Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- e. Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

Sin embargo, al incorporar los conceptos de la ley española para delimitar el ámbito de actuación de la ANA, no se consideraron todas las consecuencias de orden jurídico que dicha acción generaba, tal como la evidenciada en el desarrollo del Proyecto Isla San Lorenzo.

3. Bien de dominio público versus bien de uso público

Mientras el artículo 7 de la LRH dispone que el agua es un bien de dominio público, el artículo 2 de la referida norma establece que el agua es un bien de uso público. Indudablemente existe una contradicción entre ambos dispositivos, por lo que procederemos a analizar si se puede considerar al agua como un bien de dominio público, como un bien de uso público o si tiene una naturaleza jurídica distinta.

En una primera aproximación podemos señalar que el agua, en tanto se encuentra en su fuente natural, es un bien de uso público, toda vez que, según el artículo 73 de la Constitución, los bienes de uso público pueden ser otorgados a un tercero

para un aprovechamiento económico. En el caso del agua, la misma es otorgada en uso por el Estado a fin de que pueda ser empleada como insumo en actividades económicas y/o para el abastecimiento de las poblaciones.

Sin embargo, una vez que el agua sale de su fuente natural, en mérito de un título habilitante otorgado por el Estado, el cual en materia de recursos hídricos puede ser una licencia, un permiso o una autorización, deja de ser un bien de uso público y se convierte en un bien de uso privativo que corresponde al titular del referido título habilitante.

Por otro lado, cabe indicar que los bienes naturales asociados al agua, es decir las fuentes naturales, siempre mantendrán su condición de bienes de dominio público, toda vez que, de conformidad con el artículo 73 de la Constitución, sobre estos no se pueden adquirir derechos y los mismos mantienen su condición de inalienables e imprescriptibles.

Adicionalmente, consideramos necesario efectuar un análisis detallado del artículo 2 de la LRH, el cual dispone lo siguiente:

El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y *su administración solo puede ser otorgada* y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. *No hay propiedad privada sobre el agua.* (El énfasis es nuestro).

Al respecto, cabe realizar las siguientes observaciones:

- a. El artículo incurre en imperfección al establecer: «su administración solo puede ser otorgada [...]». El Estado es quien administra el recurso y lo único que puede otorgar a terceros es su uso, mas no la administración. Esta deficiencia normativa es producto de una inadecuada redacción, toda vez que la fórmula original expresaba lo siguiente: «Es un bien de uso público y *su uso solo puede ser otorgado* [...]». No obstante, por tratar de mejorar esta fórmula, el artículo quedó redactado de la manera que todos conocemos, prestándose a confusiones.
- b. El artículo recoge la teoría del «dominio eminente» al señalar que el agua constituye patrimonio de la Nación. Hasta esa primera oración debemos entender que no existe propiedad sobre el agua.

Sin embargo, el mismo artículo incurre en ambigüedad al señalar en su parte final: «No hay propiedad privada sobre el agua». Al respecto, debemos destacar que sobre el agua, tal como ocurre con los demás recursos naturales, no existe propiedad pública ni privada. El Estado no es el propietario del agua; no obstante, ejerce un dominio eminente, el cual le permite legislar, administrar, otorgar derechos y resolver controversias que se puedan suscitar en torno a dicho recurso.

En atención a estas observaciones y en un segundo nivel de análisis más profundo, consideramos que no resulta técnicamente apropiado señalar que el agua es un bien de dominio público. Es más, según la Ley n.º 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (en adelante, LGSNBE), los bienes de dominio público son bienes estatales² y, como se ha explicado líneas arriba, el agua no pertenece al Estado.

De esta manera, considerando lo expuesto anteriormente, podemos afirmar que el agua tiene una naturaleza o condición distinta a la de los bienes de dominio público.

4. Consecuencias de considerar al agua como un bien de uso público

Adoptar una posición sobre la naturaleza jurídica del agua, es decir, señalar si es un bien de uso público, de dominio público o de naturaleza diferente, acarrea consecuencias distintas. A manera de ejemplo, nos referiremos a la incidencia que tiene la determinación de la naturaleza jurídica del agua sobre la retribución económica por el uso de dicho recurso.

La retribución económica por el uso del agua es la contraprestación económica que debe ser pagada al Estado por aquellas personas que utilizan dicho recurso, por el simple hecho de tratarse de un recurso que es patrimonio de la Nación. Al respecto, la naturaleza jurídica del agua determinará si la retribución económica constituye un tributo o no.³

Para ello, cabe recordar que los «derechos» son tributos que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.⁴ En tal sentido, si consideramos al agua como un bien de uso público, concluiríamos que la retribución económica por el uso del agua constituye un tributo que debe ser pagado al Estado.

Sin embargo, el artículo 20 de la Ley n.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (en adelante, LOASRN), define la retribución económica de la siguiente manera:

Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.

2 Adicionalmente, el artículo 2 del Reglamento de la LGSNBE, aprobado mediante D. S. n.º 007-2008-VI-VIENDA, dispone que los bienes de dominio público son aquellos destinados al uso público y aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público.

3 Existen tres tipos de tributos: impuestos, contribuciones y tasas.

4 Las tasas son tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente y pueden ser, entre otras, las siguientes: arbitrios, derechos y licencias.

Los derechos son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.

El canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por sus leyes especiales.

En consecuencia, podemos colegir que la retribución económica por el uso de los recursos naturales tiene una naturaleza jurídica distinta a la del canon y tributos, los cuales se rigen por sus leyes especiales.

Además, la naturaleza jurídica del agua es distinta a la de los bienes de uso público, por lo que resulta lógica la redacción del referido artículo 20 de la LOASRN. Cabe precisar que el artículo 29 de la LOASRN establece lo siguiente:

Las condiciones del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, por parte del titular de un derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, son:

[...]

d. Cumplir con la retribución económica correspondiente, de acuerdo con las modalidades establecidas en las leyes especiales.

En ese sentido, queda claro que la retribución económica a que se refiere el artículo 90 de la LRH no es un tributo y su regulación está contemplada en la referida Ley especial, precisamente en cumplimiento de lo dispuesto por el precitado artículo de la LOASRN.

5. Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica del agua

Para efectos de este artículo, definiremos a la naturaleza jurídica como las características esenciales que distinguen a un bien de otro y, bajo esta premisa, notaremos que no existe un tratamiento uniforme en la legislación sobre la naturaleza jurídica del agua.

Así, el artículo 885 del Código Civil considera como bienes inmuebles al mar, lagos, ríos, manantiales, corrientes de agua y aguas vivas estanciales, en tanto que el artículo 185 del Código Penal equipara al agua como un bien mueble.

Más allá de establecer si se trata de un bien mueble o inmueble debemos tener presente que el agua es un recurso con características similares a las de un bien de uso público (puede ser otorgada a terceros); no obstante, al mismo tiempo debemos resaltar que esa no es su verdadera naturaleza.

La naturaleza jurídica del agua es la de un recurso natural y como tal se encuentra regulado por un régimen especial, mediante el cual el Estado ejerce la facultad de administrar y desplegar su *Ius Imperium* sobre el agua, con lo cual finalmente diremos que es un bien común que le pertenece a toda la Nación.

En la misma línea, la politóloga Elinor Ostrom, una de las principales exponentes de los estudios sobre los bienes comunes y organizaciones colectivas, y a quien le fue concedido el Premio Nobel de Economía en el año 2009, hace alusión a los bienes procomunes, los cuales son definidos como aquellos bienes que se producen, se heredan o se transmiten en una situación de comunidad, dentro de los cuales se encuentra el agua. De esta manera, se puede afirmar que los bienes comunes son aquellos que son compartidos por una comunidad y que las personas que habitan en ella tienen derecho a disfrutar, utilizar o explotar (Moral Ledesma 2013: 6).

6. Naturaleza del título habilitante para hacer uso del agua

El título habilitante es el documento que emite el Estado, mediante el cual faculta el uso del recurso agua a un particular. Al respecto, la LRH hace referencia a los derechos de uso de agua y establece que son de tres clases: licencias, permisos y autorizaciones.

Resulta pertinente precisar que el único título habilitante o derecho que faculta el uso del agua para una actividad de carácter permanente es la licencia de uso de agua. Los permisos y las autorizaciones son derechos eventuales que permiten el uso del agua por un periodo corto.

Ahora bien, partiendo de la idea de que el agua es un recurso natural, se debe tener presente lo dispuesto por el artículo 66 de la Constitución:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

En un primer análisis podemos señalar que, según la norma constitucional, para usar el agua se requiere de una concesión y no de una licencia, permiso o autorización como señala la LRH. Sin embargo, no debemos olvidar que según la propia Constitución, «[...] por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares». En tal sentido, es la LOASRN la que posibilita la coexistencia de las concesiones y licencias, toda vez que el artículo 24 de la citada ley señala lo siguiente:

Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales, tienen los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

De esta manera, si bien la licencia de uso de agua tiene los mismos alcances que una concesión, cabe señalar que formalmente son diferentes, puesto que la licencia es otorgada mediante una resolución administrativa, mientras que la concesión se brinda a través de un contrato.

Por otro lado, existe una discusión sobre la naturaleza jurídica de la licencia de uso de agua, sobre si es o no un derecho real. Al respecto, cabe recordar que los derechos reales consisten en la vinculación entre personas y cosas, y los mismos se encuentran clasificados en el Código Civil de la siguiente manera: posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie y servidumbres.

Considerando que la licencia faculta el uso del agua, en principio podríamos señalar que se trata de un derecho real bajo la modalidad de uso. No obstante, existen características que distinguen a la licencia de un derecho real «puro» regulado por el Código Civil, tales como el hecho de que en el primer caso el Estado nunca pierde el dominio sobre el recurso hídrico ni la facultad de revocar el derecho que otorga, siguiendo el respectivo procedimiento para ello. Asimismo, cabe reiterar que la licencia se otorga unilateralmente y nunca en mérito de un contrato.

Asimismo, si bien la LRH no efectuó ninguna distinción entre la concesión y la licencia de uso de agua, dicha norma sí estableció con toda claridad que no se puede adquirir propiedad sobre las aguas, que no se puede transferir las aguas a terceros y que cualquier acción requiere de la autorización previa del Estado, el cual siempre va a mantener la potestad sobre el recurso.

Finalmente, todo ello nos permite señalar que la licencia de uso de agua no es un derecho real. Para el caso de los títulos habilitantes otorgados por el Estado para el uso de un recurso natural, algunos tratadistas han desarrollado el concepto de derecho real administrativo, el cual puede ser definido como un derecho tradicional del derecho privado que recae sobre un bien de dominio público y que, por ende, se encuentra sometido al régimen jurídico del derecho administrativo. En otras palabras, los derechos reales administrativos son aquellos derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público (González Pérez 2013: 89).

7. Conclusiones

- a. La definición de bienes de dominio público hidráulico se estableció para delimitar el ámbito de competencia de la ANA, la cual ejerce jurisdicción exclusiva sobre dichos bienes.

- b. La naturaleza jurídica del agua es la de un recurso natural y como tal no existe propiedad, ni pública ni privada, sobre dicho recurso. Asimismo, el agua es administrada por el Estado, el cual sin ser propietario ejerce su *Ius Imperium* y regula y sanciona en materia de agua.
- c. La retribución económica que los usuarios deben pagar por el uso del agua no es un tributo.
- d. El agua es un recurso natural regulado por la LOASRN y la LRH, marco legal distinto al de los bienes de uso público, los cuales se encuentran regulados por la LGSNBE.

8. Bibliografía

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

1993 *Constitución Política del Perú*. 30 de diciembre.

1997 Ley Orgánica. Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. 26 de junio.

2009 Ley n.º 29338. Recursos Hídricos. 31 de marzo.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús

2013 *Los Derechos Reales Administrativos*. San Cristóbal de La Laguna.

MINISTERIO DE AGRICULTURA

2010 Decreto Supremo n.º 001-2010-AG. 24 de marzo.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

2013 Decreto Supremo n.º 133-2013-EF. Código Tributario. 26 de junio.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE DE ESPAÑA

2001 Real Decreto Legislativo 1/2001. 24 de julio.

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO

2008 Decreto Supremo n.º 007-2008-VIVIENDA. 15 de marzo.

MORAL LEDESMA, Beatriz

2013 *Un acercamiento a la gestión de los bienes comunes y las organizaciones colectivas en el Primer Sector en Euskadi*. Álava. Consulta: 22 de agosto de 2014.
<http://www.katilu.net/bienescomunes/ca/pdfs/Bienes_Comunes/files/res/downloads/BCC.pdf>

PODER EJECUTIVO

1984 *Código Civil*. 25 de julio.

1991 *Código Penal*. 8 de abril.

TOLEDO PARREÑO, Adolfo

2011 *El agua entre letras, tiempo y pensamiento. Acercamientos para un diálogo acerca del agua: Ensayo*. Consulta: 22 de agosto de 2014.
<www.ana.gob.pe/media/391057/el%20agua%20entre%20letras.pdf>

DERECHOS DE USO DEL AGUA EN BRASIL: PRIVATIZACIÓN Y CONFLICTOS SOBRE UN DERECHO FUNDAMENTAL

JOÃO AMORIM
Universidad de São Paulo | Perú

1. Introducción. 2. El régimen jurídico brasileño. 3. Los derechos de uso en Brasil. 4. La cobranza por el uso del agua. 5. La crisis hídrica actual en Brasil, especialmente en la ciudad de São Paulo. 6. Conflictos por el agua en Brasil. 7. Consideraciones finales. 8. Bibliografía.

1. Introducción

Brasil posee una de las más extensas redes fluviales del planeta, 55,457 km² de ríos —lo que corresponde a 1,66% de la superficie del mundo— con un caudal promedio de 160,000 m³/s al año. La precipitación promedia en el país es de 1,783 mm/año, y su potencial hidrológico corresponde al 12% de todo el agua dulce existente en el planeta (53% de todo el agua superficial de Sudamérica) para utilización inmediata. Este total equivale a aproximadamente 8,233 km³/año, si consideramos la afluencia del caudal total de la cuenca amazónica; y es de 5,418 km³/año, si consideramos valores de tan solo la Amazonía brasileña.

Con respecto a las aguas subterráneas, el país está igualmente bien dotado. Se estima que las reservas de agua subterránea totalicen 112,000 km³ y la contribución promedio a la descarga de los ríos sea de 2,400 km³/año (Rebouças, Aldo da Cunha, Benedito Braga (Galizia Tundisi 2006: 134)).¹

1 En Argentina la contribución promedio multianual es de 128 km³/año, en Paraguay de 41 km³/año y en Uruguay de 23 km³/año; esto nos permite tener una noción del volumen perteneciente a Brasil (Cf. ABAS – Associação Brasileira de Aguas Subterráneas, disponible en <www.abas.org>).

Estos valores ponen al país en el primer lugar en el mundo en cuanto a riqueza hídrica, adelante de países como Rusia, Estados Unidos de América, Canadá y China. Sin embargo, en términos de acceso y distribución per cápita, la situación es totalmente diferente, pues el país se encuentra en la 26.^a posición (48 314 m³/hab/año), por detrás de países con riqueza y potenciales hidrológicos mucho más modestos como La Guyana Francesa (3.^o), El Surinam (6.^o), Gabón (9.^o), Bolivia (16.^o), Chile (20.^o) y Costa de Marfil (22.^o) (Borghetti, Boscardin, Borghetti, Filho y Ernani 2004: 56-57).²

Esto quiere decir que los problemas hidrológicos y la falta de abastecimiento perenne o temporal en algunas regiones del país no son fruto de la inexistencia o indisponibilidad de agua, o exclusivamente del cambio de determinado patrón de distribución de lluvias, sino, principalmente, de la mala gestión y cuestiones que abarcan fuertes intereses políticos y económicos.³

Siendo Brasil uno de los países más ricos en disponibilidad de agua, aún mantiene al 20% de su población, aproximadamente, sin acceso a los servicios o mantenciales de agua potable; y al 53% sin acceso al servicio de alcantarillado; y una porción aún mayor con acceso al agua, pero con bajos patrones de potabilidad y con altos costos. Sumado a esto, el país tiene en la actualidad, aproximadamente un 25% de su población, en su mayoría ubicada en sus principales metrópolis, sin agua por la crisis hídrica que se ha establecido en el país.

Los que cuentan con acceso a los servicios públicos de agua y alcantarillado en algunas regiones del país, principalmente en la región metropolitana de São Paulo, frecuentemente están privados del suministro de agua por diversas razones que van desde el rompimiento constante de las tuberías —por la falta de mantenimiento de la red o por la simple inacción de las autoridades—, hasta la disminución del acceso al agua debido a los racionamientos no oficiales o por la alternación de la presión de las cañerías, a causa de las autoridades estatales, ante periodos de escasez o sequía, especialmente en los barrios más pobres y en las periferias de las grandes metrópolis.

2 Datos de la FAO, compilados y mencionados por Borghetti N., Boscardin, Borghetti J. R., Filho, y Ernani.

3 A pesar de la bajísima pluviosidad del semiárido nordestino, algunos investigadores apuntan el hecho de que algunas de las cuencas hidrográficas estaduais de la región contengan, incluso en la misma época de sequía, agua suficiente para atender integralmente la demanda poblacional. Sin embargo, aún no existe una red de canales y tuberías que haga llegar el agua al pueblo. Por décadas, la llamada «industria de la sequía» ha sostenido el poder político de algunas autoridades de la república brasileña, a costa de mantener subsidios públicos, construir embalses, suministrar agua por camión-tanque o sobre las espaldas del asno. Esta situación, que ha perdurado por generaciones ha llevado a la penuria o al éxodo a miles de personas.

2. El régimen jurídico brasileño

Bajo el orden constitucional,⁴ la Ley n.º 9.433 del 1/08/1997 estableció la Política Nacional de Recursos Hídricos, creó el Sistema Nacional de Gerenciamiento de Recursos Hídricos, y cambió el artículo 1.º de la Ley n.º 8.001 del 13/03/1990, que a su vez ha modificado la Ley n.º 7.990/89.⁵ Antes Brasil contaba, en su marco jurídico relacionado con el agua, con el Código de Aguas, el Decreto n.º 24.643 de 1934, parcialmente revocado por la nueva Ley de Recursos Hídricos.⁶

La Política Nacional de Recursos Hídricos contiene la misma confusión conceptual existente en el texto de la Constitución Federal, que se refiere tanto al *agua* como al *recurso hídrico*, con el mismo significado.

La necesidad de diferenciación tiene mucho más de técnica jurídica que de cualquier preciosismo semántico o vernacular. «*Agua* es el elemento natural, descomprometido de cualquier uso o destinación. Es el género. Recurso hídrico es el agua como bien económico, destinada a la utilización para cierta finalidad productiva» (Pompeu 1999: 662).

4 Numero XIX, del artículo 21, de la Constitución Federal. Más allá de obedecer el mandato constitucional a fin de establecer una política nacional para el gerenciamiento de recursos hídricos, la Ley n.º 9.433/97 reglamenta el mencionado ítem constitucional, para determinar criterios para la entrega de uso de recursos hídricos.

5 La Ley n.º 7.990/89, instituyó para los estados, el Distrito Federal y los municipios una compensación financiera por el resultado económico de la explotación de petróleo y gas natural, de los recursos hídricos para el aprovechamiento en la generación de energía eléctrica, de los recursos minerales de sus respectivos territorios, y en las zona que les toque mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental. La Ley n.º 8.001/90 definió los percentiles de la compensación financiera creada por la Ley n.º 7.990/89. Algunas de sus disposiciones fueran alteradas por la Ley n.º 9.984/2000, que ha creado la Agencia Nacional de Aguas (ANA) y por la Ley n.º 9.993/2000. La Ley n.º 9.993/00 incluso destina recursos de la compensación financiera por la utilización de los recursos hídricos para fines de generación de energía eléctrica y por la explotación de recursos minerales para el sector de ciencia y tecnología, a través de la aplicación del 4% del total de recursos recaudados para el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FNDCT), el 3% del total de recursos recaudados para los ministerios del Medio Ambiente y de Minas y Energía, respectivamente. Del 4% de los recursos destinados al FNDCT, el 30% deberá, ser necesariamente destinado a proyectos desarrollados por instituciones de investigación ubicadas en las regiones Norte, Nordeste y Centro-Oeste. Las Leyes n.º 8.001/90 y 9.993/00 fueran reglamentadas por el Decreto n.º 3.886 del 16/07/2001.

6 Aún siguen en vigencia, según la Secretaria de Recursos Hídricos del Ministerio del Medio Ambiente, tomando como base el trabajo desarrollado por Cid Tomanik Pompeu, diversos artículos del Código de Aguas de 1934, entre los cuales están los artículos 1, 9, 16, 18 a 22, 24 a 28, 34 a 38, 45, 46, 48 a 60, 61 (*caput*), 65, 67, 68 a 70, 71 (salvo su § 3º, pues el Código establecía que el uso de los aguas para las «primeras necesidades de la vida» tendría siempre preferencia sobre las demás y la Ley n.º 9.433/97 solo establece tal preferencia en «situaciones de escasez»), 89 a 95, 97 a 103, 105 a 109, 118 y 120 a 138. Información disponible en <<http://www.mma.gov.br/port/srh/politica/legislacao/artcod.html>>

De esta manera y en estricto rigor técnico-jurídico, la Ley n.º 9.433/97 estableció una política pública que tutela la utilización del agua como factor económico solamente. Nosotros ya no tenemos una ley de *aguas*, sino solo un código de recursos hídricos (Machado 2002: 25).

Y con eso adoptamos un régimen jurídico que cuida del agua solamente como un factor económico, hasta que exista en la doctrina brasileña quien comprenda que no hay necesidad de tanto rigor técnico sino también conceptual.⁷

Si bien es cierto que además de que la ley establece que el agua es de dominio público, en sus principios también afirma que es un *bien dotado de valor económico*. En esta ley, Brasil ha establecido una política pública que reverencia los cánones neoliberales de la privatización del agua —o, por lo menos, solamente su tratamiento como *bien*, como *recurso*, como algo que tiene *valor* bajo la mirada

7 Maria Luiza Machado Granziera es una de las académicas que discorda con este abordaje, al sostener que la Ley n.º 9.433/97 no hace discriminación de la diferencia entre agua y recurso hídrico, por ser el agua un elemento natural como el petróleo, y que «solamente a partir del momento en que se torna lo necesario para un fin específico, de interés para las actividades ejercidas por el hombre, es que ese elemento puede ser considerado como recurso» (En: Machado Granziera, Maria Luiza. 2003, p. 28). La cuestión del rigor conceptual, hasta ahora olvidada y desde hace mucho abolida de los cursos de grado en Derecho, es fundamental, porque el Derecho es, sobre todo, una herramienta formal de regulación de conductas sociales y del que no se puede prescindir, para su eficacia integral, de la rigurosa delimitación conceptual del objeto de su disciplina. Mientras que, por un lado, el Código de Aguas y la Ley de la Política Nacional de Recursos Hídricos, así como la Constitución Federal, no hagan la debida distinción entre agua y recursos hídricos, es decir, entre el elemento natural utilizado para otros fines, y aquellos de «interés para las actividades ejercidas por el hombre»; por el otro, la carencia de la distinción en los textos legales no puede ser mirada por el intérprete por lo que piensa del Derecho, como una autorización para el abandono al rigor conceptual, sobre todo cuando los términos sinónimos tienen una relevancia distinta. Aprovechando el ejemplo de la autora mencionada, si el agua y petróleo son dos elementos naturales, inmiscibles por naturaleza, también es inmiscible su abordaje jurídico. El petróleo solo posee objetivos económicos. Así, no se haga diferencia en su tratamiento en los textos legales u otros, como petróleo o recurso mineral. En cambio el agua tiene importancia para el hombre, independientemente de sus fines económicos, debido a su esencialidad para la manutención de la vida y del equilibrio ecológico. Por tanto, tratar jurídicamente el petróleo como recurso mineral no puede significar lo mismo que tratar el agua como recurso hídrico. Como dice Mohamed Bourguerra (ob. cit., p. 46), «agua es vida, y por eso es insustituible, a diferencia del petróleo». La distinción conceptual, por tanto, es necesaria, pero aún no se ha hecho satisfactoriamente en los campos doctrinario y legal. Corroborando este entendimiento, Cid Tomaniuk Pompeu señala que: «En el estudio de las materias relativas al agua, debiese tener presente la distinción entre el significado del vocablo *agua* y el de la expresión *recurso hídrico*, pues es común encontrar, en leyes y manifestaciones doctrinarias y técnicas, la utilización del vocablo y de la expresión como sinónimos, lo que no es verdad. *Agua* es el elemento natural, descomprometido de cualquier uso o utilización. Es el género. *Recurso hídrico* es el agua como bien económico, utilitario, pasible de uso con tal fin. Por esta razón tenemos un *Código de Aguas* y no un *Código de Recursos Hídricos*. [...] La Ley sobre la Política Nacional de Recursos Hídricos, según su resumen, aborda el agua en la condición de *bien económico*, de *recurso hídrico*». En: Amorim, João Alberto Alves. 2015, p. 71. Los énfasis son del texto original.

exclusiva del mercado—, al revés de garantizar su acceso universal como un derecho humano fundamental.

De otro lado, también es cierto que «para el Derecho no importa solo la perspectiva económica, una vez que la economía mira solo tres puntos (trabajo, tierra y valor),⁸ ya que el Derecho tiene por objeto intereses que son realizados dentro de este trío y otros más, tanto del individuo como de la sociedad» (Bevilacqua 1999: 214).

Por esto es necesario el rigor conceptual y empezar el análisis jurídico sobre el agua y sobre las implicaciones sociales de la ley mediante la investigación del léxico específico, más allá de los simples términos técnicos, ya que

La constitución de una terminología própria marca, em toda a ciência, el advenimiento u el desarrollo de una conceptualización nueva, assinalando, así, un decisivo de su história. Si lo podría mismo decir que la historia particular de una ciência se resume em la de sus términos (Benveniste 1999).

Así, al establecer una Ley de Recursos Hídricos y no de *aguas*, Brasil ha tomado una opción muy clara con respecto a los principios y premisas sobre la gestión de sus aguas: la opción del mercado, basada en una ideología de que *todo* puede convertirse en un recurso y ser gestionado bajo las reglas y leyes de este.

Siguiendo los comandos y principios establecidos en la segunda Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de Naciones Unidas, ocurrida en Dublín, en 1992, e impuestos mundialmente por las instituciones que comandan el orden económico mundial desde entonces; la Ley n.º 9.433/97 reorganizó el sector de planeamiento y gestión de los recursos hídricos bajo cuatro principios básicos:

- a. La adopción de la cuenca hidrográfica como unidad de planeamiento, lo que permite, más fácilmente, lo confrontación entre la disponibilidad de la demanda, esenciales para lo establecimiento del *balance hídrico*.
- b. Los múltiples usos de los recursos hídricos, que ubica todas las categorías usuarias en igualdad de condiciones en términos de acceso.⁹
- c. El reconocimiento del agua como bien finito y vulnerable, dotado de valor económico.¹⁰

8 En verdad, trabajo, tierra y capital, una vez que, en síntesis apretada, el *valor* es el resultado obtenido de la aplicación simultánea de estos factores.

9 Tradicionalmente, en Brasil, el sector de energía hidroeléctrica actuaba como único agente del proceso de gestión de recursos hidrológicos superficiales.

10 Por este principio, o, mejor, por la adopción de esta perspectiva, la Ley n.º 9.433/97 procura inducir el uso racional del agua, con la utilización de un instrumento económico, el establecimiento de un *precio* del agua, lo que servirá de base, incluso, para la viabilidad de uno de los instrumentos por ella establecidos, la *cobranza por el uso de recursos hídricos*. En verdad, el *precio* del agua, que no se confunde con las tarifas por el servicio público de captación, trata-

- d. La definición de la gestión descentralizada y participativa, cuya filosofía es la de que todo lo que pudiese ser decidido en niveles jerárquicos más bajos del Gobierno, no será resuelto por los niveles más altos; y de que la toma de decisiones debe englobar la participación de los usuarios, de la sociedad civil organizada, ONG y otros agentes interesados.

Como instrumentos de gestión, la Política Nacional de Recursos Hídricos establece:

- a. El Plan Nacional de Recursos Hídricos.
- b. La entrega de derechos de uso (por concesión, permiso o autorización).
- c. La cobranza por el uso del agua.
- d. El encuadre de los cuerpos hídricos en clases de uso.¹¹

Por lo tanto, uno de los fundamentos filosóficos de la Política Nacional de Recursos Hídricos se ubica en la definición del agua como bien de dominio público, dotado de valor económico. Aunque en verdad, el agua ya era jurídicamente tutelada como *bien público de uso común del pueblo* mucho antes de 1997.

Ya en el Código Civil de 1916, en su artículo 65, se establecía la clasificación de los bienes de la Unión y de los estados de la Federación como bienes públicos, con los mares y ríos destinados¹² al *uso común del pueblo*.¹³

Además, en 1988, el agua renueva su clasificación de *bien público de uso común del pueblo*, en función del establecimiento de su titularidad para la Unión y los estados, así como por el hecho de ser parte del medio ambiente. Por el artículo 225 de la Constitución, su clasificación como bien público y de uso común del pueblo es integral y en su nivel máximo de calidad («ecológicamente equilibrada»). De cualquier modo, es pasado y repisado que las aguas serán tuteladas como uno de los componentes del dominio público.

No obstante la Ley n.º 9.433/97 solamente confirmó la titularidad del agua, pero no ha mencionado su designación para el uso público, lo que constituye una omisión jurídica peligrosa. Y el peligro de esta omisión radica justamente en la afirmación de que el agua es un *bien dotado de valor económico*, en la disminución del

miento y distribución de agua y la captación y tratamiento de alcantarilla, no es nada más que el *valor económico* que el mercado decide que el agua tiene, bajo sus propios intereses y criterios de lucro.

11 Véase la Resolución n.º 357 de CONAMA (Consejo Nacional del Medio Ambiente).

12 Afectación, según la doctrina, es la asignación del bien público al uso especial o al uso común del pueblo.

13 Artículo 66. En el Código Civil actual, estos dispositivos corresponden a los artículos 98 y 99, respectivamente.

estatus de su real importancia y significación, sobre todo cuando hay una tendencia mundial para definir su tratamiento jurídico mediante la ideología del mercado, la cual está basada en *derechos de propiedad* establecidos bajo los más diversos tipos jurídicos.

Los bienes de *uso común del pueblo*, «sirven fundamentalmente para la utilización indistinta por cualquier sujeto, en concurrencia igualitaria y armoniosa con los demás, de acuerdo con el empleo del bien y en condiciones que no le cause una sobrecarga inusual».¹⁴

Si la utilización libre, común, del bien público fuera hecha de manera sobrecargada o perjudicara su utilización igualitaria, o demandara cierta exclusividad en la utilización, entonces en estos casos se impone la manifestación del poder público para su utilización.¹⁵ Esta manifestación puede darse en el sentido de prohibir la utilización deseada o permitirla (Cf. Bandeira De Melo 1979: 551),¹⁶ concederla, autorizarla u otorgarla.¹⁷

Así, la entrega de derechos por el uso de los recursos hídricos como instrumento de la política nacional, no es más que el acto administrativo que, además de conceder la utilización del bien *agua*, reconoce implícitamente que tal utilización será desigual con respecto a la de los demás componentes de la sociedad.

De acuerdo con el numeral IV, del artículo 4.º, de la Ley Federal n.º 9.984, de 17 de junio de 2000, es competencia de la Agencia Nacional de Aguas - ANA entregar, por medio de una autorización, el derecho de uso de los recursos hídricos en cuerpos de agua de dominio de la Unión,¹⁸ así como expedir la entrega preventiva.

14 Íbidem, p. 782.

15 Ídem.

16 *Permiso* es el acto administrativo unilateral, discrecional, por lo cual se faculta, a título precario, al particular, la ejecución de obras y servicios de utilidad pública, o el uso excepcional de bien público, o la práctica de acto jurídico de oficio público.

17 *Entrega*, como acto administrativo, es el instrumento por lo cual el Poder Público atribuye al interesado el derecho de utilizar privativamente un determinado bien. La entrega de derecho de uso, como instrumento de la Política Nacional de Recursos Hídricos, no es nada más que la concesión a un determinado particular para que haga uso privativo del agua. Como establece el artículo 1.º de la Resolución n.º 16, del Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), del 8/5/2001, la entrega de derecho de uso de los recursos hídricos el «o acto administrativo mediante el cual la autoridad entregante faculta al otorgado, previamente o mediante el derecho de uso de recursos hídricos, por plazo determinado, en los términos y condiciones expresadas en el respectivo acto, considerando las legislaciones específicas vigentes (*sic*)». A pesar de la imprecisión de la definición de la Resolución del CNRH, se puede inferir que la entrega proporciona al otorgado el *derecho* de utilizar el agua de la respectiva fuente de derivación.

18 En los ríos del dominio de los estados de la federación, la competencia de la entrega es de los respectivos órganos del Estado.

También es competencia de la ANA la emisión de la *reserva de disponibilidad hídrica*, para fines de aprovechamientos hidroeléctricos y su consecuente conversión a la *entrega de derechos de uso de recursos hídricos*.

La entrega de estos derechos tiene como objetivo garantizar el control cuantitativo y cualitativo de los usos del agua y el efectivo ejercicio de los derechos de acceso a recursos.¹⁹

En estas condiciones destaca la importancia del Estado-gestor, puesto que la utilización del agua en esta condición de desigualdad debe ser analizada con criterio —con el rigor que la cuestión impone—, y su ejecución debe ser seguida con seriedad por el poder público, de modo que se impida conceder un privilegio en razón de la obtención de la satisfacción del interés público, y que el Estado no sea solo un representante de los intereses privados de ciertos grupos, en perjuicio del resto de la colectividad.

Aún más cuando —a pesar de la inmensa cantidad de instrumentos, garantías y disposiciones legales relativas a los usos de la destinación económica— la Política Nacional de Recursos Hídricos solo hace la priorización del uso del agua para el consumo humano y de los animales en la hipótesis de sequía o escasez,²⁰ contrariamente a lo que establecía la ley anterior —que ponía el uso de las aguas para «las primeras necesidades de la vida» prioritariamente para los demás—. ²¹ La mención a la importancia del agua para la vida del ser humano es hecha esa única vez en la ley actual.

19 La Resolución n.º 141, de 10/07/2012, del CNRH, establece criterios y directrices para la implementación de los instrumentos de entrega de derecho de uso de recursos hídricos y de encuadramiento de los cuerpos de agua en clases, según los usos preponderantes, en ríos intermitentes y efímeros. La Resolución n.º 140, de 21/03/2012, del CNRH, establece criterios generales para la entrega del lanzamiento de efluentes con fines de dilución en cuerpos de agua superficiales. La Resolución n.º 65, de 07/12/2006, del CNRH, establece las directrices de articulación de los procedimientos para obtención de la entrega de derecho de uso de recursos hídricos con los procedimientos de licenciamiento ambiental. La Resolución n.º 37, de 26/03/2004, del CNRH, establece directrices para la entrega de recursos hídricos para la implantación de presas en cuerpos de agua de dominio de los estados, del Distrito Federal o de la Unión. La Resolución n.º 29, de 11/12/2002, del CNRH, define directrices para la entrega de uso de los recursos hídricos para el aprovechamiento de los recursos minerales. La Resolución n.º 16, de 08/05/2001, del CNRH, establece criterios generales para la entrega de derecho de uso de los recursos hídricos.

20 Esta disposición legal así sea clara, constituye una regla de aplicación muy difícil en Brasil. Para que se garantice el acceso prioritario a las personas y animales en situaciones de sequía o escasez, bajo el mandato legal, es necesario que el Poder Público declare un estado de calamidad o emergencia. Solo después de esta declaración oficial es que se puede establecer legalmente acciones de racionamiento, restricción del uso o uso prioritario (para el consumo humano y animal) del agua. Pero esta declaración de emergencia o calamidad no es de fácil adopción por los gestores y agentes políticos, más preocupados por su popularidad electoral y su propia imagen, principalmente si hay la posibilidad concreta de que la medida pueda ser entendida como prueba de una mala gestión.

21 Conforme dispuesto en el § 3.º, del artículo 71, del Código de Aguas de 1934.

Los objetivos constantes del texto legal de la Política Nacional de Recursos Hídricos son de satisfacción dudosa, si se compara con la realidad actual de la gestión emprendida por los titulares del dominio sobre los aguas y con la *mens legis* que yace sobre el texto de sus artículos —que priorizan la utilización del agua para los sectores productivos, dando un tratamiento muy tímido, y en varias disposiciones inexistente, en cuanto a la prioridad de estos recursos en la manutención de la vida humana.

Esta situación conduce a la conclusión de que el Estado brasileño continúa dando tratamiento jurídico infraconstitucional al agua: como un catalizador para el desarrollo económico de ciertos sectores de su sociedad y no como derecho fundamental para la manutención de la calidad de vida, y de la propia vida de sus habitantes.²²

Pese a que el país ocupa el primer puesto en el mundo en disponibilidad hídrica y el puesto 26.º en distribución social de esta riqueza, en el ámbito constitucional, legal o jurisprudencial no se reconoce el derecho humano de acceso al agua, como si lo han hecho todos los demás países que le hacen frontera y comparten con él algunas de las principales y mayores cuencas hidrográficas del mundo.

3. Los derechos de uso en Brasil

Las directrices de acción de la Política Nacional de Recursos Hídricos son:

- a. La gestión sistemática de los recursos hídricos, sin separar los criterios de cantidad y calidad.
- b. La adecuación de la gestión de los recursos hídricos a las diversidades físicas, bióticas, demográficas, económicas, sociales y culturales de las diversas regiones del país.
- c. La integración de la gestión de los recursos hídricos con la gestión ambiental.
- d. La articulación del planeamiento de los recursos hídricos con el de los sectores usuarios (agricultura, industria y consumo) y con el planeamiento municipal, regional y del Estado.
- e. La articulación de los usos de los recursos hídricos con el uso del suelo.
- f. La integración de la gestión de las cuencas hidrográficas con la de los sistemas esteros y las zonas costeras.

Desafortunadamente, muchos de estos retos solo existen en el papel. La *entrega de derechos de uso de los recursos hídricos* es uno de los instrumentos establecidos por la Política Nacional de Recursos Hídricos y constituye una autorización para

22 Pese a las bellas palabras escritas en los textos de la legislación federal sobre gestión hidrológica, estas guardan poca o ninguna relación con la realidad social e hidrológica del país.

que el Poder Público conceda, bajo condiciones y plazos determinados, la explotación económica de la actividad relacionada con el agua.

Como tal se imponen los siguientes usos: derivación o captación de la cantidad de agua existente en un cuerpo de agua para consumo final, incluso el abastecimiento público, o insumo en proceso productivo; extracción del acuífero subterráneo para consumo final o insumo en proceso productivo; lanzamiento de alcantarilla y demás residuos líquidos o gaseosos, tratados o no, en un cuerpo de agua, para fines de dilución, transporte o disposición final; aprovechamiento de potenciales hidroeléctricos;²³ así como otros usos que cambien el régimen, la calidad o la cantidad del agua existente en un cuerpo de agua.²⁴

El dominio público del agua, sin embargo, no hace del Poder Público su propietario, en el sentido privatístico del término, pero sí su gestor.

Es en este sentido que lo dispuesto en el artículo 11, de la Ley n.º 9.433/97,²⁵ junto con el artículo 18, refuerzan los contornos jurídicos de la inalienabilidad de las aguas en relación con el instituto de la entrega de derechos de uso, en función del ejercicio del poder de policía y de la responsabilidad por parte del Estado, así como en función de la garantía del derecho de acceso.

Sin embargo, es exactamente por la cuestión de la garantía de los derechos de acceso que empieza la omisión legislativa y se confirman los perfiles y el abordaje exclusivamente económico de la ley.

El texto legal no especifica a quiénes beneficiarían tales *derechos de acceso*, si a la población en general —a quien pertenece el bien público del agua y el que posee el derecho para su uso común—, o solo a aquellos a quienes se les otorgó los derechos de uso —que tienen implícito el derecho de acceso y apropiación del agua.

En el primer caso, la ley reconocería un *derecho universal individual de acceso al agua* a la población para la satisfacción de sus necesidades vitales básicas, lo que en todo caso la estaría excluyendo del régimen de la entrega, en función de la insignificancia de su derivación.

Según el caso, la ley estaría reconociendo el derecho de acceso solamente a quien fuera destinatario de aquel acto administrativo (la entrega), excluyendo del ejercicio del poder de policía y de la *protestas* del Estado (como garantía de la efectividad del acceso al agua) a los propios titulares del bien público: el pueblo.

23 Según dispone el § 2º, del artículo 28, de la Ley n.º 9.984/2000, la compensación financiera para la utilización de los recursos hídricos, objeto de la Ley n.º 7.990 de 28/12/1989, en la que parte de la misma es aplicada en la implementación de la Política Nacional de Recursos Hídricos y su Sistema de Gerenciamiento, constituye un pago por el uso de los recursos hídricos y será aplicada bajo los términos del artículo 22 de la Ley n.º 9.433/97.

24 Artículo 12, números de I a V.

25 «El régimen de entrega de derechos de uso de recursos hídricos tiene como objetivo el control cuantitativo y cualitativo de los usos del agua y el efectivo ejercicio de los derechos de acceso al agua».

Además, si el Estado garantiza derechos solo a los que reciben la entrega, reconocería aún indirectamente que solo los que poseen el *justo título*, o sea, los elegidos por el propio Estado, tienen derechos sobre el agua y pueden manejarlos a su interés, como suele ocurrir con los *derechos reales de propiedad*.

De la interpretación del artículo 11, incluso en función de la sección en la cual se ubica la ley, la conclusión más acertada es la de que los *derechos de acceso* a que hace referencia, y principalmente su garantía bajo el régimen de entrega, se refieren solo a los titulares del mencionado acto administrativo, y no al pueblo.

Es cierto que la ley establece, en el primer párrafo del artículo 12, que no dependen de la entrega, los recursos hídricos destinados a las necesidades de las pequeñas poblaciones rurales, las derivaciones o captaciones y las acumulaciones de agua consideradas insignificantes. Pero, en verdad, aunque la ley lo garantizase, si estas captaciones o derivaciones son hechas en cuerpos de agua o manantiales donde haya usuarios de mayor escala (los titulares), ni el Poder Judicial lograría garantizar el acceso a los no titulares al agua.

Bajo la consideración de que la entrega garantiza derechos de uso del agua solo a sus titulares, lo que implica necesariamente una apropiación; en nada ayuda lo dispuesto en el artículo 18, de que el agua es un bien público, de uso común del pueblo e *inalienable*; siendo la entrega solo un derecho de uso. Sin embargo, esta disposición encierra otra cuestión.

Las características propias del agua convierten su relación de apropiación, uso y consumo en un gran problema de tutela jurídica. Inicialmente el agua es un bien fungible, en el que el uso implica necesariamente una apropiación, en el sentido de que al utilizarse para cualquier finalidad, ya se está alterando su cantidad o su calidad o, en la mayoría de las veces, ambas.

Con relación al agua, entregar el *uso* significa autorizar, en buena medida, su apropiación, mayoritariamente, con fines económicos. La entrega, en cuanto al acto administrativo, sería controlar, «ratear el agua disponible entre las demandas existentes o potenciales» (Almeida 2003: 62), lo que en las palabras de Jerson Kelman significaría «garantizar la disponibilidad del agua, entendida como elemento básico del proceso productivo»; es decir que haya un «valor económico para quien la recibe, en el sentido que garantiza el acceso a un bien escaso» (Kelman 1999; Almeida 2003: 62). O sea, para Kelman, el agua es un *recurso*, un factor productivo solamente.

Sin embargo, de nada sirve la restricción del artículo 18, una vez que la entrega de derecho de uso implica alienación. Aunque no lo sea en el sentido más común de la alienación de bienes —por medio del pago y transferencia del dominio—, lo es en el sentido de conceder la apropiación del agua otorgada, así como su utilización, goce y disfrute, además del derecho al acceso.

Si la entrega no concede titularidad al receptor, concede el *derecho* de acceso, captación, derivación y uso del agua en el cuerpo hídrico —lo cual solo puede

sufrir restricciones en las hipótesis de calamidad, necesidad de mantener las características de navegación del cuerpo de agua, necesidad de atender a los usos prioritarios de interés colectivo, cuando no hubiere fuente alternativa, o para prevenir o revertir una grave degradación ambiental.

Obviamente, todas estas hipótesis deben ser reconocidas previa y oficialmente por el Estado, el cual es el único agente competente para imponer las eventuales restricciones al *derecho* de acceso y uso, pudiendo incluso el receptor, para soportarlas, recurrir al Poder Judicial para la defensa contra lesión, abuso o amenaza de lesión a este *derecho*.

En México, Bolivia y Argentina, por ejemplo, las acciones del poder público contra compañías que violan las leyes y reglamentos ambientales, de salud pública o de los servicios públicos relativos al agua, y abusan del derecho otorgado (o concedido) por el Estado, resultan en acciones judiciales o en procedimientos arbitrales de estas empresas contra el Estado que tuvo la osadía de defender los intereses de la sociedad y cumplir su papel institucional. Las demandas judiciales en tribunales nacionales y los procedimientos arbitrales (estos, en general, en foros arbitrales internacionales, como el ICSID, del Banco Mundial) resultan en la liberación de las medidas restrictivas en favor de los agentes económicos o en la condena del Estado al pago de elevadas sumas de dinero, como indemnización.

En Brasil, con el creciente poder económico y cooptación política del mercado del agua, así como de otros sectores económicos altamente lucrativos y que dependen largamente del agua (como la industria de bebidas y las plantas de refinamiento del petróleo), y ante las innegables situaciones de escasez o sequía, el Estado se niega a reconocer la situación y, con esto, a garantizar la prioridad universal del uso colectivo para las necesidades básicas de la vida con respecto al agua, por sobre los usos económicos.²⁶

El Estado no hace nada ante la violación o el abuso de la entrega concedida y, en muchos casos, a otros dispositivos legales, incluso cuando hay una inegable situación de calamidad. Lo que convierte a la entrega de derecho de uso, prácticamente, en la entrega de un derecho real de propiedad sobre el agua.

4. La cobranza por el uso del agua

La *cobranza por el uso del agua*²⁷ es otro instrumento de la Política Nacional de Recursos Hídricos que reconoce al agua como un bien económico y proporciona

26 Mientras la ley así lo establezca.

27 La Resolución n.º 147, de 13/12/2012, del CNRH, establece las prioridades para la aplicación de los recursos provenientes de la cobranza por el uso del agua para el período 2013/2015. La Resolución n.º 122, de 29/06/2011, del CNRH, estableció las prioridades para la aplicación de

al usuario una indicación de su *valor*, más allá de incentivar la racionalización del uso del agua y lograr la obtención de recursos financieros para el financiamiento de programas e intervenciones establecidas en los planes de los recursos hídricos.

No es creación de la Ley n.º 9.433/97, ya que el propio Código de Aguas de 1934 establecía una solución semejante, aunque sin la figura puramente económica de hoy.²⁸

Sin embargo, es preciso aclarar que no dejó de considerar la necesidad de imponer límites al consumo desenfrenado y al desperdicio de este elemento vital —y para el ser humano moderno pocas cosas tienen poder educativo tan eficiente cuanto la penalización pecuniaria—; sin embargo, este argumento no puede volver ciego el sentido crítico, en la búsqueda de los reales intereses por detrás del actual régimen jurídico del agua dulce. Más aún frente a la esencialidad de tal elemento, y de la tradición histórica de exclusión social, explotación y concentración criminal de la renta que marca la tradición nacional.

No se critica aquí la cobranza si no el uso del agua de aquellos que la desperdician o la utilizan, pudiendo pagar por ella. La crítica principal está dirigida justamente a su imposición indiscriminada y a la posibilidad de transferencia del cargo económico y social para los que no poseen la menor condición para tal.

El mercado —entidad abstracta, que muchos insisten en conferir vida autónoma y voluntaria—, solo admite en sus relaciones a aquellos que tienen el derecho de propiedad —aunque sea dinero—, una vez que en su esencia, jurídicamente, lo que se cambia en el mercado son derechos de propiedad.

Aquellos que no poseen derechos de propiedad para cambiar en el mercado, no son considerados y, literalmente, alejados del acceso al producto deseado. Y, dentro de la lógica y de la ideología del mercado, no hay ningún problema con esto, principalmente cuando pensamos en un coche, un lapicero o una joya.

los recursos provenientes de la cobranza por el uso de los recursos hídricos para el ejercicio presupuestario de 2012/2013. La Resolución n.º 102, de 25/05/2009, del CNRH, estableció las prioridades para la aplicación de los recursos provenientes de la cobranza por el uso de los recursos hídricos para el ejercicio presupuestario de 2010/2011. La Resolución n.º 48, de 21/03/2005, del CNRH, establece criterios generales para la cobranza por el uso de los recursos hídricos.

28 De hecho, el *caput* establecía, en el artículo 36 del Código de Aguas, que «se le permite a todos usar cualquier agua pública, debiendo conformarse con los reglamentos administrativos». En sus §§ 1.º y 2.º, explicaba que «cuando este uso depende de la derivación, será reglado en los términos del Capítulo IV, del Título II, teniendo, en cualquier hipótesis, la preferencia de la derivación para el abastecimiento de poblaciones» y que «*el uso común de las aguas puede ser gratuito o retribuido, conforme a las leyes y reglamentos de la circunscripción administrativa a la que pertenecen*» (resaltado nuestro). Como se verifica, la disciplina anterior era mucho más racional y humanista, así como menos *universal* en relación con los sujetos pasivos de la cobranza. Además de garantizar legalmente el acceso al agua dulce para la *satisfacción de las primeras necesidades de la vida*, el Código de Aguas de 1934 no imponía onerosidad general, ni era indiscriminada por su uso, como acontece en la nueva disciplina legal.

Entretanto, el momento actual de la sociedad industrial mira impávidamente cómo la ideología del mercado avanza sobre bienes que condicionan parámetros de dignidad humana y de viabilidad de la propia vida y tales como la salud, el alcantarillado y el agua.

No se puede evitar el impedimento al acceso de una parcela de determinada población a bienes esenciales para la manutención de la vida, por la simple razón del criterio mercadológico de la inexistencia de condiciones económicas, justamente porque esta opción es mortal o conduce, por lo menos, a una existencia no digna. La cobranza actual está basada en la aplicación de los principios de racionalización del uso de las aguas y del usuario-pagador, establecidos en Brasil desde la elaboración de la Política Nacional del Medio Ambiente. Sin embargo, al evitar que haya discriminación en su aplicación, la Ley n.º 9.433/97 de cierto modo desvirtúa las directrices de la Política Nacional del Medio Ambiente.

Es que la imposición de contribución pecuniaria por la utilización del recurso natural, establecida por la Ley n.º 6.938/81 (Política Nacional del Medio Ambiente), debe ser aplicable solo cuando hubiera finalidad económica en la utilización del bien ambiental, o sea, el *usuario* a que se refiere el principio del usuario-pagador es aquel que busca una finalidad económica con la utilización del bien.

La Política Nacional de Recursos Hídricos ha adoptado una cobranza general, indiscriminada, independientemente si el agua es utilizada para fines de sobrevivencia o si lo es para lucrar o para cualquier otra ventaja económica, lo que genera una confusión conceptual que puede llevar a situaciones de graves violaciones de derechos fundamentales, sobre todo, los derechos a la vida, la libertad y a la igualdad.

Esto sin mencionar el hecho de que aquellos que tanto se preocupan por la defensa de la cobranza como salvación al desperdicio, ni siquiera se preocupan en analizar y discutir instrumentos o modos legales que garanticen acceso al agua para aquellas personas cuya única verdad en la vida es haber nacido bajo una realidad de exclusión económica y social. Además, nosotros cuestionamos el valor que se confiere al agua en los marcos de la cobranza. ¿Cuál es el valor que un instrumento como este reconoce o hace reconocer?

Al establecer un sistema de cobranza por el uso del agua, la Política Nacional de Recursos Hídricos termina por tocar a la teoría económica, área que impone mucho más cautelas con la utilización de conceptos técnicos.

El *valor*, cuando es variable en función de factores como demanda, disponibilidad, y oferta es el valor de *mercado*.

El instrumento de cobranza por el uso de los recursos hídricos está claramente establecido para que se atribuya valor de mercado al agua, una vez que precie el reconocimiento del agua como bien económico y le dé al usuario «una indicación de su real valor», sobre la base de criterios políticos, en los que la demanda y la escasez no dejan de tener un papel fundamental, aunque sometidos a intereses más

diversos. De este modo, la atribución de valor de mercado al agua, aunque basado en la oferta y demanda, es un acto arbitrario, de suposición de un montante numérico, expresable en moneda.

El valor de mercado —que está marcado y reglado por las relaciones de disponibilidad y escasez— guarda siempre relación directa con los costos de producción del bien en cuestión. Es decir, no solo tiene como vector principal —antes de analizar cuánto necesita el mercado de él o cuánta disponibilidad hay en el mercado para hacer el pago— cuánto ha costado producirlo, sino también la cantidad de trabajo humano que se ha gastado en la producción. Es esta la construcción de mercado de una determinada mercancía.

Sin embargo, como ya hemos visto, el agua no puede ser tratada como mercancía, como objeto del mercado. Aunque se desee forzar el reconocimiento de su esencialidad y, por medio de mecanismos económicos y reglas de mercado, imponer la educación ideal de su utilización, lo que se constituye en un acto arbitrario de fijación aleatoria.

Además de no encuadrarse en la lógica del mercado —en virtud de su imprescindibilidad a la vida y la salud— no se le agrega valor, en el sentido de la teoría económica, pero sí, al revés, es el agua la que agrega valor al producto final. El surgimiento del agua —su proceso de *producción*, por así decir— es un proceso natural, sin cualquier tipo de acción humana, lo que, por lo tanto, no permite una identificación de valores de costo o de valor agregado como producto final.

El agua posee *valor social*, *valor cultural*, *valor ambiental*, pero solo va poseer *valor de mercado* en la medida en que sea considerada bajo una ecuación de oferta y demanda, la cual posee diversas variables, dentro de las cuales —y tal vez la más importante— está su utilización política. Incluso, económicamente, solo se puede hablar de *valor* del agua únicamente en el sentido de *valor de uso*, no de *mercado*. En muchos países social y económicamente desarrollados, el valor de mercado del agua solo es considerado bajo severas restricciones legales e institucionales, que van garantizar que este solo sea valorado después de haber garantizado los demás valores más importantes que tiene el agua (vital, humano, social, cultural, etcétera).

De acuerdo con la Ley n.º 9.433/97, los usos objeto de la cobranza, son atribuibles a los sujetos de la entrega y, en la fijación de sus respectivas cuantías, se debe observar el volumen retirado y su régimen de variación (en las derivaciones, captaciones y extracciones), el montante de aguas lanzado, las características físico-químicas, biológicas y de toxicidad de los efluentes (en los lanzamientos a la alcantarilla y demás basuras líquidas o gaseosas).

Bajo estos parámetros, dado que la industria y la agricultura consumen la mayor parte de los recursos hídricos, es de suponer que en un sistema serio de cobranza, pago y control, la mayor carga financiera sería de los sectores productivos.

Entretanto, el valor del pago por estos sectores, a título de contrapartida por el uso del agua, bajo las leyes brasileñas, será, obviamente, incluyendo los costos de producción, que se reflejan en el precio final de los respectivos productos, gravando así al consumidor final.

En verdad, este será gravado doblemente —como consumidor de su propia agua y como consumidor final de productos diversos—, pagando así por los costes generados por la cobranza del agua de toda la respectiva cadena productiva. Esto sin tocar la cuestión de la carga social por el agotamiento de las fuentes hídricas, que al fin y al cabo también será soportado por la sociedad.

En este punto, la cobranza por el uso del agua no representará onerosidad directa a los sectores productivos, en el sentido de que sus costes serán pasados al producto y, consecuentemente, al consumidor, en una versión moderna y más perversa (porque está relacionada con un bien vital) del principio del pulidor-pagador.

Según esta línea de pensamiento, pierde sentido el objetivo primordial sostenido para la cobranza —de servir como medio de educación del consumidor por la indicación del real *valor* del agua—, una vez que los sectores que consumen la mayor cantidad del agua puedan recuperar el valor-pago a través de su repase a la cadena productiva.

En una realidad de exclusión social como la brasileña, con onerosidad tributaria, pobreza, concentración perversa de renta, inacción del Estado, seducción por el consumo y reificación social, no se puede considerar transferir más carga al ciudadano hasta que no pueda, en lo mayoría de las veces, cargar con ella.

No hay disponibilidad, voluntad en pagar (*willness to pay*) por el agua. Habrá, en el caso de esta como bien de mercado, *obligación de pagar* por su esencialidad para la manutención de la vida. Además, el concepto de *disposición en pagar* solo se sostiene en un contexto de igualdad ideal de condiciones de mercado, lo que no existe.

La cobranza solo es instrumento de alteración de la conducta y padrón de consumo de la población, que es la parte de la sociedad que menor impacto genera a las fuentes de agua. Más allá de pagar por su propio consumo, la población carga también, aunque indirectamente, con el pago por el consumo y polución de los sectores productivos, a ejemplo de lo que ocurre hoy con los tributos que inciden sobre la producción.

5. La crisis hídrica actual en Brasil, especialmente en la ciudad de São Paulo

Hoy día, Brasil vive el espanto de convivir con una dimensión de escasez de agua nunca antes sentida por la población que siempre estuvo acostumbrada a vivir con

la certeza de que el país era uno de los más ricos en agua del mundo y que tenía reservas hídricas inagotables. Pero la población brasileña ha sido despertada de un día para el otro, del sueño de la abundancia por las noticias constantes de escasez, sequía y desabastecimiento, que ahora aparecen en los periódicos.

Los medios de comunicación y los gobernantes, en su gran mayoría, se esfuerzan por llevar al pueblo la idea de que todo ha surgido ahora, que la escasez y la sequía, la falta del agua en los grifos de las casas se deben a una imprevisible condición climática (la falta de lluvias).

Muchos políticos, incluso el gobernante del estado de São Paulo, muchas veces ha afirmado que todo es «responsabilidad de San Pedro», el santo cristiano que en la simbología brasileña es el responsable por la lluvia o por su ausencia.

Sin embargo, las causas de la crisis hídrica que afecta al país tienen mucho más de incompetencia en la gestión y del modelo económico y de la gestión del agua, que de ser un castigo divino.

No es casual que las mayores regiones metropolitanas de Brasil (como São Paulo, Río de Janeiro, Belo Horizonte y Campinas), donde habitan más del 20% de la población brasileña (casi cincuenta millones de personas), enfrenten escasez de agua.²⁹

El reciente caso de la crisis hídrica en la ciudad de São Paulo, la mayor ciudad de Sudamérica y la más boyante del estado más rico de Brasil, es apenas un lamentable ejemplo de cómo el régimen jurídico brasileño y, principalmente, los agentes políticos del Estado, miran al agua solo como una oportunidad de ganancia y como mercadería, y consideran poco o nada su importancia vital así como el derecho humano a su acceso.

Al contrario de lo que sostienen las autoridades del estado, y de lo que prefiere creer una parte de la sociedad, la crisis hídrica en la que vive actualmente el estado de São Paulo,³⁰ principalmente la región metropolitana de São Paulo (RMSP), la más poblada del país, donde viven más de 20 millones de personas,³¹ no es producto de la sequía del verano de 2013/2014, cuando se concretan las predicciones de cambio de los patrones de lluvia hechas hace más de una década, ni puede ser considerado un evento aislado, nuevo, imprevisible, que ha sorprendido a los gestores públicos, al gobierno del estado y la Compañía de Alcantarillado del Estado de São Paulo (SABESP).³²

29 Por ejemplo, véase <<http://oglobo.globo.com/brasil/falta-de-agua-ja-afeta-46-milhoes-de-brasileiros-15144980>>

30 Hasta diciembre de 2014, más de 24 millones de personas en diversas ciudades en el estado de São Paulo, enfrentaban una grave escasez de agua.

31 El estado de São Paulo posee aproximadamente cuarenta millones de habitantes.

32 La Compañía de Alcantarillado del estado de São Paulo (SABESP) es la concesionaria responsable del suministro de agua y alcantarillado en este estado. Históricamente, una empresa

La ciudad de São Paulo está ubicada en una región muy pobre, en términos de disponibilidad hidrológica y siempre ha luchado, al menos durante los últimos 120 años, contra el desequilibrio, entre su vertiginoso y desordenado crecimiento urbano y demográfico, y la sostenibilidad del suministro del agua para la población.

Por esta razón, la RMSP no solo han drenado sus manantiales y ríos, muchos de ellos soterrados por el concreto y el asfalto de la ciudad, cambiados de dirección o de ubicación por los intereses del capital, o ahogados por la alcantarilla, sino también los manantiales de las cuencas vecinas.

La crisis actual tiene un contorno más dramático, por haber surgido en vísperas del período electoral para el gobierno del estado.

Desde diciembre de 2013 hasta octubre de 2014, el gobernador del estado y todo su gabinete, así como la SABESP (oficialmente, en especial durante el Mundial de Fútbol de la FIFA³³ y por todo el período electoral, de julio a octubre), han negado categóricamente la existencia de una crisis hídrica en el estado, y han sostenido que la sequía se debe solamente a la falta de lluvias en el verano 2013/2014.

Por esto, el gobierno del estado, y la SABESP, rechazaron la adopción de medidas impopulares (pero necesarias a una gestión de crisis hídrica), principalmente en períodos electorales como, por ejemplo, el establecimiento del racionamiento o la adopción de un plan de contingencia. Las autoridades de São Paulo no han reconocido ni aceptado la existencia de la crisis, oficialmente, durante el año de 2014.

En febrero de 2014, SABESP y el Gobierno empezaron una campaña de concientización por el uso racional del agua y adoptaron medidas económicas para incentivar ese uso racional (los consumidores reducirían un porcentaje fijo del consumo, obteniendo un descuento de hasta el 30% en la factura mensual y solo

pública ha sido convertida en una empresa de capital abierto, cuyo mayor accionista es el Gobierno (51%). La apertura del capital de la SABESP se dio en la época de la ola desestatizante que barrió el país en la década de 1990, dictada por fuertes y pesados intereses económicos internacionales —y que fue acompañada de varios cambios normativos, como, por ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos, de 1997, que será analizada brevemente en el próximo ítem—, con la promesa, entre otras, de la aplicación de la eficiencia corporativa empresarial para la mejora de los servicios públicos y el crecimiento de su calidad para la población, y ofreció la mayor parte de las compañías de agua y alcantarillado del país (así como las de telefonía, electricidad, carreteras, ferrocarriles etc.) a la avaricia de los inversionistas privados del mercado de acciones. En los últimos diez años, las acciones de la SABESP tuvieron una valoración del 601%, y el valor de mercado de la compañía se ha triplicado en el mismo periodo, subiendo de R\$ 6 billones a R\$17,1 billones. Según lo informado a la prensa, la compañía no invirtió el 37% que había establecido para obras (de manutención y ampliación de la red y de nuevos manantiales, por ejemplo) en el período de 2008/2013 (*Folha de São Paulo*, edición electrónica, 01/06/2014).

33 El Mundial de Fútbol de la FIFA trajo a la ciudad de São Paulo, en solo un mes, más de 400.000 nuevos «habitantes». Durante la Copa del Mundo, por ejemplo, más allá del aumento individual del consumo, miles de personas se reunían en las calles de los barrios bohemios de la ciudad, y producían una cantidad muy grande de basura y excrementos que, después, era «barrida» y limpiada por muchos camiones cisternas de agua durante todos los días del evento.

estaría enfocada al consumo urbano individual. Nada se ha hecho para controlar el consumo del sector agrícola e industrial.

Además, en lugar de declarar el estado de calamidad, ante la inminente escasez del agua, disminuir las medidas de racionamiento y poner en marcha un plan de contingencia, el gobierno del estado y la SABESP, empezaron a extraer el volumen de agua que se ubicaba debajo de los ductos de succión del Sistema Cantareira — el llamado *volumen muerto*.³⁴

Como consecuencia de esta inegable negligencia con fines claramente electorales y económicos (cuidando, principalmente, evitar que el valor de las acciones de la SABESP bajasen de valor), de enero de 2014 a enero de 2015, las reservas de agua de los manantiales de la RMSB, que en el comienzo de la crisis ya estaban en los niveles más bajos de los últimos ochenta años, disminuyeron incluso un 74% más.³⁵

En muchas ciudades del estado, también afectadas por la crisis y la sequía, pero donde la gestión del agua es municipal y no estatal, también se adoptaron medidas impopulares y de racionamiento. La meta corporativa de la SABESP es tener el 100% del mercado de agua y alcantarilla a su alcance.

El número de nuevas conexiones a la red aumenta constantemente y la compañía está muy cerca de lograr su objetivo en relación con el suministro del agua. Sin embargo, la expansión de la red no llega acompañada de las medidas necesarias y responsables para la atención sostenible del aumento de la demanda.

Por ejemplo: 1) hace más de treinta años no se construye nuevos reservorios para el abastecimiento del agua en la RMSB, ni se han establecido nuevos manantiales; 2) algunos puntos de la red de tuberías de agua en la ciudad de São Paulo son de los años 1930, y, en general, la SABESP no realiza el debido mantenimiento de la red; 3) los índices de pérdidas de agua limpia y lista para el consumo humano, debido a derrames y mala conservación de la red de tuberías son inaceptablemente altos. Según la propia SABESP, más del 32% de toda el agua tratada por ella se pierde por derrames en la red, y los números reales llegan a más del 40% en pérdidas.

La matemática es muy sencilla: cuanto más clientes, mayor la demanda y el consumo. Y, sin planeamiento y ampliación sostenible de la red, el resultado es desabastecimiento y crisis.

Por lo menos desde el año 2004, la Agencia Nacional de Aguas (ANA) y los comités de cuenca hidrográfica involucrados hacen alertas constantes y oficiales al gobierno del estado de São Paulo, con relación a la exhaustión de los reservorios del principal sistema de abastecimiento de agua de la región metropolitana de la capital,

34 Las obras para el retiro del *volumen muerto* empezarían en marzo de 2014, y el retiro efectivo en octubre, después de las elecciones.

35 Véase, por ejemplo, la noticia publicada en el periódico del estado de São Paulo, uno de los más importantes del país, de distribución nacional, en el cuaderno *Metrópole*, página A19, del 25.01.2015.

el Sistema Cantareira, y que por eso, el estado tendría de buscar alternativas para disminuir la dependencia del abastecimiento de la población a tales fuentes.

La primera alerta fue dada en 2002, y se repitió anualmente en todos los documentos e informes expedidos por la ANA y por los comités de cuenca, sobre la región y el sistema. Además, cuando se hizo la renovación de la entrega del Sistema Cantareira para la RMSB, en 2004, la propia ANA ya había establecido que la SABESP debería realizar estudios y proyectos, como máximo en treinta meses, para disminuir la dependencia de la región de este sistema (artículo 16, de la entrega). Esta y otras exigencias hechas en la entrega aún no han sido cumplidas.

El propio gobierno del estado de São Paulo, controlado por el mismo partido político del actual gobernador por más de veinte años, reconoció en 2009, en un informe oficial de la Secretaría del Medio Ambiente del estado, la fragilidad de los sistemas de abastecimiento del agua en la RMSB, el cambio de los patrones de lluvia y la posibilidad de escasez (y conflictos) del agua en el año 2015.³⁶

En diez años nada se ha hecho con relación a la sostenibilidad de la captación del agua de este sistema, habiendo establecido la compañía de abastecimiento —cuyo capital fue parcialmente lanzado en el mercado de capitales en 2002— la prioridad de la expansión de la red y el aumento del número de consumidores.

Ante la situación actual de sequía y de escasez, sea por el mundial del fútbol, por la proximidad de las elecciones, o por cualquier otra razón de interés económico o político, el gobierno de São Paulo, hasta enero de 2015, no ha reconocido ni decretado el estado de calamidad o de escasez, ni ha establecido algún tipo de medida oficial de racionamiento o de limitaciones a los derechos de uso, para garantizar la prioridad del uso para consumo humano ante todos los demás usos.

36 Relatório Cenários Ambientais 2020, Secretaria de Meio Ambiente, Governo do Estado de São Paulo, p. 36/37. El texto del informe ha sido elaborado por un analista hipotético, en 2020, y habla de lo que él ha vivido hasta entonces. En esta perspectiva, el informe indica, en la parte del escenario más probable (escenario de referencia), como si mirase desde 2020 hacia el pasado: «[O Estado de São Paulo]...assistiu ao conflito pelo uso dos recursos hídricos, que desencadeou uma “guerra da água” entre algumas regiões, motivada pelo aumento da demanda num ano atípico de chuvas, com precipitação muito abaixo da esperada. A resoluta mobilização social observada deveu-se, em parte, à crise de abastecimento que atingiu a bacia do Alto Tietê na primeira década do século XXI. Por volta de 2015, a crise atingiu também a Bacia Hidrográfica dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ), obrigando as autoridades a aumentarem a quantidade de água trazida dos reservatórios Barra Bonita e Jurumirim para garantir o abastecimento da chamada “MacrometrópolePaulista”. Esse aumento nas transferências hídricas ampliou os conflitos já existentes entre abastecimento público, irrigação e consumo industrial, que correspondem, historicamente, às principais demandas hídricas do Estado [...]. O ano de 2018 significou um marco na história do uso da água no Estado de São Paulo e os problemas verificados podem ser considerados uma continuação daqueles da crise de 2015. Em determinadas regiões, em função do uso intensivo de agrotóxicos (defensivos agrícolas) e fertilizantes (adubos), as águas superficiais e subterrâneas foram afetadas, comprometendo o abastecimento público de alguns municípios. Ações judiciais se multiplicaram, no rastro das manifestações populares que reivindicaram o abastecimento público em detrimento do agronegócio».

Solamente en situaciones de escasez —¡así lo dice la ley!— es que se puede establecer el consumo humano como primera prioridad en el uso del agua.

Sin el establecimiento de medidas de racionamiento, la compañía de agua se ha limitado a lanzar una campaña de concientización de la población en los medios de comunicación y la prensa, para disminuir el consumo, introduciendo la idea de la responsabilidad exclusiva del consumo individual urbano, a lo que se ha sumado la «inesperada» falta de lluvia, de tal forma que esta idea se concrete en la opinión pública general.

Lo más grave es que la compañía empezó, según las denuncias de organizaciones populares, con racionamientos no oficiales en todas las regiones de la RMSB, principalmente en los barrios más pobres.

El gobierno del estado rechaza cualquier posibilidad de decreto de calamidad o el establecimiento de racionamiento oficial del agua y, así, sigue en marcha el racionamiento informal, disminuyendo la presión del agua en las tuberías y suspendiendo el suministro del líquido sin ninguna programación o información.

El *apartheid* económico y político del agua, dirigido principalmente a los más pobres y necesitados, aumenta exponencialmente el número de personas que, de hecho, no tienen acceso al agua dulce en el país. Hay estadísticas fantasmas para una escasez real llevada a cabo por la ineficiencia y la incompetencia política y de gestión, de la mayor parte de las concesionarias de agua del país.

El avance de los intereses económicos sobre las áreas florestales para el cultivo agrícola, la ganadería y extracción maderera salvaje —mayor y absolutamente clandestinos—, asociados a la expansión desordenada de las ciudades, la contaminación, la extracción insostenible del agua, la ausencia de servicios de alcantarillado universales y de una reglamentación efectiva del capital y de las actividades económicas, así como los efectos cada vez más visibles del cambio climático, hacen emerger, año tras año, la más absoluta incompetencia administrativa y de planeamiento de los gestores públicos, que tiene impuesto un ritmo acelerado de degradación del agua y un escenario de creciente de escasez para una parcela cada vez mayor, del pueblo brasileño.

Después de las elecciones y de su reposición en el cargo en enero de 2015, por primera vez desde diciembre de 2013, el gobernador reconoció ante la prensa la existencia del racionamiento. Pero no declaró la situación de calamidad o la decretó oficialmente, sino que solo salió para decir que, en realidad, el racionamiento ya ocurría en la práctica.³⁷

Pero también declaró que iba a recurrir a la multa establecida por el Gobierno a las personas que aumentaran su consumo del agua, en contra de la decisión del Poder Judicial.

37 Por ejemplo, disponible en: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-01/alckmin-admite-rationamento-em-sp-e-recorrera-de-decisao-que-suspende-multa>>

Las penalizaciones de este modelo solo pueden ser establecidas legalmente en situaciones de escasez declarada oficialmente, bajo medidas de racionamiento oficialmente decretadas. No obstante, a pesar de lo que la justicia del estado de São Paulo ha considerado, el Gobierno insistió en la decisión y lo logró. La multa ilegal sigue en vigencia.

La SABESP y el gobierno del estado de São Paulo, ante el continuo agravamiento de la crisis, principalmente por la inacción de la propia compañía y del gobierno del estado, ya estudia aplicar una nueva forma de racionamiento, si la situación no mejora hasta marzo: un racionamiento de cuatro días sin agua y tres con agua, o uno más severo, en el cual la ciudad de São Paulo tendría cinco días sin agua y dos con agua.³⁸ Además, el gobernador ha solicitado la autorización para un nuevo aumento del valor de la tarifa de agua en el Estado.

Cabe resaltar que las medidas hasta ahora adoptadas oficialmente por el gobierno de estado (campañas para introducir la idea de que solo el consumo humano urbano es responsable por la falta de agua, asociación exclusiva de la sequía con la falta de lluvias, multa por exceso de consumo y aumento de la tarifa) son medidas que repercutirán en la recaudación financiera de la SABESP, o sea, en sus lucros y, por supuesto, incrementarán las ganancias de sus accionistas.

6. Conflictos por el agua en Brasil

En Brasil, según la Comisión Pastoral de la Tierra y su *Relatório Conflitos no Campo Brasil 2013*, el número de conflictos por el agua registrados en el campo creció 1,163% entre el 2002 (8) y el 2013 (93), alcanzando un total acumulado de más de 300 000 familias, 26,967 solamente en 2013, con dos asesinatos (Comissão Pastoral da Terra 2013: 92).³⁹

Según el informe:

Los conflictos por el agua registrados en 2013 se dieron en todas las regiones de Brasil. De los 93 conflictos, 37 ocurrieron [en la región] Nordeste, 27 [en la región] Norte, 18 [en la región] Sudeste, 8 [en la región] Sur y 3 [en la región] Centro-Oeste. Ocurrieron en todas las grandes cuencas hidrográficas de Brasil, así como en aquellas ubicadas [en el bioma] Caatinga (29) y [en el bioma] Mata

38 Disponible en <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/01/1581148-sabesp-diz-que-sp-corre-o-risco-de-ficar-ate-cinco-dias-sob-rodizio.shtml>>

39 Para la Comissão Pastoral da Terra los conflictos por el agua son «acciones de resistencia, por lo general colectivas, para garantizar el uso y la preservación del agua y para luchar contra la construcción de represas, contra la apropiación particular de los recursos hídricos y contra la cobro por el uso del agua en el campo, cuando están afectados pueblos ribereños, pescadores, ubicados cerca de represas» (p. 92).

Atlántica (30), [en el bioma] Amazonía (27) y [en el bioma] Cerrado (7). Los conflictos no se restringen a las regiones con menor disponibilidad de agua, ya que en los biomas Amazonía y Mata Atlántica, ricos en agua, ocurrieron más del 60% de los casos. Así como también ocurrieron no solo en los rincones distantes de las «fronteras del capital», sino en aquellas regiones «desarrolladas», como en el Sur y Sudeste del país, lo que revela la fragilidad e insostenibilidad del modelo de desarrollo impuesto, donde se infiere un modelo de gestión hídrica en curso (Comissão Pastoral da Terra 2013: 92).

En 2013, de los 93 conflictos registrados, 45 involucraron disputas por el uso y preservación, 43 fueran relativos a presas y embalses y 5 fueron entre particulares,

Los gobiernos federal, estatal y municipal son los causantes directos de 13 conflictos. Las compañías son responsables por 18 casos. Solo cuatro de los casos involucraron hacendados o poseioneros de tierra. Los conflictos generados por las minerías, hidroeléctricas y empresarios suman 80,5% de los casos. De ese modo, queda clara la disputa entre las grandes empresas de capital nacional y/o extranjero por los territorios —tierra y agua— de comunidades campesinas. Estos conflictos involucran y dañan principalmente a comunidades de pescadores, ribereños, indígenas, quilombolas, pequeños agricultores, asentados por la reforma agraria, como a otras personas (Comissão Pastoral da Terra 2013: 93-94).⁴⁰

40 «Las séries de informaciones registradas em el relatório *Conflictos em el Campo Brasil* indican que el enfrentamiento em el campo no se dá solo con los latifundiários, seam ellos los viejos o nuevos coroneles, pero entre los grandes grupos económicos que buscan el lucro extraordinário por la explotación de los recursos naturales y los pueblos que los deteneen y de ellos vivem. El capital, incluso el estrañero, quier controlar las regiones aun no incorporadas totalmente al sistema de explotación del capitalismo globalizado, como dice Milton Santos sobre los espacios de la racionalidad. Em este proceso, lo que el gobierno brasileño tiene hecho es injetar capital público, por el BNDES, y sacar las “trabas”, o outras “razones” que impiden la racionalización del espacio por las grandes compañías. Uma de estas trabas es la legislacion, de aí los recientes cambios, al ejemplo del nuevo Código Florestal y ahora del Código da Minería. El papel activo del Estado em esa conyuntura conflictosa es evidente, como revela el Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC), del gobierno federal, sea em la promoción de este tipo de desarrollo, sea em la omisión de sectores del poder judiciário ante las violações de derechos, sea em los cambios de la legislacion, aun que inconstitucionales, para permitir el avance de los emprendimientos, independientemente de los aspectos devastadores. Que si resalte aun el uso del Estado como emprendedor de las grandes obras hídricas, a ejemplo de las grandes presas y de la onerosa transposición del rio San Francisco, em la región semiárida. Em esta región, la baja oferta de água limita los proyectos del *agribusiness*, pero el actual gobierno garantiza la infraestructura para que las compañías del ramo posan tener acceso a los águas del maior rio de la región. Por eso, los costes de esta obra son públicos, pero el água que la sostiene y el lucro son privados, o sea, voltados para emprendimientos agrícolas y aquícolas que siquiera garantizan la segurança alimentar de la población nordestina, cuanto mas de la brasileña. Eso porque producen las llamadas *commodities* agrícolas para el mercado internacional».

Esto solo en el campo. En las ciudades los datos no son muy exactos, por cuanto no se hace el registro policial adecuado.

7. Consideraciones finales

La Política Nacional de Recursos Hídricos brasileña fue hecha en el periodo de cambios neoliberales que barrió el mundo en desarrollo durante la década de 1990. Fruto de su tiempo, reproduce los cánones y mantras de la mentalidad de privatización del agua.

A esto se añade la cultura general de segregación y desprecio por los más pobres, los indígenas y la naturaleza; sus disposiciones concretizan, en armonía sistémica con otras disposiciones del ordenamiento jurídico nacional, los deseos de apropiación privada sobre los aguas.

Al ser uno de los dos únicos países de Sudamérica que no reconoce el derecho humano fundamental al agua, ni en el ámbito constitucional ni en el legal —el único con respecto a los otros con los que comparte frontera—, ya se empiezan a evidenciar las tensiones, los conflictos por el agua, las situaciones de escasez y mala gestión, mantenidas en secreto del público por décadas con el apoyo de los medios de comunicación.

Los titulares de la entrega de derechos de uso actúan en su gran mayoría como dueños de las aguas, incluso manejando el Poder Judicial para lograr garantizar su posesión. Y el gobierno, bajo la excusa del desarrollo, actúa como cómplice de esta apropiación, profundizando la exclusión hídrica, las tensiones, las migraciones forzosas y la indignidad de una parte cada vez mayor de su población.

La actual crisis hídrica que vive Brasil es la confirmación de la calamidad anunciada hace décadas por los estudiosos y científicos. Es el resultado de décadas de inacción política, de privatización, de ausencia de inversiones y planeamiento.

La ciudad más rica del país, y también la más poblada —cortada por dos ríos a cielo abierto y con centenas de otros soterrados por el asfalto—, vive hoy día bajo el temor de que el agua se acabe del todo y que la ciudad llegue al colapso.

Debido a intereses económicos y políticos, no se ha tratado la situación de la escasez y la sequía con la prioridad y seriedad necesarias, lo que impide gestionar con eficiencia, que es lo peor. Y desafortunadamente, lo peor ha llegado y el agua se va.

La eficiencia y la salvación que se esperaba del mercado neoliberal y de las promesas hechas en la época de las privatizaciones no se concretaron, y nunca se concretarán. Lo único que se ha conseguido es la rentabilidad creciente de las inversiones del capital y las ganancias de pocos a costa de la vida y el sufrimiento de la mayoría de personas.

Las acciones de la SABESP en el mercado de capitales han incrementado su valor en 600% en los últimos diez años, mientras las condiciones de sostenibilidad del suministro del agua a la población atendida por la compañía se han deteriorado.

Los grupos de interés económico que miran el agua como una mercadería, como oportunidad de beneficio económico y no como un derecho fundamental, han mostrado su verdadera cara.

Y en medio de la crisis hídrica, de la escasez del agua y la confirmación fáctica de que la privatización del sector de agua ha fracasado en Brasil (así como el régimen jurídico hecho en el contexto de las privatizaciones), el gobernador de São Paulo elige como secretario de los recursos hídricos del Estado al expresidente del Consejo Mundial del Agua, una entidad internacional creada por las organizaciones y corporaciones internacionales dedicadas a la privatización del agua y la ampliación de la noción de mercado y de apropiación privada del agua, y que organiza el Foro Mundial del Agua, donde se consolidarán algunos de los principales mantras de la privatización hídrica.⁴¹ Asimismo, como presidente de la SABESP, está una persona que ha defendido en diversas publicaciones científicas y no científicas, los beneficios de la ideología del mercado para la gestión eficiente del agua.

8. Bibliografía

- ALMEIDA, Caroline Corrêa de
2003 «Outorga dos Direitos de Uso dos Recursos Hídricos». *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, volumen 22, año 11, jul./dez.
- AMORIM, João Alberto Alves
2015 *Direito das Águas – O Regime Jurídico da Água Doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Segunda edición. Revisada y ampliada. São Paulo, Editora Atlas.
- BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha
1979 *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Segunda edición. Río de Janeiro, Forense, volumen 1.
- BEVILÁCQUA, Clóvis
1999 *Theoria Geral do Direito Civil*. Campinas: RED Livros.

41 Para un análisis profundo e impecable sobre el Consejo Mundial del Agua, incluso sus orígenes coloniales, recomiendo el excelente libro de Karen Piper, *The Price of Thirst – Global Water Inequality and the Coming Chaos* (2014).

BORGHETTI, Nádía, Rita BOSCARDIN, José Robert BORGHETTI, Rosa FILHO, Francisco da ERNANI

2004 *Aqüífero Guarani – A Verdadeira Integração dos Países do Mercosul*. Curitiba, pp. 56-57.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA

2013 *Conflitos no Campo*, p. 93. Consulta el 20 de mayo de 2014. <<http://cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/viewdownload/43-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/344-conflitos-no-campo-brasil-2013?Itemid=23>>

KELMAN, Jerson

1999 *Outorga e cobrança pelo uso de recursos hídricos: questões legais e institucionais. Em O estado das águas no Brasil*. Brasília: ANEEL, SIH; MMA, SRH; MME.

MACHADO, Paulo Affonso Leme

2002 «Recursos Hídricos Direito Brasileiro e Internacional». *Recursos Hídricos Direito Ambiental Brasileiro e Internacional*. São Paulo: Malheiros, p. 25.

MEIRELLES, Hely Lopes

1997 *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros. Veintidosava edición.

POMPEU, Cid Tomanik

1999 *Águas Doces no Direito Brasileiro*. En Rebouças, Aldo *et al. Águas Doces do Brasil: Capital Ecológico, Uso e Conservação*. São Paulo: Escrituras, p. 662.

PIPER, Karen

2014 *The Price of Thirst – Global Water Inequality and the Coming Chaos*. the University of Minnesota Press.

REBOUÇAS, Aldo Da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia

2006 *Águas Doces do Brasil – Capital Ecológico, Uso e Conservação*. São Paulo: Escrituras Editora. Tercera edición, revisada y ampliada.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO DE LAS AGUAS: EL CASO PERUANO

LAUREANO DEL CASTILLO PINTO
Centro Peruano de Estudios Sociales | Perú

El tratamiento jurídico del agua en la mayor parte de los países latinoamericanos no es uniforme. Mientras en algunos este recurso es de propiedad del Estado, para otros es patrimonio nacional, de propiedad de la Nación o de dominio directo del pueblo. En el Perú, la Constitución política no soluciona esta imprecisión, lo que otras leyes, en especial la Ley de Recursos Hídricos, parecen superar. Sin embargo, subsisten dudas con respecto a la titularidad de la misma, con el establecimiento de los gobiernos regionales, así como con la irrupción en la escena política de los pueblos indígenas, que reclaman derechos sobre el territorio, incluyendo derechos de aprovechamiento y gestión del agua. La mirada a otras legislaciones puede sugerir pistas de salida a esta complicación.

1. Introducción

En América Latina, desde la última década del siglo pasado, han habido importantes cambios en los marcos legislativos relacionados con el agua, destacando los casos de México, con una Ley de Aguas Nacionales de 1992, y de Brasil, con la Ley de Política Nacional de Recursos Hídricos, de 1997. En los debates nacionales e internacionales ha estado muy presente el tema del dominio o propiedad sobre este recurso, aunque la distinción no está del todo clara (Cabanellas 1979: 463),¹

1 Cabanellas afirma que «aún cuando sin escrúpulos técnicos pueden emplearse como sinónimos propiedad y dominio (v.), y así se advierte en las leyes, que también alternan los términos de sus titulares (propietario y dueño), sutilizando se pretende diferenciar una y otro, fundándose en la

tomándose como una importante referencia la legislación de Chile, en que los derechos sobre el agua reciben la protección del derecho de propiedad.

En el Perú, el debate en torno al dominio del agua quedó formalmente cerrado con la aprobación de la Ley de Recursos Hídricos, en 2009. Sin embargo, el aún inconcluso proceso de descentralización ha abierto un nuevo frente de conflictos, en los que las autoridades regionales reclaman derechos sobre las aguas que se originan en sus ámbitos territoriales. En el mismo período, los pueblos indígenas, organizados en el Perú en comunidades campesinas y nativas, demandan el respeto a los recursos existentes en sus territorios. Mientras tanto, nuestra Constitución afirma que el agua, en tanto como recurso natural, es patrimonio de la nación. Ello lleva a preguntarnos, desde una mirada nacional y más allá de las normas legales, aunque sin perder de vista lo que ocurre en otras latitudes, ¿quién tiene el dominio sobre el agua?

2. El tratamiento constitucional de los recursos naturales en la región

Antes de intentar una somera revisión del tratamiento constitucional que en nuestro continente se da al agua queremos hacer una digresión a propósito de los sistemas predominantes con respecto a los recursos naturales, en particular al agua.

Mostrando la influencia del derecho romano, dos son las concepciones o sistemas predominantes con respecto a los derechos sobre los recursos naturales en el mundo actual (Cf. Vildósola 1999: xxx y xxxi). El primero se ha desarrollado en el Reino Unido, Estados Unidos y otros países del llamado *Common Law*. Este sistema, conocido como del *derecho fundiario* (derivado de *fundus*-tierra), reconoce que la propiedad de los recursos y riquezas corresponde al propietario de la tierra o fundo, de modo que el dueño de la tierra lo es también de los frutos y productos que se encuentren sobre ella y debajo de ella.

El segundo sistema, también con las variaciones derivadas de su propia experiencia histórica, se encuentra en la mayor parte de los países de América Latina y Europa. Influida por instituciones feudales como las regalías, se conoce como el sistema de *dominio eminente*, en el cual todos los recursos naturales pertenecen a la nación o más bien al Estado, quien faculta o permite a los ciudadanos aprovecharlos.

Dejando de lado las influencias liberales provenientes de la revolución francesa, desde la segunda mitad del siglo pasado, la mayor parte de constituciones latinoamericanas adoptaron el segundo sistema. Pero también es el sistema predominante en el mundo, como señala Solanes:

etimología latina de que dominio significa señorío de algo inmueble, en cuanto es objeto de propiedad».

In most countries water is a public resource, i.e. a resource owned by the state, or the people, depending on the terminology of choice. Public ownership results from the economic characteristics of water. Private appropriation of a fluid, multi-use, and multi-purpose resource does not warrant that the public interests associated with the resource will be served. Thus, the water resource is publicly owned, *urbi et orbi* (Solanes 2014: 115-116).

Una rápida revisión de los textos constitucionales nos permitirá apreciar la forma como los recursos naturales y el agua son tratados en la región. Así, en el caso de Colombia, el artículo constitucional 332 señala que «El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes».

La nueva Constitución de Ecuador le dedica una amplia atención al ambiente y dentro de ello a los recursos hídricos. En el primer párrafo del artículo 318 se señala que «El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua». Antes, al regular los derechos del buen vivir, en su artículo 12 la Constitución dispone que «El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida».

En México, el artículo 27 de su Carta Constitucional declara que: «La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada». Más adelante precisa que «Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos...». Añade en el quinto párrafo (reformado en el *Diario Oficial de la Federación*):²

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; la de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, inter-

2 Párrafo reformado en el *Diario Oficial de la Federación —DOF—*, el 21-04-1945 y 20-01-1960, según se indica en <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>

mitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional [...]

De la misma manera Bolivia, en el primer párrafo del artículo 348 de su nueva Constitución, en el capítulo dedicado a los recursos naturales dentro del título sobre el Medio Ambiente, Recursos Naturales, Tierra y Territorio, considera al agua como uno de los recursos naturales, agregando el segundo numeral que «Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país». En el siguiente artículo, en sus dos primeros numerales, se precisa la titularidad de los mismos:

- i. Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo.
- ii. El Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales.

En el numeral II del artículo 374, el Estado boliviano reconoce y respeta los usos y costumbres de las comunidades y de las organizaciones indígenas originarias campesinas sobre el agua, pero no les reconoce propiedad, sino tan solo el derecho a gestionar el agua: «El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas [*sic*] sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua».

Brasil, en su Constitución de 1988, incorpora a los lagos y corrientes de agua como bienes de la Unión en el numeral II del artículo 20: «los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así como los terrenos marginales y las playas fluviales». Más adelante, el numeral 3 del artículo 231 dispone la consulta a los pueblos indígenas para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos en sus territorios: «El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley».

Como vemos, el tratamiento del agua no es uniforme, pues en los ejemplos escogidos se la considera como propiedad en el Estado (Colombia), como patrimonio nacional estratégico de dominio del Estado (Ecuador), de propiedad de la Nación (México), de propiedad y dominio directo del pueblo (Bolivia) y de dominio de la Unión (Brasil), lo que hace más complejo lo dicho por Solanes.

3. El tratamiento constitucional en el Perú

La Constitución Política del Perú de 1993 se caracteriza por haber establecido un modelo de economía de mercado (Cf. Ochoa 1995).³ y por la mayor brevedad con respecto a su antecesora, la Constitución de 1979. Ese sesgo explicaría por qué se dejó de lado la ambigüedad de su predecesora, que aparentemente asignaba la titularidad de los recursos naturales al Estado y a la nación. Así, la primera parte del artículo 66 de la Constitución de 1993 proclamó escuetamente que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, encargando a una ley orgánica la regulación de las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a los particulares (ley orgánica que se aprobó en 1997).

El interés por reducir el rol y las facultades del Estado en materia económica y en cuanto a la titularidad de los recursos naturales puede explicar en parte la redacción del artículo 66 de la Constitución de 1993: «Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal».⁴

La estructura del artículo citado es bastante deficiente e induce a errores. Así, algunos autores sostuvieron que al consagrar el texto constitucional, de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, se eliminaban las posibilidades de asignación de los mismos en propiedad a los particulares. Pero otros autores, como Carlos Andaluz, afirman que «el concepto de derecho patrimonial de la Nación, *per se*, no resulta óbice para otorgar recursos naturales a los particulares, aún cuando fuera a título domine». Por el contrario, Andaluz afirma que reconocer al Estado el dominio eminente sobre los recursos naturales «no es necesariamente un impedimento para que el Estado se desprenda de la propiedad sobre los recursos naturales; significa que impone limitaciones a su ejercicio, sea quien fuere el dueño, en función del bien común» (Andaluz s.f.: 7).

El interés de reconocer propiedad sobre los recursos naturales, en particular del agua, habría llevado a incluir confusamente la última parte del artículo constitucional comentado (la concesión como derecho real), ampliando el alcance del artículo 122 de la Constitución de 1979, que consagraba constitucionalmente a la concesión minera como un derecho real.

3 La inclusión de la palabra social en el artículo 58 de la Constitución de 1993 («La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado...») fue tardía, como respuesta a las críticas al claro sesgo neoliberal del texto promovido por la mayoría fujimorista en el Congreso Constituyente Democrático.

4 Se evitaba así la redacción del artículo 118 de la Constitución de 1979 y en la de 1933 «Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado».

La discusión sobre la titularidad de los recursos naturales parecería haberse resuelto con la aprobación, en junio de 1997, de la Ley de Desarrollo Constitucional a la que alude el artículo 66 de la Constitución, que es la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley n.º 26821, la cual precisa en su artículo 4 que «Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos». El tema, sin embargo no está suficientemente claro.

En efecto, Andalúz afirma que muchos piensan que todos los recursos naturales son siempre de propiedad del Estado, pero concluye que eso no es cierto, encontrando el origen de esa errónea interpretación «en la mala redacción del artículo 66 de la Constitución y en la inadecuada utilización de los métodos de integración jurídica» (Andalúz 2013: 16). Añade el mencionado autor:

El error parece tener su origen en considerar que Patrimonio de la Nación significa propiedad intransferible del Estado. Eso pasa si se entiende el término patrimonio como conjunto de activos y pasivos propiedad de una persona o entidad; cuando en realidad que un bien, sea material o inmaterial, mueble o inmueble, tenga la calidad de patrimonio de la Nación significa que es de interés nacional y, como tal, debe regularse la modalidad de los derechos otorgados sobre los mismos y, si es necesario, sobre la base del dominio eminente que sobre todas las cosas tiene el Estado, deben fijarse limitaciones para el ejercicio de esos derechos, sea quien fuere el titular de los mismos (Andalúz 2013: 17-18).

La distinción que hace Andalúz amerita un estudio mayor, que evite problemas, como los que Mauricio Pinto, en un exhaustivo trabajo comenta para el caso argentino, luego de intentar distinguir entre los conceptos de dominio eminente y dominio originario, aplicables a la organización federal del Estado propia de Argentina (Pinto 2013: 372):

Bajo las premisas que hemos considerado cabe observar, sin embargo, algunas inconsistencias en el régimen argentino sobre dominio de las aguas.

Si las provincias conservan el dominio originario sobre las aguas existentes en su territorio, y si, en consecuencia, a ellas corresponde disponer y crear dominios derivados a favor de particulares, mal puede el Código Civil dictado por el legislador nacional atribuir sobre ciertas aguas propiedades particulares, como ocurre en los artículos 2339, 2350, 2635 y 2637.

4. Abriendo el debate internacional sobre el agua

Una de las reuniones internacionales que más influencia ha tenido en el debate sobre el agua, expresión de la creciente preocupación por este recurso, ha sido la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (ICWE, por sus siglas en inglés), realizada en Dublín, en 1992. La declaración aprobada allí consagró cuatro principios guía:

- a. El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.
- b. El aprovechamiento y la gestión del agua deben inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.
- c. La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua.
- d. El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina, y debiera reconocérsele como un bien económico.

Es conocido que en la década de 1990, organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional trataron de impulsar reformas en los marcos legislativos sobre el agua, siguiendo las ideas del llamado «Consenso de Washington». En el caso peruano, como parte de un largo proceso, en aquellos años se intentó aprobar una ley que consagrara derechos reales sobre el agua (Solanes 2014: 107-109). El principal impulsor de esos cambios, el entonces ministro de Agricultura, en defensa del *leit motiv* de los diferentes proyectos elaborados, trataba de diferenciar entre el derecho de propiedad y el derecho real de propiedad, reconociendo que se pretendía otorgar títulos de propiedad sobre el agua, de modo que pudieran transarse libremente, con independencia de la propiedad de la tierra.

De esos mismos años datan las experiencias de privatización del servicio de abastecimiento de agua potable en la región. La llamada «guerra del agua» originada en Cochabamba, y también los problemas generados con empresas privadas que habían asumido las concesiones de servicios de saneamiento en Argentina, terminaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), una institución del Banco Mundial con sede en Washington, especializada en controversias entre inversionistas y los estados.

Como reacción a dichas situaciones empezó a tomar cuerpo la «visión andina del agua», que puede sintetizarse en que para los pueblos andinos el agua es mucho más que un recurso hídrico. Los elementos de esta visión comprenden los siguientes planteamientos:⁵

5 *La visión andina del agua*, febrero 2003. En: <<http://www.condesan.org/memoria/agua/Vision-AndinaAgua.pdf>>

- El agua como ser vivo;
- El agua como ser divino;
- El agua como base de la reciprocidad y complementariedad;
- El agua como derecho universal y comunitario;
- El agua como expresión de flexibilidad y adaptabilidad;
- El agua como ser creador y transformador;
- El agua como recreación social.

La mayor contribución al proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, tras largos años de gestiones, proviene de la aprobación del Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. Merece destacarse el primer párrafo del artículo 15 de dicho Convenio: «Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».

Por su parte, la jurisprudencia internacional, en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le ha dado mayor fuerza jurídica al reconocimiento del derecho al agua de los pueblos indígenas. Así, en la sentencia del 17 de junio de 2005, en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay, se estableció que «los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida».

El fallo citado concluye que los miembros de la comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a los recursos naturales y que, como resultado de ello, ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.

Dos años después, en la sentencia del 28 de noviembre de 2007, en el caso del pueblo Saramaka versus Surinam, la Corte señaló en sus fundamentos 83 y 127 lo siguiente:

La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera.

El Estado parece reconocer que los recursos relacionados con la subsistencia del pueblo Saramaka incluyen aquellos recursos relacionados con las actividades

agrícolas, de caza y de pesca. Esto es consistente con el anterior análisis de la Corte sobre cómo el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los miembros del pueblo Saramaka respecto de los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia física (*supra* párrafos 120-122).

5. Estado, nación y pueblo en la legislación nacional

Aunque para los legos, los conceptos de Estado, nación y pueblo puedan ser sinónimos, no lo son para los formados en Derecho. Una sencilla definición, no por ello menos válida, nos dice que el Estado es la nación jurídicamente organizada. Más aún, se considera a la nación como uno de los elementos del Estado moderno, junto con el territorio y la soberanía.

Ahora bien, retomando el tema de este trabajo, debemos recordar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en resoluciones de inicios de la década de 1950, estableció el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales, por ser inherente a su soberanía, inalienable y permanente. Así, las resoluciones del 12 de enero de 1952, del 21 de diciembre de 1952, del 12 de diciembre de 1953 y del 14 de diciembre de 1962 declararon que los recursos naturales deben usarse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado (Cuadros 1994: 234).

Por todo ello, cabe preguntarse si las constituciones deben proclamar que las aguas son propiedad de la nación, o del Estado, o más bien permitirse que los particulares puedan acceder a su propiedad. Quienes postulan lo último afirman que atendiendo a la creciente escasez de los recursos hídricos, lo más conveniente para incentivar su uso eficiente es introducir mecanismos de mercado, evitando de paso las arbitrariedades e ineficiencia de los aparatos estatales. Discutibles ideas que tienen en Chile una suerte de ensayo, que significativamente no ha sido replicado en ningún otro país.

Avanzar en mayores definiciones en este tema enfrenta algunas dificultades, la primera de las cuales tiene relación con la naturaleza del agua. Actualmente se la considera como un recurso fundamental para la vida humana y en general para la vida en nuestro planeta. Pero no siempre recibió esa atención y el cuidado consecuente. Aunque es cierto que las civilizaciones humanas se desarrollaron siempre asegurándose el control de agua dulce en cantidad y calidad suficiente (como puede verse desde los tiempos de Babilonia y Egipto) (Cf. FAO, Masrévéry 1974), esta no recibió por parte del derecho la misma atención que la tierra. El hecho de servir a distintos usos, alimentación, higiene, transporte, posteriormente para la industria, la generación de energía, entre otros, hace difícil la conceptualización del agua.

¿Es el agua un bien, un recurso natural, un elemento de la naturaleza? ¿Puede cederse, transferirse o venderse? En la concepción occidental y, por ende, en nuestro derecho oficial, el agua es claramente un recurso natural, en tanto es un elemento de la naturaleza que ofrece utilidad a los hombres. Nuestra Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales n.º 26821, en ese sentido define a los recursos naturales como «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado» agregando a continuación una enumeración, en la que se incluye en primer lugar a «las aguas: superficiales y subterráneas» (artículo 3).

Sin duda, su relativa escasez hizo que se considerara al agua como un bien. Así, el Código de Aguas peruano de 1902, de indudable influencia liberal, consideraba al agua como un bien que podía ser objeto de apropiación por los particulares. La Constitución de 1933, la primera en ocuparse sobre los recursos naturales, reconocía la titularidad del Estado sobre estos bienes («Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos»).

El Código Civil de 1936, en un listado de varios recursos, dispone que son bienes del Estado «los ríos y demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y álveos» (artículo 822), a los que además se les asignaba la naturaleza de bienes inmuebles (artículo 812). En concordancia con el Código de Aguas, entonces vigente, el artículo 821 del Código Civil de 1936 reconocía la propiedad privada sobre los bienes que tuvieran título amparado por la ley. El Código Civil de 1984, aunque reconoce la naturaleza de bienes inmuebles al mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y a las aguas vivas o estanciales (artículo 885), omite toda referencia a la titularidad de estos bienes.⁶

La Ley General de Aguas de 1969, que derogó al Código de Aguas de 1902, estableció que el agua era de dominio del Estado. En su primer artículo dispuso que «Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. El uso justificado y racional del agua, solo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país».

De este modo, la Ley General de Aguas consideró a estas como un bien público, afirmando al Estado como el único titular de las aguas en el territorio nacional, en cualquier estado que ellas se encontraran (sólido, líquido o gaseoso), incluidas las subterráneas, marítimas, mineromedicinales y atmosféricas. Resulta curioso que

6 No es el caso del Código Civil de Argentina, como vimos en la cita anterior a Mauricio Pinto, ni de Colombia, conforme Álvaro Cardona (son de propiedad privada las aguas que brotan o nacen, y mueren o desaparecen por infiltración o evaporación dentro de un mismo fundo, predio o heredad y que no se dejan de usar por tres años, artículo 677) en *El régimen jurídico de las aguas en Colombia*.

un gobierno de facto estableciera la vigencia plena de un principio constitucional, lo que se explica porque los militares concibieron la regulación del agua como un complemento indispensable de la reforma agraria iniciada un mes antes. Más tarde, la Constitución de 1979 reiteró que todos los recursos naturales son de propiedad del Estado, mencionando explícitamente a las aguas.

La Constitución de 1993, como dijimos, considera a los recursos naturales como patrimonio de la nación, rompiendo con la ambigüedad de la Constitución anterior, que decía que los recursos son patrimonio de la nación y al listarlos agregaba que «pertenecen al Estado».

La Ley de Recursos Hídricos, en su artículo 2, finiquitando la discusión sobre si el agua puede ser objeto de apropiación privada, en una redacción similar a la de la derogada Ley General de Aguas, señala que «El agua constituye patrimonio de la nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la nación. No hay propiedad privada sobre el agua».

El rápido recuento de esta evolución normativa nos permite apreciar la dificultad en nuestra legislación para definir con claridad no solo la naturaleza del agua sino también su titularidad. Recordando la cita a Andalúz, páginas atrás, que el agua sea patrimonio de la nación significaría que debe regularse la modalidad de los derechos otorgados sobre la misma.

Los problemas de reconocimiento de derechos sobre el agua se complican por la entrada en el escenario nacional de los gobiernos regionales, instalados en Perú en 2003. Decíamos al inicio que se trata de un proceso inconcluso, pues no se han formado las regiones; solo hay gobiernos regionales en el ámbito departamental: «El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao» (artículo 190 de la Constitución, modificado por la Ley 26300). La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales solo les asigna a este nivel de gobierno, en el mejor de los casos, una competencia compartida con el Gobierno nacional, esto es «participar en la gestión sostenible del recurso hídrico en el marco de las entidades de cuencas y las políticas de la autoridad nacional de aguas» (artículo 51, inciso c).

No obstante, lo dispuesto en las leyes, en varios casos se han presentado conflictos entre gobiernos regionales por la utilización del agua. Fue muy visible el que enfrentó a las autoridades de Moquegua y Arequipa por la utilización de las aguas de la represa Pasto Grande, pero se mantienen otros, como el que enfrenta a los gobiernos regionales de Ica y Huancavelica por el trasvase de las aguas de las lagunas altoandinas en Huancavelica para mantener el auge agroexportador en Ica, entre otros. En todos los casos el razonamiento es el mismo: las aguas nacen en nuestro ámbito y por tanto nos pertenecen.

Por último, las comunidades campesinas y nativas, que en el Perú son las formas jurídicas en que el Estado ha reconocido a los pueblos indígenas, reclaman también derechos sobre el agua. El aludido Convenio 169 de la OIT, en el numeral 1 del artículo 15 dispone que «Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos». Esa norma se complementa en el inciso siguiente con la consulta de los gobiernos a los pueblos «En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras».

Esa última mención en el Convenio 169 de la OIT se complementa con la obligación de los gobiernos, establecida en el artículo 6 del Convenio de «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». En Perú, luego de los lamentables sucesos que terminaron con la muerte de 33 personas y un desaparecido, como resultado del violento enfrentamiento entre indígenas de las etnias awajún y wampi contra policías, conocido como «Baguazo», en junio de 2009,⁷ se aprobó una Ley de consulta previa a los pueblos indígenas en aplicación del Convenio 169. Esa ley en la práctica se ha aplicado a muy pocos casos.

Adicionalmente, la Ley de Recursos Hídricos se refiere en ocho de sus artículos a los derechos de las comunidades campesinas y nativas (Cf. Del Castillo 2011: 112), en los que se reitera el respeto del Estado a los usos y costumbres de estas comunidades, así como su derecho a utilizar las aguas que discurren por sus tierras. El auge de las actividades extractivas en Perú, en especial de la minería ha llevado a la intensificación de los conflictos de estas empresas con las comunidades campesinas y nativas. En esas circunstancias, las comunidades reclaman el respeto a su derecho a usar y seguir usando el agua, como parte de sus territorios. El asunto se complica más para el Estado, cuando sobre todo en los Andes, las comunidades han hecho obras y las han mantenido para su aprovechamiento agrícola, sin intervención del Estado, lo cual refuerza su percepción de ser dueños del agua.

6. Reflexiones finales

Lo presentado en las páginas anteriores da cuenta de la forma como se ha venido tratando constitucional y legislativamente los recursos naturales en nuestros países,

⁷ Puede verse más en <<http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/justicia-aun-no-llega-deudos-baguazo-cinco-anos-ocurrido-n138934>>

la mayoría de los cuales proclama la soberanía del Estado para su aprovechamiento y regulación, afirmando el dominio eminente del Estado sobre los mismos.

Pero la revisión que hemos hecho, sobre la base del caso peruano, muestra que más allá de la coherencia constitucional y legislativa en la aplicación práctica de estas normas se presentan problemas, los que afectan especialmente a los pobladores rurales. Como hemos visto, no siempre la presunción de que el Estado representa a la nación, se cumple. Más aún, en muchos casos las decisiones de los gobiernos parecen desconocer los derechos de la población, o de parte de ella, como ocurre con los pueblos indígenas.

A pesar de haber sido escrito hace varios años, resultan vigentes las palabras de Carlos Cuadros Villena: «[...] hay que proclamar que el derecho originario sobre todos los bienes de que se sirve el Estado pertenecen a la nación» (Cuadros 1994: 234). Agrega este autor que: «No son pues los Estados dueños por ser tales, lo son como representantes del pueblo. El legítimo titular sobre esos bienes, y que debe utilizarlos al servicios de sus necesidades es el pueblo» (Cuadros 1994: 235).

En la búsqueda de mayor coherencia y de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, en tanto son los mayores afectados por estas ambigüedades, puede ayudar la revisión del artículo 231 de la Constitución de Brasil: «El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley».

Por último, merecería también un mayor estudio la fórmula adoptada en la provincia de Quebec, en Canadá, en el sentido de proclamar al Estado solamente la condición de guardián y fiduciario del agua, en beneficio de las generaciones futuras, excluyendo el término de propiedad de las mismas, tal como nos presentó la profesora Yenny Vega en estas Segundas Jornadas de Derecho de Aguas.

7. Bibliografía

AMÉRICA TV

2014 *Hoy se cumplen 5 años desde el Baguazo y justicia aún no llega para deudos.* Consulta: 9 de octubre <<http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/justicia-aun-no-llega-deudos-baguazo-cinco-anos-ocurrido-n138934>>

ANDALUZ, Carlos

S. f. *Regulación jurídica del otorgamiento de derechos patrimoniales sobre los recursos naturales.* Lima.

2013 *Manual de Derecho Ambiental.* Lima: Iustitia.

CABANELLAS, Guillermo

1979 *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Doceava edición. Buenos Aires: Heliasta.

CARDONA, Álvaro

s.f. *El Régimen Jurídico de las Aguas en Colombia*. Consulta: 22 de noviembre de 2014. <<http://bit.ly/12mZ1zQ>>

CUADROS, Carlos Ferdinand

1994 *Derechos reales*. Lima: Cultural Cuzco, tomo I, p. 234.

DEL CASTILLO, Laureano

2011 «Ley de Recursos Hídricos: Necesaria pero no suficiente». En *Debate Agrario*. Lima: Centro Peruano de Estudios Sociales, número 45, pp. 91-118.

FAO / MASRÉVÉRY, Jean

1974 *Derecho agrario y justicia agraria*. Estudio legislativo. Roma, número 5.

OCHOA, César

1995 «Bases fundamentales de la constitución económica de 1993». En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, número 11.

PINTO, Mauricio

2013 «El dominio originario de los recursos naturales en Argentina y la atribución de propiedades sobre las aguas». *Derecho de aguas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, tomo v, p. 372.

SOLANES, Miguel

2014 «The Washington Consensus, Chilean Water Monopolization and the Peruvian Draft Water Law of the 1990s». En Guevara, Armando y Aaron Verona (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de derecho de aguas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, CICAJ-DAD, pp. 105-121.

VILDÓSOLA, Julio

1999 *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Caracas: OLAMI y CEPAL.

SECCIÓN VI

ORGANIZACIÓN DE USUARIOS

**ORGANIZACIONES DE USUARIOS Y PARTICIPACIÓN
EN LA GESTIÓN DEL AGUA EN EL DERECHO ESPAÑOL:
REFLEXIONES GENERALES Y CONSIDERACIÓN DE LA RECIENTE
LEGISLACIÓN PERUANA DE AGUAS SOBRE ESTAS CUESTIONES**

ANTONIO EMBID IRUJO
Universidad de Zaragoza | España

La participación de los usuarios en la gestión del agua es una premisa esencial en el moderno derecho de aguas y las distintas legislaciones nacionales van recogiendo distintas formas para ello. El derecho español de aguas, bajo la fórmula de las *comunidades de regantes* tiene una centenaria tradición en este ámbito, utilizando el derecho hoy vigente, la denominación de *comunidades de usuarios* que se definen como *corporaciones de derecho público* y que tienen distintas potestades en su actuación en coherencia con tal naturaleza.

El derecho peruano de aguas estuvo en sus orígenes fuertemente influenciado por la tradición española y hoy desarrolla sus propias formas organizativas, llegando a haber aprobado, en enero de 2014, una ley específica sobre *organizaciones de usuarios de aguas*. Estas se definen como *asociaciones civiles*, sometidas al derecho privado aun con reconocimiento público, y que pone al derecho peruano un especial acento sobre la regulación de las llamadas *juntas de usuarios*.

1. Usuarios y comunidades de usuarios en España: rasgos generales¹

a. El concepto de usuario: distinción con el de ciudadano y consecuencias

El tema que se anuncia en el subtítulo parece ser relativamente simple, pero es esencial para sustentar un correcto punto de partida que sirva para abordar la problemática que se plantea, por entero y sin fisuras conceptuales, *Usuario* es aquella

¹ Para los fines de la publicación, este es un resumen de la ponencia que se aportó a las Jornadas, donde se han suprimido las notas a pie de página. Para más amplias explicaciones me remito a la misma.

persona —sea natural pero también jurídica, advierto— que tiene un título jurídico que permite un uso privativo del agua, sea este consuntivo o no. Con esta a modo de definición excluimos, de entrada, a todos aquellos que llevan a cabo «usos comunes» del agua (es decir, los que pueden ser llevados a cabo de forma simultánea y sin exclusión de los mismos usos que realizan otras personas), o sea todas las personas (naturales) que aprovechan las aguas superficiales para beber, bañarse, abrevar ganado, cocinar... siempre y cuando extraigan las aguas sin instalaciones fijas, no causen daño a terceros o su actividad suponga un perjuicio para la cantidad o calidad del agua. Es preciso, para poseer la cualidad de usuario, por tanto, tener el derecho de utilizar privativamente las aguas (o sea, con exclusión de cualquier posibilidad de utilizarlas simultáneamente por parte de los demás), situación que en el derecho español actualmente solo puede alcanzarse mediante el otorgamiento de una concesión por el poder público competente para ello, aunque en otros momentos históricos también un uso privativo podía ser adquirido por prescripción adquisitiva (hasta la Ley de Aguas n.º 29/1985, del 2 de agosto), lo que llevaba consigo, ineludiblemente, el problema de la prueba de tal adquisición.

Estamos, por tanto, hablando de aprovechamiento de aguas públicas. El que usa aguas privadas (en los restos de propiedad privada sobre las aguas que todavía existen en el derecho español y que están referidos exclusivamente a las aguas subterráneas y de manantial) puede también ser considerado usuario, aunque lo que prima en las consideraciones jurídicas es, sobre todo, su capacidad de ser «titular» (propietario) de dichas aguas privadas lo que determina su capacidad adicional de ser usuario.

Desde el punto de vista del derecho de aguas, el concepto de usuario es, por tanto, mucho más restringido o, en todo caso, diferente del que se utiliza en otras ramas del derecho público. Así y en el ámbito, por ejemplo, de los servicios públicos, usuario es todo aquel que los utiliza, que se sirve de las prestaciones que ofrecen. Por tanto, es usuario el que recibe agua del servicio público de suministro domiciliario de titularidad de un ayuntamiento; y también es usuario el que vierte agua después de utilizarla a la red de colectores que desembocan en una planta de tratamiento de residuos de titularidad municipal o autonómica. Este teórico utilizador y vertedor, sin embargo, no es usuario desde el punto de vista del derecho de aguas sino que, según este sector del ordenamiento jurídico, solamente posee tal condición el ayuntamiento titular de la concesión otorgada por la administración hídrica y que sirve como base material para que preste el servicio de suministro domiciliario de agua o de saneamiento. Conviene tener plena conciencia de estas cuestiones conceptuales que de no ser bien comprendidas y asimiladas pueden dar lugar a lamentables confusiones y falta de entendimiento de presupuestos que son básicos en el derecho de aguas.

Esto quiere decir, finalmente, que desde la óptica de la participación en la gestión del agua que he vinculado a la posesión de la cualidad de usuario en lo relativo

a la participación orgánica, quien en el ejemplo que sigo podrá formar parte de los órganos de los organismos de cuenca antes mencionados (juntas de gobierno, consejos del agua de la demarcación) será el ayuntamiento titular de la concesión a la que me refiero, mientras que cualquiera de los vecinos de ese municipio podrá aspirar a formar parte de dichos órganos pero en su cualidad de ciudadano y a través de las organizaciones a las que el ordenamiento jurídico correspondiente atribuya la capacidad de formar parte de dichos órganos: organizaciones empresariales, sindicatos de trabajadores, organizaciones ambientalistas, asociaciones de consumidores etcétera. La participación funcional (intervención en procesos de información pública, por ejemplo) es referible tanto a los usuarios como a los ciudadanos.

b. Comunidades de usuarios. Pluralidad de tipos: el supuesto especial de las aguas subterráneas

Aun cuando en el derecho histórico se hablaba usualmente de comunidades de regantes, el ordenamiento jurídico actualmente vigente en España parte de una distinta perspectiva y denomina genéricamente como comunidades de usuarios a todas aquellas agrupaciones de personas con derecho al uso privativo de las aguas, pudiendo incluso ser la comunidad la titular de la concesión y no sus distintos miembros individualmente considerados; y si el destino de las aguas de estas comunidades es principalmente el riego, entonces se denominarán comunidades de regantes. En todo caso, no desaparecen del derecho vigente la pluralidad histórica de nombres, pues también el TRLA utiliza la denominación de Junta Central de Usuarios para referirse a un tipo de comunidades caracterizado por la reunión en dicha entidad de usuarios individuales y también de comunidades de usuarios, y tiene su origen en un convenio (cfr. artículo 81.3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, en adelante TRLA).

Igualmente, el ordenamiento jurídico actualmente vigente incorporó una realidad surgida poco a poco y sin una gran base jurídica hasta la Ley n.º 29/1985, del 2 de agosto, de Aguas: las llamadas *comunidades generales*, que se formarían por la agrupación de lo que podríamos llamar *comunidades de usuarios* de «primer grado», siendo las comunidades generales caracterizadas por ser comunidades de «segundo grado». Estas comunidades generales surgirían para agrupar a las de primer grado que tuvieran intereses comunes: por ejemplo todas las que se crearan en la utilización de un determinado canal (en sus distintas tomas), o de una zona de riego. Esas comunidades generales tienen como finalidad: la «defensa de sus derechos y conservación y fomento de dichos intereses (comunes)» (cfr. el artículo 81.2 TRLA).

En cualquier caso, en lo que hay que reparar a continuación es en los principios que fundamentan la constitución de una comunidad de usuarios. Y ello para afirmar claramente un punto de partida esencial en el derecho español: no estamos ante el ejercicio, por esencia voluntario, del derecho individual de asociación. Las comu-

nidades de usuarios no surgen solo porque así lo quieran sus participantes, sino que, al margen de la existencia de una disposición en determinados casos que nunca podrá negarse, la constitución de una comunidad de usuarios se configura como una determinación del ordenamiento jurídico vigente que, además, podrá exigir en concreto la administración. El comienzo del artículo 81.1 TRLA es taxativo a estos efectos: «Los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico *de una misma toma o concesión deberán constituirse en comunidades de usuarios*». Es, por tanto, el hecho de la existencia real de una comunidad de intereses de esa forma explicitada lo que determina la necesidad de constituir una comunidad de usuarios.

Se concluye llamando la atención sobre la generalización de la aplicación de la técnica de las comunidades de usuarios a todo tipo de aguas, no solo a las superficiales sino también a las aguas subterráneas. En realidad, la fórmula de las comunidades de usuarios está históricamente vinculada solamente con las aguas superficiales e, históricamente tampoco se conocían comunidades que se beneficiaran, por lo menos de una forma mínima importante, de aguas subterráneas. Sin embargo, los avances técnicos y conceptuales sobre las aguas subterráneas las pusieron en el centro de la atención del legislador español cuando se promulgó la Ley n.º 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas y, por tanto, hubo la obligación de constituir las comunidades de usuarios así como también informar de ellas. No obstante y en la práctica, la constitución de comunidades de usuarios de aguas subterráneas ha sido muy difícil por el hecho de que las «tomas» (y las concesiones) suelen ser individuales (cada pozo tiene un titular concesional) y la articulación de intereses (y su preservación) se ha hecho más difícil de comprender para los usuarios individuales de aguas subterráneas. La práctica va haciendo cambiar poco a poco esa situación y desde luego el ordenamiento jurídico vigente obliga en situaciones calificadas como críticas —referidas a lo que antes se llamaba «sobreexplotación de acuíferos» (cfr. artículo 54 de Ley 29/1985, de 2 de agosto) y ahora «masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico» (cfr. artículo 56 del TRLA tras su reforma en 2003)— a constituir comunidades de usuarios cuando tenga lugar la declaración de masas de agua subterránea en ese estado, transformándose, en su caso, los diversos títulos individuales de aprovechamiento existentes en uno colectivo.

c. *Naturaleza jurídica de las comunidades de usuarios: corporaciones de derecho público. Algunas consecuencias: el control sobre las comunidades de usuarios*

El ordenamiento jurídico vigente ha solucionado con claridad una cuestión que había preocupado durante mucho tiempo al derecho español: la naturaleza jurídica de las comunidades de regantes. Hoy las comunidades de usuarios se declaran expresamente por el ordenamiento jurídico como corporaciones de derecho público

(artículo 82.1 TRLA), expresión con la que claramente se trasmite la caracterización pública de las mismas junto con la importantísima consecuencia de la posibilidad de ejercer potestades de derecho público, en la medida en que las tengan concedidas por la administración hídrica al aprobar sus estatutos y ordenanzas.

Obviamente, el tratamiento como entes públicos de las comunidades de usuarios tiene muchas consecuencias. En el derecho español, por ejemplo, la primera de todas es que la constitución de las comunidades de usuarios se deriva de un acto de aprobación que se une al de la aprobación de sus estatutos y ordenanzas y que se lleva a cabo por el correspondiente organismo de cuenca (artículo 204 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en adelante RDPH). En segundo lugar y en congruencia con lo dicho, los actos de las comunidades de usuarios realizados dentro del ámbito objetivo de competencias que establecen sus estatutos y ordenanzas se consideran como administrativos y el control judicial de los mismos se lleva a cabo por la jurisdicción contencioso-administrativa. Y previamente a ese control judicial existe la posibilidad de que sus actuaciones sean recurridas, mediante recurso administrativo, ante el organismo de cuenca del que dependen.

La posesión de potestades administrativas por las comunidades hace que los actos que dicten en ejercicio de las mismas sean ejecutivos, lo que implica que sean susceptibles de ser ejecutados por las propias comunidades de usuarios y sin necesidad de contar con la intervención de los jueces. Eso implica que la suspensión de su eficacia solo procederá tras la interposición de un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con petición expresa de ello y con la decisión final del órgano judicial competente.

Esa peculiar fuerza de sus decisiones se denota en, por ejemplo, la posibilidad de dictar providencias de embargo cuando las cuotas o cualquier otro tipo de deuda de sus integrantes no sean abonadas en el plazo adecuado, y de recabar, para ello, el auxilio de los medios personales de la Hacienda Pública. Esta competencia es de singular importancia para facilitar el cumplimiento de sus decisiones y no poner en riesgo, además, el funcionamiento de la concreta comunidad de usuarios por impago de las cuotas de sus integrantes.

Singular acento pone el ordenamiento jurídico en asegurar la autonomía de funcionamiento de las comunidades de usuarios. Ello comienza a observarse ya en el procedimiento de aprobación de sus estatutos u ordenanzas, que son las normas constitutivas de cada comunidad (y lo mismo se aplica a su modificación). El ordenamiento jurídico indica que dichos estatutos u ordenanzas están sometidos a la aprobación del organismo de cuenca, pero este no puede denegar su aprobación ni disponer la introducción de modificaciones al proyecto que le haya enviado la correspondiente comunidad de usuarios, sin contar con el dictamen previo favorable a ello del Consejo de Estado. Este hecho es absolutamente resaltable por ser el Consejo de Estado un órgano de relevancia constitucional siendo considerado como

el supremo órgano consultivo del Gobierno de la nación y, además, por el hecho de que la mayor parte de los dictámenes del Consejo de Estado no tienen esa capacidad vinculante sino que, simplemente, deben existir (son preceptivos) en el correspondiente procedimiento administrativo.

Se concluye este punto indicando que el tratamiento por el ordenamiento de las comunidades de usuarios como entidades públicas lo es solamente para los efectos del cumplimiento de sus potestades administrativas, no en cuanto realicen otro tipo de actividades que se muevan solamente en el ámbito de lo privado. Ello tiene muchas consecuencias que también deben ser conocidas. Entre ellas la relación contractual laboral de su personal, completamente alejada del estatuto funcional propio del personal de las administraciones públicas. Y en otro ámbito, el tributario, el hecho de que las comunidades de usuarios gocen de las exenciones tributarias que a veces el ordenamiento jurídico reconoce a las administraciones públicas, no es algo que deba ser punto de partida del razonamiento, sin más, y ello por el hecho poderoso de que una cosa es gozar de consideración pública en algunas de sus actuaciones y otra distinta «ser» administración pública.

d. Modernidad y tradición en el ordenamiento jurídico de las comunidades de usuarios

En las páginas precedentes han aparecido mencionadas a la vez dos ideas: la de la traza histórica profundísima de las comunidades de usuarios (como comunidades de regantes, originalmente) y, por otro lado, la de una regulación muy densa del ordenamiento jurídico actual sobre esa realidad histórica que a veces se traduce hasta en las mismas denominaciones a considerar. Pues bien, dichas ideas no son contradictorias sino que están articuladas en el derecho actualmente vigente de una forma plenamente coherente, hasta el punto que diversos preceptos hacen apelaciones a la costumbre o a los usos tradicionales para referirse a la forma de actuación de las comunidades de usuarios y, sobre todo, de alguno de sus órganos como los jurados.

Esto es una realidad que no puede ser ocultada sino, al contrario, mencionada expresamente y más cuando nos encontramos ante instituciones del cariz de las comunidades de usuarios que a través de órganos tradicionales, como los jurados, vienen ejerciendo un cuasi poder judicial (de resolución de conflictos sobre cuestiones de hecho, no de derecho, entre los miembros de la comunidad) que luego volveré a recordar en el siguiente punto. Incluso y dentro de la resolución de conflictos, el derecho español conoce de la existencia de órganos plenamente calificables como Poder Judicial, como resultan serlo el Tribunal de las Aguas de Valencia y también el Consejo de Hombres Buenos de Murcia.

e. La organización de las comunidades de usuarios: caracteres generales

Dentro del tratamiento dado por el TRLA de las comunidades de usuarios no se puede olvidar la mención a lo relativo a su organización. El artículo 84 TRLA proporciona un esquema de ella que ha sido desarrollada pormenorizadamente por diversos preceptos del RDPH.

De ello resulta una estructura organizativa de las comunidades de usuarios basada en la existencia obligatoria de tres órganos: la *Junta General* o *Asamblea*, en la que se agrupan todos los participantes o miembros de la comunidad; una *Junta de Gobierno* elegida por la *Junta General* y uno o varios *Jurados*.

La junta general es calificada como el órgano «soberano» de la comunidad de usuarios. La junta de gobierno es quien está encargada del poder ejecutivo, de la ejecución de las ordenanzas y de los acuerdos propios y de los adoptados por la junta general; todo ello, obviamente, dentro del reparto competencial que contengan los estatutos u ordenanzas.

En la junta general todos los comuneros tienen voto, pero no el mismo. Se gradúa el «poder» de cada comunero en función del caudal que tenga reconocido, no pudiendo corresponderle a ningún comunero un número de votos que alcance el 50% del conjunto del de todos los comuneros, cualquiera que sea la participación de aquel en los elementos comunes y, consiguientemente, en los gastos de la comunidad.

Finalmente, al jurado le corresponde conocer «las cuestiones de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad en el ámbito de las ordenanzas e imponer a los infractores las sanciones reglamentarias, así como fijar las indemnizaciones que puedan derivarse de la infracción». Son órganos administrativos y no judiciales y sus acuerdos están sometidos a recurso ante el organismo de cuenca del que dependa la respectiva comunidad de usuarios y, finalmente, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

f. La plural funcionalidad de las comunidades de usuarios

En este punto analizo la plural funcionalidad de las comunidades de usuarios porque así hay que juzgar los términos tan genéricos en los que el ordenamiento jurídico les confiere capacidad de intervención: funciones de policía, distribución y administración de las aguas que tengan concedidas por la administración, en la dicción del artículo 199.2 RDPH. Y claro está, en conexión con ello, toda una vida económica puesta al servicio de esas funciones que supone la necesidad de repartir los costes entre los partícipes de la comunidad de las distintas actuaciones a realizar.

Pero esto no es más que una funcionalidad estricta de las comunidades de usuarios y el derecho les otorga más atribuciones. Y, entre ellas, la de participar de forma orgánica y funcional en la gestión del agua debiendo aquí recordarse las múltiples

consideraciones que sobre el particular he realizado en el primero de los apartados de este trabajo: incorporación a determinados órganos de los organismos de cuenca (Junta de Gobierno, Consejo del Agua de la Demarcación), Consejo Nacional del Agua, órganos de participación que puedan surgir en la legislación del agua de las comunidades autónomas. A través de la participación en órganos como estos, las organizaciones de usuarios tienen un papel relevante en la elaboración y aprobación de la planificación hidrológica, sin que se deba olvidar, ni por un momento, que es el Gobierno quien aprueba definitivamente los planes hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación y las Cortes Generales, y mediante ley, son las que aprueban el Plan Hidrológico Nacional.

2. Las organizaciones de usuarios en la legislación peruana de aguas

Concluido el examen del derecho español, voy a realizar una breve consideración de lo que sobre el régimen jurídico de las organizaciones de usuarios se puede observar en la legislación peruana de aguas, constituida hoy día por la Ley n.º 29338 de Recursos Hídricos del 30 de marzo de 2009, el Reglamento de dicha Ley, que es de 2010 y, en nuestro ámbito específico de preocupación, la Ley n.º 30157 de las Organizaciones de Usuarios de Agua, del 8 de enero de 2014. Se realiza este trabajo de investigación y posterior comentario con el sumo respeto que debe mostrar necesariamente aquel que no tiene entre sus labores habituales las del estudio de una legislación extranjera, como la peruana, pero que por sus conocimientos generales sobre derecho de aguas se aproxima a esta realidad con el ánimo de encontrar y descubrir realidades institucionales que sirvan para conectar con otras bien conocidas, buscando parecidos y diferencias; y ello con la estricta finalidad de deducir enseñanzas que puedan ser útiles en la indagación, siempre inacabable, de las mejores técnicas posibles para la gestión de las aguas.

- a. *Las comunidades de regantes en el Código de Aguas de 1902: la presencia en dicho código de las comunidades de indígenas y la voluntad de su imbricación en las comunidades de regantes*

Aun cuando el reflejo y comentario de los preceptos relativos a las organizaciones de usuarios en la legislación vigente peruana va a ser el objeto fundamental a cumplir en esta parte del trabajo, quiero, como acabo de indicar, reflejar los más notables antecedentes históricos, lo que supone llevar a cabo, en primer lugar, una referencia específica al llamado Código de Aguas del Perú, aprobado por Ley el 7 de febrero de 1902. La observación detallada del mismo permite encontrar en él una muestra más de la profunda influencia de la Ley de Aguas española de 1879 en un país de

América Latina, influencia que muchas veces se ha hecho notar. Y si eso es así, que lo es, no puede sorprender, entonces, que existan bastantes preceptos en el articulado del Código de Aguas de 1902 que sean relativos a las comunidades de regantes, dado que también la Ley española de 1879 tenía bastantes preceptos dedicados a ellas.

Eso quiere decir que la atención debe encaminarse inmediatamente hacia el Capítulo XIII, dentro del Título V (artículos 228-262 inclusive), que lleva el título «De la Comunidad de Regantes y sus Sindicatos», preceptos donde se están reproduciendo artículos de la ley española, como claramente ya se puede advertir a partir de la terminología mencionada y al margen de algunas diferencias basadas, en mi opinión, en presupuestos de una distinta organización administrativa y en particularidades geográficas. Puede decirse, en lógica consecuencia que el comentario que se quisiera —hipotéticamente— realizar sobre los preceptos del Código Peruano de Aguas de 1902 constituiría una práctica repetición del comentario a los preceptos de la Ley española, y viceversa (con las excepciones indicadas), por lo que sobra completamente en este lugar realizar ese trabajo. De todas las formas lo que sí debe subrayarse especialmente es que en el más antiguo texto normativo peruano, las organizaciones de usuarios (bajo el nombre de comunidades de regantes) no están ausentes del mismo, sino plenamente integradas en él, lo que es un hecho resaltable.

En todo caso sí quiero destacar adicionalmente a lo que ya se ha dicho en alguna otra originalidad de estos preceptos, en relación con la Ley de 1879, y ello debido a la mención en este Código de las «poblaciones y comunidades de indígenas», expresión que aparece en el artículo 235 del Código de 1902, vinculada con la forma de representación en los órganos de la comunidad dentro de un precepto dedicado al cómputo de los votos. En general, en este precepto se apunta tímidamente algo que con muchos años de posterioridad, aflorará y comenzará a estar presente en las regulaciones que se hagan de las instituciones en las Leyes de Aguas de determinados países latinoamericanos con fuerte presencia indígena. Y es justo observar cómo ya en 1902 está surgiendo en Perú, y dentro de una regulación «tradicional» como es la relativa a las comunidades de regantes, algo que se adivina todavía mucho más «tradicional», como son las comunidades de indígenas que, curiosamente, se tratan de imbricar en las «nuevas» organizaciones que, para el Perú, representarían —creo— las comunidades de regantes tal y como las regula la Ley española de 1879 y traduce el Código de 1902.

b. Los usuarios en la legislación intermedia, singularmente en la ley general de aguas de 1969

Llamo legislación intermedia exclusivamente a estos efectos, a la que se sucede desde la derogación del Código de 1902 por la Ley General de Aguas de 1969, aprobada mediante el Decreto Ley n.º 17752, y otras normas hasta llegar a la aprobación

de la Ley de 2009 (con su Reglamento de 2010), y la específica Ley del 8 de enero de 2014. La contemplación desde un punto de vista global de esta legislación produce una sensación de cierta dificultad de su examen cronológico y, consiguientemente, de su valoración, pues las dudas sobre su vigencia efectiva una vez que el Gobierno militar que aprueba la Ley de 1969 da paso a otro sistema político, son muy importantes. En todo caso lo único que importa para los efectos de este trabajo es resaltar las novedades normativas que puedan darse en relación con lo que aquí se considera: las organizaciones de usuarios. Y de la mano de ese encuentro con novedades jurídicas, lo que también va a poder apreciarse en esta legislación es el influjo de determinada terminología (y contenidos) que se usan en esta normativa con denominaciones (y contenidos otra vez) que también podremos encontrar en el derecho actualmente vigente (por ejemplo: juntas de usuarios, Sistema Nacional de Recursos Hídricos, etcétera).

En la Ley de 1969, los usuarios aparecen en su artículo 136, relativo a las llamadas *Juntas de usuarios*. Han desaparecido del texto legal las menciones a las genéricas *Comunidades de regantes* del Código de 1902 (porque en esta ley de 1969, las comunidades de regantes estarán vinculadas a determinados ámbitos territoriales concretos) y tampoco va a ser posible encontrar en esta ley nada relativo a las *comunidades de indígenas o campesinas*. Las juntas de usuarios son las que en cada distrito de riego deben agrupar a todos los usuarios (artículo 136 en su párrafo primero) y de la mano de la remisión del párrafo segundo de este artículo al reglamento de la ley aparece la mención a otra modalidad de organización de usuarios: las *comisiones de regantes de sectores de los distritos*. Trasciende de este precepto, entonces, la existencia de dos tipos de organizaciones de usuarios: uno (las juntas de usuarios) mucho más grande desde la óptica de su ámbito territorial que el otro (comisiones de regantes de sectores de los distritos). Está claro que las comisiones de regantes (nótese la clara intención que explicita esta expresión de huir de la denominación genérica, abstracta, de *comunidades de regantes* del Código de 1902) agrupan a todos los regantes de un sector del distrito de riego; no está claro que en las juntas de usuarios solo deban agruparse los regantes del distrito de riego; más bien, lo que parece desprenderse del artículo es que son todos los usuarios de una determinada unidad territorial —el distrito de riego o agrícola— y con independencia del tipo de uso los que deben formar parte de las juntas de usuarios.

Al margen de la Ley debió surgir más adelante algún otro tipo de organización de usuarios, distinta a los tipos que ella recoge: solo así se explica la mención que lleva a cabo un autor a la *Junta Nacional de Usuarios de Distritos de Riego del Perú* como organización que propone una nueva legislación de aguas que no llegará a aprobarse.

Damos un salto en el tiempo y también en la historia política del período para tratar el Decreto Legislativo n.º 1081, del 27 de junio de 2008, por el que se aprueba

el Sistema Nacional de Recursos Hídricos, texto que aparece claramente inmerso en los principios de la llamada *gestión integrada de recursos hídricos* (que se define a lo largo de varios principios en el artículo 4 del Decreto Legislativo). El texto reúne aspectos interesantes para su lector atento: el primero de ellos, el de descubrir el origen de la expresión «sistema nacional de recursos hídricos» que luego volveremos a encontrar en la Ley de 2009, actualmente vigente y como instrumento básico de ella, eso con una mínima diferencia terminológica, siendo necesario observar desde nuestra perspectiva particular cómo el artículo 6 considera parte de este sistema nacional a «los usuarios de aguas».

El segundo sería el de volver a leer en un texto legal una referencia a las comunidades campesinas y comunidades nativas (antes denominadas como indígenas en el Código de 1902), ahora, curiosamente, consideradas como uno de los «principios» que forman parte de la gestión integrada de los recursos hídricos. De esa forma, el artículo 4.5 con una dicción propia del carácter de principio que del mismo postula indica que:

El Estado respeta los usos y costumbres de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua.

No hay más referencias a los usuarios en este texto y tampoco hay nada muy sustantivo que destacar de otro Decreto legislativo, el 1083, también de la misma fecha, 27 de junio de 2008, texto que tiene como título el de: «Decreto Legislativo que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos». En este último decreto legislativo los usuarios son objeto de algún tipo de mención pero no en la línea de lo que aquí nos interesa sobre todo, como es la de la constitución y funciones de las organizaciones de usuarios, sino en otra dirección utilitarista y que es acorde con la misma orientación general que tiene el decreto legislativo.

c. *Las organizaciones de usuarios en la regulación vigente:
la consideración singular de las comunidades campesinas y nativas*

Y llegamos en este rápido recorrido a la legislación en este momento vigente constituida, como ya indiqué, por la Ley n.º 29338 de Recursos Hídricos, su Reglamento de 2010 y la ley específica sobre las organizaciones de usuarios, la n.º 30157, de 8 de enero de 2014.

En la Ley n.º 29338 vamos a volver a encontrarnos con la expresión «Sistema nacional de gestión de recursos hídricos» (igual que sucedía en el Decreto Legislativo

n.º 1081 sin más que la adición de la palabra «gestión») debiendo resaltarse el hecho de que «las organizaciones de usuarios agrarios y no agrarios» y de las «comunidades campesinas y comunidades nativas» se citan como partes integrantes de tal sistema nacional al lado de la autoridad nacional, distintos ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales... Sin ninguna duda, esa forma de proceder significa el otorgamiento de un papel muy relevante a las organizaciones de usuarios (y a las comunidades campesinas y comunidades nativas) que debe resaltarse necesariamente en el comienzo de este tratamiento específico.

Estas organizaciones de usuarios conocen de una regulación concreta en el Capítulo V del Título II (que es el dedicado al sistema nacional de gestión de recursos hídricos), en los artículos 26-32 inclusive, preceptos en los que se incluye (*vid.* artículo 32) a las comunidades campesinas y nativas como una realidad distinta de las organizaciones de usuarios aunque, obsérvese, sistemáticamente inmersas dentro del mismo articulado. Ello no significa que se confunda a las comunidades nativas que trato con las organizaciones de usuarios, pues el precepto las considera como algo diferente, bien que desde el punto de vista de los derechos de que podrían gozar, las asimila.

El dedicar un capítulo especial a las organizaciones de usuarios denota una relevancia singular que solo habíamos podido encontrar en la legislación peruana histórica en el Código de Aguas de 1902, pero no en la legislación que en este lugar he llamado intermedia. Se pretende, además, llevar a cabo una regulación sustantiva, de fondo, lo que vendrá reforzado en grado sumo con la reciente promulgación de una ley específica para las organizaciones de usuarios, la n.º 30157, del 8 de enero de 2014. Pues bien, en el examen conjunto de toda esta normativa podemos distinguir:

1. *Una definición de la naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios.* Aunque es advertible una evolución en las decisiones sobre esta cuestión. Me explico: en la Ley n.º 29338 se afirma que son «asociaciones civiles» (artículo 27), lo que quiere decir que las configura como una manifestación o ejercicio del derecho de asociación y, por tanto, parecerían ser, en esencia, voluntarias, pues voluntario es, por definición, el ejercicio de este derecho de las personas; lo que quiere decir que estas organizaciones podrían existir, o no; crearse en un momento, pero luego desaparecer en ejercicio de la voluntad de sus miembros. Incluso esa organización podría negarse a recibir a algún usuario, pues no existe ningún derecho preexistente a poder integrarse en una asociación, sino que eso puede ser decisión libre de los órganos directivos de tal asociación.

Sin embargo, la Ley n.º 30157 parte de otras premisas pues calla en lo relativo al derecho de asociación y afirma, simplemente, que nos encontramos ante «organizaciones estables de personas naturales y jurídicas que canalizan la participación de sus miembros en la gestión multisectorial y uso sostenible de los recursos hídricos,

en el marco de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos». Es evidente que con esta mención a la estabilidad se produce un giro significativo que, sin embargo, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica no significa nada pues la «organización estable» no es tipo jurídico de persona jurídica.

El giro significativo a que me refiero se establece sobre la necesidad subyacente a la nueva regulación de que las organizaciones de usuarios existan en todo caso, máxime cuando se vinculan a la gestión de sistemas hidráulicos por esencia permanentes también. Es claro que ello no se consigue con la mera referencia al derecho de asociación. En el fondo, la nueva precisión jurídica presente en la Ley n.º 30157 lo que está poniendo de manifestó es una contradicción: unas organizaciones, como las de usuarios, a las que se otorga por el ordenamiento jurídico aplicable competencias para gestionar infraestructuras hidráulicas (usualmente públicas) y un bien público como es el agua, son algo más que una pura asociación civil de derecho privado.

Pero con eso no se acaba de solucionar el problema (jurídico) que vengo refiriendo. De alguna forma se habrán creado estas organizaciones. No por el poder público, evidentemente, pues este lo que hace es llevar a cabo un acto de «reconocimiento» (artículo 4 relativo a las Juntas de Usuarios y 5 para las Comisiones y los Comités) y se reconoce lo que previamente existe. Efectivamente: es la Autoridad Nacional del Agua quien «reconoce mediante resolución administrativa a las organizaciones de usuarios» (artículos 31 de la Ley n.º 29338 y 4 y 5 de la Ley n.º 30157) lo que determina la posibilidad de «inscripción en los registros públicos y el ejercicio de las funciones» que les atribuye el ordenamiento jurídico (artículo 4 de la Ley n.º 30157). No indica, por tanto, la legislación que el reconocimiento otorgue la personalidad jurídica sino solamente la posibilidad de inscripción en un registro, lo que puede permitir concluir en que la adquisición de la personalidad procedería del hecho de la creación (voluntaria) de la organización sometida al derecho civil, privado (¿una asociación?), aun cuando su posibilidad de actuar solo devendría tras el reconocimiento administrativo y posterior inscripción en los registros que proceda. Ello permite concluir en que, antes de tal reconocimiento administrativo, la organización sería una pura asociación privada, aunque con voluntad o tendencia irremisible a convertirse en organización de usuarios «reconocida» por la Autoridad Nacional desde el mismo momento de su creación. Solo tras ese reconocimiento al que seguiría la inscripción en el registro podría ejercitar las funciones (evidentemente públicas) que se reconocen a dichas organizaciones en la Ley n.º 29338, más extensamente en su Reglamento, y, sobre todo, en la Ley n.º 31057.

El reconocimiento implica, como digo, la inscripción en un registro que lleva la Autoridad Nacional (artículo 27 cuarto párrafo de la Ley n.º 29338 y 4, aunque este sea solo para las Juntas de Usuarios, de la Ley n.º 30157). Incluso la agrupación en organizaciones de «nivel regional y nacional» que se reconoce a los «usuarios que cuentan con sistemas de abastecimiento de agua propio», tiene que llevarse a

cabo «conforme a las disposiciones del Código Civil» (artículo 26 tercer párrafo de la Ley n.º 29338), con lo que podemos observar una evidente insistencia en ese carácter puramente privado que es ciertamente contradictoria con la alta consideración valorativa de tales organizaciones en el ordenamiento jurídico que se estudia y el carácter de las mismas funciones, públicas que deben ejercitar.

Por cierto que la Ley n.º 30157 profundiza sobre alguna característica de estas asociaciones civiles resaltando su carácter «estable» (artículo 2) indicando, en línea paralela al artículo 27 de la Ley n.º 29338 que «la participación de los usuarios en la gestión multisectorial y uso sostenible de los recursos hídricos» y añadiendo que «no persiguen fines de lucro» y que su actividad relativa a la gestión de infraestructura hidráulica y de recursos hídricos «es de interés público».

II. Una mención a los tipos de organizaciones de usuarios que pueden existir. Y que, como ya se ha indicado, serían comités, comisiones y juntas de usuarios (artículos 26 de la Ley n.º 29338 y 3 de la Ley n.º 30157). Con esas tres palabras se está también marcando una suerte de gradación de nivel. Así la Ley n.º 29338 advierte que «los Comités de usuarios son el nivel mínimo de organización. Se integran a las Comisiones de usuarios y estas a la vez a las Juntas de Usuarios» (artículo 26 segundo párrafo). La propia Ley n.º 29338 indica (artículos 28, 29 y 30) en qué casos procede la organización de las juntas de usuarios (cuando posean un sistema hidráulico común), comisiones de usuarios (con remisión a los criterios que dicte la Autoridad Nacional, sin referencia a ningún dato físico, por tanto) y comités de usuarios que la Ley n.º 29338 indica que se organizan a nivel de canal menor (en el caso de los de aguas superficiales), pozo (en el supuesto de los de aguas subterráneas) y de área de afloramiento superficial (aguas de filtración), no habiendo tantas precisiones en la Ley n.º 30157 que, en realidad, pareciera ser solo una ley relativa a las juntas de usuarios como luego se precisará. Ese mismo interés extraordinario por las juntas de usuarios se denota en la Ley n.º 29338 porque solo para ellas aparecen reguladas funciones propias, remitiéndose en el supuesto de los comités de usuarios a lo que diga el Reglamento (artículo 30, último párrafo) y existiendo completo silencio para las hipotéticas funciones de las comisiones de usuarios (artículo 29), bien que en la Ley n.º 30157 e, indirectamente, se hable de la forma de elección de los directivos de las comisiones de usuarios.

III. Una incidencia especial en la regulación de las juntas de usuarios. Como ya he indicado, es este tipo de organización el que preocupa tanto a la Ley n.º 29338 como, sobre todo, a la más específica Ley n.º 30157 que podría haber optado por una voluntad regulatoria más amplia (dado su objeto bien plasmado en su genérico título), pero que no lo ha querido así. Si se observa este último texto podrá comprobarse cómo la atribución de personería jurídica solo se predica para las juntas

de usuarios (artículo 4) y no para el resto de formas organizativas de usuarios. Igualmente solo se regula la organización de las juntas de usuarios (artículos 5 y ss.) y, curiosamente, se ordena en el artículo 13 que todas las organizaciones de usuarios deben adecuarse en un plazo de 180 días a lo que dice esta Ley n.º 30157, aun cuando, en realidad, prácticamente no hay preceptos en tal ley para los comités de usuarios y para las comisiones de usuarios fuera de lo relativo a su acto de reconocimiento, por lo que no habría tampoco una estructura normativa densa que pudiera influir en tal adecuación.

iv. Una estructura de gobierno de las organizaciones de usuarios aunque, en realidad, solo existen precisiones para las juntas de usuarios. En relación a ellas la Ley n.º 31057 dispone una organización muy simple basada en la asamblea general y en el consejo directivo (el órgano ejecutor) elegido por la primera, especificándose también la composición y las funciones de ambos (cfr. artículos 7 y 10).

Debo indicar que me llama mucho la atención el taxativo contenido del artículo 9 de la Ley n.º 31057: «Cada usuario de agua tiene derecho a un voto». Este precepto en su concreción denota un igualitarismo que contrasta, en mi opinión, con la evidente necesidad (que se observa en regulaciones de otros países, como la española) de distinguir la posición de los usuarios dentro de las organizaciones según el distinto caudal de agua que tienen atribuido legítimamente para su uso y cohonestar ello con la necesidad, igualmente, de evitar que una sola persona dentro de una organización pueda tener atribuido más de la mitad de los votos, lo que conllevaría, obviamente, una ficción de la existencia de distintas voluntades dentro de esa organización y hasta de la misma organización, que solo sería una extensión de la personalidad del partícipe principal, poseedor de más de la mitad de los votos y no necesitado, por tanto, del concurso de nadie más para hacer ejecutar por la organización de usuarios su exclusiva y única voluntad. Se trata, en mi opinión, de un artículo clave cuya práctica deberá ser observada para, a la luz de la misma, juzgar sobre la funcionalidad de las Juntas de Usuarios.

Pero más allá de ello, lo que esta referencia a que cada usuario tiene derecho a un voto lo que hace es traer a la Ley n.º 30157 un precepto del Código Civil, el artículo 88, relativo a las asociaciones y que textualmente reza así: «Ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto». Con ello resurge muy a lo vivo el problema de la naturaleza jurídica, no solucionado por el ordenamiento que considero, y las consecuencias que esa falta de solución lleva y va a llevar consigo en todo caso.

v. Los principios sobre el control de las juntas de usuarios por la Autoridad Nacional del Agua. La Ley n.º 2338 refiere como principio general el de la «autonomía» de las organizaciones de usuarios del agua (*vid.* artículo 27), autonomía que, obviamente,

no está reñida con el control de sus actividades, dado que están referidas a la gestión de un bien público y de una infraestructura hidráulica de la que hay que presumir también su carácter público. Es en la Ley n.º 30157 donde aparecen las formas de control que sobre las organizaciones de usuarios (en realidad exclusivamente sobre las juntas de usuarios, pues las referencias al resto de organizaciones de usuarios son prácticamente anecdóticas en esta ley como ya he indicado con anterioridad) y que comienzan por el acto de «reconocimiento» de las mismas, a partir del cual es posible la inscripción de las juntas de usuarios en los registros públicos (artículo 4 de la Ley n.º 30157). Para el otorgamiento de este «reconocimiento» no existen requisitos específicos en la Ley n.º 30157 debiendo concluirse, por tanto, en que debería impartirse teniendo en cuenta exclusivamente la adecuación al ordenamiento jurídico de las normas organizativas de que se doten las juntas de usuarios (y el resto de organizaciones de usuarios).

En la Ley n.º 30157 hay referencia a distintas formas de control al margen del primitivo reconocimiento. Así, por ejemplo, las tarifas de agua que el consejo directivo de las juntas de usuarios aprueba, deben ser elevadas a la Autoridad Nacional del Agua para su aprobación (*vid.* artículo 10). También el consejo directivo debe presentar ante la Autoridad Nacional del Agua los estados financieros debidamente auditados y aprobados por la asamblea general, y responde solidariamente (son sus miembros los que responden de esa forma, hay que entender necesariamente) ante la Autoridad Nacional del Agua por las infracciones que se cometan a la legislación sobre la materia (por las sanciones que se impongan como consecuencia de la comisión de tales infracciones y, también, por las responsabilidades civiles que, en su caso, se sigan de tales infracciones, habría que entender igualmente). También el número de miembros de los consejos directivos de las juntas de usuarios es determinado por la Autoridad Nacional del Agua en función del número de usuarios del sector hidráulico (artículo 11.3) y se fija como obligación de los consejos directivos la contratación de un equipo técnico y administrativo especializado en la operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica (artículo 11.2).

Todos los ejemplos anteriores están espigados de distintos artículos de la Ley n.º 30157, pero esta conoce también de un artículo, el 12, dedicado a la «supervisión y fiscalización», en el que aparece una enumeración de las actividades que están sometidas al control de la Autoridad Nacional del Agua. En todos estos ámbitos se advierte que el incumplimiento de las funciones dará lugar a la imposiciones de sanciones administrativas a través del proceso sancionador, pudiéndose llegar, incluso, hasta la evaluación de la «suspensión de la *autorización* prevista en el artículo 4» (es el «reconocimiento» que aquí se llama *autorización*).

No solo la Autoridad Nacional del Agua tiene competencias de supervisión sobre la actividad de las juntas de usuarios, sino que el ordenamiento que comento

refleja también la participación de la Oficina Nacional de los Procesos Electorales, en los procesos «eleccionarios» que se desarrollen para elegir a los miembros de los consejos directivos de las juntas de usuarios (*vid.* lo que indica sobre el particular el artículo 11.6).

VI. *El carácter de articulación de representación de las organizaciones de usuarios en otros organismos estatales.* Ello aparece en la regulación relativa al consejo directivo de la Autoridad Nacional (artículo 19 de la Ley n.º 29338) y de los consejos de cuenca (artículo 24 de la Ley n.º 29338, siendo necesario constatar que el Reglamento de 2010 se refiere a los consejos «hídricos» de cuenca, artículo 16, con lo que trastorna la denominación de los mismos). En ambos órganos se reconoce la presencia de las organizaciones de usuarios. Hay una remisión en cuanto a su composición, a lo que indique un decreto supremo pero se regula expresamente que en el decreto habrá una «participación equilibrada de las *organizaciones de usuarios* y de los gobiernos regionales y gobiernos locales que lo integran» (el resalte tipográfico es mío). Las comunidades campesinas y nativas también están representadas en los consejos mencionados y el artículo 18 del Reglamento de 2010 dice, además, que participan en la elaboración del Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca. La participación «ciudadana» está deferida en el artículo 196.1 del Reglamento de 2010 a las normas que apruebe la Autoridad Nacional del Agua.

3. Reflexiones finales

Hasta aquí la exposición de un trabajo que se ha centrado, fundamentalmente, en la regulación de las organizaciones de usuarios en el derecho español pero que también ha querido leer el derecho peruano sobre el particular y extraer lo que, tras esa lectura, parecen ser las líneas fundamentales de regulación.

Desde el punto de vista de la pura consideración jurídica de unos preceptos, destaca como punto común la alta consideración que las organizaciones de usuarios merecen a ambos ordenamientos jurídicos y, al mismo tiempo, una diferencia fundamental entre ambos desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de estas organizaciones, lo que está transmitiendo claras diferencias también de posibilidades de actuación.

Efectivamente: la consideración de corporaciones de derecho público de las organizaciones de usuarios (las comunidades de usuarios hablando más propiamente) en el derecho español transmite inmediatamente la idea de estar ante instituciones indispensables para la gestión pública de las aguas que el mismo legislador considera necesarias y por ello apodera al poder público para que imponga su

existencia en determinadas circunstancias. Ello determina, obviamente, el otorgamiento de atribuciones propias del poder público a tales comunidades, las que aparecen en sus estatutos y ordenanzas.

La consideración jurídica de las organizaciones de usuarios (con las denominaciones de juntas de usuarios, comisiones de usuarios o comités de usuarios) en el derecho peruano está actualmente indefinida e, incluso, presenta algunas contradicciones. La afirmación en la Ley n.º 29338 de su carácter de «asociación» ha sido sustituida en la Ley n.º 30157 por la referencia a las «organizaciones estables», pero estas no son un tipo jurídico sino una característica que puede acompañar —o no— a un tipo jurídico. Y la afirmación de la posesión de un voto por cada partícipe de esas organizaciones lleva a reconsiderar la situación, otra vez, a la naturaleza jurídica asociativa de estas organizaciones por coincidir con lo que indica el artículo 88 del Código Civil peruano.

En todo caso y como se ha resaltado en el estudio, ello presenta alguna paradoja, pues la consideración privada llevaría consigo como conclusión que no se podría imponer su constitución, pero el ordenamiento jurídico parece estar partiendo de la necesaria existencia de las juntas de usuarios (al menos) para gestionar los sistemas hidráulicos y el agua vinculada con las mismas. En todo caso no se advierte la atribución expresa de funciones de poder público (al contrario de lo que se ha observado en relación con el derecho español) en el régimen jurídico de estas organizaciones o, al menos, estas funciones están muy mediatizadas por el control que se lleva a cabo de las mismas por parte de la Autoridad Nacional del Agua.

No es misión de quien ha redactado este trabajo llevar a cabo, además, una consideración con tintes valorativos de estas diferencias esenciales. Basta con haber realizado la tarea y proporcionado suficiente información sobre el particular, sobre todo desde la perspectiva española en donde existe una tradición más que centenaria en el funcionamiento de estas organizaciones que ahora llamamos comunidades de usuarios. A fin de cuentas las consideraciones valorativas vienen más que de la comparación —siempre teórica— entre modelos jurídicos diseñados por el ordenamiento jurídico, de la observación sobre las bondades o inconvenientes de su actuación práctica. Y ahí es donde, sobre todo, habrá que prestar la atención en el futuro.

En ese sentido se trata de que los juristas —y otros científicos sociales— muestren cuidado y talento en el conocimiento real de la práctica de la labor de las organizaciones de usuarios. El desarrollo efectivo de sus facultades de gestión, cómo llevan a cabo las labores de administración del agua que tengan atribuida ellos o sus partícipes, cómo se ejercita la importantísima función de representación en los órganos de participación que existan. Es evidente que esa práctica es favorecida por un ordenamiento jurídico claro y, sobre todo, estable. Los bandazos en la configuración de las condiciones jurídicas de actuación de algo tan absolutamente vinculado a las necesidades de la sociedad, como es la gestión del agua, son siempre

malos y deben evitarse. Y, por otra parte, no es posible la creación de un derecho que choque frontalmente con la forma en que la sociedad percibe que debe tener lugar la gestión del agua. En ese ámbito, las transformaciones —la historia enseña— son lentas y van siempre precedidas de un convencimiento extendido sobre la necesidad de los cambios. En cualquier caso lo que sí parece evidente, desde la perspectiva de un derecho claramente consolidado en estas cuestiones, como es el español, y sometido a fuertes oscilaciones, como lo ha sido el peruano, es el papel esencial e imprescindible de las organizaciones de usuarios en la gestión del agua, para, entre otras cosas, incrementar el sentimiento de legitimación y la eficacia en la gestión, que a lo largo de este trabajo han sido señaladas como premisas justificativas de la existencia y funcionamiento de estas organizaciones.

4. Bibliografía

AGUILAR AMILPA, Enrique

2011 *Gestión comunitaria de los servicios de agua y saneamiento: su posible aplicación en Méjico*. Santiago de Chile.

BOELENS Rutgerd, GETCHES, David y Armando GUEVARA GIL (editores)

2006 *Agua y derecho. Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales*. Lima: IEP, 435 pp.

BOELENS Rutgerd, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL

2010 *Out of the mainstream. Water Rights, Politics and Identity*. Lima: IEP, 366 pp.

CARPI ABAD, María Victoria

2005 «La motivación de las sentencias de los Tribunales contenciosos de aguas (Comentario de la STC 113/2004, de 12 de julio)», *RAP* 168, pp. 215-252.

CLAVER VALDERAS, José Manuel

2002 «Situación actual del trasvase Tajo-Segura» En: Embid Irujo, Antonio (director), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Madrid: Civitas, tomo II, pp. 585-641.

DEL CASTILLO PINTO, Laureano

2008 «El régimen legal del agua», En: Guevara Gil, Armando (editor), *Derechos y conflictos de agua en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 27 y ss.

EM BID IRUJO, Antonio

2006 «El sistema institucional de Riegos del Alto Aragón. Historia y presente», *AAVV riegos del alto aragón. impacto económico y social 1953-2003*, Comunidad General de Riegos del Alto Aragón. Huesca, pp. 55-82.

EMBED IRUJO Antonio (director)

2007 «Usos comunes de las aguas». *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 950 y ss.

2008 «Ciudadanos y usuarios: participación e información en el derecho español de aguas. Historia, presente y futuro». *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua*. Cizur Menor: Thomson Civitas, pp. 13 y ss.

2013 «La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua», *Usos del agua. (Concesiones, autorizaciones y mercados del agua)*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 25 y ss.

GALVIS PATIÑO, María Clara y Ángela María RAMÍREZ RINCÓN

2013 *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Washington: Fundación para el Debido Proceso, 259 pp.

GINER BOIRA, Vicente

1995 [1960] *El Tribunal de las Aguas de Valencia*. Valencia: Javier Boronat editor, 91 pp.

GLICK, Thomas F.

2003 *Regadío y sociedad en la Valencia medieval*. Generalidad Valenciana, segunda edición. Valencia, 526 pp.

GUEVARA GIL, Armando

2013 *El derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín, Perú*. Lima: Instituto de Promoción para la Gestión del Agua.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián

1997 *Derecho de aguas*. Cizur Menor: Civitas, 734 pp.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco

2011 «El abastecimiento a poblaciones como servicio público». En: Embid Irujo A. (director), *Agua y ciudades*. Cizur Menor: Civitas Thomson-Reuters, pp. 203 y ss.

ROJAS MARTÍNEZ PARETS, Fernando de

2007 «Tribunal de las Aguas de Valencia». En: Embid Irujo A. (director), *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 938 y ss.

ROJAS ORTUSTE, Franz

2014 *Políticas e institucionalidad en materia de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Cepal.

SANDOVAL-MORENO, Adriana y María Griselda GÜNTHER

2013 «La gestión comunitaria del agua en México y Ecuador: Otros acercamientos a la sustentabilidad». *Ra Ximhai*, volumen 9, número 2, pp. 165-179.

SAZ, Silvia del

2007 «Comunidades de usuarios». En: Embid Irujo Antonio (director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 357-386.

VOGEL, Marion

2006 *La utilidad de aproximaciones globales para una solución de la «crisis del agua»: El ejemplo de Perú*. Barcelona: Cidob edicions.

DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS,
SU COMPLEJA INCORPORACIÓN EN ORGANIZACIONES DE USUARIOS:
EL CASO CHILENO*

DANIELA RIVERA BRAVO

Pontificia Universidad Católica de Chile | Chile

1. Introducción

Aunque el Código de Aguas de 1981 (en adelante, indistintamente, CA), principal texto normativo de las aguas en Chile, dispone que su ámbito de aplicación material son las aguas terrestres —que pueden ser tanto superficiales como subterráneas—, debemos partir constatando que tal cuerpo legal fue construido, en sus orígenes, en razón de y para las aguas superficiales.

Numerosas razones pueden esgrimirse para explicar esa circunstancia, pero una de las más evidentes es que en la época de elaboración de nuestro vigente sistema jurídico¹ la existencia, entidad y las posibles utilidades de las aguas subterráneas eran poco conocidas en nuestro medio. Hemos avanzado en estos últimos años, pero el tema sigue estando dotado de una enorme complejidad, que debe ser pronta e interdisciplinariamente enfrentada, sobre todo en atención a los problemas de disponibilidad y gestión que presentan nuestras cuencas y acuíferos.

En ese contexto, la presente exposición pretende enunciar, en términos sumarios y genéricos, las principales dificultades asociadas a la inclusión de los titulares de derechos de aguas subterráneas en instancias colectivas de gestión del recurso, como son las organizaciones de usuarios. Dichas dificultades provienen de una razón práctica: los aprovechamientos de aguas subterráneas son generalmente individuales, de modo que su inserción en esas fórmulas colectivas, al menos en la forma en que actualmente se las considera, resulta un tanto forzada.

* Atendiendo su carácter de ponencia, el texto prescinde de referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

1 Ello se remonta a los años 1979-1981, en que se origina el modelo actualmente aplicable.

2. Ejercicio de derechos de aguas subterráneas

a. *Interrelación entre aguas superficiales y subterráneas*

Aunque desde el punto de vista hidrológico, la vinculación entre las aguas superficiales y subterráneas de una misma cuenca es una obviedad, el Derecho no siempre la trata como tal. Muchas veces dicha vinculación es olvidada o ignorada, y ello ocurre tanto en el texto de la ley, como luego en su aplicación.

En el régimen jurídico vigente, principalmente producto de las modificaciones incorporadas al Código de 1981 por la Ley n.º 20.017, de 2005, se contempla explícitamente la interrelación entre aguas superficiales y subterráneas, como integrantes de una misma corriente y ciclo hidrológico. En este sentido, cabe citar, esencialmente, las siguientes ideas:

I. El artículo 3 CA es la base del denominado principio de unidad de la corriente. Esta partícula normativa dispone que:

Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente.

II. El artículo 22 CA alude a la mencionada interrelación para efectos de constitución de derechos de aprovechamiento, en los siguientes términos:

La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3.º.

III. El artículo 263 CA coloca bajo la jurisdicción de las juntas de vigilancia a todos los titulares de derechos de aguas superficiales y subterráneas de la respectiva cuenca hidrográfica. En este sentido, se sostiene, en lo pertinente, que:

Las personas naturales o jurídicas y las organizaciones de usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca

u hoya hidrográfica, podrán² organizarse como junta de vigilancia que se constituirá y regirá por las disposiciones de este párrafo.

b. Individualidad generalizada en el ejercicio de derechos de aguas subterráneas

Atendidas las particularidades propias de las aguas subterráneas, su captación y extracción se produce, usualmente, a través de obras (pozos, por ejemplo) construidas y operadas de manera individual por cada titular de derechos de aprovechamiento. Ello no significa que no existan obras comunes, que permitan a dos o más particulares extraer el agua que les corresponde, pero ello ocurre normalmente cuando estamos ante un derecho cuya titularidad es compartida.

Pese a lo anterior, el Derecho de aguas propicia el ejercicio colectivo de los derechos de aprovechamiento, lo cual va asociado a objetivos de manejo y gestión integrada de un recurso escaso y limitado. En el caso chileno, por ejemplo, una de las directrices fundamentales es, precisamente, el autogobierno de las organizaciones de usuarios, lo cual se materializa, primero, en el reconocimiento de un importante cúmulo de facultades a las juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y comunidades de aguas (tres tipos de organizaciones reguladas en el Código del ramo),³ y, luego, en las delimitadas potestades que la autoridad administrativa (Dirección General de Aguas, en adelante, DGA) detenta respecto a las funciones que son propias y exclusivas de estos entes (principalmente, distribución y reparto de aguas).

Las aguas subterráneas no escapan a esta premisa, promoviéndose también su administración y gestión por órganos colectivos. Específicamente, las figuras que el legislador eligió para estos efectos son las comunidades de aguas y, según ya enunciamos previamente, las juntas de vigilancia.⁴

2 Aun cuando este verbo da la idea de una facultad para integrar la junta de vigilancia respectiva, la verdad es que se trata de una obligación de los titulares de derechos de una cuenca en que se organice una entidad de este tipo; tales titulares quedan incorporados *ipso iure* a dicha junta de vigilancia. Así, el artículo 272, inciso 1.º CA establece que «Si por otorgamiento de derechos, construcción de nuevas obras de riego o de regulación de la cuenca se constituye un nuevo derecho de agua, el que lo goce quedará incorporado a la junta de vigilancia respectiva». Ahora bien, en la realidad, ello no siempre acontece de ese modo, según se enuncia más adelante en este texto.

3 Una trilogía en este punto se ofrece también en la legislación peruana, en que se contempla la existencia de juntas, comisiones y comités de usuarios, las cuales surgen, según el artículo 26 de la Ley n.º 29.338, de 2009, de Recursos Hídricos, de un supuesto de hecho fundamental: usuarios que comparten una fuente superficial y subterránea y un sistema hidráulico común.

4 En el régimen peruano, si bien se sostiene que las juntas de usuarios (nivel máximo de organización) se estructuran sobre la base de un sistema/sector hidráulico común (y, por tanto, de aguas superficiales y subterráneas), expresamente se sostiene que los comités de usuarios pueden ser de aguas superficiales, subterráneas y de filtraciones. Los de aguas subterráneas se organizan en el ámbito de pozo (artículo, 30, Ley n.º 29.338, de 2009).

c. *Comunidades de aguas subterráneas*

Esta fórmula se contempla, básicamente, del siguiente modo en nuestro ordenamiento:

1. *En el Código de Aguas de 1981.* Las comunidades de aguas subterráneas, luego de las modificaciones introducidas por la Ley n.º 20.017, del año 2005, son reguladas según se indica a continuación:

i) Los artículos 186 y siguientes se refieren al ejercicio colectivo de los derechos de aprovechamiento, consagrando para ello a las organizaciones de usuarios (comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia).

En este contexto, el artículo 186 CA dispone que:

Si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal, embalse, o *aprovechan las aguas de un mismo acuífero*, podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho, constituirse en asociación de canalistas o en cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del caudal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En el caso de cauces naturales podrán organizarse como junta de vigilancia.

Como puede apreciarse —con la inclusión de la frase destacada—, esta disposición genérica precisa que los titulares de derechos de aguas subterráneas pueden organizarse y manejar colectivamente el recurso.

En esta hipótesis nos encontramos frente a la regulación de la *facultad* (el artículo transcrito señala que «podrán» reglamentar la comunidad) de organizar comunidades de aguas subterráneas; y ello se produce de manera *implícita*, toda vez que no se alude directamente a esta fórmula asociativa (o al menos no completamente), aunque se deduce del contexto y de los términos empleados en la normativa.

Por lo tanto, no es un imperativo jurídico organizar/legalizar la aludida comunidad. Ahora bien, si se da el supuesto fáctico descrito en la norma (dos o más personas aprovechando las aguas de un mismo acuífero), se estará igualmente, aunque no esté formalizada, frente a una comunidad de hecho, situación que constituye la regla general en Chile en este escenario.

ii) Los artículos 63 y 65 del Código de Aguas contemplan el nacimiento, por el solo ministerio de la ley, de comunidades de aguas subterráneas cuando la autoridad

declare zona de prohibición o área de restricción en ciertos acuíferos o sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común.

En efecto, señalan, en lo procedente, las referidas disposiciones:

La declaración de una zona de prohibición dará origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella (artículo 63, inciso 2.º CA).

La declaración de un área de restricción dará origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella (artículo 6,5, inciso final Código de Aguas).

Ante declaraciones de las medidas previamente señaladas, la ley consagra de modo *explícito* la conformación de una comunidad de usuarios de aguas subterráneas, lo cual ya no queda entregado a la voluntad de las partes, sino que se produce *automáticamente*, como consecuencia directa de una declaración de zona de prohibición o área de restricción.

Así, cumplido el presupuesto de hecho, existe el deber legal de organizar las comunidades de aguas subterráneas correspondientes. En esta línea, las resoluciones de la DGA que decretan zonas de prohibición o áreas de restricción, suelen advertir que la formalización de las comunidades de aguas deberá promoverse por escritura pública o a través de la vía judicial, estableciendo incluso un plazo determinado para ello (que, por lo general, es de 90 días contados desde la fecha de la publicación de la resolución respectiva en el *Diario Oficial*).⁵

II. En el Decreto n.º 203, de 2014, que aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. Se trata de la última «novedad» del Derecho de Aguas chileno, cuyo párrafo 4.º del capítulo II se intitula «De las comunidades de aguas subterráneas».

Siguiendo la dirección trazada en este punto por el Código de Aguas, el Reglamento reitera las siguientes ideas:

i) *Conformación de comunidades de aguas subterráneas como una facultad conferida a los usuarios*. En este sentido, el artículo 37, inciso 1.º, establece que:

En conformidad con lo dispuesto por el artículo 186 del Código de Aguas, si dos o más personas aprovechan aguas de un mismo Sector Hidrogeológico de Aprovechamiento Común, podrán organizarse como comunidad de aguas subterráneas.

5 Ese plazo es completamente desajustado a los extensos períodos que suelen estar asociados a la organización completa de una entidad de esta índole. Varios factores influyen en ello, pero es el registro/catastro en la DGA una de las actuaciones que acostumbra a demorar más tiempo.

ii) *Organización de comunidades de aguas subterráneas como consecuencia inmediata de la declaración de área de restricción o zona de prohibición.* En lo relativo a este aspecto, el artículo 39 del Reglamento señala:

Las declaraciones de área de restricción y de zona de prohibición darán origen a una comunidad formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en ella, siendo responsabilidad de los usuarios organizarse según lo dispuesto en el artículo 37 del presente Reglamento.

d. *Juntas de vigilancia como administradoras de todas las aguas una cuenca*

i. *Organizaciones relativas, por excelencia, a aguas superficiales.* Según lo sostenido al inicio de este texto, en su origen, el Código de 1981 —y sus antecesores de 1951 y 1967— contempló a las juntas de vigilancia como la típica organización de usuarios de aguas superficiales.

Sin embargo, y como también se señala *supra*, una de las principales modificaciones de la Ley n.º 20.017 de 2005, fue la consagración expresa de la vinculación existente entre aguas superficiales y subterráneas que afluyen a una misma cuenca u hoya hidrográfica. Producto de ello, y atendidos los cambios incorporados al Código de 1981, hoy, de acuerdo con el tenor literal de algunas normas que regulan el estatuto de las juntas de vigilancia, puede hablarse de una efectiva inclusión (al menos teórica) de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en la jurisdicción de tales entidades.

ii. *Incorporación de las aguas subterráneas al ámbito de actuación de las juntas de vigilancia.* Luego del año 2005, una serie de disposiciones precisan que las aguas subterráneas de la cuenca también son parte del espacio competencial de las juntas de vigilancia. Así, por ejemplo:

i) El nuevo tenor del artículo 263, inciso 1.º CA, ya transcrito, fue discutido durante la tramitación de la Ley n.º 20.017, pues algunos parlamentarios consideraban innecesaria la inclusión explícita de la expresión «subterráneas», sosteniendo que las juntas de vigilancia tenían jurisdicción sobre toda la cuenca u hoya hidrográfica, comprendiendo tanto las aguas superficiales como las subterráneas. Sin embargo, la Comisión estimó conveniente aludir en forma expresa a la organización de los usuarios de aguas subterráneas.

ii) Asimismo, el artículo 263, inciso 5.º, n.º 3, establece que:

El extracto indicado en el inciso anterior [*corresponde a la escritura pública en que constan la constitución y estatutos de la comunidad*], deberá contener las siguientes menciones:

[...] 3.- El o los cauces o la sección del cauce, *acuíferos* o fuente natural sobre la que tiene jurisdicción.

Trátase, como puede apreciarse, de otra muestra de la inclusión de las aguas subterráneas en la jurisdicción de las juntas de vigilancia.

iii) A mayor abundamiento, la Ley n.º 20.017 también modificó el artículo 266, inciso 1.º CA, que contiene una definición de las juntas de vigilancia. El cambio consistió en sustituir la expresión «cauce» por la de «fuente», de modo que la disposición en cuestión quedó en los siguientes términos:

Las juntas de vigilancia tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que le encomiende la ley.

La referida modificación es coherente con aquella introducida en el artículo 263, inciso 1.º CA, por cuanto la antigua expresión «cauces naturales» se refería, fundamentalmente, a aguas superficiales. La noción «fuentes naturales», por el contrario, es omnicompreensiva (aguas superficiales y subterráneas).

iv) Una cambio similar, y, seguramente, por las mismas razones, se produjo en el artículo 314, inciso 3.º CA. En dicha norma se reemplazó la expresión «[...] cauces naturales de uso público, entre los canales que capten aguas en él [...]» por la de «[...] en las fuentes naturales [...]». Cabe tener presente que esta disposición preceptúa que, ante declaraciones de zonas de escasez, si no hay acuerdo entre los usuarios, corresponde a la Dirección General de Aguas redistribuir las aguas en las fuentes naturales, suspendiendo las atribuciones de las juntas de vigilancia.

En otros términos, si la Dirección General de Aguas, desde el momento que suspende las atribuciones de las juntas de vigilancia, redistribuye las aguas en las fuentes naturales —incluyéndose las subterráneas que forman parte de la respectiva cuenca u hoya hidrográfica— es porque a dichas organizaciones les corresponde, como regla general, esa función.

3. Desajustes e insuficiencias normativas y prácticas

a. *Lenta implementación de las fórmulas asociativas o de gestión colectiva de aguas subterráneas*

Pese a las prescripciones legales y reglamentarias vigentes, si hoy revisamos la forma en que se están utilizando las aguas subterráneas en Chile, podremos visua-

lizar de inmediato dos cuestiones estrictamente relacionadas con la temática, objeto de esta presentación:

I. Ha existido una bajísima formalización de comunidades de aguas subterráneas, y, aun cuando hay varios puntos declarados como áreas de restricción o zonas de prohibición, todo indica que las comunidades que allí debían surgir de modo automático, ni siquiera están funcionando de hecho.⁶

II. Aun cuando algunas juntas de vigilancia incluyen en sus estatutos a los derechos de aguas subterráneas, en términos concretos, ello no pasa de ser una declaración nominal, que no tiene ninguna aplicación.

Si tratamos de explicar estas situaciones surge una de las circunstancias enunciadas *supra*: el aprovechamiento de las aguas subterráneas se produce, preferentemente, de manera individual, por lo que es complicada su inserción a instancias que, en importante medida, se justifican y funcionan en torno a obras de aprovechamiento común. En este caso, lo común está dado solo por la fuente de abastecimiento (acuífero o sector hidrogeológico de aprovechamiento común), y aun cuando ello igualmente permite construir una noción de gestión colectiva, se trata de algo distinto a lo que ocurre con respecto a las aguas superficiales. Por lo tanto, se requiere que las respuestas legislativas tengan en cuenta estas especificidades; ello, en el modelo chileno, no se ha dado de forma adecuada.

b. *Carácter forzado y poco riguroso con que las comunidades de aguas subterráneas se insertaron en el sistema de ejercicio y gestión colectiva de aguas*

Si bien, las comunidades de aguas subterráneas están expresamente contempladas en nuestro régimen, hay una serie de aspectos que no fueron previstos adecuadamente por el legislador en el año 2005. En esa oportunidad (con la Ley n.º 20.017 se introdujo esta particular figura a un sistema creado con base en una realidad distinta: aguas superficiales.

Así, y a título meramente ejemplar, podemos citar algunas cuestiones terminológicas que demuestran que la legislación, pese a formular explícitamente la interrelación entre aguas superficiales y subterráneas, sigue estando enfocada solo en aguas superficiales:

6 De acuerdo con la información emanada de la Dirección General de Aguas, al año 2014 solo figuraban registradas en el Catastro Público de Aguas dos comunidades de aguas subterráneas (una en Copiapó, en la III región del país, y otra en Quillota, V región).

- I. El artículo 198 CA señala las menciones que debe contener la escritura de organización de una comunidad de aguas, refiriéndose a «cauces que conducen aguas» y «derecho de agua que corresponde al canal».
 - II. El artículo 200 CA habla de administración de «canales».
 - III. El artículo 206CA alude a «dispositivos de aforo de aguas», especificando luego]compuertas, marcos partidores u otros».
 - IV. El artículo 210 CA habla de traslado de aguas «de un canal a otro, o de un lugar a otro en un mismo acueducto».
 - V. El artículo 212 CA se refiere a la obligación de los comuneros de costear la construcción y reparación del dispositivo extractor de aguas del «canal principal».
- c. *Algunas dificultades relacionadas con la inclusión de las comunidades de aguas subterráneas bajo el ámbito de actuación de las juntas de vigilancia*

No hay dudas en torno a que las juntas de vigilancia deben ejercer sus atribuciones y funciones tanto sobre aguas superficiales como subterráneas, pero al momento de materializarlas surgen conflictos que no están contemplados ni resueltos en el régimen vigente. Así se plantean entre otras interrogantes como las siguientes:

- I. ¿Disponen las juntas de vigilancia de un completo catastro de los derechos de aguas subterráneas existentes en la cuenca hidrográfica?
- II. ¿Conocen las juntas de vigilancia los distintos acuíferos o sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común existentes dentro de la cuenca hidrográfica?
- III. ¿Cómo votarán los miembros de las comunidades de aguas subterráneas en las asambleas de las juntas de vigilancia? ¿Igual que los titulares de derechos de aguas superficiales?
- IV. ¿Cómo sanciona la junta de vigilancia a las comunidades de aguas subterráneas que no paguen sus cuotas?
- V. ¿Disponen las juntas de vigilancia de los conocimientos y recursos para hacer uso de las potestades que le entrega la ley en materia de aguas subterráneas?

Con relación a este punto cabe sostener que uno de los más importantes obstáculos para el adecuado ejercicio del autogobierno de las juntas de vigilancia en Chile ha sido, precisamente, la falta de incorporación efectiva/real de todos los titulares de derechos de aguas de la cuenca. Y dos han sido los grandes ausentes: las empresas hidroeléctricas y los usuarios de aguas subterráneas; lo anterior, pese a que el artículo 272 CA consagra la inclusión *ipso iure* de todos los derechos a la junta de vigilancia respectiva.

4. Consideraciones finales

Las aguas subterráneas no pueden ni deben quedar fuera de la noción de manejo y gestión integrada de aguas. Ahora bien, dada su naturaleza, características y las particularidades en que se produce su extracción, las fórmulas asociativas o de agrupación de usuarios de aguas subterráneas deben ajustarse a la realidad de este tipo de recurso.

Quizás acá no pueda aplicarse estrictamente el concepto de «obras comunes» o de «entrega/distribución de aguas» (o al menos no del mismo modo que con respecto a las aguas superficiales, en que la organización de usuarios es la que efectúa materialmente el reparto). Sin embargo, la presencia de organizaciones de usuarios que gestionen, coordinen y controlen el aprovechamiento de aguas de una determinada fuente subterránea es altamente conveniente y necesaria, especialmente cuando se trata de áreas de restricción o zonas de prohibición; todos los titulares de derechos deben cooperar para lograr una explotación sustentable y sostenible del acuífero o sector hidrogeológico de aprovechamiento común, y la mejor forma de hacerlo es comunal o colectivamente.

MARCO JURÍDICO PARA LAS ORGANIZACIONES DE REGANTES: CASO MÉXICO

JACINTA PALERM VIQUEIRA
Colegio de Posgraduados | México

Rupturas y discontinuidades de las organizaciones de regantes en México en los últimos 150 años. Las rupturas históricas de la desamortización, de la Reforma Agraria, de la federalización de las aguas, de la nueva desamortización. Discontinuidades y rupturas en la nomenclatura y marco jurídico de las organizaciones: juntas de aguas, urderales, unidades de riego, Distritos de Riego, asociaciones de regantes, módulos. Efectos sobre la capacidad de autogobierno.

1. Introducción

La propuesta de Sengupta (2002) invita a realizar comparaciones de la historia de largo plazo de organizaciones de regantes y del marco jurídico que los acompaña, bajo la perspectiva de que la existencia de una legislación estable y consistente a largo plazo que otorga un marco jurídico a las organizaciones —autogestivas— de regantes favorece su existencia y fortaleza; mientras que su ausencia favorece la debilidad, inexistencia e invisibilidad de las organizaciones de regantes. La propuesta de Sengupta está en consonancia con uno de los principios de diseño de Ostrom, el «reconocimiento mínimo de los derechos a organizarse». El argumento básico de Ostrom parece ser el impacto (negativo) de la interferencia del gobierno al socavar o contradecir las reglas locales, y no una falta de capacidad de autogestión *per se* (Ostrom 1990; Ostrom 1993; Ostrom 2009; Ostrom 2011).

Antes de empezar a indagar la historia de largo plazo de organizaciones en México, ya contábamos con evidencia de la existencia de organizaciones de auto-

gestión multicomunitarias. El equipo de investigación Organización Social y Riego que coordinó inició el abordaje etnográfico con el diseño de un modelo de investigación, para emprender estudios de caso de organizaciones para la administración de sistemas de riego (Palerm Viqueira, Martínez-Saldaña, y Escobedo 2000; Palerm Viqueira y Martínez-Saldaña 1997). El punto de partida fue determinar si existían casos de autogestión que fuesen cuando menos multicomunitarios. Se hicieron estudios de caso etnográficos, con lo que se documentó la existencia de organizaciones multicomunitarias de autogobierno para la administración de sistemas de riego en México.¹ En el proceso de investigación fue muy importante, no solo el trabajo en equipo, sino también la colaboración entre especialistas con formacio-

1 Referencias sobre la etnografía de sistemas multicomunitarios con autogestión burocrática y no burocrática en México. La etnografía en tesis y ensayos realizados bajo mi dirección como director de tesis y/o como director de proyecto de investigación que se refieren a (1) autogestión no burocrática de sistemas multicomunitarios (incluye casos de sistemas de abasto de agua para uso doméstico) son: sobre el Nexapa: (Rodríguez Meza 2000; Rodríguez Meza 1998); sobre San Juan Teotihuacán: (González Huerta 2000); sobre el Cuautla: (Ávalos, Aguilar Sánchez, y Palerm Viqueira 2010; Ávalos 2003; Palerm Viqueira y colaboradores 2001; Palerm Viqueira, Pimentel-Equihua, y Salcedo 2000; Palerm Viqueira y Rodríguez-Haros 2005; Pimentel-Equihua y Palerm Viqueira 2001; Pimentel-Equihua y Palerm Viqueira 2006; Rodríguez Haros, Ávalos, y Palerm Viqueira 2004; Salcedo y Palerm Viqueira 2002; Salcedo 1999); sobre el Amatzinac y el canal Tenango: (Rivas 2000; Rivas 2004; Rivas 2005); sobre el valle de Coeneo-Huaniqueo: (López Pacheco, Pimentel-Equihua, y Palerm Viqueira 2009; López Pacheco 2002a; López Pacheco 2002b), sobre el valle de Juárez, Pabellón, Santa Rosa e Ixmiquilpan: (Rodríguez Haros y Palerm Viqueira 2007; Rodríguez Haros 2007); sobre La Cañada: (Hernández Rodríguez 2011; Rodríguez-Herrera, Hernández, y Palerm Viqueira 2010; Rodríguez-Herrera *et al.* 2013), sobre el sistema Tepetitlán: (Montes, Palerm Viqueira, y Chávez-Mejía 2010; Montes, Palerm Viqueira, y Chávez-Mejía 2012; Montes y Palerm Viqueira 2013; Montes 2011), sobre el Cuautitlán: (Sandré 2012; Sandré 2013); sobre el alto Nazas: (Chairez y Palerm Viqueira 2013a; Chairez y Palerm Viqueira 2013b); sobre el Tejalpa: (Aguirre, Montes, y Palerm Viqueira 2013); sobre sistemas rurales de agua para uso doméstico (Galindo-Escamilla y Palerm Viqueira 2007; Galindo-Escamilla y Palerm Viqueira 2011; Galindo-Escamilla y Palerm Viqueira 2012; Galindo-Escamilla 2012); (2) autogestión burocrática de sistemas multicomunitarios son, en esta enumeración incluimos dos etnografías realizadas fuera de México: sobre un sistema en El Salvador: (Rodríguez-Herrera 2002), sobre el Distrito de Riego Lerma (Salcedo 2005; Salcedo 2006), y sobre un sistema en España: (Pimentel-Equihua 2004; Pimentel-Equihua 2006), posiblemente en esta categoría también el estudio de caso del módulo Tepatepec del Distrito de Riego Tula (Venado Godínez y Palerm Viqueira 2013; Venado Godínez 2012). Otras etnografías sobre organizaciones multicomunitarias en México son dos casos de autogestión burocrática (casos módulos Salvatierra y Valle de Santiago): (Rodríguez Haros, Hernández Palmerín, y Pérez Hurtada 2013; Rodríguez Haros, Hernández Palmerín, y Pérez Hurtada 2013; Rodríguez Haros 2013), realizados por un integrante del grupo de Organización social y riego, en cuya investigación, con estudiantes de la Universidad de Guanajuato, no intervino de manera demasiado directa; y el caso del sistema de El Cubo realizado por un miembro (Crinquant 2004) del proyecto en equipo encabezado por Sergio Vargas y Eric Mollard. Hay también algunas etnografías que complementan los estudios etnográficos arriba enlistados, las referencias se localizan en el Cuadro n.º 1 de Palerm (2013: 70-76). No dudo que existan otras etnografías sobre autogestión en sistemas multicomunitarios en México, pero no

nes técnicas y sociales. Mientras unos veían el estrés hídrico de cultivos y patrones de cultivos (evidencias de la distribución del agua), otros veían cooperación, autoridades y conflictos; combinar ambas miradas disciplinarias ha redundado en un mejor entendimiento de la administración de los sistemas de riego.

En el proceso de selección de estudios de caso se hizo evidente la conveniencia de contar con una base de datos sobre sistemas de riego y su administración; esto es regadíos que no fuesen Distritos de Riego —administrados supuestamente por el Estado hasta 1992—. Ello, para saber, entre otras cosas, dónde había regadíos y tener un abanico de posibilidades para los estudios de caso. En el Archivo Histórico del Agua se contaba con expedientes sobre sistemas de riego que ya habían sido explorados para algunos estudios de caso. Se tomó la decisión de hacer un compendio de reglamentos de regadíos del Archivo Histórico del Agua y, posteriormente, del Archivo General Agrario. Para estas dos empresas de búsqueda de reglamentos se contó con el apoyo entusiasta de directores del AHA: Toño Escobar, Rocío Castañeda (q.e.p.d.) e Israel Sandré. Los reglamentos ubicados en el AHA y reglamentos y otro tipo de acuerdos ubicados en el AGA se publicaron en formato electrónico (Palerm Viqueira *et al.* 2011; Palerm Viqueira *et al.* 2004).²

Diversos desfases entre la nomenclatura señalada en las etnografías de los estudios de caso, en los reglamentos ubicados en el AHA y el AGA y en la legislación vigente hizo un paso obligado la revisión sistemática de la legislación mexicana sobre el marco jurídico para las organizaciones de regantes. La legislación sobre agua estaba, felizmente, en un compendio de Lanz Cárdenas (1982); que no incluye un Reglamento para la organización y funcionamiento de juntas y jueces de agua de 1941 (Palerm Viqueira *et al.* 2004). que estaba multicitado en reglamentos de regadíos y al cual también habíamos encontrado referencias etnográficas.

La revisión de contrastes entre etnografía, reglamentos e historia de la legislación en el siglo xx llevó no solo a la conclusión de la discontinuidad en la legislación y políticas públicas para los regadíos no incluidos en los Distritos de Riego, también llevó a una nueva perspectiva sobre la los Distritos de Riego. Fue un momento de gran satisfacción cuando en una mesa del cuarto destinado al proyecto: buscar reglamentos en el AHA, habían apilado un montón de reglamentos de Distritos de Riego en los cuales se señalaba la existencia en la reglamentación de asociaciones de regantes y de juntas de aguas. Le agradezco infinitamente a Toño Escobar por su entusiasmo y no olvido su «mira Jacinta, lo que encontramos».

La primera conclusión del contraste consistió, como acabamos de señalar, en constatar las discontinuidades en la legislación referidas al marco jurídico para

las conozco. Quizá la etnografía de casos multicomunitarios debiera incluir las galerías filtrantes en el valle de Tehuacán. Sobre esta bibliografía véase Palerm y Martínez (2000).

2 A estas dos colecciones de reglamentos, hay que añadir la que corresponde a reglamentos y acuerdos anteriores al siglo xx, compilada por Sandré y Sánchez (2011).

las organizaciones de regantes; estas discontinuidades se expresan, en gran medida, en la distinta nomenclatura para las organizaciones.

2. Contexto

En este texto vamos a presentar las discontinuidades en la legislación referidas al marco jurídico para las organizaciones de regantes en el arco temporal del siglo xx; parcialmente iluminadas por evidencia de la etnografía y de los reglamentos compilados. Pero antes de iniciar con la presentación de la legislación conviene señalar que cualquier discusión y presentación sobre las organizaciones de regantes y su marco jurídico en el siglo xx requiere hacer referencia a:

- I. El *reparto agrario*, que lleva a substituir a las haciendas (gran propiedad) por multitud de pequeños usuarios y en cuyo proceso suponemos que hubo una curva fuerte de aprendizaje, incluso incapacidad, sobre cómo administrar los sistemas de riego. La primera ley agraria, llamada preconstitucional, es de 1915. El reparto agrario se concentra en el periodo del presidente General Lázaro Cárdenas (1934-1940).
- II. La llamada *federalización de la aguas*, es decir cuando el gobierno federal toma bajo su autoridad legislar sobre las aguas, esto ocurre a fines del XIX.
- III. La *nomenclatura de las organizaciones para la administración del agua en el siglo xx*. Las discontinuidades en la legislación referidas al marco jurídico para las organizaciones de regantes se expresan, en gran medida, en la distinta nomenclatura para las organizaciones.

Es decir, hay tres rupturas importantes, la sede de la legislación sobre aguas y las instituciones gubernamentales a cargo de las aguas, que pasan al ámbito federal; el reparto agrario que multiplica el número de usuarios; y, en el curso del siglo xx, los cambios frecuentes de nombre, de atributos y de institución gubernamental federal encargada de dar seguimiento a las organizaciones para la administración del agua.

a. *El reparto agrario*

El primer factor a considerar es el reparto agrario. Hay varias aristas, empezando por el supuesto de que la organización a nivel sistema estaba en manos de las haciendas y que con la desaparición de las haciendas hay un rompimiento o discontinuidad con la organización anterior; esta ruptura va de la mano de una curva de aprendizaje de los nuevos usuarios, un proceso mal estudiado. Para México hay

estudios que refieren situaciones bastante caóticas con la Reforma Agraria y la conformación de las «impuestas» juntas de aguas (Aboites 1998; Castañeda 1995; Valladares 2004); por otro lado, hay estudios etnográficos de éxito organizativo;³ sería interesante el seguimiento sistemático de casos de procesos de paso de no organización a organización.

En México, la antigüedad y continuidad de los sistemas físicos, que datan de la época prehispánica o colonial, no significa aparentemente una continuidad de las organizaciones. Esto es, en México, no parece haber organizaciones de alcornia. Sin embargo, puede ser interesante reconsiderar la discontinuidad o ruptura de las organizaciones previas al reparto agrario; no que necesariamente lo anterior sea falso desde la perspectiva de las haciendas, más bien la propuesta sería que hay una continuidad desde la perspectiva de las comunidades, especialmente si el análisis se hace estableciendo el puente entre las comunidades conformadas desde antes de la desamortización en 1856 y las nuevas comunidades agrarias y ejidos como resultado del reparto agrario. Asunto que, por el momento dejamos pendiente (Pero véase Bárcenas y Palerm Viqueira 2013; Palerm Viqueira y Martínez-Saldaña 2009; Palerm Viqueira 2012).

La legislación agraria es del orden federal. La Reforma Agraria inicia con la llamada Ley Agraria de 1915, reconocida como ley constitucional por el Congreso Constituyente de 1917. La legislación en torno al artículo 27 Constitucional es voluminosa, no obstante hay una continuidad y las sucesivas leyes, reglamentos, circulares, códigos van precisando sin modificar los principios del artículo 27 hasta 1992. La legislación agraria no solo afecta el reparto de tierras, aguas y montes, también modifica y está por arriba de las leyes de aguas entre 1915 y 1992. La legislación agraria de los primeros años se localiza en una compilación de Fabila (1980), que se complementa con el *Catecismo agrario* de Cuadros (1999), un *best-seller* de las décadas de los veinte y treinta, que pretendía orientar a los campesinos en los fundamentos legales de sus demandas. La legislación agraria posterior a la compilación de Fabila (de los años 1942, 1971 y 1992)⁴ es de fácil acceso por la cantidad de publicaciones del código o ley. Para una presentación de las aguas en la legislación agraria entre 1915 y 1992 (Véase Palerm 2009).

Según la legislación agraria, hasta 1992, el ejido y comunidad agraria tenían la capacidad jurídica de la autoadministración de la aguas en el nivel comunitario. No obstante dicha capacidad jurídica aparentemente ha variado, según la organización de regadío en que estuvieron incluidos (Distritos de Riego, Juntas de Agua, etcé-

3 Algunos ejemplos de estudios de caso sobre procesos organizativos son caso Tepetitlán y caso Nexapa: Rodríguez Meza 2000; Montes, Palerm Viqueira y Chávez-Mejía 2010; Montes, Palerm Viqueira y Chávez-Mejía 2012.

4 Código Agrario 1942; Hinojosa Ortiz 1960; Alcéraca 1961; Ley Federal de Reforma Agraria 1971; Ley Agraria 1992.

tera). A partir de 1992, con los cambios en la ley agraria, las tierras y derechos de aguas son susceptibles de individualizarse. El ejido aparentemente ha perdido la capacidad jurídica de autoadministración salvo, posiblemente, los casos de ejidos que no han asumido el dominio pleno y que no están en distritos o unidades de riego. No obstante el ejido carecer de capacidad jurídica sobre las aguas, los regantes de la comunidad pueden constituir un grupo organizado.

El que la comunidad organizada cuente con un marco jurídico posiblemente coadyuve a su capacidad organizativa y potencie la conformación de organizaciones de mayor tamaño donde la comunidad es un nivel organizativo. Ello sería significativo en el caso de sistemas medianos y grandes, con un diseño organizativo en múltiples niveles de gobierno, cuando la tenencia de la tierra es minifundista y la capacidad organizativa de base es la comunidad organizada. Ello hace interesante explorar la administración por la comunidad misma en distintas organizaciones de regantes.

b. *La federalización de las aguas*

El segundo factor a considerar es la llamada federalización de las aguas. La legislación sobre aguas desde su federalización está compilada en Lanz Cárdenas (1982) y aún esta compilación no es de fácil acceso.⁵ Hay cuando menos un reglamento no incluido en la compilación de Lanz Cárdenas que tuvo importancia para las organizaciones de regantes en cuanto era el formato de organización interior de todas las juntas, corresponde a un reglamento interior⁶ de la Secretaría de Agricultura y Fomento con fecha de 1941 y firmado por Marte R. Gómez (Secretario de Agricultura y Fomento).⁷ La proliferación de legislación sobre aguas en el siglo xx tiene un común denominador, aparte del evidente del tema (las aguas), y radica en el hecho de que es legislación federal.

La llamada federalización de las aguas corresponde a la decisión del Gobierno federal de poner bajo su autoridad legislar sobre las aguas, esto ocurre a fines del siglo xix y se prolonga hasta la actualidad. La llamada federalización de las aguas,

5 Debemos agradecer al Colegio de México el poner en línea las leyes y reglamentos sobre aguas del siglo xx, sin embargo incluye leyes, tal como la Ley de Aguas de Propiedad Nacional de 1946, que nunca entró en vigor. Disponible en: <<http://siaps.colmex.mx/documentos/legislacion/Evolucion%20de%20la%20legislacion%20de%20aguas%20en%20Mexico.pdf>> y <http://siaps.colmex.mx/documentos/legislacion/Evolucion%20de%20la%20reglamentacion%20de%20aguas%20en%20Mexico.pdf>

6 Es decir no publicado en el DOF. Curiosamente Lanz Cárdenas (1982) no lo incorpora en su trabajo *Legislación de aguas en México*.

7 Reglamento para la Organización y Funcionamiento de las Juntas y Jueces de Aguas (1 de diciembre de 1941; firmado por el ingeniero Marte R. Gómez, Secretario). 1941.

también llamada de centralización, supone el paso de las decisiones en el ámbito local al central (Aboites 1998). Lo que por supuesto abre la interrogante sobre la administración de las aguas en el siglo XIX y sus cambios en relación a la época colonial. Asunto que, por el momento, dejamos de lado (Véase Bárcenas y Palerm Viqueira 2013; Palerm Viqueira y Martínez-Saldaña 2009; Sandré y Sánchez 2011).

La legislación federal introduce la obligatoriedad de organizaciones de regantes; obligatoriedad por alguna razón suele también llevar una connotación de injusta imposición para algunos investigadores mexicanos como ya señalamos. Sin embargo la legislación sobre instituciones de los propios regantes para administrar el agua de regadío fue un fenómeno común en países hispánicos (Pisani 1996),⁸ entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX:

i. *En España*, las leyes de aguas de 1866 y 1879 ordenan la creación de instituciones de regantes llamadas comunidades de regantes para administrar sistemas de riego (red de distribución que comparte una misma bocatoma). La legislación elimina la administración municipal de las aguas de regadío aunque reconoce organizaciones propias de los regantes ya existentes.

ii. *En Chile*, en 1908, con la Ley n.º 2139, se ordena la creación de instituciones de regantes llamadas asociaciones de canalistas para administrar sistemas de riego; además con el Código de Aguas de 1951 se ordena la creación de instituciones de usuarios llamadas juntas de vigilancia para los usuarios que comparten un mismo río.

iii. *En la provincia de Mendoza (Argentina)*, la Ley de Aguas de 1884 crea *ministerio legis* las instituciones de regantes llamadas inspecciones de cauce encargadas de administrar los canales secundarios.

iv. *En Perú*, el Código de Aguas de 1902 es una copia de las leyes de aguas españolas y, como en España, llevó a la conformación de comunidades de regantes, sin embargo el modelo de autogestión fracasó en los grandes sistemas de riego de los valles costeros del Perú. La administración anterior se basó en cogestión entre un juez de agua nombrado por el gobierno y los mismos regantes (Palerm Viqueira 2010).

c. *Nomenclatura: organizaciones para la administración del agua en el siglo XX*

Las referencias a la organización para la administración de los regadíos a lo largo del siglo XX señalan, por un lado, a los Distritos de Riego y, por otro, a otras organizaciones gobernadas por los mismos usuarios.

Los *Distritos de Riego* (por un breve periodo llamados Sistemas Nacionales de Riego y Distritos Nacionales de Riego). La información oficial indica que los Distritos

8 También en Estados Unidos con el Wright Irrigation District Act de 1887.

de Riego riegan la mitad de la superficie de riego de México y son unos 110 Distritos. Ello aparenta que los Distritos, construidos a partir de la ley de irrigación de 1926, son del siglo xx y grandes. Sin embargo, muchos Distritos consisten en viejos regadíos y no en una expansión de la frontera agrícola de riego y de hecho se conforman de pequeños y medianos sistemas que en todo caso tienen una obra de cabecera en común (presa de almacenamiento), pero en otros casos son simplemente un agregado administrativo de pequeños y medianos sistemas dispersos (Palerm Viqueira 2009b).

Adicionalmente, aunque en el imaginario nacional fueron administrados hasta 1992 por el gobierno federal, hubo políticas públicas de organización de los regantes o casos en que los regantes ya estaban organizados. Es solo desde 1972 que es competencia del gobierno federal la administración de los Distritos; anteriormente se suponía debía ser una administración transitoria. A partir de 1992 se entrega a los regantes organizados secciones (módulos) de los Distritos para autoadministrar (Palerm Viqueira 2009b).

Con el abandono de las políticas de organizar a los usuarios y entregar los Distritos de Riego a los usuarios, abandono que se concretó en la Ley de Aguas de 1972, hubo también casos de expansión de la administración por el Estado, suprimiendo juntas de aguas en Distritos de Riego. La expansión no parece vinculada, no obstante los argumentos de los ingenieros, a un fracaso de las organizaciones de regantes (Palerm Viqueira 2009b). La expansión de la administración por el Estado sobre organizaciones de regantes aunque contradice la afirmación de Maass (1978) sobre la capacidad de los regantes de negociar con el Estado, casi obliga a buscar y analizar la resistencia a la expansión de la administración por el Estado.

El seguimiento de los Distritos de Riego por el Estado ha sido bastante sistemático (CNI 1940; SRH 1953; SARH 1978; CONAGUA 2012). Sin embargo, a pesar del seguimiento, este se concretó a aspectos técnicos, con escasas por no decir nulas referencias a la organización de los usuarios en los Distritos.

Las juntas de aguas, URDERALES y unidades de riego: el llamado pequeño riego. En cuanto a los regadíos que no pertenecen a Distritos, la nomenclatura que ha tenido más duración es la de junta de aguas, desde 1930 hasta 1992.⁹ En 1929 se utiliza la designación de *asociaciones de usuarios* (Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1929 (7 de agosto) 1929). En 1972 y con duración hasta 1992, se introduce la figura de *urderales* (unidades de riego para el desarrollo rural) (Ley Federal de Aguas, DOF 1972. 11 de enero 1972). Finalmente, a partir de 1992 hay *unidades de riego*, mientras que las juntas de aguas y urderales desaparecen de la legislación (Ley de Aguas Nacionales, DOF 1992 (diciembre); Última Reforma DOF 07-06-2013

9 Reglamento de La Ley de Aguas de Propiedad Nacional 1930; Ley de Aguas Nacionales, DOF 1992 (diciembre); Última Reforma DOF 07-06-2013 1992.

1992). Ya señalamos que en los Distritos de Riego hubo también juntas de aguas, así como asociaciones de regantes antes del programa de transferencia de 1992.

La superficie de riego regada por los que no eran Distritos de Riego corresponde a otra mitad de la superficie total de riego. En 1998 se indica que hay 22,772 unidades de riego registradas con una superficie de 1,709,723 hectáreas y otras 16,526 unidades no registradas con una superficie de 864,468 hectáreas; es decir un total de 32,298 unidades y una superficie de 2,574,191 hectáreas; esto es un promedio de 79 hectáreas por unidad (Palacios Vélez 1997). Las cifras no son muy distintas de aquellas reportadas en 1982 por la SARH (Escobedo 1997a). Los primeros reportes de la agregación de superficie de riego fuera de los Distritos fueron una sorpresa. También sorprende, unas décadas después, el supuesto de que toda la superficie de riego de los Distritos era nuevo regadío, con lo cual la expansión del riego fuera de los Distritos resultaba minúscula.

La diferencia entre superficie regada a principios del siglo xx y superficie regada a fines del siglo xx, corresponde a la expansión de la frontera agrícola de riego; de 700,000 o 2,000,000 (Orive Alba 1970; Tamayo 1958: 66-67). Orive Alba, al hacer sus cuentas tenía un claro interés en señalar la importancia de la obra hidráulica emprendida por el Estado Federal a partir de la Ley de Irrigación de 1926 (Ley sobre Irrigación con Aguas Federales, DOF 1926 1926). De tal manera que se asume que buena parte de esta expansión se realizó a partir de la creación de la Comisión Nacional de Irrigación, en 1926, encargada de la construcción de lo que se llamarían Distritos de Riego.

En cuanto a la proliferación de urderales o de unidades de riego, hay que considerar que en este conjunto el promedio de tamaño de los sistemas está probablemente dominado por el número de organizaciones para pozos, además de pequeños sistemas de riego por gravedad, así como por la subdivisión o ausencia de una institución de conjunto para sistemas más grandes. De hecho, hay sistemas de riego medianos en este conjunto; probablemente los reglamentos de *juntas de aguas* son un buen indicativo de los sistemas más grandes.

Las organizaciones de regantes, en algunos casos, transitaron de juntas de agua, a urderales a unidades de riego. Aunque también encontramos simultáneamente juntas y urderales, las primeras para el espacio hidráulico más amplio, las segundas para el nivel de comunidad (ejidos o comunidades agrarias) —es el caso típico de Puebla—. En otros casos solo tuvieron uno o incluso ninguno de estos marcos jurídicos en el curso del siglo (Palerm Viqueira y Martínez-Saldaña 2013).

Otro grupo con marco jurídico y capacidad de administrar aguas de riego son los ejidos y comunidades agrarias. No es del todo claro hasta cuándo y en qué tipo de organizaciones mayores de administración de los regadíos mantienen su autonomía. Por ejemplo, en el Distrito de Riego Morelos, los ejidos mantuvieron la capacidad de la distribución interna del agua (Palerm Viqueira y colaboradores 2001).

Los cambios de marco jurídico así como los consecuentes nuevos registros por parte del Estado, además del evidente problema de los costos, tanto para la nación como para los regantes, tiene el problema adicional de que no solo hubo cambio de nomenclatura sino también se dieron cambios en los espacios hidráulicos que debían ser administrados por las organizaciones formales (Aguirre, Montes y Palerm Viqueira 2013).

La situación caótica sobre la formalización de organizaciones de regantes se puede ejemplificar con la ubicación de los expedientes sobre las organizaciones.

I. El Archivo Histórico del Agua, creado a partir de documentación de los que fueron los archivos primero de la Secretaría de Agricultura y Fomento, después de la Secretaría de Recursos Hidráulicos y finalmente de la Comisión Nacional del Agua, reúne expedientes y reglamentos principalmente de organizaciones de regantes llamados *juntas de aguas*. Los expedientes cuentan con documentación no solo sobre la creación y seguimiento de las juntas de aguas, sino también con documentación más antigua al recuperar antecedentes de los sistemas. El Archivo probablemente tiene actualización de expedientes hasta 1989, fecha en que se crea la Comisión Nacional del Agua (Palerm Viqueira *et al.* 2004).

II. El «grupo documental dotación y acceso de aguas» del Archivo Agrario Nacional, relativo al reparto agrario, cuenta con reglamentos y acuerdos de organizaciones de regantes, también llamados juntas de agua. Sin embargo, por pertenecer al sector social (ejidos y comunidades agrarias) estuvieron a cargo de la institución gubernamental llamada sucesivamente: Comisión Nacional Agraria (CNA), Departamento Agrario (DA), Departamento de Asuntos Agrarios y Colonización (DAAC) y Secretaría de la Reforma Agraria (SRA). Los expedientes reúnen documentación desde el reparto agrario y probablemente hasta 1992 (Palerm Viqueira *et al.* 2011).

III. En algún lugar de lo que fue la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (SARH) y después Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) están los expedientes de las organizaciones de regantes llamados urderales (unidades de riego para el desarrollo rural). Los expedientes no están abiertos al público, a diferencia de los anteriores; sin embargo a nivel CADER los funcionarios pueden proporcionar información. Este grupo de expedientes inicia con la legislación sobre aguas de 1972 y probablemente se extienden hasta 1992. Los expedientes, aparentemente, han sido la base para la constitución de las unidades de riego a partir de 1992. Cabe señalar que la Comisión Nacional del Agua, encargada de realizar el seguimiento de las anteriores urderales se encuentra en otra Secretaría y no tiene control sobre los expedientes.

IV. Otra institución con documentación es la Comisión Nacional del Agua y las gerencias de Distritos de Riego. Hay reportes de abandono de los archivos de las gerencias

y cuando menos un caso de rescate, esto es para el archivo de la gerencia del Distrito de Riego 01.¹⁰ Esta documentación, salvo el caso mencionado y quizá otros, no es de acceso público, no obstante, como ya señalamos, existen publicaciones oficiales sobre los Distritos que, sin embargo, poquísimos dicen sobre la existencia de auto-gestión previa a la transferencia (parcial) de la administración a los regantes en 1992.

v. El Registro Público de Derechos de Agua (REPDa), que depende de la Comisión Nacional del Agua, supuestamente tiene el registro de los conjuntos de regantes a lo que extiende título de concesión: unidades de riego, distritos de riego, y ejidos y comunidades agrarias con excepción de las dotaciones y accesiones en que los ejidos no han asumido el dominio pleno sobre sus parcelas. Este Registro se inicia en 1992 (Garduño-Velasco *et al.* 2003; Garduño-Velasco 2001; Garduño-Velasco 2005a; Garduño-Velasco 2005b; véase también Lanz Cárdenas 1993). Hay señalamientos sobre lo imperfecto del registro de unidades (Aboites *et al.* 2008).

vi. Habría que añadir la organización de usuarios y conformación de juntas de agua para las pequeñas obras que realizó la SAG, que debieron generar en su momento expedientes (Fuentes Flores, Martínez Saínos y Téllez Fuentes 1967; Martínez Saínos 1998).

3. Legislación sobre organizaciones de regantes

En este recuento de la legislación pertinente al marco jurídico para las organizaciones de regantes, vamos a retomar el caso de lo que hoy en día se llaman unidades de riego, es decir los no Distritos de Riego; excluimos los Distritos de Riego,¹¹ así como la legislación referida a organizaciones para la gestión de acuíferos (de juntas de aguas a Comités Técnicos de Aguas del Subsuelo o Subterráneas).

a. La obligatoriedad de las organizaciones de usuarios a partir de la reglamentación: las juntas de aguas

La competencia del Ejecutivo de *reglamentar* (Palerm Viqueira *et al.* 2011; Palerm Viqueira *et al.* 2004)¹² las aguas nacionales se inicia explícitamente con la Ley sobre

10 Organización del Archivo Histórico del Distrito de Riego 01 de Pabellón de Arteaga, Aguascalientes. s. f.

11 Los Distritos de Riego tuvieron su propia legislación entre 1926 con la Ley de Irrigación y 1972 cuando se incluye en la Ley de Aguas; entremedias se publica la Ley de Riegos (Ley sobre Irrigación con Aguas Federales, DOF 1926 1926; Ley de Riegos, DOF 1946 (31 de diciembre) 1946; Ley Federal de Aguas, DOF 1972 (11 de enero) 1972: 197) y múltiples Decretos y Acuerdos, compilados en Lanz Cárdenas (1982).

12 La Ley de Aguas de 1972 utiliza el término *regulación*, en lugar de *reglamentación*. En el DOF ubicamos unos 176 avisos de *reglamentación* y, a partir de 1972, de *regulación* (15 de la década de 1940, 54 de la década de 1950, 72 de la década de 1960, 18 de la década de 1970, 13 de la

vías generales de comunicación de 1888 y se conserva en la subsiguientes leyes de aguas¹³ (1910, 1929, 1934, 1972, 1992), inicialmente se consideran aguas nacionales susceptibles de reglamentar solo algunas de las superficiales, posteriormente el concepto de aguas nacionales superficiales susceptibles de reglamentar por la federación se amplía.

En cuanto a las aguas subterráneas,¹⁴ en 1945, una reforma al párrafo quinto del artículo 27 constitucional limita el libre alumbramiento al permitir la intervención del Estado para reglamentar y establecer vedas,¹⁵ en 1958 se reglamenta de manera más extensa y, posteriormente, con la Ley de Aguas de 1972 se señala

década de 1980 y 4 entre 1990 y 1993). Según la Ley de 1934 (artículo 207) y según la Ley de 1972 (artículo 161) el aviso de reglamentación o de regulación debía publicarse en el DOF. Sin embargo en los reglamentos de organizaciones en el AHA y en AGA parece no haber creación de juntas de aguas en las décadas de 1970 y 1980.

- 13 La legislación sobre aguas, para fines de abreviar nos referimos a las Leyes de Aguas y sus Reglamentos por la fecha de su publicación en el DOF, omitiendo la mayoría de las veces los nombres completos, que son: Ley sobre Vías Generales de Comunicación, 5 de junio 1888; Ley sobre Aprovechamientos de Aguas de Jurisdicción Federal, 21 de diciembre 1910; Ley de Aguas de Propiedad Nacional, 7 de agosto 1929; Ley de Aguas de Propiedad Nacional, 30 de agosto 1934; Ley de Aguas Nacionales, diciembre 1992; Reglamento de la Ley de Aguas de Jurisdicción Federal del 13 de diciembre de 1910 8 de febrero de 1911, Reglamento de la Ley de Aguas de Propiedad Nacional, 21 de abril de 1936; Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, enero 1994 (Ley sobre Vías Generales de Comunicación, 1888 (5 de junio) 1888; Ley sobre Aprovechamientos de Aguas de Jurisdicción Federal, DOF 1910 (21 de diciembre) 1910; Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1929 (7 de agosto) 1929; Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1934 (30 de agosto) 1934; Ley Federal de Aguas, DOF 1972 (11 de enero) 1972; Ley de Aguas Nacionales, DOF 1992 (diciembre); Última Reforma DOF 07-06-2013 1992; Reglamento de La Ley de Aguas de Jurisdicción Federal del 13 de diciembre de 1910, DOF 1911 (8 de febrero) 1911; Reglamento de La Ley de Aguas de Propiedad Nacional 1930; Reglamento de La Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1936 (21 de abril) 1936; Reglamento de La Ley de Aguas Nacionales, DOF 1994 (enero), Última Reforma DOF 24-05-2011 1994).
- 14 La legislación a la que hacemos referencia sobre aguas subterráneas, no incluida en las leyes de Aguas y sus Reglamentos, es: Párrafo quinto del Artículo 27 Constitucional. Texto de la primera reforma, DOF 21 de abril 1945; Ley Reglamentaria del párrafo quinto del Artículo 27 Constitucional en materia de aguas del subsuelo, 3 de enero DOF 1948; Ley Reglamentaria del párrafo quinto del Artículo 27 Constitucional en materia de aguas del subsuelo, DOF 31 de diciembre 1956; Reglamento de la Ley de fecha 29 de diciembre de 1956, en materia de aguas del subsuelo, DOF 27 de febrero 1958 (Párrafo Quinto del Artículo 27 Constitucional. Texto de La Primera Reforma, DOF 1945 (21 de abril) 1945; Ley Reglamentaria del Párrafo Quinto Del Artículo 27 Constitucional En Materia de Aguas del Subsuelo, DOF 1948 (3 de enero) 1948; Ley Reglamentaria Del Párrafo Quinto Del Artículo 27 Constitucional en Materia de Aguas del Subsuelo, DOF 1956 (31 de diciembre) 1956; Reglamento de La Ley de Fecha 29 de diciembre de 1956, En Materia de Aguas del Subsuelo, DOF 1958 (27 de febrero) 1958). A partir de 1972 ya se incluyen las aguas del subsuelo en las leyes de aguas.
- 15 El texto señala: «Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales, y apropiarse por el dueño del terreno; pero, cuando lo exija el interés público, o se afecten otros aprovechamientos el Ejecutivo Federal podrá *reglamentar* su extracción y utilización, y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional».

nuevamente su carácter de aguas nacionales. Curiosamente las *aguas de las minas* (que podrían ser consideradas del «subsuelo») en la Ley de Aguas de 1929 y la de 1934 se catalogan como de propiedad nacional; legislación que se concreta en casos específicos de aguas de mina (Palerm Viqueira *et al.* 2011; Palerm Viqueira *et al.* 2004).

El propósito principal de la *reglamentación* es poner orden de tal manera que todos los usuarios puedan hacer uso de sus concesiones o *dotaciones* de agua ((Palerm Viqueira 2009a).¹⁶ Ello también se hizo en el período colonial bajo el nombre de *repartimiento* (Camacho Pichardo 1998; Camacho Pichardo 2003; Castañeda González 2001; Palerm Viqueira y Martínez-Saldaña 2009; Sandré y Sánchez 2011).

En cuanto a las concesiones, es, desde 1888, el ejecutivo federal, inicialmente a través de la Secretaría de Fomento, el encargado de otorgar concesiones sobre aguas de propiedad nacional (existen inicialmente aguas de los estados). En las leyes de aguas en el ámbito federal (1888, 1910, 1929, 1934) se indica un procedimiento para el proceso de *confirmación* de concesiones o mercedes preexistentes (Ley sobre Vías Generales de Comunicación, 1888 (5 de junio) 1888; Ley sobre Aprovechamientos de Aguas de Jurisdicción Federal, DOF 1910 (21 de diciembre) 1910; Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1929 (7 de agosto) 1929; Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1934 (30 de agosto) 1934).

En la historia de la reglamentación de aguas de propiedad nacional la primera corriente o tramo de corriente reglamentada y publicada en el DOF corresponde al río Nazas; uno de 1891, seguido por otro de 1895. Ambos reglamentos centran su atención en la distribución de las aguas para que todos los usuarios puedan hacer uso de sus concesiones, ambos reglamentos se refieren a la distribución del agua sobre el río (y no sobre los canales), el otro asunto central al que se refieren es *la instancia que se hará cargo de implementar la reglamentación* (Reglamento Provisional para la Distribución de las Aguas del río Nazas, 1891 (junio 24) 1891; Reglamento para la Distribución de las Aguas del río Nazas, 1895 (junio 15) 1895).

Las primeras leyes de aguas (1888, 1910, 1929) no hacen referencia a las instancias encargadas de implementar el reglamento, aunque en la Ley de 1929 se señala para los aprovechamientos colectivos (usuarios que aprovechan un mismo canal o toma) la obligatoriedad de organizarse en asociaciones de usuarios. Esta obligatoriedad está asociada a su participación en la reglamentación de la corriente, como puede verse en el documento de fecha 24 de febrero de 1925 (Ley sobre Vías Generales de Comunicación, 1888 (5 de junio) 1888; Ley sobre Aprovechamientos de Aguas de Jurisdicción Federal, DOF 1910 (21 de diciembre) 1910; Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1929 (7 de agosto) 1929; Proyecto de programa de operaciones que deben practicarse al efectuar la reglamentación en el uso de las aguas de propiedad nacional 24 de febrero de 1925 2004). Es en un reglamento de la ley de aguas que, por primera vez, se establece que la instancia encargada de implementar

16 La «dotación» en la terminología agraria, corresponde a una concesión.

la reglamentación de aguas de propiedad nacional será denominada Junta de Aguas y que corresponde a una organización de los propios usuarios (Reglamento de La Ley de Aguas de Propiedad Nacional 1930). En las reglamentaciones que se realizaron con anterioridad a la legislación ya se habían realizado varios ensayos de instancias encargadas de implementar la reglamentación, por ejemplo un sindicato de usuarios; pero no cabe duda que la figura que predomina en las reglamentaciones es, desde la década de 1920, la de Junta de Aguas.

En la legislación agraria, desde 1927 se indica que en el caso de las aguas para ejidos, la SAF al reglamentar deberá escuchar la opinión del Departamento Agrario: en la legislación agraria de 1934 (artículo 98), 1940 (artículo 58), 1942 (artículo 132, 133) se da un paso más, será la Comisión Nacional Agraria (CNA) la encargada de expedir «los reglamentos relativos a los sistemas de riego aprovechados exclusivamente por ejidatarios». En cuanto a los sistemas mixtos, con propiedad privada y ejido, aunque la SAF hace la reglamentación, se mantiene la consulta a la CNA, tal y como está en la legislación agraria de 1927-agosto y 1929, y se añade la necesidad del permiso de la CNA para modificar la distribución. En otras palabras, como dice Hinojosa (1960: 40) «los derechos de aguas concedidos a través del Código Agrario a los ejidos, no pueden ser modificados por las autoridades de Recursos Hidráulicos [SRH y, anteriormente, la SAF]»; sin embargo, en la legislación agraria de 1971 nuevamente se acota a consulta (Palerm Viqueira 2009a). Por otra parte, en el reglamento de la Ley de Aguas de 1936, reglamento que tuvo vigencia hasta 1992 se señala que el Departamento Agrario será el encargado de elaborar el reglamento en sistemas de riego donde solo haya ejidos, igualmente de elaborar las distribuciones provisionales al dar posesión de aguas a los ejidos (Reglamento de La Ley de Aguas de Propiedad Nacional, DOF 1936 (21 de abril) 1936: artículo 216 y artículo 2 de los transitorios).

b. Las URDERALES y las juntas de aguas entre 1972 y 1992

El término URDERAL (unidad de riego para el desarrollo rural), aparece por primera vez en la Ley de Aguas de 1972 y se refiere a construcción y rehabilitación de obra a fin de proporcionar a las comunidades rurales servicios de agua para uso doméstico, de riego, piscícola, recreativo o industrial. También se pretende, según la Ley, organizar en cada unidad de riego una Asociación de Usuarios.

Las juntas de aguas y las URDERALES no eran lo mismo. Por ejemplo, en la Ley de Aguas de 1972, artículo 158, aparece el señalamiento que lo referente a las juntas de agua no será aplicable en los perímetros de las URDERALES (y de los Distritos de Riego)¹⁷ (Ley Federal de Aguas, DOF 1972 (11 de enero) 1972). Adicionalmente, en

17 El artículo 158 dice «Las disposiciones de este Capítulo [De la Regulación] tendrán aplicación fuera de los perímetros de los Distritos de Riego [...] y de las Unidades de Riego para el Desa-

el organigrama de la secretaría juntas y URDERALES están ubicadas en direcciones distintas: las unidades de riego para el desarrollo rural dependían en la SRH de la Dirección General de Operación de Unidades de Riego y luego de la creación de la SARH, de la Dirección General de Distritos y Unidades de Riego; las Juntas de Aguas dependían de la Dirección General de Aprovechamientos Hidráulicos de la SRH y posteriormente de la SARH (Palacios Vélez 2009).

Las URDERALES van de la mano de una política de extensión, que varios ingenieros han calificado como de apoyo equivalente a aquel otorgado a los Distritos de Riego; este apoyo se desplegó a partir de los CADER (Centros de Apoyo al Desarrollo Rural) y los DDR (Distritos de Desarrollo Rural). Los CADER y DDR tuvieron circunscripciones territoriales coincidentes con los municipios (Cruz Galindo 1994; Escobedo 1997a; Fuentes Flores, Martínez Saínos, y Téllez Fuentes 1967; Martínez Saínos 1998).¹⁸

El apoyo, a su vez, fue de la mano de un proceso de alta en el programa de URDERALES, de carácter quizá no tan voluntario. En el Archivo General Agrario (en el grupo documental de Dotación y Acceso de Aguas) —no así en el Archivo Histórico del Agua (hasta donde sabemos)— hay diversos documentos referentes a la disolución de las juntas de aguas y constitución de URDERALES (Sandré 2006). Por ejemplo un oficio de fecha 2 de noviembre de 1976, indica:

Me permito comunicarle que por acuerdo expreso del C. Director General de Aprovechamientos Hidráulicos [...] la junta de aguas que ha venido funcionando hasta ahora, deberá disolverse para transformarse en «Asociación de Usuarios» de la Unidad de Riego para el Desarrollo Rural, en términos de los artículos 73 al 83 de la Ley Federal de Aguas, dejándole como patrimonio la concesión de aguas que le dio origen.¹⁹

La impresión es que la administración gubernamental del agua de los ejidos, antes bajo la Comisión Nacional Agraria, se estaba concentrando en la SRH/SARH. Este traspaso de autoridad parece darse tanto a nivel de las organizaciones llamadas juntas de aguas, como de los ejidos.

Las URDERALES en el estado de Puebla se constituyeron con los regantes de un dado ejido, es decir, reemplazando la autoridad ejidal por la de la URDERAL conformada con los regantes del ejido; de tal manera que en sistemas multicomunitarios se tenían tanto urderales en el ámbito del ejido como juntas de aguas para el

rollo Rural». En el siguiente Capítulo [De las Juntas de Aguas] se señala artículo 169 «Las Juntas de Aguas serán las encargadas de aplicar los acuerdos de regulación de distribución de aguas». El que me señaló este artículo [158] de la Ley fue el doctor Palacios.

18 Material Básico de Capacitación. 1974.

19 AGA, Dotación y Acceso de Aguas, Exp. 10347.

ámbito multicomunitario de gestión (Escobedo 1997a; Escobedo 1997b; González-Luna 1997). Sin embargo, en otros estados o en otros casos, como ya señalamos, la junta de aguas se transformó en URDERAL, caso, por ejemplo, del Cuautitlán (Sandré 2013).

c. *Los ejidos y comunidades agrarias en juntas de aguas y en URDERALES*

Según la Ley Agraria, la SAF o sus sucesoras no tenían injerencia en las aguas una vez que ingresaban al ejido. La *reglamentación* realizada por la SAF en sistemas mixtos, y realizada por la Comisión Nacional Agraria en sistemas exclusivamente de ejidos, no comprende la distribución interna del agua en los ejidos; esta distribución interna era competencia de la asamblea ejidal, que debía elaborar un reglamento interno que a su vez debía ser aprobado por la CNA (Ley de Ejidos, (28 de diciembre de 1920, publicada en el DOF 8 de enero, 1921) 1920 artículo 40; Reglamento de la Ley sobre Repartición de Tierras y Constitución del Patrimonio Parcelario Ejidal, (30 de marzo de 1926) 1926 artículo 28; Ley del Patrimonio Parcelario Ejidal, 1927 [se repite con una promulgada en diciembre de 1925, según Arroyo y Alcerrecá (1982: 479)], (25 de agosto, 1927) 1927 artículo 27; Código Agrario (marzo, 1934, publicada en el DOF 3 de julio, 1934) 1934 artículo 150; Código Agrario (septiembre, 1940, publicado en el DOF 29 octubre, 1940) 1940 artículo 40; Código Agrario 1942 artículo 132; sobre el tema véase Palerm Viqueira 2009a). Con la transformación en URDERAL, la SRH y después SARH adquiere injerencia sobre el agua al interior de las comunidades desplazado a la Comisión Nacional Agraria. Además, posiblemente, se pierde la capacidad organizativa de la comunidad.

En cuanto a la independencia o autoadministración de las aguas de los ejidos en los Distritos de Riego, en lo jurídico, en principio debiera seguir la Ley Agraria; pero, como ya vimos, es confusa al interactuar con la Ley de Aguas y nuevas políticas relativas a las URDERALES. Sin embargo, es muy posible que también en los Distritos, cuando menos en décadas iniciales, el ejido mantuviese la autoadministración de sus aguas; más aún si en el Distrito había juntas de aguas. Así el ejemplo ya mencionado del Distrito de Riego Morelos, en el cual los ejidos conservaron la distribución del agua al interior de los ejidos (Palerm Viqueira y colaboradores 2001).

La exploración de las URDERALES por antropólogos e historiadores ha sido más limitada que aquella de las juntas de aguas, debido a que los expedientes de URDERALES no están a disposición del público, salvo los pocos que están en el AGA y en el AHA. En cuanto a los Distritos, probablemente es necesario hacer historia oral sobre la capacidad de los ejidos de realizar su propia distribución del agua.

d. Las unidades de riego y los ejidos y comunidades no incluidos en las Unidades y Distritos de Riego

En 1992 se publica una nueva ley de aguas y una nueva ley agraria, bajo el influjo neoliberal (Ley de Aguas Nacionales, DOF 1992 (diciembre); Última Reforma DOF 07-06-2013 1992; Reglamento de La Ley de Aguas Nacionales, DOF 1994 (enero), Última Reforma DOF 24-05-2011 1994; Ley Agraria 1992). Las juntas de aguas desaparecen de la legislación, sin mediar siquiera un artículo transitorio (Lanz Cárdenas 1993:292; Palacios Vélez 2009: 224). No obstante se constituye el AHA con los expedientes. Las URDERALES en principio también desaparecen o más bien no está claro que las Unidades de Riego mencionadas en la Ley de Aguas de 1992 correspondan a las URDERALES. La Ley de Aguas de 1992 tiene apartados sobre organizaciones de regantes llamadas Distritos de Riego, Unidades de Riego y sobre ejidos y comunidades no incluidos en Distritos y Unidades de Riego.

En 1992, la Ley de Aguas además establece el Registro Público de Derechos de Aguas (REPDA). Registro que, en lugar de registrar, parece expedir nuevo título de concesión, modificando derechos a perpetuidad por concesiones a tiempo determinado. Sin embargo, ello aplica, en el caso de los ejidos y comunidades agrarias, solo para aquellos que han asumido el dominio pleno. Es en estos casos que se modifica el título de derecho de aguas.

[en el caso de ejidos y comunidades que no están en Distritos y Unidades de Riego] [...] «la Autoridad del Agua» restará del volumen de agua *asentado en la dotación, restitución o accesión ejidales*, el volumen que será amparado en la concesión solicitada. [Ley de Aguas Nacionales, DOF 1992 (diciembre); Última Reforma DOF 07-06-2013 1992 artículo 56; véase también el Reglamento de La Ley de Aguas Nacionales, DOF 1994 (enero), Última Reforma DOF 24-05-2011 1994 artículo 94].

[en el caso de ejidos y comunidades en Distritos y Unidades de Riego] «Cuando los ejidatarios y comuneros en las unidades y distritos de riego asuman el dominio individual pleno sobre sus parcelas, sus derechos de agua correspondientes se inscribirán en el Registro Público de Derechos de Agua y en el padrón de las asociaciones o sociedades de usuarios titulares de las concesiones para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales». [Ley de Aguas Nacionales, DOF 1992 (diciembre); Última Reforma DOF 07-06-2013 1992, artículo 56 bis; véase también Reglamento de La Ley de Aguas Nacionales, DOF 1994 (enero), Última Reforma DOF 24-05-2011 1994 artículo 95].

4. Conclusiones

La primera conclusión es, como ya señalamos, la discontinuidad de la legislación y las políticas públicas relativas, con el marco jurídico para las organizaciones de regantes. En los cambios que se expresan en la nomenclatura no parece mediar una evaluación del éxito de establecer juntas de aguas y cuál el efecto de su reemplazo por URDERALES y unidades de riego; cuál el éxito de organizar a los regantes en los Distritos de Riego y cuál el efecto de su supresión y, posteriormente, el efecto de una nueva organización de usuarios; cuál el efecto de los reglamentos para acuíferos y de las organizaciones para implementar los reglamentos. No hay trabajos de evaluación de las diversas políticas, así como sobre las adaptaciones de los mismos regantes a las políticas. La segunda conclusión es que los cambios en legislación y políticas públicas han llevado a que los expedientes de un sistema dado se encuentren dispersos en distintos archivos, lo que dificulta una evaluación histórica o cuando menos del arco temporal del siglo xx. La tercera conclusión es que existe un desconocimiento o ausencia de memoria histórica sobre las organizaciones de los regantes.

5. Bibliografía

ABOITES, Luis

1998 *El agua de la nación. Una historia política de México (1888-1946)*. CIESAS.

ABOITES, Luis, Enrique CIFUENTES, Blanca JIMÉNEZ y María Luisa TORREGROSA

2008 *Agenda del agua*. Academia Mexicana de Ciencias.

AGUIRRE, Noe, Roberto MONTES y Jacinta PALERM VIQUEIRA

2013 *Junta de aguas del río Tejalpa y sus afluentes*. En Palerm Viqueira Jacinta y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, legales e informales*. México: Biblioteca básica de agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 275-299.

ALCÉRRACA, Luis G.

1961 *Apuntes para una reforma al Código Agrario de 1942*. México, D. F.: Gráfica Panamericana.

ÁVALOS, Claudio

2003 «Organización social y problemática del agua en la cuenca del río Cuautla». Tesis de doctorado, Colegio de Postgraduados.

ÁVALOS, Claudio, Genaro AGUILAR SÁNCHEZ y Jacinta PALERM VIQUEIRA

2010 *Gestión técnica y social del uso del agua en Morelos: caso del río Cuautla*. UACH.

BÁRCENAS, ROSA y JACINTA PALERM VIQUEIRA

2013 «Las aguas de los pueblos: legislación sobre aguas y la propiedad corporada. Una breve revisión documental». *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. México: Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 441-500.

CAMACHO PICHARDO, Gloria

1998 «Repartimientos y conflictos por agua en los valles de Atlixco e Izúcar (1550-1650)». Maestría, CIESAS.

2003 «Los repartimientos de agua en los valles de Atlixco e Izúcar. Un instrumento legal sobre la propiedad y distribución del agua (1550-1650)». *Boletín Archivo Histórico del Agua*, volumen 23, pp. 7-17.

CASTAÑEDA GONZÁLEZ, Rocío

1995 «Irrigación y reforma agraria: las comunidades de riego del valle de Santa Rosalía, Chihuahua 1920-1945». CNA/ CIESAS.

2001 «Las vertientes de los ríos: modernización y conflicto social en Atlixco, Puebla 1880-1920». Doctorado, Colegio de México.

CHAIRES, Carlos, y Jacinta PALERM VIQUEIRA

2013a «Organizaciones autogestivas en los distritos de riego: el caso del Módulo II (Nazas) Del Distrito de Riego 017». En Jacinta Palerm Viqueira y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. México: Biblioteca Básica De Agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 77-107.

2013b Organizaciones autogestivas en los distritos de riego: el caso del Módulo III San Jacinto en el Distrito de Riego 017. *Tecnología y Ciencias del Agua Durango*. México, volumen 4, número 4.

COMISIÓN NACIONAL DE IRRIGACIÓN

1940 *La obra de la Comisión Nacional de Irrigación*.

2004 [1940] *Irrigación en México*, Revista (1936 a 1947). Edición facsimilar. México: CIESAS/AHA/CNA/ColMich.

CÓDIGO AGRARIO

1942 En: Hinojosa (1960).

CÓDIGO AGRARIO

1934 Marzo, 1934, publicada en el DOF 3 de julio, 1934. En: Fabila [1941] 1980: 566-614.

CÓDIGO AGRARIO

1940 Septiembre, 1940, publicado en el DOF 29 octubre, 1940. En: Fabila [1941] 1980: 696-777.

CONAGUA

2012 *Atlas digital del agua*. Sistema Nacional de Información del Agua. Disponible en: <<http://www.conagua.gob.mx/atlas/usosdelagua32.html>>

CRINQUANT, Nicolas

2004 «Étude d'Associations d'irrigants mexicains. Cas Des Grandes Unités d'irrigation de l'Etat de Guanajuato, Bassin Versant Lerma Chapala». Tesis l'Ensam, París.

CRUZ GALINDO, Manuel

1994 *Semblanza histórica de la unidades de riego para el desarrollo rural*. SARH, Subsecretaría de Agricultura, Dirección General de Política Agrícola.

CUADROS CALDAS, Julio

1999 [1932] *Catecismo agrario*. CIESAS/ Registro Agrario Nacional.

ESCOBEDO, J. Francisco

1997a «El pequeño riego en México». *Antología sobre pequeño riego*. México: Colegio de Postgraduados, pp. 261-316.

1997b «Una zona de riego tradicional. El caso de San Buenaventura Tecalcingo, Puebla». En Tomás Martínez-Saldaña y Jacinta Palerm Viqueira (editores), *Antología sobre pequeño riego*. México: Colegio de Postgraduados, pp. 317-347.

FABILA, Manuel (editor)

1980 [1941] *Cinco siglos de legislación agraria (1493-1940)*. SRA/CEHAM.

FUENTES FLORES, Armando, Fernando MARTÍNEZ SAÍNOS y Benjamín TÉLLEZ FUENTES

1967 Pequeñas obras de riego. Capacitación de usuarios (ponencia de la Secretaría de Agricultura y Ganadería). Conferencia Internacional sobre Agua para la Paz [Water for Peace: Proceedings of the International Conference on Water for Peace, Washington, D. C.]

GALINDO-ESCAMILLA, Emmanuel

2012 «Administración y operación de pequeños sistemas de agua potable: organismos operadores y direcciones municipales versus comités de usuarios». Tesis de doctorado en Antropología, CIESAS.

GALINDO-ESCAMILLA, Emmanuel y Jacinta PALERM VIQUEIRA

2007 «Pequeños sistemas de agua potable, entre la autogestión y el manejo municipal en el estado de Hidalgo, México». *Agricultura, Sociedad y Desarrollo*, volumen 4, número 2, pp. 127-146.

2010

En: Sánchez Gómez Martha Judith (editora), *La encrucijada del México rural; contrastes regionales en un mundo desigual*. México: Universidad Autónoma de Sinaloa, pp. 191-221.

- 2012 «Toma de decisiones y situación financiera en pequeños sistemas de agua potable: dos casos de estudio en El Cardonal, Hidalgo, México». *Región y Sociedad*, volumen 24, número 54, pp. 261-298. Disponible en: <<https://www.colson.edu.mx:4433/Revista/Articulos/54/9Galindo.pdf>>
- GARDUÑO-VELASCO, Héctor
- 2001 «Water Rights Administration - Experience, Issues and Guidelines». *FAO Legislative Study* 70.
- 2005a «Lessons from Implementing Water Rights in Mexico». En: Bryan Randolph Bruns, Claudia Ringler y Ruth S. Meinzen-Dick (editores), *Water Rights Reform: Lessons for Institutional Design*. Washington, D. C.: International Food Policy Research Institut, pp. 85-112.
- 2005b «Making Water Rights Administration Work». *International Workshop on African Water Laws: Plural Legislative Frameworks for Rural Water Management in Africa*. Johannesburg, South Africa. Disponible en: <<http://www.nri.org/projects/waterlaw/AWLworkshop/papers.htm>>
- GARDUÑO-VELASCO, Héctor, Mario CANTÚ-SUÁREZ, Pablo JAEGER, José RETA y Ana Ma. VIDAL
- 2003 «Administración de derechos de agua. Experiencias, asuntos relevantes y lineamientos». *FAO Estudio Legislativo* 81. Disponible en: <<http://www.fao.org/docrep/006/y5062s/y5062s00.htm>>
- GONZÁLEZ HUERTA, Margarita
- 2000 «El sistema de riego de los manantiales de San Juan Teotihuacán». En: Jacinta Palerm Viqueira y Tomás Martínez-Saldaña (editores), *Antología sobre pequeño riego. Organizaciones autogestivas*. Colegio de Postgraduados/ Plaza y Valdés, pp. 133-210.
- GONZÁLEZ-LUNA, Ángel
- 1997 «El pequeño riego en México, la versión oficial y la realidad campesina». En: Tomás Martínez-Saldaña y Jacinta Palerm Viqueira (editores), *Antología sobre pequeño riego*. México: Colegio de Postgraduados, pp. 465-486.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Silvia Berenise
- 2011 «Organización social en torno a la irrigación y manejo del recurso hídrico en Alpoyecá, Guerrero». Tesis de maestría, Universidad Autónoma de Guerrero.
- HINOJOSA ORTIZ, Manuel
- 1960 *Código Agrario [1942] de los Estados Unidos Mexicanos comentado*. México, D. F.: Talleres Tipográficos de la H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- LANZ CÁRDENAS, José Trinidad
- 1982 *Legislación de aguas en México, Estudio histórico-legislativo de 1521-1981*. Mexico: Gobierno del estado de Tabasco, volumen 1.

- 1993 «Régimen jurídico de las aguas interiores de México». *Modernización del derecho mexicano. Reformas constitucionales y legales 1992*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 279-299. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/957/15.pdf>>

LEY AGRARIA

- 1992 Disponible en: <<http://www.pa.gob.mx/publica/pa07bb.htm>>

LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL

- 1929 DOF 1929, 7 de agosto. En: Lanz Cárdenas, 1982.

LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL

- 1934 DOF 1934, 30 de agosto. En: Lanz Cárdenas, 1982. Disponible en: <<http://siaps.colmex.mx/documentos/legislacion/Evolucion%20de%20la%20legislacion%20de%20aguas%20en%20Mexico.pdf>>

LEY DE AGUAS NACIONALES

- 1992 DOF 1992, diciembre; Última Reforma, DOF 07-06-2013. Disponible en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16.pdf>>

LEY DE EJIDOS

- 1920 28 de diciembre de 1920, publicada en el DOF 8 de enero, 1921. En: Fabila, [1941] 1980: 346-361.

LEY DE RIEGOS

- 1946 DOF 1946, 31 de diciembre. En: Lanz Cárdenas, 1982.

LEY DEL PATRIMONIO PARCELARIO EJIDAL

- 1927 Se repite con una promulgada en diciembre de 1925, según Arroyo y Alcerreca [1982: 479], 25 de agosto, 1927. En Cuadros [1932] 1999: 73-82.

LEY FEDERAL DE AGUAS

- 1972 DOF 1972, 11 de enero. En Lanz Cárdenas, 1982.

LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA

- 1971 Disponible en: <http://www.pa.gob.mx/mlegal/marcolegalagrario_2001.pdf>

LEY REGLAMENTARIA DEL PÁRRAFO QUINTO del Artículo 27 Constitucional en materia de aguas del subsuelo

- 1948 DOF 1948, 3 de enero. En: Lanz Cárdenas, 1982.

LEY REGLAMENTARIA DEL PÁRRAFO QUINTO del Artículo 27 Constitucional en materia de aguas del subsuelo

- 1956 DOF 1956 (31 de diciembre. En: Lanz Cárdenas, 1982.

LEY SOBRE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL

- 1910 DOF 1910, 21 de diciembre. En: Lanz Cárdenas, 1982.

LEY SOBRE IRRIGACIÓN CON AGUAS FEDERALES
1926 DOF 1926. En Lanz Cárdenas, 1982.

LEY SOBRE VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN
1888 5 de junio. En: Lanz Cárdenas, 1982.

LÓPEZ PACHECO, Elvia

2002a «Buscando la autogestión en las cajas de agua del valle de Coeneo-Huaniqueo». En: Sánchez Martín (editor). *Entre campos de esmeralda. La agricultura de riego en Michoacán*. México: El Colegio de Michoacán. Gobierno del Estado de Michoacán, pp. 241-260.

2002b «Buscando la autogestión en las cajas de agua del valle de Coeneo-Huaniqueo, Michoacán». Tesis de maestría, Colegio de Postgraduados.

LÓPEZ PACHECO, Elvia, José Luis PIMENTEL-EQUIHUA y Jacinta PALERM VIQUEIRA

2009 «El entarquinamiento en cajas de agua, el valle de Coeneo-Huaniqueo, Mich. en regadíos ancestrales en Iberoamérica. En: Tomás Martínez-Saldaña, Jacinta Palerm Viqueira, Milka Castro, y Luis Pereira (editores), *Técnicas y organización social del pequeño riego*. Mundi Prensa, pp. 11-18.

MAASS, Arthur y Raymond L. ANDERSON

1978 ... and the Desert Shall Rejoice. *Conflict, Growth and Justice in Arid Environments*. Cambridge: The MIT Press.

MARTÍNEZ SAÍNOS, Fernando

1998 Entrevista. *Boletín del Archivo Histórico del Agua*, volumen 5, número 14, pp. 14-16.

MATERIAL BÁSICO DE CAPACITACIÓN

1974 *Centro de Capacitación «Benito Juárez», El Carrizo, Sinaloa*. Biblioteca Hidrociencias, Colegio de Postgraduados, SRH, Subsecretaría de Operación, Dirección General de Unidades de Riego para el Desarrollo Rural.

MONTES, Acela

2011 «Continuidad, conflicto y ruptura en el sistema de riego Tepetitlán, Estado de México». Tesis de doctorado en Ciencias Agropecuarias y Recursos Naturales, Universidad Autónoma del Estado de México.

MONTES, Acela, y Jacinta PALERM VIQUEIRA

2013 «Los reservorios secundarios (jagüeyes) en el sistema de riego Tepetitlán: el control local». En: Palerm Viqueira, Jacinta y Tomás Martínez Saldaña, (editores), *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculos, legales e informales*. Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 215-233.

MONTES, Acela, Jacinta PALERM VIQUEIRA y María Cristina CHÁVEZ-MEJÍA

2010 «Difficulties in the Tepetitlán Irrigation System Transfer, Estado de México/ Las vicisitudes de la transferencia del sistema de riego Tepetitlán, Estado de México». *Agricultura. Sociedad y Desarrollo*, volumen 4, número 2, pp. 105-126.

- 2012 «El sistema de riego Tepetitlán, México: mejoras en la distribución del agua a partir de la transferencia». *Tecnología y Ciencias del Agua*, volumen 3, número 1, pp. 77-101.

ORGANIZACIÓN DEL ARCHIVO HISTÓRICO del Distrito de Riego 01 de Pabellón de Arteaga, Aguascalientes

S. f. Disponible en: <http://www.aguascalientes.gob.mx/segob/DGA/DOCS/ORG_DRIEGO01.pdf>

ORIVE ALBA, Adolfo

1970 *La irrigación en México*. Grijalbo.

OSTROM, Elinor

1990 *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Nueva York: Cambridge University Press.

1993 «Design Principles in Long-Enduring Irrigation Institutions». *Water Resources Research*, volumen 29, número 7, pp. 1907-1912. Disponible en: <<http://books.google.com.mx/books?id=xFAJ-3Q47NYC&lpg=PA74&dq=%22Design%20principles%20in%20long-enduring%20irrigation%20institutions%22%20ostrom&pg=PA82#v=onepage&q=%22Design%20principles%20in%20long-enduring%20irrigation%20institutions%22%20ostrom&f=false>>

2009 «Design Principles of Robust Property Rights Institutions: What Have We Learned? En: Gregory K. Ingram y Yu-Hung Hong (editores), *Property Rights and Land Policies*. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 25-51.

2011[1990] *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica/SEMARNAP.

PALACIOS VÉLEZ, Enrique

1997 «Las unidades de riego o pequeña irrigación». En: Tomás Martínez-Saldaña y Jacinta Palerm Viqueira (editores), *Antología sobre pequeño riego*, pp. 487-500.

2009 «Sobre las juntas de aguas». *Aventuras con el agua. La administración del agua de riego: historia y teoría*. Colegio de Postgraduados, pp. 217-225.

PALERM VIQUEIRA, Jacinta

2009a «Las aguas en la legislación agraria y las organizaciones de regantes». *Artículos y Ensayos de Sociología Rural* (revista de la UACh), volumen 6, pp. 18-47.

2009b «Distritos de Riego en México, algunos mitos». En: Palerm Viqueira, Jacinta y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Aventuras con el agua. La administración del agua de riego: historia y teoría*. México: Colegio de Postgraduados, pp. 277-328.

- 2010 «Comparative History of Irrigation Water Management, from the Sixteenth to Twentieth Centuries: Spain, Mexico, Chile, Mendoza (Argentina) and Peru». *Water Policy*, volumen 12, pp. 779-797.
- 2012 «Las aguas de los pueblos». *Memorias de la Reunión Ciencia y Humanismo*. México, D. F.: AMC, pp. 173-178.
- 2013 «Introducción: capacidades de autoorganización de los regantes y legislación». En *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. México: Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/Grupo Mundi-Prensa, pp. 21-76.

PALERM VIQUEIRA, Jacinta, ROCÍO CASTAÑEDA, ISRAEL SANDRÉ, BENITO RODRÍGUEZ-HAROS y NORA DUANA CALETTEET (editores)

- 2011 *Reglamentos y otros documentos sobre distribución del agua en el AGA*. CIESAS.

PALERM VIQUEIRA, Jacinta y colaboradores

- 2001 Informe técnico «Diagnóstico organizativo de la asociación de usuarios del río Cuautla (Morelos)», financiado por CNA [núm. convenio CNA-GDUR-CP-05/2001].

PALERM VIQUEIRA, Jacinta y Tomás MARTÍNEZ SALDAÑA (editores)

- 2000 *Antología sobre pequeño riego: organizaciones autogestivas*. México: Colegio de Postgraduados/ Plaza y Valdés, volumen II.

- 1997 «Introducción: la investigación sobre pequeño riego en México». En: Martínez-Saldaña, Tomás y Jacinta Palerm Viqueira (editores), *Antología sobre pequeño riego*. Colegio de Postgraduados, pp. 1-42.

- 2009 *Aventuras con el agua. La administración del agua de riego: historia y teoría*. Colegio de Postgraduados.

- 2013 *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. México: Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/Grupo Mundi-Prensa.

PALERM VIQUEIRA, Jacinta, Tomás MARTÍNEZ-SALDAÑA y J. FRANCISCO ESCOBEDO

- 2000 «Modelo de investigación: organización social de sistemas de riego en México». En: Palerm Viqueira, Jacinta y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Antología sobre pequeño riego. Organizaciones autogestivas*. Colegio de Postgraduados/ Plaza y Valdés, pp. 31-62.

PALERM VIQUEIRA, Jacinta, JOSÉ LUIS PIMENTEL-EQUIHUA y IRMA SALCEDO

- 2000 «Organización diferencial y escasez de agua: caso río Cuautla, Morelos». En: Palerm Viqueira Jacinta y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Antología sobre pequeño riego. Organizaciones autogestivas*. Colegio de Postgraduados/ Plaza y Valdés, pp. 73-96.

- PALERM VIQUEIRA, Jacinta y Benito RODRÍGUEZ-HAROS
2005 «Espacios de negociación: autogestión y estado en el río Cuautla». En: Sergio Vargas y Eric Mollard (editores), *Problemas socio-ambientales y experiencias organizativas en las cuencas de México*. IMTA/ IRD.
- PALERM VIQUEIRA, Jacinta, Israel SANDRÉ, Benito RODRÍGUEZ-HAROS y Nora Duana CALETTEET (editores)
2004 *Catálogo de Reglamentos de Agua en México*. Siglo XX. AHA/ CIESAS/ CNA.
- PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL
1945 Texto de La Primera Reforma, DOF 1945 (21 de abril). En Lanz Cárdenas, 1982.
- PIMENTEL-EQUIHUA, José Luis
2004 «Los comuneros regantes de La Acequia Real del Río Júcar en Valencia, España». *Boletín Archivo Histórico del Agua: organizaciones autogestivas para el riego*, volumen 9, pp. 5-56.
- 2006 «Organización social autogestiva y cogestión en el río Júcar: el caso de La Acequia Real del Júcar, comunidad de Valencia». Tesis de doctorado, Universidad de Córdoba.
- PIMENTEL-EQUIHUA, José Luis y Jacinta PALERM VIQUEIRA
2001 «Problemas de medición volumétrica y derechos de aguas de riego: el caso de Los Achololes». *Riego* (Órgano de Comunicación de la Asociación Nacional de Especialistas en Irrigación, ANEI), pp. 24-26.
- 2006 «Organización social del riego en el río Cuautla, Morelos, México». En : Vargas, Sergio, Denise Soares y Nohora Guzmán (editores), *La gestión del agua en la cuenca del río Amacuzac: diagnósticos, reflexiones y desafíos*, pp. 281-294. México: IMTA, Universidad Autónoma de Morelos.
- PISANI, Donald J.
1996 *Water, Land and Law in the West. The Limits of Public Policy, 1850-1920*. University Press of Kansas.
- PROYECTO DE PROGRAMA DE OPERACIONES que deben practicarse al efectuar la reglamentación en el uso de las aguas de propiedad nacional 24 de febrero de 1925
2004 En: Palerm Viqueira, Jacinta, Israel Sandré, Benito Rodríguez-Haros, y Nora Duana Caletteet (editores), *Catálogo de Reglamentos de Agua en México*. Siglo XX. AHA/ CIESAS/ CNA.
- REGLAMENTO DE LA LEY DE AGUAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL del 13 de diciembre de 1910
1911 DOF 1911, 8 de febrero. En: Lanz Cárdenas, 1982. Disponible en: <<http://siaps.colmex.mx/documentos/legislacion/Evolucion%20de%20la%20reglamentacion%20de%20aguas%20en%20Mexico.pdf>>

REGLAMENTO DE LA LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL

1930 En: Lanz Cárdenas, 1982. Disponible en: <<http://siaps.colmex.mx/documentos/legislacion/Evolucion%20de%20la%20reglamentacion%20de%20aguas%20en%20Mexico.pdf>>

REGLAMENTO DE LA LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL, DOF 1936 (21 de abril)

1936 En Lanz Cárdenas, 1982. Disponible en: <<http://siaps.colmex.mx/documentos/legislacion/Evolucion%20de%20la%20reglamentacion%20de%20aguas%20en%20Mexico.pdf>>

REGLAMENTO DE LA LEY DE AGUAS NACIONALES

1994 DOF 1994, enero. Última Reforma DOF 24-05-2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LAN.pdf>

REGLAMENTO DE LA LEY de fecha 29 de diciembre de 1956, en materia de aguas del subsuelo

1958 DOF 1958, 27 de febrero. En: Lanz Cárdenas, 1982. Disponible en: <<http://siaps.colmex.mx/documentos/legislacion/Evolucion%20de%20la%20reglamentacion%20de%20aguas%20en%20Mexico.pdf>>

REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE REPARTICIÓN DE TIERRAS y constitución del patrimonio parcelario ejidal

1926 30 de marzo de 1926. En: Cuadros [1932] 1999: 208-257.

REGLAMENTO PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS DEL RÍO NAZAS

1895 Junio 15. En: Lanz Cárdenas, 1982.

REGLAMENTO PARA LA ORGANIZACIÓN y funcionamiento de las juntas y jueces de aguas firmado por el ingeniero Marte R. Gómez, Secretario

1941 1 de diciembre de 1941. En: *Catálogo AHA*, 2004.

REGLAMENTO PROVISIONAL PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS DEL RÍO NAZAS

1891 Junio 24. En: Lanz Cárdenas, 1982.

RIVAS, María

2000 «Organización social para el pequeño riego: Barranca Amatzinac zona baja y canal Tenango, Morelos». Tesis de maestría, Colegio de Postgraduados.

2004 «Organización y readaptación organizativa para el riego: Barranca Amatzinac, zona baja y canal Tenango, Morelos». *Boletín Archivo Histórico del Agua: organizaciones autogestivas para el riego*, volumen 9, pp. 80-84.

2005 «Escuadras cuasi militares para la defensa del agua en la zona baja del Amatzinac». *Nueva Antropología*, volumen 64, pp. 17-29.

RODRÍGUEZ HAROS, Benito

2007 «Transferencia de Distritos de Riego a los usuarios organizados en juntas de aguas en los 40s». Tesis de doctorado. Colegio de Postgraduados.

- 2013 «Tradición hidráulica en el Módulo de Riego Valle de Santiago». En: Palerm Viqueira, Jacinta y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 153-164.
- RODRÍGUEZ HAROS, Benito, Claudio ÁVALOS y Jacinta PALERM VIQUEIRA
2004 «Los Achololes, una cultura de riego amenazada en el río Cuautla, México». *Boletín Archivo Histórico del Agua: organizaciones autogestivas para el riego*, volumen 9, pp. 36-44.
- RODRÍGUEZ HAROS, Benito, J. Trinidad HERNÁNDEZ PALMERÍN y María PÉREZ HURTADA
2013 «Salvatierra, Distrito de Riego 011 Alto Lerma». *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. México: Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 165-177.
- RODRÍGUEZ HAROS, Benito y Jacinta PALERM VIQUEIRA
2007 «Antes de la transferencia: la entrega de Distritos de Riego». *Agricultura. Sociedad y Desarrollo*, volumen 4, número 2, pp. 105-126. Disponible en: <<http://www.colpos.mx/asyd/volumen4/numero2/asd-08-007.pdf>>
- RODRÍGUEZ MEZA, J. Guadalupe
1998 «La organización social de los regantes del Nexapa, Puebla». Tesis de maestría, Colegio de Postgraduados.
- 2000 «El Comité de vigilancia de los ríos Atoyac y Nexapa: formación de una organización». En: Palerm Viqueira, Jacinta y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Antología sobre pequeño riego. Organizaciones autogestivas*. Colegio de Postgraduados/ Plaza y Valdés, pp. 345-406.
- RODRÍGUEZ-HERRERA, América
2002 «El Distrito de Riego Aticoyo Norte, Nueva Concepción, del desarrollo regional al desarrollo local». Tesis de doctorado, Universidad Iberoamericana.
- RODRÍGUEZ-HERRERA, América, Berenise HERNÁNDEZ y Jacinta PALERM VIQUEIRA
2010 «Sistemas de riego en La Cañada de Huamuxtitlán: tradición y actualidad». *Tecnología y Ciencias del Agua*, volumen 1, número 4, pp. 75-88.
- RODRÍGUEZ-HERRERA, América, Berenise HERNÁNDEZ, Lidia SANTOS y Jacinta PALERM VIQUEIRA
2013 «La cañada de Huamuxtitlán: estructuras organizativas para la distribución del agua». En: Palerm Viqueira, Jacinta y Tomás Martínez Saldaña (editores), *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 301-333.

SALCEDO, Irma

- 1999 «La organización autogestiva de los regantes del canal general de Las Iguanas en el río Cuautla, estado de Morelos». Tesis de maestría, Colegio de Postgraduados.
- 2005 «Buscando La organización después de la transferencia de los Distritos de Riego en México.» *Geografía Agrícola*, volumen 35, pp. 151-160.
- 2006 «Burocracia hidráulica y transferencia: el caso del Distrito de Riego 011 Alto Río Lerma, Guanajuato». Tesis de doctorado, Colegio de Postgraduados.

SALCEDO, Irma y Jacinta PALERM VIQUEIRA

- 2002 «La organización social de los regantes del río Cuautla, canal general de Las Iguanas, en el estado de Morelos». *Comunicaciones en Socioeconomía, Estadística e Informática*, volumen 6, número 1, pp. 93-121.

SANDRÉ, Israel

- 2006 Comunicación Personal.
- 2012 «Entre la ley y la costumbre. Tradición y poder local en la gestión del sistema de riego del río Cuautitlan, Estado de México». Tesis de doctorado en Antropología, UAM-Ixtapalapa.
- 2013 «¿Continuidad o ruptura? El sistema de riego del río Cuautitlán, estado de México». En *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculos, legales e informales*. México: Biblioteca básica de agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 245-401.

SANDRÉ, Israel y Martín SÁNCHEZ (editores)

- 2011 «El eslabón perdido. Acuerdos, convenios, reglamentos y leyes locales de agua en México». CIESAS.

SECRETARÍA DE AGRICULTURA Y RECURSOS HÍDRÁULICOS (SARH)

- 1978 *Características de los Distritos y Unidades de Riego*. 4 tomos. Tomo I Región Noroeste y Centro Norte, Tomo II Región Noreste, Centro II y Sureste, Tomo III Región Centro I, Tomo IV Unidades de Riego. Séptima edición actualizada. México, D. F.

SECRETARÍA DE RECURSOS HIDRÁULICOS (SRH)

- 1953 *Memorias de los Distritos de Riego*. Segunda edición. México.

SENGUPTA, Nirmal

- 2002 *Institutions and Engineering. Evolution of Irrigation Designs in Some Asian Countries*. University of Sussex.

TAMAYO, Jorge

- 1958 *El aprovechamiento del agua y del suelo en México*. SRH, Jefatura de operación de Distritos de Riego.

VALLADARES, Laura

- 2004 «Conflictos hidráulicos en Morelos 1880-1940: de la hacienda al modelo ejidal campesino». *Boletín Archivo Histórico del Agua*, número especial «Organizaciones autogestivas para el riego». Nueva época, año 9, publicación de aniversario (diez años), pp. 67-79.

VENADO GODÍNEZ, María Guadalupe

- 2012 «Movilizaciones en época de estiaje en el Distrito de Riego 003 Tula». Tesis de maestría, Colegio de Postgraduados. Disponible en: <http://www.biblio.colpos.mx:8080/xmlui/bitstream/handle/10521/1817/Venado_Godinez_MG_MC_Desarrollo_Rural_2012.pdf>

VENADO GODÍNEZ, María Guadalupe y Jacinta PALERM VIQUEIRA

- 2013 «Movilizaciones en época de estiaje en El Distrito de Riego 003 Tula». En: *Antología sobre riego: instituciones para la gestión del agua: vernáculas, alegales e informales*. Biblioteca Básica de Agricultura, Colegio de Postgraduados/ Grupo Mundi-Prensa, pp. 235-274.

SECCIÓN VII

**EL AGUA COMO BIEN ECONÓMICO:
MERCADOS, TARIFAS DE AGUA Y RETRIBUCIÓN**

MODELO Y MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS EN CHILE: ELEMENTOS CONFIGURADORES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Pontificia Universidad Católica de Chile | Chile

Esta es una descripción del modelo jurídico de las aguas en Chile, en especial de uno de sus elementos más singulares: el mercado. el autor señala que el mercado es solo uno de los elementos que caracterizan al sistema chileno de derecho de aguas, pues junto con él operan elementos tradicionales, como los usos costumbristas y el autogobierno de las aguas. Desarrolla, en primer lugar, las tres dominaciones del agua, ya sea por la administración del Estado, por el mercado y la sociedad. En segundo lugar desarrolla y explica en detalle las características del mercado de las aguas.

1. Introducción

El problema de las aguas en el mundo está marcado por el fenómeno de la escasez ¿Cómo hacer que un recurso, indispensable para el desarrollo de la vida en todas sus expresiones, se encuentre disponible para satisfacer las innumerables e ilimitadas necesidades humanas? Ante este cuestionamiento, y teniendo en cuenta lo finito del agua disponible y su gran importancia para el desarrollo, se han generado diferentes mecanismos para velar por su uso eficiente. Ante la situación de un uso intensivo de las aguas, y la constante amenaza de su escasez, generada por las sequías, se han implementado diferentes mecanismos para velar por un aprovechamiento del recurso de manera eficiente.

a. Sincretismo del legislador chileno. ¿Cómo ha enfrentado la regulación de las aguas el neomoderno derecho chileno? (aquel nacido hace poco más de treinta años). Lo ha enfrentado mediante una labor de sincretismo, uniendo piezas: respetando

varios aspectos tradicionales y agregando nuevos elementos. Básicamente, el modelo del derecho de aguas chileno se ha construido así:

I. Preservando los aspectos tradicionales, de mucha relevancia en la utilización de las aguas:

- i) Conservando los usos tradicionales o consuetudinarios de aguas; pues sin ningún mecanismo forzado, se reconocieron jurídicamente todos los usos y derechos consuetudinarios de agricultores e indígenas.
- ii) Fomentando la autogestión o autogobiernos de las aguas, que realizan los titulares de derechos de aguas; pues los usuarios todos son los que en común (en una instancia que no es ni el Estado ni el mercado) gestionan autónomamente el agua.

II. Manteniendo una posición mesurada de la Administración del Estado, como ordenador, a través de relevantes órganos directivos y de fomento. Al respecto, el legislador ha «desestatizado» el recurso hídrico, obviando declaraciones legislativas respecto de una propiedad estatal de las aguas. La tendencia es la consideración de las aguas como bienes comunes;

III. Evitando destruir los elementos tradicionales anteriores, y la posición de la Administración del Estado (y esta es la gran novedad del neomoderno modelo chileno), se han incorporado mecanismos de mercado.

Entonces, esos tres aspectos deben considerarse en cualquier análisis. Lo característico, entonces, del modelo jurídico de las aguas en Chile es lo siguiente: los nuevos elementos (propios del mercado), conviven con elementos tradicionales: poderes de la Administración del Estado (burocracia) y usos costumbristas y autogobierno de las aguas.¹

b. *En medio de elementos tradicionales.* Para comprender, entonces, el derecho de aguas de Chile, y su indudable éxito, es necesario observar íntegramente su regulación, tanto sus elementos tradicionales (que han sido respetados) como la incorporación de elementos neomodernos de mercado.

Los observadores o críticos del modelo chileno suelen notar parcialmente la institucionalidad de las aguas, y no reparan que tales aspectos hayan sido o preservados o coordinados (tradiciones sociales en el uso del aguas; Administración del Estado y mercado). Si bien lo más novedoso es la introducción de elementos

1 En este trabajo solo se desarrolla los aspectos relativos al mercado y a la naturaleza de las aguas. Para investigaciones actualizadas de esas materias, reenvío a otras sedes: i) sobre el reconocimiento de los usos consuetudinarios a regantes tradicionales (agricultores) y a pueblos indígenas, véase los trabajos de Rivera (2012 y 2013); y ii) sobre el autogobierno de las aguas, descentralizado y entregado con autonomía a los propios usuarios de aguas, véase Vergara (2013). Algunos temas los extraigo, sintetizados, de Vergara (1998 y 2014).

de mercado y la disminución severa de poderes de la Administración Central; pero lo que ha marcado seguramente el éxito es lo menos observado: el mantenimiento de dos elementos tradicionales tan relevantes como es el caso de los usos consuetudinarios y del autogobierno.

Y todo ello se ha realizado sin necesidad de realizar definiciones sobre la propiedad estatal, pública o nacional del agua; pues muchas regulaciones se quedan estancadas en tales definiciones, que nada agregan al problema de fondo; la definición legal previa pareciera ser un apriorismo innecesario, a partir de la experiencia chilena. Lo que ha importado son los otros elementos que intento describir en este trabajo.

c. El mercado de derechos de aguas chileno. Entonces, una vez invitado a describir el modelo y mercado de derechos de aguas chileno, no es posible realizarlo sin explicar el contexto en que tal mercado funciona, revisando todos sus elementos configuradores, siendo el mercado solo uno de tales elementos. El mercado, entonces, por sí solo no configura ni explica los resultados de la regulación de aguas actual; finalmente, el mercado de las aguas es uno de los rasgos más relevantes y característicos de la liberalización de las aguas en Chile y, a partir de ello, es uno de los aspectos más conocidos.

2. Dominaciones, desestatización y mercado de derechos de aguas

a. Triple dominación en los recursos hídricos: Estado, sociedad y mercado. Las aguas son el mayor ejemplo de la distribución de poderes de dominación en nuestra sociedad: ni el Estado, ni la sociedad, ni el mercado, por sí solos, la dominan. Cada uno tiene su cuota de poder en un escenario trifronte: de tres cabezas, de tres poderes, de tres dominaciones. Así, en sentido global, la administración de las aguas en nuestro país es dual: le corresponde tanto a la Administración central o burocrática del Estado, como a los usuarios de las aguas. Por otra parte, los títulos de agua de cada cual, gozan de gran protección jurídica y pueden ser libremente transferidos a través del mercado.

Tanto los órganos administrativos del Estado como el mercado (esto es, la autónoma decisión de los particulares), por sí solos, no han logrado con éxito un aprovechamiento óptimo del agua. El caso de las aguas es paradigmático en una dualidad distinta de manejo, a la vez, público y privado, en que sin eliminar el rol de la Administración burocrática del Estado ni del «mercado», la sociedad actúa a través de los usuarios, quienes autogestionan la extracción y reparto del recurso común; los individuos, unidos comunitariamente, y en sistemas de autogestión, mantienen, a largo plazo, un uso productivo y positivo de los sistemas de recursos naturales. En Chile, estas tres instancias («Estado»; «sociedad» y «mercado») interactúan al mismo

tiempo: i) en la asignación (de los títulos), la autoridad burocrática; en el aprovechamiento (extracción) de las aguas, el autogobierno de las organizaciones de usuarios; y, iii) en la seguridad (certeza jurídica) y transferencia de los títulos de cada derecho, el mercado.

Así, existe un marco jurídico para esos tres fines: administrar, autogestionar y transar las aguas.

b. Objetivos de la regulación de las aguas. Hay dos finalidades esenciales en toda política de regulación de aguas: 1°) una ordenación, asignación y gestión eficientes (administración, títulos de uso y distribución); y 2°) una baja conflictividad en la obtención y ejercicio de los derechos de aguas (jurisdicción). Así, al mismo tiempo, tanto la Administración del Estado, la sociedad como el mercado están presentes, dominando las aguas, con diferentes cuotas de poder, pero en equilibrio.

Todo análisis en esta materia debe realizarse observando esa triple asignación de roles en nuestro sistema. Es que, en estas tres instancias se cumplen y realizan tres tareas muy visibles en la realidad de las aguas: *i)* el Estado, a través de un órgano burocrático, «administra» la aguas y tiene a su cargo, básicamente, la constitución de los títulos de agua; *ii)* la sociedad, de modo acotado a la realidad de cada cuenca, y a través de un esfuerzo de autogobierno de los titulares de las aguas que aprovechan en común, tiene a su cargo la ordenación de la extracción y distribución de las aguas; y, *iii)* el mercado, por sus propios mecanismos produce certeza y permite la libre transferibilidad de los títulos de agua.

De estos tres fenómenos y tareas fluyen respetivamente las tres consecuencias concretas de la regulación de las aguas: *i)* la asignación de los derechos de agua (que realiza el «Estado» a través de la administración burocrática); *ii)* la distribución para el uso ordenado y equitativo de las aguas (que se realiza por la sociedad, organizada a través de los usuarios); y, *iii)* la reasignación (transferencia) de tales derechos (que se realiza a través del mercado).

En fin, cabe agregar la resolución de conflictos, como aspecto relevante de la regulación de las aguas; pues el éxito de toda regulación de conductas humanas pareciera que depende, en buena parte, de un adecuado sistema de justicia, y dada la especificidad y complejidad del uso de las aguas, esa justicia pareciera que debe ser especializada.

Si lo que se pretende (fin) es mejorar la regulación de las aguas, o mejorar la crítica situación del órgano burocrático (la Dirección General de Aguas) cabe proponer mecanismos para ello: *i)* pero es bien difícil imaginar la utilidad que para tales fines podría tener por sí sola la «nacionalización» o «estatización» de las aguas; *ii)* es necesario, además, revisar lo que caracteriza al modelo de mercado chileno.

c. *La actual y consolidada tendencia legislativa de desestatización de los recursos naturales.* En nuestro país hemos dejado atrás la infértil discusión sobre la propiedad estatal de los recursos naturales: lo que importa es regularlos para que estén disponibles, con justicia, igualdad, equidad y razonabilidad, a todos los potenciales usuarios y explotadores audaces y cuidadosos.

I. LA ESTATIZACIÓN ES ANTIHISTÓRICA. Para regular los recursos naturales es innecesario declararlos previamente del dominio del «Estado». Para reafirmar ese argumento existe una evidencia indesmentible que va más allá de las actuales opiniones: la marcada tendencia legislativa chilena observable al respecto. En fin, existe un abanico de posibilidades regulatorias distintas a la estatización.

Es que el derecho chileno neomoderno, aquel nacido hace treinta años, junto con la caída del estado del bienestar no ha cambiado de tendencia en las regulaciones de los recursos naturales, y ha mantenido básicamente las siguientes características: i) ha fortalecido el libre acceso a la extracción, uso o aprovechamiento por los particulares de tales recursos naturales; y, ii) las regulaciones han ido perdiendo de modo muy perceptible todo hábito de propiedad o dominio estatal de tales recursos.

Si observamos bien, se ha ido consolidando la tendencia a desestatizar los recursos naturales. El «Estado» ya dejó de ser propietario de recursos naturales y de los bienes de alta significación social.

La estatización es antihistórica; está pasada de moda.² Es que el legislador nacional no solo es moderno: es neomoderno. Los sociólogos parecen no haberlo olfateado aún; los economistas, según sus tendencias, están de fiesta o de funeral; pero desde la perspectiva jurídica, es una evidencia: el legislador chileno ha ido consolidando, paso a paso, una densa tendencia: la desestatización de bienes públicos y recursos naturales.

II. EL ABANICO DE OPCIONES REGULATORIAS DE LOS BIENES PÚBLICOS Y RECURSOS NATURALES. Lo que está ocurriendo en la legislación de bienes y recursos naturales es simplemente una respuesta más coherente de los legisladores; es una obser-

2 En todo caso, en Chile tenemos experiencia de una legislación que contenía una declaración de dominio estatal de las aguas, caducidades y un deseo de planificación centralizada del recurso, como la que rigió a partir de 1967, luego de la reforma de la Ley n.º 16.640; se estableció un mecanismo de reasignación mediante la caducidad de los derechos anteriores, de acuerdo con unas «tasas de uso racional y beneficioso de las aguas» que fijaría el Presidente de la República, luego de «estudios técnicos» que realizaría la Dirección General de Aguas, y dirigidas fundamentalmente al uso agrícola (artículo 26 del Código de Aguas - CA, modificado en 1967). Pues bien, debe recordarse que este mecanismo, tan criticado hoy (con razón, por lo demás: *vid.* Figueroa, 1995), en realidad no funcionó en la práctica, debido a la falta de capacidad estatal para controlar las acciones de los diferentes usuarios (*vid.* Parks y Hansen, 1978). Es un caso de «fracaso legislativo», que no es necesario repetir ahora; pareciera que cabe mantener la libertad de transacción y la seguridad de los derechos de aguas.

vación más atenta de la realidad. Y lo más curioso es que pareciera que los legisladores han desestatizado, hasta ahora, por convicción, sin consciencia de estar cumpliendo un mandato constitucional.

Es que el fenómeno de los bienes públicos y recursos naturales significativos (*in rerum natura*) está siendo bien observado por el legislador chileno. Es coherente con la realidad de las cosas, pues tales bienes y recursos pueden ser considerados jurídicamente de distintas naturalezas (de todas las cuales surge un abanico de posibilidades regulatorias): *i*) del dominio del Estado (ampliable a dominio nacional, estatal, o público); *ii*) de dominio o propiedad particular; *iii*) bienes comunes (ausencia de dominio del Estado o particular). *iv*) de nadie (ausencia de dominio: *res nullius*).

En Chile están abandonadas las posibilidades *i*) y *ii*). Están potenciadas las posibilidades *iii*) y *iv*).

Entonces, ¿cuál es la real calificación que hoy debemos dar a los recursos naturales en nuestro país? La tendencia legislativa actual está clara: la nación, por cierto, puede regular los recursos naturales (esto es, dictar leyes a través del Congreso Nacional), pero es inútil argumentar para ello una patrimonialización, parecida a la individualista, pero ahora para el Estado o la nación. Hoy en Chile, la realidad nos muestra a todos (a ciudadanos y legisladores atentos), y las limitaciones constitucionales así lo exigen, que los bienes públicos y los recursos naturales (todos los de alta significación social) no son en ninguno de los casos estatales. No existe en verdad ejemplo alguno de un recurso natural significativo que sea «de propiedad» estatal (del «Estado»).

Actualmente, en nuestro país, se ha consolidado una fuerte tendencia a la desestatización de los bienes o recursos relevantes (aquellas masas de bienes altamente significativos), todos los cuales, en nuestro régimen jurídico, más que de propiedad «estatal» o «nacional», el legislador considera que son bienes que cabe clasificar en una de las siguientes categorías:

- i*) *bienes comunes: es el caso de las aguas*. Se las regula bajo la fórmula de ser «bienes nacionales de uso público», pero la práctica de su autogestión local por sus usuarios, muda su naturaleza a comunes (en este libro ofrezco argumentos para esta afirmación: *vid. infra* § 8).
- ii*) *res nullius: es el caso de las minas y peces*. El legislador simplemente los «regula», evitando así todo tipo de apropiación apriorística, ya sea particular o estatal.

Nos alejamos del derecho comparado (recordemos: Chile es especial, y desde hace treinta años más bien marca la pauta del derecho comparado; no la sigue dócilmente como antaño): en el derecho anglosajón estos recursos suelen ser de los

particulares; en el derecho estatista de la vieja Europa y de algunos países latinoamericanos antiliberales, estos recursos siguen siendo inútilmente estatales. Pareciera que en nuestro país hemos ido dejando atrás la infértil discusión sobre la propiedad estatal de los recursos y bienes relevantes: lo que importa es regularlos bajo reglas y principios adecuados, y que estén disponibles, con justicia, igualdad, equidad y razonabilidad, a todos los potenciales usuarios y explotadores audaces y cuidadosos.

3. Modelos legislativos centralizados o descentralizados y derechos de aguas

El mercado de derechos de aguas es propio de los modelos legislativos descentralizados, en los cuales adquiere este mercado un tono especial: funciona lejos de la intervención estatal, como lo reviso; y suele incorporarse dado que se ha observado que las aguas se aprovechan de modo eficiente en tales sistemas.

Ya sea que se otorguen por la vía concesional (lo más común) o por la vía excepcional de reconocer los usos consuetudinarios, existen en todos los países unos derechos de aguas en manos de particulares y las legislaciones, regulan su utilización.

a. Sistemas centralizados y descentralizados. Ahora, es en esta regulación legislativa en donde pueden existir más variaciones entre los distintos ordenamientos, especialmente es observable en Hispanoamérica, pues es aquí donde se pone el acento en la aplicación de distintas políticas estatales de administración del recurso hídrico, y las variaciones van desde los sistemas más centralizados, planificados, en que existe un gran control estatal sobre el uso del recurso (Nicaragua, Perú y otros), hasta las legislaciones en que existe una aplicación de políticas de descentralización, en que los particulares son los que toman las decisiones libremente (en especial Chile y México).

1. *Los sistemas centralizados o tradicionales.* Los sistemas centralizados implican para los titulares de los derechos de aguas estar sometidos a un férreo control estatal, en especial de la Administración burocrática del recurso, más o menos centralizada, más o menos organizada por cuencas o áreas hídricas, en cuanto: i) a la cantidad de recurso a utilizar; y, ii) al destino económico del recurso, esto es agricultura, agua potable, hidroelectricidad u otros usos.

En estos sistemas centralizados es el Estado, a través de la Administración, el que planifica la utilización del recurso hídrico. No existe propiamente una reasignación privada de los usos del recurso, sino una estudiada planificación de las utilidades del mismo. En otras palabras, la libre transferencia de derechos es muy limitada.

II. *Los sistemas descentralizados: el mercado de los derechos de aguas.* Por otra parte, los sistemas descentralizados se basan en crear posibilidades de libre transferibilidad a los títulos de aguas. El caso paradigmático de aplicación de políticas descentralizadas en materia de reasignación de derechos de aguas es la legislación chilena.

b. *Reasignación descentralizada de derechos de agua («mercado»).* Las características principales de la regulación jurídica de los derechos de agua en Chile son las siguientes:

I. *Amplia protección y libre transferibilidad de los derechos de aguas.* Existe un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas mediante la protección constitucional tanto de los derechos concedidos por la Administración del Estado (constituidos), como los usos consuetudinarios y otros usos especiales (reconocidos por la regulación), todos los cuales gozan de las mismas garantías constitucionales de la propiedad (artículo 19 n.º 24 inciso final de la Constitución Política de la República - CPR).

II. *Libre ejercicio de los derechos de aguas.* Una segunda característica de las titularidades de aguas en Chile es que la actual legislación consagra una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, pudiendo los particulares destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen. Igualmente, no es necesario que, una vez constituido el derecho, los particulares justifiquen el uso futuro de las aguas (sin perjuicio del pago de patentes, a partir de 2005). Tampoco es necesario que en las transferencias de derechos de aguas se respete el uso a que antiguamente se destinaba el agua, y los particulares puedan cambiar libremente su destino.

La única limitación tiene relación con la cantidad de agua que se puede extraer desde la fuente natural, pues se exige el respeto de las características del derecho; pero eso es natural y se deriva del caudal asignado a cada titular.

Adicional y consecuentemente, la actual legislación de aguas chilena no privilegia ningún uso sobre otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no hay preferencias legales de unos usos sobre otros. Si al momento de solicitarse las aguas, existen simultáneamente varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de mercado y un remate público.

III. *Acceso libre y gratuito a las titularidades de aguas.* Una tercera característica de los derechos de aguas en Chile es la gratuidad con que se obtienen; no obstante, en caso de existir varios solicitantes simultáneos, puede «gatillarse» un remate, que origina costos para el que adquiere el derecho.

Hasta el año 2005, la conservación de los derechos de aprovechamiento de aguas en la titularidad privada era también totalmente gratuita, de manera que los

particulares tenían completa libertad para decidir si usaban o no las aguas. No obstante ello, en tal año entró en vigencia la Ley n.º 20.017, que introdujo, entre otros aspectos, la figura del pago de una patente por la no utilización de las aguas, la cual, sin lugar a dudas, relativizó la gratuidad en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas.

iv. *El papel restringido del Estado/Administración.* Una cuarta característica de las titularidades privadas en materia de aguas, es que si bien existe un organismo público (Dirección General de Aguas) encargado de constituir los derechos de aguas, de la policía y vigilancia del recurso, de autorizar las construcciones de obras, de supervigilar a las organizaciones de usuarios y de planificar el recurso, sus facultades son más bien limitadas, y no puede introducirse ni en la distribución de las aguas (que se realiza autónoma y descentralizadamente por las organizaciones de usuarios), ni puede resolver los conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios, o por los tribunales de justicia), ni puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas, que se llevan adelante libremente entre los usuarios.

v. *La posibilidad de integrar organizaciones de usuarios para la autónoma y descentralizada distribución del agua.* Tal posibilidad existe para cada cuenca hidrográfica (un río íntegro, o secciones del mismo), por los propios titulares de derechos, no pudiendo intervenir la autoridad, sino transitoriamente, en casos excepcionalísimos (ante faltas graves o abusos en la distribución de aguas y en épocas de extraordinaria sequía).

En suma, el sistema jurídico de aguas vigente en Chile ha configurado un derecho de aprovechamiento de aguas con gran protección jurídica como tal, y con una posibilidad de ser transferido libremente; es lo que los economistas llaman «mercado» de derechos de aguas. Sobre ese fenómeno: el «mercado» de los derechos de aguas, abundamos *infra*.

4. Elementos que conforman el mercado de las aguas en Chile

Reviso las principales reglas que se incorporaron al sistema chileno para asegurar un mercado, de ahí que analizo los dos elementos esenciales que configuran el mercado de las aguas: la intangibilidad del derecho de aprovechamiento de las aguas (esto es, su no caducidad) y la libre transferibilidad del derecho de aprovechamiento de las aguas.

En Chile se ha optado por incorporar a la regulación elementos propios de un sistema o modelo de mercado. Ahora, desde la perspectiva jurídica, este modelo promueve una disminución de atribuciones de la Administración del Estado y un

aumento de poderes de decisión a los particulares, dotando a los títulos privados de aguas de dos características esenciales: *i*) de la intangibilidad o no caducidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas, con una gran defensa de la seguridad y certeza jurídica de los títulos; y, *ii*) la libre transferibilidad de los títulos de aguas.

Estos dos elementos componen el sistema del mercado de las aguas en Chile, y es lo que explica el contrapeso que los particulares (como titulares de los derechos) pueden tener de frente al Estado/Administración, quien carece de posibilidades de caducar los títulos o de impedir las transferencias. Analizo ambas características.

a. La intangibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas y su no caducidad. La garantía e intangibilidad de la propiedad de los titulares de derechos de agua significa, jurídicamente, que sin su voluntad, cualquier tercero no puede afectar la esencia de los títulos ajenos. Como consecuencia de la aplicación de un sistema general de protección a las titularidades privadas, consagrada en el artículo 19 n.º 24 de la CPR, en el sector se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas, que ha brindado protección tanto a los derechos concedidos por el Estado (constituidos), como a los consuetudinarios (reconocidos por este). En virtud de estos derechos, otorgados o reconocidos, los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas. Para analizar la intangibilidad de los derechos de aguas, cabe referirse a la libertad de uso que tiene su titular (A) y a la imposibilidad jurídica de ser caducado por la autoridad (B).

1. La libertad de uso de las aguas. En lo referente a la obligatoriedad del uso de los derechos del agua, con anterioridad al año 2005, la legislación chilena no establecía la exigencia a los titulares de utilizar efectivamente los caudales a los cuales podía acceder, ni tampoco, de tener que construir las obras necesarias para su aprovechamiento. Los particulares podían libremente usar o no tales aguas, y esperar también libremente, de acuerdo con las condiciones de mercado, el momento apropiado para usarlas. Es más, se permitía la adquisición de los derechos y su consecuente retención con fines meramente especulativos.

Sin embargo, con la dictación de la Ley n.º 20.017 del año 2005, el escenario experimentó una serie de modificaciones, entre las cuales se encuentra el pago de patentes por el no uso de los derechos de aprovechamiento de las aguas, y la necesidad de presentar una memoria explicativa en el caso que se soliciten derechos por un volumen de agua superior al indicado en los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 del Código de Aguas - CA. Con respecto al pago de patentes, se llegó a afirmar que la introducción de una medida de dicha índole vendría a quebrar el principio de la libertad de uso, sin embargo, al análisis del tenor de la norma, el artículo 129 bis 4,

establece que el pago de las patentes se producirá cuando el titular del derecho no haya ejecutado las obras indicadas en el artículo 129 bis 9, que corresponden a la construcción de las obras de captación de las aguas, y no por la no utilización del agua a la que tiene derecho. Por tanto, la Ley n.º 20.017 no afecta el principio del libre uso de las aguas, sino solamente, impone al titular de los derechos la obligación de construir obras de captación.

II. *La no caducidad de los derechos de aguas.* Los derechos de aguas no pueden ser caducados por la autoridad en ningún caso, salvo expropiación³, dado su sometimiento en cuanto a su extinción a las mismas reglas de la propiedad civil,⁴ y en cuanto a su protección constitucional, a la misma garantía de la propiedad;⁵ siendo estas últimas cláusulas normativas, las que originan una «propiedad o dominio sobre el derecho de aguas», dado que este último es un bien incorporal.

La caducidad no es una hipótesis existente en el actual ordenamiento jurídico de aguas chileno. Los derechos de aguas solo se extinguen o se transfieren, por voluntad de su titular, y nunca por decisión discrecional de alguna autoridad administrativa. Esta protección constitucional que se brinda a los particulares en la titularidad de sus derechos de agua, es una garantía que permite la estabilidad y el correcto funcionamiento del mercado, ya que existe la certeza de la intangibilidad del derecho y, por ende, la confianza de la rentabilidad de las eventuales transacciones que se realicen en torno al mismo.

b. *La libre y espontánea transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Cuando se analiza la legislación de aguas, a partir de la nueva institucionalidad chilena surgida con la dictación del D.L. 2.603 de 1979, la Constitución Política de la República de Chile - CPR de 1980 y el Código de Aguas - CA de 1981, es posible constatar que se estableció un sistema de libertad de transferencia de las aguas, no solo para los derechos de aprovechamiento, sino también para todos los bienes que existen dentro de la economía. Por lo tanto, el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien más que se transa libremente.

I. *La no inmanencia de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Uno de los aspectos relevantes, y que constituye un elemento fundamental en la liberalización y transferencia de los derechos de aguas, es la no inmanencia de los derechos de aprovechamiento a los terrenos a los cuales servía primitivamente. Esto significa que el titular del derecho de aguas puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones que deberán obtenerse

3 Decreto Ley n.º 2.603 de 1979 y 27 CA.

4 Artículos 21 y 129 CA.

5 Artículos 19 n.º 24 inciso final CPR y 6.º inciso 2 CA.

de modo previo. Lo anterior permite un óptimo funcionamiento de un sistema de mercado, en cuanto habilita un uso más efectivo del recurso, asociado a diversas actividades económicas que pueden encontrarse en diferentes sectores de la cuenca hídrica y no limitándose a una zona geográfica determinada.

II. *La disposición jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Al existir un derecho de propiedad con respecto al derecho de aprovechamiento de las aguas, existe dentro de los atributos que tiene su titular, la posibilidad de disponer de dicho derecho. Lo anterior se encuentra regulado de acuerdo con las normas del Código Civil, como señala el artículo 21 CA: «La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código».

Desde la perspectiva de las facultades del titular, es factible la disposición jurídica de los derechos de aguas, tanto de manera total o parcial. En cuanto a la disposición total, cabe pensar en la enajenación del derecho de manera voluntaria a través de las transacciones económicas que contempla la legislación nacional, sin embargo, también podría darse el caso de una enajenación forzosa del derecho de aprovechamiento, a través de un remate público provocado por el incumplimiento del pago de la patente del artículo 129 bis 4 del CA.⁶

En cuanto a la disposición parcial, consiste en la imposición de gravámenes reales, ello es posible en general y con respecto a cualquier derecho real, y en especial para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas, las hipotecas (artículo 110 y 111 del CA) y las servidumbres (artículos 69 a 109 del CA).

Así, los derechos de aprovechamiento pueden ser objeto de tráfico jurídico, a través de los actos conocidos y originalmente surgidos para las cosas corporales e incorporales. Dichas contrataciones son un acto «*inter privatos*», y por tanto, se aplican las normas propias del derecho privado.

III. *Modos de disposición jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas*

I. *Enajenación y transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas.* La transferencia de los derechos de aguas se puede realizar por medio de una compraventa o de una permuta; a través de estos actos se puede transferir íntegramente una cuota o parte del derecho de aguas, existiendo, total o parcialmente, según sea el caso, un cambio de propietario. La transferencia también se puede hacer por medio de un aporte a una sociedad comercial o civil, como también en virtud de una promesa de compraventa. Dicha enajenación también podría producirse de manera forzada, como ya se señaló.

⁶ Véase artículo 129 bis 16 del CA.

ii. *Renuncia de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Producto de la Ley n.º 20.017 del año 2005, se incorporó expresamente en el artículo 6 del CA, la posibilidad de renunciar a los derechos de aprovechamiento de aguas por su titular. Esta renuncia puede ser total o parcial, y debe cumplir con el presupuesto de fondo de no perjudicar derechos de terceros, considerándose particularmente el eventual perjuicio experimentado por los acreedores del renunciante.

c. *Consecuencias de la intangibilidad y libre transferibilidad.* El hecho de existir un régimen de propiedad firme sobre el derecho de aprovechamiento de aguas tiene importantes implicancias, entre las que cabe señalar:

I. El titular del derecho mejora el acceso al crédito, pues tiene la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo a través de la hipoteca del referido derecho;

II. El agua correspondiente a dicho derecho puede ser insumo de importantes sectores de la actividad socioeconómica (tales como hidroelectricidad, minería, servicios sanitarios, entre otros).

III. El titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno en que estaba siendo usada primitivamente; esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones previas que deba obtenerse. Adicionalmente, el titular de las aguas puede usarlas para cualquier destino, que puede no ser el primitivamente asignado, posibilitando libres cambios de uso de las aguas.

IV. La certeza de tales derechos la proporciona el sistema por medio de un Registro de Aguas, a cargo de los Conservadores de Bienes Raíces. No obstante, y esta es una notable debilidad del actual sistema chileno, hay aún una gran proporción de derechos reconocidos, sean consuetudinarios, o provenientes de otros usos especiales que autoriza la ley, que no están inscritos ni regularizados en registro ni catastro público alguno.

v. Estos derechos de agua, protegidos constitucionalmente, pueden, entonces, ser libremente transferidos, a través de negociaciones típicas de mercado; asimismo, pueden ser hipotecados.

VI. Además, este derecho, sobre el cual se tiene dominio no puede extinguirse sino por las causas de derecho común (artículo 129 del CA), entre las cuales no contempla la legislación la caducidad por acto de autoridad.

Es muy importante que los derechos de aprovechamiento —tal como ocurre en el caso chileno—, sean intangibles, no caducables, pues ello es un primer paso para la existencia de un sistema de mercado. Luego, las transferencias de derechos

se pueden dar o no, dependiendo de las condiciones del sector y de las decisiones que al efecto adopten los titulares respectivos.

5. Bibliografía

- FIGUEROA DEL RÍO, Luis Simón
1995 *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Santiago: Universidad Gabriela Mistral, 143 pp.
- PARKS, Loren L. y HANSEN, David E.
1978 «Water utilization and reallocation in Chile: a study of the Pirque Valley». *American Journal of Agricultural Economics*, pp. 207-213.
- RIVERA BRAVO, Daniela
2012 «Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efecto de las aguas. El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios». Tesis para optar al grado de doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 401 pp.
- 2013 *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*. Santiago: Legal Publishing-Thompson Reuters, 445 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro
1998 *Derecho de aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2 tomos, 548 pp.
- 2013 «Autogobierno en la gestión de las aguas en Chile». En: *Actas de las I Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Universidad Católica de Perú.
- 2014 *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*. Santiago: Legal Publishing-Thompson Reuters, 498 pp.

Referencias legales

- Constitución Política de la República (1980). *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.
- Ley n.º 20.017, modifica el Código de Aguas. *Diario Oficial*, 16 junio 2005.
- Decreto con Fuerza de Ley n.º 1.122, Código de Aguas de Chile. *Diario Oficial*, 29 octubre 1981.
- Decreto Ley n.º 2.603, modifica y complementa Acta Constitucional n.º 3; y establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de la aguas. *Diario Oficial*, 23 abril 1979.

EL AGUA COMO BIEN ECONÓMICO EN PERÚ: MERCADOS, TARIFAS Y RETRIBUCIONES ECONÓMICAS

GUIDO BOCCHIO CARBAJAL
Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía | Perú

El trabajo analiza la normatividad de Perú aplicable al agua, asuntos sociales, económicos y jurídicos, con una mirada sobre el mercado, los pagos relacionados con sus servicios, para determinar que este recurso natural es un bien económico.

1. Introducción

En este estudio se revisan los asuntos vinculados al agua, recogiendo conceptos básicos y las opiniones de especialistas, contrastándolos con la normativa nacional. Es fundamental el análisis del agua como recurso natural, para enfocar su tratamiento como un bien sociopolítico, cultural y económico. Se incluyen nociones económicas y legales sobre los mercados de agua, sobre las tarifas y las retribuciones económicas que se deben pagar por recibir servicios hídricos o usar el recurso.

Se analizan las normas de: la Constitución Política de 1993 (la Constitución), la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, n.º 26821 de 1997 (la Ley Orgánica), la Ley de Recursos Hídricos n.º 29388 de 1999 (la LRH); y las sentencias del Tribunal Constitucional sobre este tema.

2. Nociones sobre el agua

a. El agua como bien o recurso natural

En el contexto de la naturaleza, el diccionario la define así: «Sustancia cuyas moléculas están formadas por la combinación de un átomo de oxígeno y dos de hidrógeno,

líquida, inodora, insípida e incolora. Es el componente más abundante de la superficie terrestre y, más o menos puro, forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares; es parte constituyente de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales» (RAE 2001: 66). Es un recurso multifacético.

El investigador sueco Fredrik Segerfeldt señala: «[...] las reservas de agua no son ilimitadas. La Tierra solo cuenta con cierta cantidad: es un recurso finito. [...] Aunque hay distintas opiniones, todas concuerdan en que la cantidad de agua que se usa está por debajo del total disponible. El problema, entonces, no es la cantidad de agua, sino la falta de desarrollo en los países pobres» (Segerfeldt 2006: 33) y su mala gestión.

Para comprender al agua como un recurso natural, debemos entender la diferencia entre un elemento natural y un recurso natural. El primero es un bien que se halla en estado natural o con mínima intervención antropogénica o no ha sido objeto de asignación o cesión administrativa o de apropiación pública o privada; no tiene definición legal. La Ley Orgánica y la Ley General del Ambiente, coinciden en definir que recurso natural es todo componente de la naturaleza que puede ser aprovechado por el hombre para satisfacer sus necesidades y que tiene un valor actual o potencial en el mercado.

En el pasado, el aire o el agua estaban disponibles en cantidades y calidades convenientes, siendo claramente bienes libres. Por su facilidad de acceso para las personas, nadie pensaba en encontrarlos en un mercado. Hoy nuestro mundo cambia y si bien no nos imaginamos un cobro por respirar aire, en el caso del agua, este bien «a la mano» del hombre, no es del todo accesible y casi siempre su acceso no es gratuito y no es tratado en todos los casos como una mercancía.

Para el abogado Carlos Andaluz «Los recursos naturales [...] se diferencian de los elementos naturales en que estos conforman todas aquellas cosas que la Naturaleza brinda, independientemente de su utilidad» (Andaluz Westreicher 2006: 41). Un ejemplo sería el caso de un acuífero conteniendo agua subterránea como un elemento natural, que en el momento en que es extraída para un uso humano o productivo con arreglo a ley se convierte en un recurso natural. Igualmente, el agua que discurre por el río es un elemento natural, pero si ponemos una bomba y la extraemos con autorización de la Autoridad del Agua para usarla, pasa a ser un recurso natural, pues adquiere un valor económico.

Con respecto a su condición de renovable y resiliente, se debe tener cuidado y basarse en lo que la ciencia ha estudiado; por ejemplo para evaluar las percepciones sobre el origen del agua, como se expresa en algunos sectores que indican que está en las cabeceras de cuenca,¹ es decir en la parte alta de la cordillera de los

1 Exp. 0001-2012-PI-TC. La sentencia declaró inconstitucional una ordenanza regional que estimó, sin sustento, intangibles las cabeceras de cuenca de una región e inviable la ejecución de un proyecto minero».

Andes, desde donde fluye a los valles. Los hidrólogos explican que el agua es parte de un proceso natural de circulación llamado ciclo hidrológico, una «fábrica natural del agua». En tal virtud, el agua varía en ubicación, cantidad, calidad y tiempo por razones meteorológicas, antropogénicas, etcétera; se evapora desde sus fuentes, pasando de su estado líquido en el mar, que contiene casi el 98% del total de agua de la hidrósfera (RAE 2001: 1207).² (más las lagunas, ríos, canales, piscinas, etcétera), a un estado gaseoso que la lleva a la atmósfera, para regresar a la tierra convertida en lluvia, nieve o granizo, escurriéndose por nuestros Andes hasta alcanzar las fuentes superficiales o subterráneas. El proceso es constante.

Entonces, el agua no solo puede tener la condición de bien libre o elemento natural sino también la de un recurso natural y, en tal sentido, el Tribunal Constitucional precisa que esta puede generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento material o espiritual para el hombre, por lo que se le reconoce como recurso natural.³

Existen cuatro principios básicos del agua según lo acordado en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (Dublín, Irlanda 1992). Estos son: 1: El agua dulce es un recurso limitado y vulnerable, esencial para la vida, el desarrollo y el medio ambiente. 2: El desarrollo y la gestión de los recursos hídricos deberían basarse en un enfoque participativo, que involucre a los usuarios, a los moderadores y a los políticos en todos los ámbitos. 3: Las mujeres tienen un papel central en la provisión, gestión y cuidado de los recursos hídricos. 4: El agua tiene un valor económico en los diversos usos a los que se destina y debería reconocerse como un bien económico más que como un bien social. Este principio define el carácter de bien económico del agua y son varios los estudiosos que coinciden con tal enfoque.

Entonces, si bien un elemento natural no es siempre un recurso natural, en algunos casos, como ocurre con el agua, esta puede constituir un recurso natural, renovable y regulado.

b. El agua como un bien social

La Constitución asignó un peculiar atributo «social» a la República peruana en el artículo 43 y en el 58 referido a la Economía Social de Mercado, lo cual relleva su importancia.

El doctor Pedro Arrojo dice que «[...] hay discursos que suelen equiparar agua con “bien común” en “interés general”, para acabar concluyendo la necesidad de la gratuidad, o cuando menos, de la subvención pública generalizada en los diversos usos del agua» (Arrojo Agudo 2005: 20). Y afirma que «invocando dicho interés se

2 Real Academia Española: «Hidrósfera: conjunto de partes líquidas del globo terráqueo».

3 Fundamento 27 de la Resolución n.º 0048-2004-PI/TC. Demanda de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley de Regalía Minera y conexas.

suelen justificar [...] “subvenciones perversas” que, lejos de beneficiar a [...] la sociedad, inducen a la irresponsabilidad y a la ineficiencia, cuando no enriquecen a los más ricos, a costa del medio ambiente y el erario público» (Arrojo Agudo 2005: 171).

Al analizar el carácter social del agua también se debe considerar a Segerfeldt, quien enfoca la problemática del agua y de su acceso: «[...] las empresas públicas de agua solo logran cubrir el 30% de sus costos: el 70% restante se cubre con subsidios financiados con ingresos impositivos. [...] En la práctica, entonces, quienes se benefician con los subsidios son, en su mayoría, los grupos privilegiados, como la clase media y los agricultores. Estos grupos realmente no necesitan agua más barata e incluso están dispuestos a pagar mucho más por la que consumen» (Segerfeldt 2006: 16). Y cita un emblemático caso de tercerización del servicio de agua potable en Cuba, mediante la empresa Aguas de Barcelona.

En investigaciones jurídico-sociales realizadas en Perú, el aspecto social marca al recurso del agua como un «derecho social» de carácter local, que da cuenta de zonas rurales del país en las que mayormente no se observan las normas sobre recursos hídricos y que *sienten* al agua como un recurso de su dominio y de su territorio, que lo gestionan con sus propias reglas. No creemos que una mejor gestión del agua, que conlleve a optimizar la calidad de vida de las poblaciones que la usan para consumo humano, riego y ganadería, pueda provenir de la aceptación oficial del contractualismo o interlegalidad o de una primacía de modelos locales *per se*, aunque en efecto, el marco de la Ley de Recursos Hídricos sea inadecuado para atender todas las realidades sociales e intereses legítimos.

Existen tendencias mundiales que orientan a considerar al agua como un patrimonio de la humanidad. La activista canadiense Maude Barlow enfatiza que el agua «pertenece» a la Tierra y a todas las especies por igual (Barlow 2008: 34). Esta posición no está recogida en ningún tratado internacional ni normativa peruana; desconoce los derechos soberanos de cada país sobre sus recursos naturales. Además —prescindiendo de criterio jurídico— por fe, es simple: el agua es de su creador, Dios,⁴ y el hombre fue designado por Él para ejercer dominio sobre este recurso, y regular su uso con justicia y eficiencia es parte de tal designio.

Desde la visión señalada, el agua también debe ser cuidada y bien usada. Eso lamentablemente no ocurre, en la medida en que los actores sociales y agentes económicos, de la mano con el Estado, no busquen una real optimización del uso del agua, un uso eficiente, pensando en mejorar la calidad de vida de los propios agricultores. Así, en la costa y sierra peruana —con el agro como principal actividad de subsistencia y productiva—, la capacidad de aprovechamiento por riego solo llega hasta un 35% (en pocos casos), mientras en algunas zonas se pierde hasta el 80%

4 *Génesis*, 1.1: «En el comienzo de todo, Dios creó el cielo y la tierra. La tierra no tenía entonces ninguna forma; todo era un mar profundo cubierto de oscuridad, y el espíritu de Dios se movía sobre el agua».

del agua por el deficiente sistema de riego (inundación), dañando las tierras y dejándolas en condición de «[...] salinizadas, inservibles», según lo manifiesta un exjefe de la ANA (La Torre 2009: 2). A pesar de que el Ministerio de Agricultura y Riego⁵ lo reconoce, aún no incorpora la tecnificación en la medida requerida.

Es innegable que el agua es un bien social que el hombre no puede manejar libremente, pues tiene también una dimensión ecológica que lleva a cuidarlo; pero su regulación no debe estar sometida a vaivenes ideológicos que lo colocan como «problema sin resolver».

c. El agua como bien económico

Una investigación del IPAE, conducida por el abogado peruano Paul Remy, tuvo como resultado una agenda con propuestas, que señalaban que el «[...] agua tiene un valor económico y sin duda para todos es fácil percibirlo. [...]. Por una serie de razones, el precio que se cobra al usuario está bastante por debajo del costo de amortización de la infraestructura, de la operación de los sistemas y del mantenimiento. La actitud ante un recurso barato es derrocharlo. Es no darle su real valor» (Remy 2008: 26). El economista Eduardo Zegarra Méndez considera al agua como bien económico especial que «[...] deberá pasar por una serie de procesos —almacenamiento, tratamiento, distribución— que genera costos que deben ser cubiertos si no se quiere correr el riesgo de originar un colapso por falta de inversión en los sistemas de captación-distribución y/o en su mantenimiento». Y que: «Las tarifas e instrumentos económicos [...] se convierten en elementos clave para cubrir los costos de “producir agua”. [...] El agua puede caer en la categoría de bien público “puro” en algunas circunstancias especiales, pero esta parece ser más la excepción que la regla» (Zegarra Méndez 2014: 66 y 67). «[...] la mayor parte de los usos del agua caen, más bien, en la categoría de “bienes mixtos”; es decir, que si bien tienen limitada o baja exclusión, sus niveles de rivalidad son significativos, que es lo que genera la situación de “escasez compartida” [...]» (Zegarra Méndez 2014: 67 y 68). Ejemplifica sobre los «bienes privados» con el «[...] agua para consumo humano, básicamente en las viviendas de las familias tanto en zonas urbanas como rurales, para el consumo doméstico y saneamiento básico. Este uso constituye un bien privado [...]» (Zegarra Méndez 2014: 70).

El jurista argentino Rafael Bielsa, comentando la obra de otro abogado bonaerense, Miguel Marienhoff, indica que «[...] el agua llamada pública no es pública ni privada por su “naturaleza”, sino que su “afectación” depende de la función que realiza en cada país o pueblo. La utilidad es el factor decisivo de su determinación o calificación legal» (Marienhof 1996: 11).

5 Consulta: 3 de agosto de 2014. <<http://www.minag.gob.pe/portal/sector-agrario/hidrometeorolog%C3%ADa/cuencas-y-drenaje/problem%C3%A1tica58>> y <<http://www.minag.gob.pe/portal/no>>

Además, es comprobable que el agua va perdiendo el carácter de bien libre y de bien público «puro» porque los tipos y usos de agua de los que el hombre dispone en su vivienda, en su trabajo o industria, o que disfruta como parte de un paisaje recreativo, ha sido objeto de incorporación de valor (económico u otro) mediante actos antropogénicos, manufactureros o de manejo mediante infraestructura hidráulica o ha variado al haber recibido algún otro insumo.

El Presidente Ollanta Humala, en el año 2008 dijo:

[...] queremos construir [...] una política de aprovechamiento soberano de los recursos naturales, [...] que garantice la explotación racional y equilibrada del agua, [...]. Esos recursos de todos los peruanos contribuirán a la eliminación de la pobreza y la desigualdad. Se alentará la actividad privada sobre los recursos naturales, pero estos serán explotados en condiciones de respeto a las poblaciones, a los trabajadores y al medio ambiente (Congreso de la República 2011).

Para las empresas, el camino del agua como bien económico no es fácil, está lleno de desafíos, como lo describe la corresponsal ambiental del *Financial Times*, Pilita Clark, que citando a Christopher Gasson, de la investigadora Global Water Intelligence, señala: «El costo marginal del agua está aumentando en todo el mundo». «Antes el agua era tratada como una materia prima gratuita. Las empresas se están dando cuenta de que pueden dañar su marca, su credibilidad, su calificación crediticia y sus costos de seguro» (Clark 2014: 7). La preocupación empresarial por el agua y por su vulnerabilidad se refleja en la encuesta anual del Foro Económico Mundial (World Economic Forum), la Global Risks⁶ contestada por centenares de participantes en Davos, Suiza. En 2014, el tema «crisis de agua» subió al tercer puesto⁷ de la lista de los diez riesgos globales de mayor preocupación (Ten Global Risks of Highest Concern in 2014), cuya categoría de riesgo ambiental es atribuida a su mala administración, a la creciente competencia de la actividad económica por el escaso recurso y al crecimiento de la población; a lo que se deben agregar los eventos meteorológicos extremos (sexto en dicha lista) como las inundaciones, sequías, etcétera.

Precisando conceptos, el abogado español José M. Olmeda indica que existe una transformación del agua a un bien económico que «[...] se basa en su escasez relativa, en la competencia en sus usos, en los elevados costes que supone su gestión y en los mecanismos necesarios para hacerle frente al déficit, lo que, a su vez, dependerá de las fluctuaciones producidas en el espacio y en el tiempo».⁸ Los especialistas de Cap-Net UNDP/GWP/EU Water Initiative Finance Working Group también

6 World Economic Forum. 2014. <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalRisks_Report_2014.pdf>

7 World Economic Forum. 2014, p. 9. Disponible en <www.weforum.org/risks>

8 Olmeda Pascual, José Miguel. 2006. Disponible en: <<http://altea.daea.ua.es/ochorem/comunicaciones/MESA2COM/OlmedaPascualJoseMiguel.pdf>>

afirman que «tratar el agua como un bien económico es agua entre sectores diferentes y competitivos, especialmente en un entorno de escasez de recursos hídricos».⁹

Pero no todos piensan igual. Andaluz expresa su preocupación al considerar el agua como un bien económico. «[Ricardo] Petrella afirma que si concebimos el agua como un bien económico y damos vía libre al mercado, pasará como con el arroz, el trigo, el cacao o el café que tienen un precio mundial. Las grandes empresas del sector del agua como Vivendi, Suez, Thames Water, United Utilities, Nestlé, Nippon Water, cotizarán en bolsa por sus actividades en el campo del agua y el precio ya no tendrá nada que ver con la realidad. El valor de las compañías privadas del agua estará determinado por la lógica financiera. Por el contrario, si se cree que el agua es una fuente de vida, el acceso básico a este bien vital es un derecho humano inalienable» (Andaluz 2006: 69, 70).

Segerfeldt indica: «El elemento más importante para la vida y el desarrollo del ser humano es el agua; también, el más escaso. Estas dos categorías económicas —valor y escasez— bastarían para considerar al agua como un bien económico de la mayor importancia» (Segerfeldt 2006).¹⁰ Y afirma enfáticamente algo muy importante, que los pobres necesitan agua, no ideología. Y lo sustenta en que: «Los precios demasiado bajos que fijan los políticos conducen al despilfarro, a la imprudencia y a la mala asignación de recursos; en síntesis, a una utilización ineficiente del agua» (Segerfeldt 2006). Y reafirma que «[...] es perfectamente posible darle al agua un valor tanto social como económico» (Segerfeldt 2006).

Por lo anterior entendemos que el agua es un recurso natural, sujeto a regulaciones estatales, que es tratado como «mixto», es decir, que no es solo público o libre (agua en una fuente natural), o solo privado (por ejemplo: agua embotellada), que puede transformarse y, en tal medida, los derechos que se adquieran sobre el recurso natural o el bien mismo, fuera de su fuente de origen (o fuente natural), con un valor agregado, puede ser y es objeto de un comercio regulado. En Perú el agua puede ser y es tratada como un bien económico *sui generis*.

d. *El agua y sus mercados, tarifas y retribuciones económicas*

Ahora repasaremos conceptos económicos relacionados con el mercado y la regulación del líquido elemento, lo que se paga por el agua o por los derechos sobre ella y su valor.

Una economía de mercado se desarrolla con la participación de agentes económicos privados, sin el control directo del Gobierno. Allí, los bienes y servicios que se producen y consumen, obedecen, principalmente, a la demanda y oferta.

9 Cap-Net UNDP | Global Water Partnership | EU Water Initiative Finance Working Group. 2008, p. 10.

10 Prólogo.

Las decisiones sobre la inversión y la asignación de los bienes para producir se toman a través de los mercados. El matiz que se puede encontrar en una economía de mercado es que el Estado puede intervenir en algunos casos como cautelador del bien común, como un regulador de ciertas prácticas económicas. Los abogados peruanos Baldo Kresalja y César Ochoa indican que este tipo de economía es «[...] una síntesis entre la economía de mercado y la seguridad social, síntesis en la cual las fuerzas del mercado crean las bases del progreso social y la seguridad social posibilita y garantiza la funcionalidad y la persistencia del mercado» (Kresalja y Ochoa 2009: 351). Una economía de libre mercado tipifica un accionar de los agentes económicos sin más límites que la oferta y la demanda de bienes y servicios, con un Estado que solo interviene para que la libre competencia no se afecte, mediante regulaciones.

Los mercados del agua o de los derechos de agua son instrumentos económicos en los que se regula el comportamiento de la oferta y la demanda sobre el recurso hídrico o sobre los derechos administrativos otorgados con respecto a los mismos.

En el grupo de opuestos parcialmente al mercado del agua, están los especialistas de Cap Net UNDP/Global Water Partnership/EU Water Initiative Finance Working Group: «[...] abrir un mercado de agua (un mercado donde el agua se compra y se vende bajo derechos de propiedad específicos) puede mejorar el bienestar de las partes que utilizan el mercado, pero puede tener efectos contrarios en el bienestar de otros agentes que no participan, sin que dichos efectos sean totalmente incorporados al mecanismo del mercado».¹¹

En una investigación de expertos en economía del agua de la CEPAL se concluyó que «los mercados de agua son, en condiciones de diseño, control y regulación adecuadas, un instrumento válido y útil de reasignación del recurso, por lo que los países deberían considerar seriamente la conveniencia de su introducción, tanto para las reasignaciones intrasectoriales como intersectoriales. En condiciones de creciente escasez de agua, los mercados tienen varias propiedades atractivas, especialmente en comparación con los sistemas de asignación basados en prioridades política o administrativamente determinadas o en la estricta aplicación de inherencia a la tierra. La ventaja principal de los mercados es que el agua tiende a asignarse a usos donde el valor del producto marginal sea el más elevado, es decir, los mercados aseguran una asignación más racional de recursos disponibles, desde el punto de vista de la eficiencia económica» (Donoso, Jouravlev, Peña y Zegarra 2004: 69).

Varios economistas consideran que la vía de la formalidad, sinceramiento de nuestras instituciones jurídicas y de la solidez económica conlleva a la mejora de la calidad de vida. Y Segerfeldt dice: «La introducción de derechos de propiedad

11 Cap-Net UNDP, Global Water Partnership, EU Water Initiative Finance Working Group. 2008, p. 22.

comerciables y claramente definidos sobre el agua no solo promueve una mayor eficiencia, si no que logra que el agua llegue a donde brinda el mayor beneficio económico, lo que genera una mayor prosperidad. En cambio, el agua que no se puede comerciar se utiliza para los fines que los políticos determinan, los beneficios que genera no son óptimos y el país resulta empobrecido. En los países pobres, es común que los agricultores con buen acceso al agua planten cultivos que necesitan gran cantidad de agua, en lugar de otros que dependen menos de este insumo. [...] Con la venta del sobrante, otros agricultores tendrían la posibilidad de cosechar los productos que desearan de forma más económica. Además, el mercado se ocuparía de que el agua llegara a los productores más eficientes, aumentando la prosperidad de todo el país» (Segerfeldt 2006). Esto se ejemplifica con los éxitos mundiales en la agricultura de frutas y vitivinicultura de Chile.

Zegarra Méndez define al mercado del agua como «[...] el conjunto de intercambios voluntarios de dotaciones de agua entre usuarios con derechos establecidos. [...] La operación del mercado de agua no tiene por qué basarse en la privatización absoluta del recurso; es decir, en otorgar rango de propiedad privada a los derechos de agua» (Zegarra Méndez 2010: 363). Esta opción económico-legal resulta factible, con matices. Así, el abogado español Antonio Embid afirma que, luego de analizar experiencias de mercados del agua, «[...] nos encontramos ante un instrumento jurídico que fuera de sus sedes tradicionales (Estados Unidos de América, Australia, Chile) se está extendiendo más (en España como se ha visto pero también en México, por ejemplo) y las presentes circunstancias climáticas, así como —no se olvide ello— la fuerte y ya casi permanente crisis económica que se vive, con la consiguiente reducción de inversiones públicas, pueden llevar a una situación en la que el predominio de la acción de la “sociedad” aparezca cada vez más nítido en relación con el papel de los Estados» (Embid Irujo 2013: 108).

Segerfeldt enfatiza: «Por motivos políticos, el precio del agua es, sencillamente, demasiado bajo: el objetivo es garantizar que todos puedan pagar el agua que necesitan. En la práctica, sin embargo, el suministro es insuficiente para llegar a los pobres, [...] El nivel demasiado bajo de los precios permite explicar gran parte del problema de la distribución inadecuada de agua limpia y potable en los países pobres» (Segerfeldt 2006: 63, 66, 67, 68, 69). «[...] si se mejora la eficiencia del uso agrícola del agua, los efectos más notables se sentirán en los países pobres. La mitad del agua que utilizan los agricultores de todo el mundo no produce alimentos. Una mejora del 10% en la distribución del agua para la agricultura duplicaría el suministro mundial de agua potable. La cantidad de agua necesaria para cultivar una hectárea de arroz alcanzaría para el consumo de 100 hogares rurales durante cuatro años. Si el precio del agua no estuviera subsidiado, probablemente los agricultores harían inversiones para reducir el consumo destinado a cosechar alimentos» (Segerfeldt 2006: 70).

3. El marco legal del agua

a. *La Constitución Política de 1993*

Los artículos constitucionales más importantes son los del régimen económico que establecen que los recursos naturales renovables (agua) y no renovables, son patrimonio de la nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento, y que por ley orgánica se fijarían las condiciones para utilizarlos por particulares. Pero otras normas constitucionales tienen relación con la preeminencia de la vida humana. El artículo 2, incisos 1 y 22 establecen que toda persona tiene derecho a la vida y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado con el desarrollo de su vida.

El Título III – Del Régimen Económico, contiene el Capítulo I - Principios Generales (Artículos 58 al 65), siendo relevantes el artículo 58 sobre la Economía Social de Mercado; el 59 referido al Rol Económico del Estado; el 60 sobre Pluralismo Económico y el 62 que regula la Libertad de Contratar. Pero sin duda, el capítulo más importante del citado título es el Capítulo II - Del Ambiente y los Recursos Naturales (Artículos 66 al 69).

El artículo 66 es el fundamental sobre recursos naturales, su estatus dominical, su utilización y otorgamiento. Rubio indica: «[...] los recursos naturales pertenecen al colectivo del pueblo y que él debe beneficiarse de su explotación mediante la participación (normalmente a través de impuestos) que la ley determine». Y agrega «[...] desde hace pocos años, la humanidad viene reconociendo la necesidad de dar una explotación racional a los recursos naturales para no agotarlos o degradarlos, y de proteger el medio ambiente y la naturaleza como conjunto» (Rubio Correa 1999: 327, 328). El que todos los recursos naturales sean patrimonio de la Nación y que el Estado sea soberano en su aprovechamiento significa que tales derechos son del «[...] conjunto de peruanos no solo que existen actualmente, sino que existirán en el futuro. [...] Por consiguiente, los recursos naturales tienen que ser dispuestos con atención a los intereses de largo plazo de la Nación y no en función de criterios de corto plazo que puedan beneficiar a un determinado gobierno o grupo». Y que solo «[...] el gobierno que ejerza el poder es soberano en su aprovechamiento dentro del concepto antes establecido [...]», siempre que tenga «[...] la autoridad de determinar dicho aprovechamiento y que no se podrá aceptar indicaciones de cualquier tipo de poderes extraños al constitucionalmente establecido en el país» (Rubio Correa 1999: 330, 331). Rubio concluye que «[...] el Estado es quien toma decisiones sobre la explotación de los recursos naturales según la Constitución. Para ello debe favorecer la actividad productiva en beneficio de quien la realiza, pero también del interés general y de la solidaridad, lo que implica que tiene que haber beneficios directos de la explotación de recursos naturales [...]» (Rubio Correa 1999: 331).

La Constitución tiene dos menciones al término aprovechamiento: primero en el artículo 66 y luego en el artículo 67, con el agregado en este del carácter ambiental de «sostenible».

Del Capítulo III - De la Propiedad (artículos 70 al 73) analizaremos el artículo 73 sobre los bienes de dominio público. Pero no podemos dejar de mencionar que el artículo 70 garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad (para el caso del agua solo aplicaría al producto del agua y a los bienes privados que sirven a fines hídricos) y el 71 solo por la mención a las «aguas» en la *sui géneris* prohibición a extranjeros para tener propiedades dentro de los 50 km de las fronteras.

El artículo 73 revela un cambio de enfoque constitucional del dominio y propiedad estatal, pues el artículo 128 de la sustituida Constitución de 1978 estableció que los bienes públicos, cuyo uso sea de todos, no son objeto de derechos privados.

A criterio de juristas y especialistas en materia ambiental, los recursos naturales nunca dejan la esfera del *dominio eminential*, especialmente si son no renovables. Esta característica es esencial para entender el carácter de bien económico especial del agua y su posible inserción en un mercado en Perú. Y debe tenerse presente que la Constitución no consagra la propiedad estatal sobre los recursos naturales, aunque se entienda doctrinariamente y también por el Tribunal Constitucional que ellos están bajo los principios del dominio público (*demanio hídrico* en referencia al agua), dominio este que no ha sido tratado por igual por los especialistas, para explicar las diferencias y similitudes entre los bienes de dominio público de los bienes de uso público. El abogado peruano Eduardo Hernández Martínez anota que: «[...] en la Constitución vigente, no se encuentra reconocido el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales». Y agrega «[...] no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico nacional que expresamente indique que los recursos naturales son bienes de dominio público» (Hernández Martínez, 2010).

La doctrina conceptúa que los bienes de dominio público (no transferibles, fuera del mercado) son las playas, parques, caminos, etcétera, con una normativa legal que distingue a los públicos con el presente marco constitucional (los antes citados y el agua) de los privados, regulados por la Ley General de Bienes Estatales, n.º 29151 (por ejemplo: un edificio de propiedad de la Autoridad del Agua) entre otros. Hay pues estudios legales sobre los recursos naturales que determinan que están en el ámbito de los bienes de dominio público (véase también la definición de dominio público del Tribunal Constitucional en varias sentencias), pero también existen constitucionalistas que los ubican como bienes de uso público, en forma coincidente con los artículos 2 (el agua) y 114 (el agua amazónica) de la Ley de Recursos Hídricos y otras normas legales. Una interpretación que resuelva esta contradicción sería que los bienes de uso público son un subtipo de los bienes de dominio público. Es decir, el agua y otros recursos naturales que se otorgan en uso no pierden la condición de bienes de dominio público. El problema con ello es que un bien de

dominio público es inalienable, imprescriptible e inembargable, sin embargo, la legislación especial sí permite actos de disposición sobre derechos otorgados.

Rubio afirma que: «Los bienes de dominio público son aquellos que han sido reservados al dominio del Estado como ente colectivo que ejerce el poder político, y que no son susceptibles de ser transferidos a personas particulares por ningún derecho. Es, por ejemplo, el caso de las grandes reservas naturales establecidas formalmente como tales. [...] Otros son denominados de dominio eminente que corresponde a bienes sobre los que no se estableció aún derecho privado alguno y, por consiguiente, están en manos del Estado porque pertenecen a su territorio. Sin embargo, sobre ellos se podrá establecer derechos privados e, inclusive, podrán ser dados en propiedad particular siguiendo determinados procedimientos. [...] Los bienes de uso público son una especie de los bienes de dominio público: son aquellos destinados a que los use cualquier persona dentro del territorio porque esa es su finalidad. Por ejemplo: las calles, las veredas, las carreteras, los parques, los cursos de agua por los que se puede transitar, etcétera. Son bienes de dominio público porque solo pueden pertenecer al Estado, pero sí, en cambio, se pueden establecer derechos de aprovechamiento económico sobre ellos, en cabeza de personas de derecho privado» (Rubio Correa 1999: 388, 389, 390).

b. La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales

En esta ley encontramos la noción de aprovechamiento sostenible. Las definiciones de «aprovechamiento», «aprovechar» y «provecho», están relacionadas con el empleo de una cosa de la cual se obtiene un rendimiento, beneficio o utilidad. Se expide como norma de desarrollo constitucional y cumple con el encargo de los artículos 66 y 67 de la Constitución.

Un debate legislativo intenso polarizó a quienes defendían el dominio eminential del Estado sobre los recursos naturales y quienes pretendían normarlos como bien transable; el resultado es una mixtura de conceptos, que pueden permitir la apropiación de los frutos o productos de un recurso natural según como se regule en la ley especial en particular. Los legisladores se inclinaron por los Principios de Dublín referidos al agua para equilibrar sus tres aspectos importantes: los ambientales, económicos y sociales, convirtiéndolos desde ese momento en el trípode del desarrollo de la legislación ambiental, de recursos naturales y en especial del agua. Esta Ley Orgánica es la fuente legal más importante que emplea el término «aprovechamiento», que agrega el calificativo «sostenible». Es el marco legal de mayor jerarquía para el agua, patrimonio de todos los peruanos.

Laureano del Castillo indica: «La Ley Orgánica permite otorgar a los particulares el derecho de aprovechamiento [...] mediante diferentes modalidades, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, la primera de las condiciones del aprovecha-

miento sostenible de los recursos naturales es utilizar el recurso natural “de acuerdo al título del derecho”, para los fines que fueron otorgados, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales. [...] todo particular debe pagar por aprovechar el agua, con excepción de los usos con fines de subsistencia o rituales» (Del Castillo 2004: 25).

Precisando la fórmula del artículo 66 de la Constitución, en el artículo 4 de la Ley Orgánica se reconoce la posibilidad de extraer agua de su fuente a quienes tengan un título habilitante, transformarla en un producto y que luego pueda pasar al dominio privado. Este supuesto no está previsto por la legislación del agua, desconociendo lo que en realidad ha ocurrido y ocurre en muchos sectores del país según testimonian diversos investigadores, en los que el agua en su propia fuente natural (por ejemplo: desde los ríos y acequias) se comercia sin mayores consecuencias. Hay muchos casos rurales de venta de agua en sectores agrícolas y poblacionales y aclaramos que nos referimos al comercio del recurso natural, no a una eufemística transferencia de derechos, de títulos (de hecho la legislación del agua contempla casos de cambio de nombre de la titularidad de un derecho de uso de agua) o cualquier otra creación-ficción legal.

Teniendo en cuenta el artículo 6 de la Ley Orgánica: ¿Qué es la soberanía en materia del recurso natural agua? Es la capacidad que tiene el Estado para actuar libremente, ejerciendo el *jus imperium*, en tres campos: primero, a través del Poder Legislativo, con la preeminencia del Congreso de la República para expedir leyes y aprobar tratados internacionales, así como el Poder Ejecutivo con sus facultades regulatorias y normativas para precisar aspectos diversos como, por ejemplo, sobre los caudales ecológicos, las metodologías para calcular las retribuciones económicas y tarifas, la participación de los usuarios en la Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH) y en las organizaciones¹² que administran bienes públicos, etcétera. Segundo, mediante las funciones ejecutivas que le permiten al Gobierno, con sus autoridades competentes —en materia de agua: el Ministerio de Agricultura y Riego con la ANA, principalmente, y otras autoridades sectoriales en materias puntuales relacionadas con los recursos hídricos— a actuar en diversas áreas e instancias administrativas, otorgando derechos, modificándolos, extinguiéndolos, atendiendo pedidos y resolviendo controversias. Y tercero, por las funciones jurisdiccionales que en estricto corresponden al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.

Dentro del Título III, referido a los recursos naturales de libre acceso, el artículo 8 trata sobre los límites que se imponen al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales para que se ejecute según el «interés de la Nación» —definido

12 Discrepamos que la LRH y la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua empleen la fórmula de las Asociaciones Civiles para los usuarios del agua, pues estas fueron creadas en el Código Civil para fines privados.

en el artículo 5 del reglamento de la Ley de Recursos Hídricos - LRH—, el bien común dentro de los principios establecidos de esta ley, en las leyes especiales (LRH) y en sus normas reglamentarias.

Las normas para el otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales se encuentran en el Título IV, cuyos artículos 19, 20, 21, 22 y 24 desarrollaron el mandato del artículo 66, de la Constitución, de fijar las condiciones —generales, pues las específicas se encargaron a las leyes especiales por cada recurso natural— de su otorgamiento a particulares. El artículo 19 referido al mismo otorgamiento, hace una vez más remisión a las leyes especiales (LRH) para su regulación y precisa que el Estado conserva su dominio, así como sobre los frutos, en tanto ellos no hayan sido concedidos a los particulares. El artículo 20 crea la retribución económica por el aprovechamiento de los recursos naturales, único pago determinado por la autoridad por criterios económicos, sociales y ambientales, que un titular de un derecho debe pagar por todo concepto por el recurso natural, que en el caso del agua ya ha sido creada mediante la Ley de Recursos Hídricos. De lo anterior se ratifica que para crear y regular un mercado de derechos de uso de agua, bastaría con modificar esta ley.

Igualmente, el artículo 21, que dispone de la ley especial (LRH), precisa las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, incluyendo los mecanismos de retribución económica al Estado por su otorgamiento, el registro administrativo, así como su posibilidad de cesión entre particulares (no permitida en la LRH, que más bien en su artículo 2 sobre la propiedad privada del agua, concordado con el artículo 50, inciso 7, dispone que las Licencias de uso no son transferibles y que más bien si su titular no desea continuar usándola debe revertirla a la ANA). También establece en el artículo 22 que las leyes especiales (LRH), al normar el alcance del derecho de aprovechamiento, deben contemplar en forma precisa los atributos que se conceden, sean estos de carácter real o de otra naturaleza.

Finalmente, en los artículos 28, 20 y 30 se fijaron las condiciones de aprovechamiento según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 66 constitucional. El artículo 28 se ocupó de señalar el concepto de «aprovechamiento sostenible» como el manejo racional de un recurso natural (renovable) según su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso. Por su parte el artículo 29 fue más específico al señalarle al titular de un derecho de aprovechamiento, cinco condiciones generales a cumplir, sin perjuicio de lo que las leyes especiales le exijan. La primera es utilizar el recurso natural, de acuerdo con el título, para los fines otorgados, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales; la segunda es cumplir las obligaciones de la legislación especial; la tercera es cumplir con los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Manejo; la cuarta es pagar la

Retribución Económica establecida en la ley especial; y la quinta, mantener al día el Derecho de Vigencia, condición esta última que no existe como tal en la Ley de Recursos Hídricos ni en su reglamento.

c. *La Ley de Recursos Hídricos*

Esta es una ley con 125 artículos, pero solo mencionaremos las normas especiales que incidan en el carácter del agua como bien económico especial, regulado. En sus artículos iniciales encontramos una definición del agua que precisa conceptos fundamentales sobre su gestión o uso. Repite lo que es patrimonio de la nación; que su dominio es inalienable e imprescriptible; que es un bien de uso público, con lo cual los legisladores decidieron fijar dicha característica especial a este recurso natural. Es decir que se puede asignar su uso a terceros de acuerdo con la Constitución, y que su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, con la protección ambiental y el interés de la nación.

Los principios de la LRH (Artículo III) que rigen el uso y la gestión integrada de los recursos hídricos y que tienen que ver con la valoración múltiple del agua son el 1, 6, 9, 10 y 11; pero destacamos el 1 de la valoración y gestión integrada del agua, pues declara sus valores «[...] sociocultural, [...] económico y [...] ambiental, por lo que su uso debe basarse en la gestión integrada y en el equilibrio entre estos. El agua es parte integrante de los ecosistemas y renovable a través del ciclo hidrológico». El principio 10 incide también sobre el triple valor social, económico y ambiental.

Los legisladores decidieron fusionar en el Primero, dos principios que se crearon por separado en las comisiones previas: el de gestión integrada y de valoración del agua. Se dio así mayor coherencia al principio y una redacción acorde con los Principios de Dublín. Luego están el sexto principio de «sostenibilidad» en virtud del cual el Estado debe promover y controlar el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos, previniendo su afectación. Indica también que «El uso y gestión sostenible del agua implica la integración equilibrada de los aspectos socioculturales, ambientales y económicos en el desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones». Seguidamente, el noveno que orienta a una GIRH, e incentiva una cultura de eficiencia entre los usuarios y operadores.

El Título I con sus Disposiciones Generales ofrece conceptos básicos. El artículo 1 sobre «el agua», afirma que «[...] es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación», el cual tiene directa concordancia con el artículo 5 referido al «agua comprendida en la Ley» (con una extraña lista de tipos de agua y de sus fuentes naturales de agua mayormente, aunque incluye a la residual y la proveniente de la desalación, es decir,

a un producto del agua de mar que contradice lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley Orgánica) y el 6 que trata sobre los «bienes asociados al agua» naturales y artificiales.

Conforme con el artículo 73 de la Constitución que se refiere a los bienes de dominio y de uso público, la LRH acota lo señalado por la Ley Orgánica sobre la naturaleza del agua, las condiciones de su otorgamiento y fija una importante característica que la afecta como bien económico sujeto a regulación pública. Así, el artículo 2 establece con claridad que el agua «[...] constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. *Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación.* [...]». Algunos interpretan que el Estado sí puede ser propietario del agua, lo cual no sería correcto según la normativa constitucional vigente, aunque doctrinariamente se pueda sostener lo contrario, porque el Estado solo ejerce un dominio eminential para el caso del agua o soberanía sobre este recurso. Por ser el agua «de todos los peruanos y de todas las generaciones», no puede irrogarse al Estado la condición de único propietario, así se encuentre en su fuente natural. El cambio del régimen antes anotado se observa comparando el artículo 1 de la Ley General de Aguas, Decreto Ley n.º 17752, conjuntamente con el 118 de la Constitución de 1978 que norman que las aguas son propiedad del Estado con el artículo 66 de la Constitución —norma posterior y de mayor jerarquía— y el artículo 2 de la LRH que conceptúan que el agua es «patrimonio de la nación», abandonando el de propiedad o pertenencia al Estado. Lo que sí se reconoce en la LRH (artículo 8) y en otras normas sobre los bienes estatales, es que existen «bienes artificiales de propiedad del Estado asociados al agua» en tanto se haya invertido en ellos «fondos públicos».

El sustento básico para entender los derechos que consagra la LRH, demanda revisar el Título III, compuesto por diez artículos sobre los usos de agua que nos lleva al muy importante Título IV sobre los derechos que esta ley especial consagra, en cumplimiento del mandato de la Ley Orgánica. Las tres modalidades principales de derechos administrativos de uso de agua son la Licencia, el Permiso y la Autorización que se otorgan, suspenden, modifican o extinguen por resolución del órgano competente de la ANA (artículos 44 y 45).

El Título VI concierne a los aspectos económicos regulados en la LRH por el uso de agua y otros motivos. Como anticipamos, la LRH crea dos normas especiales: Retribuciones Económicas y Tarifas; en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Orgánica. Según la LRH y su Reglamento, un titular de un derecho de uso de agua debe pagar al Estado —en realidad, en beneficio de la ANA, por todo concepto—, una contraprestación por usar el agua o por el vertimiento de aguas residuales. Estos pagos no son tributos según el Código Tributario, como sí lo son las tarifas que constituyen una «tasa» que debe ser abonada por la prestación de un servicio administrativo, público o por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

El artículo 90 obliga a los titulares de derechos de uso de agua a contribuir con el uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de, según corresponda, una o dos Retribuciones Económicas y hasta de tres Tarifas por servicios. Y dispone que los ingresos por los diferentes usos del agua sean administrados por la ANA y se distribuyan de acuerdo con el Reglamento, respetando los porcentajes y derechos señalados en esta Ley. Las tres tarifas no tienen mayor incidencia en los ingresos de la ANA ni en la mejora de la gestión de los recursos hídricos.

La retribución más importante, y la que más recursos permite captar a la ANA de los «usuarios de agua con fines no agrarios» es la consagrada en el artículo 91, la Retribución Económica por el uso de agua. Se fija por metro cúbico utilizado cualquiera sea el derecho de uso y se establece por la ANA en función de criterios sociales, ambientales y económicos.

Una norma que merece mayor desarrollo dadas las gigantes necesidades de infraestructura, mejoras en la eficiencia, entre otras, es la del artículo 96 referida al financiamiento y cofinanciamiento —a través de entidades públicas que deben priorizar— de estudios y la ejecución, rehabilitación y equipamiento de obras de infraestructura hidráulica que tengan por objeto lograr la reducción de pérdidas volumétricas de agua, el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos en la infraestructura hidráulica pública.

Hay mucho por trabajar para valorar más al agua.

4. Conclusiones

- a. El agua es un bien natural o elemento natural o bien libre pero también puede ser —y en muchos casos es— un recurso natural, con las características de renovable y regulado.
- b. El agua es un bien social que sirve al hombre y a sus colectivos, con independencia de su cultura, pues es sustento vital; pero como elemento trascendental no puede estar librado al manejo libre del hombre, debido que tiene una dimensión ecológica que lleva a cuidarlo. Depende, al fin y al cabo, de las decisiones sociales y políticas del hombre y de sus valores.
- c. La regulación del agua no debe someterse a vaivenes ideológicos que alejan al recurso del enfoque en soluciones y lo colocan muchas veces en contextos de «problema sin resolver».
- d. Como recurso natural renovable, regulado, cumple importantes roles, incluyendo uno sociopolítico-cultural, pero su mala administración pública y gestión privada conduce a los conflictos por no contemplar reales necesidades de consumo prioritarios o por no satisfacer necesidades humanas y económicas. El agua puede desatar conflictos o traer bendición.

- e. El agua es un bien económico, cuya característica de escaso y regulable es comprobable en Perú y que en muchos casos requiere de la ejecución de obras o actividades humanas empresariales para obtenerlo y usarlo.
- f. Este bien especial, sujeto a regulaciones estatales, cuando ha sido procesado o ha sido objeto de incorporación de un valor económico, constituye un producto al que se le puede atribuir un precio y transferirlo, por tanto puede ingresar a un mercado especial.
- g. Los mercados del agua o de los derechos de uso de agua son instrumentos económicos en los que se regula el comportamiento de la oferta y la demanda sobre dicho recurso hídrico o sobre los derechos administrativos otorgados respecto de los mismos.
- h. En Perú, país democrático, regido constitucionalmente por una economía social de mercado, el recurso natural agua, no obstante ser considerado patrimonio de la nación, constituye un «bien económico regulado», objeto de una gran presión social y manejo político que influyen en su gestión, cuyo marco constitucional, no obstante, permite la creación de un mercado de derechos administrativos de uso de agua.
- i. A pesar de que la Constitución y la Ley Orgánica podrían permitir, crear y regular un instrumento económico-jurídico o mercado de derechos de agua, la actual Ley de Recursos Hídricos es su principal limitante para ello o para que tales derechos en Perú sean formalmente transables, y que puedan cumplir, como los economistas reconocen, un mejor y más transparente rol social, ambiental y económico, armónico, que traiga bienestar social.
- j. En el agro, donde se consume mayor cantidad de agua con baja eficiencia, en el que ya operan las transferencias, se podría iniciar una experiencia intersectorial de mercado de «derechos de uso de agua condicionados», en donde el Estado no pierda el dominio sobre el recurso. El fin sería optimizar y crecer áreas de cultivo y para mejorar las dotaciones poblacionales. Una condición *sine quanon* es que esté tecnificado el riego y el agro en el ámbito nacional.
- k. En términos legales, para crear y regular un mercado de derechos de uso de agua, solo se deberá modificar la Ley de Recursos Hídricos, un propósito nada simple.

5. Bibliografía

ANDALUZ WESTREICHER, Carlos
2006 *Manual de derecho ambiental*. Lima: Llama Gráfica s. A. C.

ARROJO AGUDO, Pedro

2005 «Las funciones del agua: valores, derechos, prioridades y modelos de gestión». En: Arrojo, Pedro *et al.*, *Lo público y lo privado en la gestión del agua*. Madrid: Ediciones del Oriente y del Mediterráneo.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

2012 *La Constitución de 1993*. Editorial Moreno s. A. Lima.

BARLOW, Maude

2008 *El agua, nuestro bien común*. México: The Council of Canadians, Oficina Regional para México, Centroamérica y el Caribe de la Heinrich Böll Stiftung. Disponible en: <<http://onthecommons.org/sites/default/files/ElAguaNuestroBienComunOct2008.pdf>>

CAP-NET UNDP | GLOBAL WATER PARTNERSHIP | EU WATER INITIATIVE FINANCE WORKING GROUP

2008 *Aspectos económicos en la gestión sostenible del agua. Manual de capacitación y Guía de moderadores*. México: Gráfica Mosca. Disponible en: <<http://lawetnet.org/2009/wp-content/uploads/2013/05/Manual-Aspectos-economicos.pdf>>

CLARK, Pilita

2014 «Un mundo sin agua». Diario *El Comercio* / Portafolio. Lima, 3 de agosto.

CONGRESO de la REPÚBLICA

2011 <<http://www.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-2011-1a.pdf>>

DEL CASTILLO, Laureano

2004 *Un consenso vital*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.

DONOSO, Guillermo, Andrei JOURAVLEV, Humberto PEÑA y Eduardo ZEGARRA

2004 *Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur*. Naciones Unidas. Santiago de Chile: CEPAL.

EMBID IRUJO, Antonio

2013 «Las características del mercado de derechos de agua en España». *Revista Derecho y Ciencias Sociales - La problemática del agua en el mundo actual*. La Plata: Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, número 9.

GÉNESIS

S. f. 1, 1-10.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo

2010 «Los recursos naturales y el patrimonio de la nación». *Estado y Propiedad*, 5 de agosto de 2010, pp. 7 y 13. Consulta: 12 de julio de 2014. <<http://estadoypropiedad.blogspot.com/2010/08/los-recursos-naturales-y-el-patrimonio.html>>

JIMÉNEZ MURILLO, Roberto

2013 «Artículo 73 – Bienes de dominio público». En: Gutiérrez, Walter, *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica s. A., tomo II.

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2009 *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LA TORRE, Abelardo

2009 «Ampliar cultivos en toda la costa ya no es posible por falta de agua». *Diario Gestión*. Lima, 27 de julio.

MARIENHOFF, Miguel

1996 *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Artes Gráficas Candil s.r.l., tomo VI.

OLMEDA PASCUAL, José Miguel

2006 «El agua y su análisis desde la perspectiva económica: una aplicación para el crecimiento económico». Ponencia presentada en la VII Reunión de Economía Mundial. Alicante. Consulta: 28 de julio de 2014. <<http://altea.daea.ua.es/ochorem/comunicaciones/MESA2COM/OlmedaPascualJoseMiguel.pdf>>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE)

2001 *Diccionario de la lengua española (DRAE)*. Madrid.

REMY, Paul y CENTRO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS DEL INSTITUTO PERUANO DE ACCIÓN EMPRESARIAL (IPAE)

2008 *El reto del agua. ¿Dónde coinciden los expertos?* Lima: Centro de Estudios Estratégicos del Instituto Peruano de Acción Empresarial (IPAE).

RUBIO CORREA, Marcial A.

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo 3.

2007 «Presentación sobre la minería en la Constitución». Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Legislación de Minería, Hidrocarburos y Electricidad del INDEMIPE. Lima.

SEGERFELDT, Fredrik

2006 *Agua privada para todos*. Lima: Transprint s. A. C.

WORLD ECONOMIC FORUM

2014 *Global Risks 2014*. Geneva, novena edición. <www.weforum.org/risks>; <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalRisks_ExecutiveSummary_2013_SP.pdf>

ZEGARRA MÉNDEZ, Eduardo

2010 «Perú: Viabilidad y potencialidad del mercado del agua». En: García Pachón María del Pilar y otros, compilador, *Gestión Integrada de Recursos Hídricos*. Bogotá: Digiprint Editores E. U., tomo III.

2014 *Economía del agua*. Lima: Impresiones y Ediciones Arteta E.I.R.L.

CONCLUSIONES

PATRICIA URTEAGA CROVETTO
Pontificia Universidad Católica del Perú | Perú

Durante las Segundas Jornadas de Derecho de aguas hemos sido testigos del desarrollo del Derecho de aguas y también de su complejidad. Los artículos que compilamos en este libro recogen justamente los avances en la investigación, análisis y reflexión sobre el desarrollo normativo e institucional de la gestión del agua que expertos nacionales e internacionales presentaron en aquella oportunidad. Su visión de la disciplina y de los problemas que cada uno de sus países enfrenta permite comprender los desafíos que plantea la gestión de los recursos hídricos y el desarrollo de la propia disciplina del Derecho de aguas en nuestro país. Mediante enfoques jurídicos, interdisciplinarios y comparados, los panelistas han mostrado los avances en el derecho de aguas, así como también han puesto de relieve los problemas que aquejan a la gestión del agua en contextos particulares y globales, y las formas cómo estos se han resuelto.

En efecto, estas reflexiones sobre el Derecho de aguas revelan que estamos ante un laboratorio de ingeniería legal, que, además, tiene efectos distintos no solo sobre algunos usuarios del agua en particular, sino sobre toda la población. También nos han permitido comprender que aquellos que sufren las consecuencias negativas de este laboratorio de ingeniería legal hídrica son los más vulnerables. Una etnografía sobre la gestión del agua en la cuenca del río Tambo en Huancavelica (Perú), presentada en el marco de las Segundas Jornadas de Derecho de aguas, relataba que los usuarios de dicha cuenca no querían registrar sus derechos de agua porque afirmaban que el agua era muy impredecible: «podía haber agua como podía no haber». Para los usuarios locales no tenía lógica la formalización de sus derechos de agua, porque ello no respondía a la impredecibilidad del propio elemento.

Después de escuchar a los ponentes durante estos tres días hemos llegado a la conclusión de que no solamente el agua es impredecible, pues esta característica del elemento físico afecta también al derecho. Los análisis históricos nos han mostrado

cómo cambia el derecho; por ejemplo, en el caso de la regulación mexicana de las organizaciones de usuarios (Palerm) o en los casos de trasplantes legales cuando se trata de legislar figuras jurídicas como las organizaciones de usuarios de agua subterránea en el caso de Chile (Rivera), o la importación peruana de la institución «bienes de dominio público hidráulico» que tiene su origen en la legislación española de aguas (Pinto). O la importación de un modelo institucional para la gestión integrada, cuya aplicación fallida hemos visto en la cuenca del río Santa (French). Esta capacidad metamórfica del derecho también explica la existencia de distintos tipos de pluralismo jurídico. Algunos son pluralismos diacrónicos: normas viejas que subsisten sobre normas nuevas; otros son pluralismos multisectoriales: normas de distintos sectores que regulan la misma situación e instituciones diferentes que regulan los mismos hechos en un mismo espacio, disputándose la función. Otros son pluralismos formales por la subsistencia de normas formales pero «muertas»; es decir, normas que existen pero que no se cumplen. También existen normas carísimas pero ineficientes, normas que invisibilizan lo que existe en la práctica pero que no está reconocido y también normas que pueden matar.

Algunos indican que la solución estriba en aceptar que el agua es un bien económico, como en el caso de Chile, donde existe un mercado de derechos de agua (Bocchio). Otros muestran cómo esta filosofía ha llevado a situaciones catastróficas, como en el Estado de São Paulo, Brasil, donde la provisión del agua es incierta, incluso en relación con el mismo consumo humano (Amorim). Todo ello genera, ciertamente, conflictos sociales y una situación ambiental muy crítica (Castro). Muchas veces el Estado no reacciona a tiempo, y, cuando lo hace, las decisiones que adoptan los usuarios y funcionarios públicos son meramente declarativas e inconducentes. Las decisiones se vacían de contenido y las voluntades iniciales terminan perdiéndose en caminos kafkianos que solo muestran intereses personales e ineficiencias funcionales (Dourojeanni). Con ello vienen las resistencias, así como gente que gana y gente que pierde, entre estos últimos, generalmente los más vulnerables. Estamos efectivamente frente a una crisis de gobernanza hídrica (Leyva). Lo cierto es que la legislación no funciona bien ni para unos ni para otros. Incluso aquellos que defienden un modelo tampoco están contentos. ¿A qué se debe este descontento? Ello pareciera conducirnos a la conclusión preliminar de que el Estado de derecho en el ámbito del agua es muy difícil de lograr porque hasta el propio Estado está descontento con sus propias normas. Consciente de su ineficiencia, las cambia constantemente, pero sigue «parchando» el sistema con más normas. Y ello es así porque el Derecho es el idioma del Estado: no puede hacer otra cosa.

Una nueva variable se agrega a la complejidad que debe enfrentar el Derecho de aguas: las consecuencias que tiene el cambio climático para los recursos hídricos. El Estado de derecho se muestra esquivo en el ámbito del agua porque, además, la ecología misma es inestable. De esta manera llegamos a la reveladora afirmación

de los usuarios del río Tambo en Huancavelica: «no podemos regular nuestros derechos de agua porque el elemento es en sí mismo impredecible». Qué hacemos, por ejemplo, en el caso de los usuarios de una cuenca que reclaman que no se disminuya el volumen asignado en su derecho de agua formal, a pesar de que el volumen de agua de toda la fuente disminuyó. Ellos afirman que tienen un derecho que han venido renovando por treinta años, con el mismo volumen de agua (a pesar de que la cuenca está sufriendo de estrés hídrico). ¿Cómo podemos reclamar un volumen de agua cuando el agua ya no existe? El Derecho de aguas tiene limitaciones significativas para controlar este tipo de situaciones porque los derechos son adquiridos y adaptarlos a la nueva situación ecológica implicaría la violación del Estado de derecho. Pero no hacerlo nos puede llevar a la debacle. Como señala Iyer (2008), un hidrólogo hindú: «de esa manera solo nos espera el desastre».

Esta situación nos sugiere reflexionar sobre las formas que tenemos a disposición para otorgarle cierta funcionalidad al Derecho de aguas, porque el caos tampoco es la solución. Frente a la dantesca situación de calidad de los recursos hídricos en el Perú y la poca capacidad de respuesta del Derecho de aguas peruano que nos muestra uno de los artículos en este libro (Avendaño), en Canadá están resolviendo los problemas de calidad del agua, asumiendo de manera activa la decisión política de mejorar la política ambiental hídrica mediante instrumentos normativos. En pleno contexto de cambio climático llaman la atención los impactos positivos concretos que estas políticas e instrumentos normativos comienzan a demostrar tanto en los usos y usuarios del agua, como en el medio ambiente, lo cual no ha detraído la inversión en dicho país (Vega). En el ámbito institucional, el sistema de administración de agua en Argentina muestra una amalgama de procedimientos y controles que permite de manera holgada adoptar las decisiones más adecuadas en los ámbitos administrativo, presupuestario, funcional y fiscalizador a nivel federal y estadual (Andino). La institucionalidad hídrica argentina puede ser contrastada con la del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (TNRCH) en el Perú, que si bien es una experiencia innovadora, cuyos resultados van siendo alentadores, muestra una carga administrativa que indicaría que el acceso a la justicia hídrica no es aún universal (Ortiz). La tendencia a la formalización y procedimentalización, que va adoptando el derecho al agua en foros peruanos, disiente de la construcción jurídica del derecho humano al agua que se viene desarrollando en la jurisprudencia internacional y argentina. Ligado a la dignidad humana, el derecho humano al agua recobra su sustancia en estos foros no solo como un derecho individual, sino también como un bien colectivo de naturaleza indivisible, articulado a otros derechos humanos fundamentales (Pinto). Ciertamente, si bien este es un paso importante, en la práctica se enfrenta a intereses políticos y económicos que obstaculizan la concreción del derecho humano al agua en la realidad y que responden finalmente a un modelo económico inequitativo (Martin).

La pregunta sobre la titularidad del agua ha generado una cantidad de reflexiones interesantes. Esta pregunta es fundamental para la gestión del agua pero para responderla nuestro prisma suele ser distinto. Algunos solemos enfocarnos en el Estado, otros en el usuario, el mercado o el medio ambiente. Aparentemente, no estamos mirando la problemática integralmente, lo cual tiene consecuencias funestas para el agua. Dos artículos en este libro nos dan pistas de lo que sucede cuando las normas no son claras en relación con este tema, o excluyen aspectos sociales, institucionales, regionales o ambientales (Del Castillo), o se adoptan modelos que son ajenos (Pinto). En el caso de las organizaciones de usuarios, es interesante comprender la lógica que subyace al Derecho público: como las organizaciones de usuarios administran un bien público, entonces deben ser organizaciones de Derecho público (Embid). Traducido al caso del Perú, ello significa que una comunidad nativa, campesina, o pueblo indígena tienen que convertirse en una organización de Derecho público para poder usar el agua. Al entender la lógica comprendemos por qué algunos funcionarios de la administración pública exigen a estas poblaciones que se transformen en organizaciones de usuarios, a pesar de que ello es un proceso complejísimo y costoso, pero el paradigma indica que deben hacerlo porque el agua es legalmente un bien público. Por otro lado, la afirmación de que el agua es un bien privado o un bien económico de mercado es similarmente controversial, puesto que ello implicaría que solo los que pueden acceder económicamente al recurso pueden disponer de este. Algunas consecuencias nefastas y contrarias al paradigma de la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos se desprenden de este paradigma, y están relacionadas con la inequidad y la acumulación de derechos de agua y el mismo recurso a favor de algunos y en desmedro de otros.

Lo importante de estas Segundas Jornadas de Derecho de Agua es que las experiencias que hemos compartido nos permiten reflexionar sobre las consecuencias que se derivan de nuestros paradigmas, enfoques, conceptos, ideologías, etcétera; consecuencias que tienen efectos concretos en personas concretas, pero también en la naturaleza, y particularmente, en el agua. Al observar toda esta complejidad y la forma como el derecho «persigue» al agua para regularla de distintas maneras, en distintas coordenadas geográficas y en distintos períodos históricos, y los retos que este recurso plantea al propio Derecho de aguas, generando procesos complejísimos de pluralidad y superposición, viene a mi mente una frase genial de Bronislaw Malinowski (1986: 70). Este brillante antropólogo polaco decía: «el verdadero problema no es estudiar la manera como la vida humana se somete a las reglas —pues no se somete—; el verdadero problema es cómo las reglas se adaptan a la vida».

Bibliografía

IYER, Ramaswamy R.

2008 «Water governance, politics, policy». En: Vishwa Ballabh (editor), *Governance of Water: Institutional Alternatives and Political Economy*. Nueva Delhi: SAGE Publications, pp. 18-35.

MALINOWSKI, Bronislaw

1986 *Crímen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Planeta-De Agostini.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César

2011 «Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, primera edición, volumen 18, artículo 12.

ANEXO

PERFIL Y PROGRAMA DE LAS SEGUNDAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

PERFIL

SEGUNDAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

Lugar y fecha: Auditorio de Derecho PUCP, Lima, 27, 28 y 29 de agosto de 2014

De la misma forma que el año anterior, el evento será oficializado por Autoridad Nacional del Agua.

Objetivo:

- Generar un foro para el intercambio de conocimiento y experiencias sobre el Derecho de Aguas y la gestión de los recursos hídricos en el Perú desde diferentes perspectivas (jurídica, interdisciplinaria y comparada).
- Contribuir a mejorar las políticas públicas, regulación e institucionalidad de la gestión del agua.

Público del evento:

- Funcionarios y servidores públicos especializados en la gestión del agua.
- Abogados en general y especialistas de empresas y organizaciones de la sociedad civil.
- Estudiantes universitarios.

Costos del evento:

- Público en general: 400 soles
- Cooperativos PG: 350 soles
- Funcionarios públicos: 350 soles
- Cooperativos FP: 300 soles
- Funcionarios de la ANA: 250 soles (precio especial por convenio)
- Estudiantes: 100 soles

Paneles temáticos:

- Desarrollo jurisprudencial del derecho al agua
- Discursos sobre el agua, medio ambiente y conflictividad social
- Calidad del agua
- Institucionalidad y supervisión en la gestión de los Recursos Hídricos
- Régimen jurídico de dominio de las aguas / Derechos de uso
- Organización de usuarios
- El agua como bien económico (mercados, tarifas de agua y retribución)

Estructura del evento:

- 3 días: las tardes de los miércoles 27, jueves 28 y viernes 29 de agosto de 2014.

- 7 paneles en total (2 durante los dos primeros días y 3 el tercer día):
 - Cada panel tendrá tres panelistas principales, un comentarista y un moderador
- 29 especialistas (nacionales e internacionales), algunos de los cuales cumplirán dos o tres roles en distintas mesas.
- Adicionalmente, el día 28 de agosto se realizará un seminario paralelo durante la mañana:
 - Abierto a la presentación de ponencias por académicos interesados.
 - Abierto a una menor cantidad de público asistente.

Resultados:

- Enriquecer el debate público sobre el Derecho de Aguas, empleando diversas perspectivas (jurídica, interdisciplinaria y comparada).
- Editar un libro en versión impresa y digital que contenga las ponencias y comentarios del evento.
- Generar interés académico por el Derecho de Aguas.

Comité organizador:

MIEMBRO	INSTITUCIÓN
Patricia Urteaga	Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ) de la PUCP.
Augusto Castro Carpio	Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables (INTE) de la PUCP.

Ponentes internacionales:

INVITADO	PAÍS	INSTITUCIÓN
Antonio Embid	España	Universidad de Zaragoza
João Amorim	Brasil	Universidad Federal de São Paulo
Andrei Jouravlev	Chile/Rusia	CEPAL
Adam French	USA	Universidad de California
Axel Dourojeanni	Chile/Perú	Fundación Chile
Alejandro Vergara Blanco	Chile	Pontificia Universidad Católica de Chile
Daniela Rivera	Chile	Pontificia Universidad Católica de Chile
Mauricio Pinto	Argentina	Departamento General de Irrigación de Mendoza-Universidad de Cuyo
Marcela Andino	Argentina	Autoridad del Agua
Líber Martín	Argentina	CONICET-Universidad Nacional de Cuyo
Yenny Vega	Canadá	Universidad de Montreal
Jacinta Palerm	México	Colegio de Posgraduados

PROGRAMA
SEGUNDAS JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS
Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú
27, 28 y 29 de agosto de 2014

MIÉRCOLES 27				
16.00-16.35	Registro de participantes			
16.35-17.15	Inauguración a cargo de: Juan Carlos Sevilla Gildemeister (ANA) / Pepi Patrón (Vicerrectora de Investigación PUCP) / Guillermo Boza Pró (PUCP) / Patricia Urteaga Crovetto (PUCP)			
	Presentación del libro El derecho frente a la crisis del agua en el Perú a cargo de: Francisco Dumler Cuya (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento) / Armando Guevara Gil (PUCP)			
17.15 - 18.45	Desarrollo jurisprudencial del derecho al agua	Expositores (20 m. c/u) Moderador: Armando Guevara Gil	Liber Martín (Argentina)	Investigador de CONI-CET-Universidad Nacional de Cuyo
			Lucía Ruiz (Perú)	Presidenta del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua
			Mauricio Pinto (Argentina)	Abogado del Departamento General de Irrigación de Mendoza y profesor de la Universidad de Cuyo
	Comentarista (15 m.)		Elizabeth Salmón (Perú)	
Preguntas del público (15 m.)				
18.45-19.00	Receso			
19.00-20.30	Discursos sobre el agua, medio ambiente y conflictividad social	Expositores (20 m. c/u) Moderadora: Yenny Vega Cárdenas	Iván Ortiz Sánchez (Perú)	Vocal del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua
			Augusto Castro (Perú)	Director de Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables de la Pontificia Universidad Católica del Perú
			Ana Leyva Valera (Perú)	Asesora Legal de la Asociación Civil CooperAcción
	Comentarista (15 m.)		Rodrigo Gutiérrez Rivas (México)	

Preguntas del público (15 m.)				
20.30– 20.45	Cierre de la jornada			
JUEVES 28				
16.00– 16.45	Registro de participantes			
16.45– 18.35	Calidad del agua	Expositores (20 m. c/u) Moderador: Líber Martín	Giannina Avendaño Vilca (Perú)	Jefa del Área de Servicios Públicos de la Defensoría del Pueblo
			Mirco Miranda Sotil (Perú)	Asesor de la Alta Dirección del Ministerio de Agricultura y Riego
			Yenny Vega Cárdenas (Canadá)	Profesora de la Universidad de Montreal
			Lillian Carrillo Meza (Perú)	Abogada de la Coordinación de Industria de la Dirección de Supervisión Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
	Comentarista (15 m.)	Laureano del Castillo (Perú)		
Preguntas del público (15 m.)				
18.35– 18.50	Receso			
19.00– 20.30	Discursos sobre el agua, medio ambiente y con- flictividad social	Expositores (20 m. c/u) Moderadora: Yenny Vega Cárdenas	Marcela Andino (Argentina)	Abogada Autoridad del Agua
			Adam French (EEUU)	Investigador de la Universi- dad de California
			Axel Dourojeanni (Chile-Perú)	Consultor “senior” en ma- teria de Recursos Hídricos e Innovación en la Fundación Chile
			Ada Alegre (Perú)	Asesora y consultora en ma- teria de Derecho y Gestión Ambiental de Ada Alegre Consultores
	Comentarista (15 m.)	Francisco Dumler (Perú)		
Preguntas del público (15 m.)				
20.40– 20.55	Cierre de la jornada			

VIERNES 29				
15.00-15.35	Registro de participantes			
15.35-17.25	Régimen jurídico de dominio de las aguas / Derechos de uso	Expositores (20 m. c/u) Moderador: Luis Mujica	Yury Pinto Ortiz (Perú)	Secretario General de la Autoridad Nacional del Agua
			Andrei Jouravlev (Chile-Rusia)	Oficial para Asuntos Económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL
			João Amorim (Brasil)	Profesor de la Universidad Federal de São Paulo y Coordinador de Programas y Proyectos Internacionales
			Laureano del Castillo (Perú)	Director Ejecutivo del Centro Peruano de Estudios Sociales
	Comentarista (15 m.)	Armando Guevara Gil (Perú)		
Preguntas del público (15 m.)				
17.25-17.40	Receso			
17.40-19.30	Organización de usuarios	Expositores (20 m. c/u) Moderador: Patricia Urteaga	Lorenzo Chang-Navarro Lévano (Perú)	Asesor técnico en gestión hídrica de la Junta Nacional de Usuarios de los Distritos de Riego del Perú
			Antonio Embid (España)	Investigador de la Universidad de Zaragoza
			Daniela Rivera (Chile)	Investigadora de la Pontificia Universidad Católica de Chile
			Jacinta Palerm (México)	Profesora del Department of Rural Development del Colegio de Posgraduados
	Comentarista (15 m.)	Jan Hendriks (Países Bajos-Perú)		
Preguntas del público (15 m.)				
20.40-20.55	Receso			

19.45- 21.15	El agua como bien económico (Mercados, tarifas de agua y retribución)	Expositores (20 m. c/u) Moderador: Jan Hendriks	Alejandro Vergara Blanco (Chile)	Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile
			Augusto Navarro Coquis (Perú)	Miembro del Comité del Agua de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo
			Julián Li Díaz (Perú)	Director de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Agua
		Comentarista (15 m.)	Líber Martín (Argentina)	
Preguntas del público (15 m.)				
21.15- 21.30	Cierre del evento a cargo de: Patricia Urteaga Crovetto (PUCP) y Líber Martín (Universidad de Cuyo)			

COLABORADORES

João Amorim (Brasil)

Doctor en Derecho Internacional por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Federal de São Paulo (UNIFESP). Coordinador de la cátedra Sergio Vieira de Melo, del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en la UNIFESP. Miembro de la Cátedra Edward Said de Estudios Pos-Coloniales de la UNIFESP. Miembro de la Fundación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (Sevilla).

Mónica Marcela Andino (Argentina)

Abogada, doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza España. Profesora adjunta de la cátedra de Derecho Ambiental y de Aguas de la Universidad de Mendoza, miembro del Instituto del Agua y del Ambiente de la Universidad de Mendoza, investigadora de la Universidad del Aconcagua, jefe del Departamento Jurídico del Departamento General del Irrigación de la Provincia de Mendoza.

Giannina Iris Avendaño Vilca (Perú)

Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal y con estudios de maestría en Políticas Públicas por la Universidad Pompeu Fabra. Es jefa del Área de Servicios Públicos de la Adjuntía para el Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo.

Guido Bocchio Carbajal (Perú)

Director del 2030 Water Resources Group en el International Finance Corporation. Asimismo, es gerente Legal y Recursos Naturales de la Southern Peru Copper Corporation, presidente del Comité del Agua de la Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía, profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad Nacional Agraria, y ha colaborado en temas de Aguas y Ley de Puertos con la Confederación de

Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP). Es magister por el IE Business School (España) y especialista en Derecho de Aguas y Derecho Minero.

Augusto Castro (Perú)

Profesor y director del Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ph.D. en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Tokio. Ha sido director del Centro de Investigaciones Sociológicas, Económicas, Políticas y Antropológicas (CISEPA) de la PUCP. Actualmente también es coordinador del Grupo de Investigación de Ética, Ambiente y Sociedad; así como coordinador de la Red de Posgrado en Sociedad, Ambiente y Cambio Climático del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

Laureano del Castillo (Perú)

Director ejecutivo del Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES). Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido presidente del Consejo Directivo del Instituto de Promoción para la Gestión del Agua (IPROGA) y copresidente de la International Land Coalition. Es especialista en derecho ambiental y temas sobre agro y aguas.

Axel C. Dourojeanni (Chile-Francia)

Consultor Senior en materia de Recursos Hídricos e Innovación en la Fundación Chile. Ingeniero agrícola por la Universidad Nacional Agraria La Molina y magíster con estudios de doctorado por la Universidad Estatal de Colorado (EE.UU.). Ha sido consultor internacional, habiendo asesorado a la mayoría de los países de la región sobre políticas hídricas y gestión de cuencas. Ha sido director general de aguas del Perú (1977-1979) y director de la División de Recursos Naturales y Energía de la CEPAL, Naciones Unidas (1980-2002). Asimismo, creó la actividad de Manejo de Cuencas en el Ministerio de Agricultura (1974) y participó en la formulación del Proyecto de Manejo de Cuencas y Conservación de Suelos (PRONAMACHS), que luego se constituyó como programa nacional.

Antonio Embid Irujo (España)

Catedrático de Derecho Administrativo e investigador de la Universidad de Zaragoza, así como doctor por la misma universidad. Ha sido diputado de las Cortes de Aragón por Zaragoza y presidente de las Cortes entre 1983-1987. Asimismo, ha sido presidente de la Junta Arbitral de Consumo Autonómica de la Diputación General de Aragón, consejero de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón y miembro del Consejo de la Energía de Aragón. En el año 2007 se le concedió la Gran Cruz de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio. Ha publicado un libro sobre Derecho Administrativo y Derecho de Aguas.

Adam French (EE.UU.)

Geógrafo y ecologista político, doctor en Estudios Medioambientales por la Universidad de California, Santa Cruz; magíster en Estudios Medioambientales por la Universidad de Montana. Asimismo, es codirector fundador de la Red Andina de Investigación Transdisciplinaria (TARN). Su trabajo combina los enfoques de la geografía humana y física, la antropología y la sociología para estudiar la gobernanza de los recursos, los conflictos socioambientales y el desarrollo institucional. Su investigación actual se centra en la gobernanza del agua bajo los impactos convergentes del cambio climático, la globalización económica y el desarrollo internacional en la vertiente del Pacífico del Perú.

Ana Leyva Valera (Perú)

Abogada, con estudios de maestría en Ciencia Política. Es especialista en temas minero-ambientales. Es abogada de la asociación civil CooperAcción, en el programa de industrias extractivas, y ha sido secretaria ejecutiva de la Red Muqui y abogada de la organización Fedepaz. Es especialista en derecho minero e industrias extractivas.

Liber Martin (Argentina)

Becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, Argentina (CONICET) y doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza y por la Universidad Nacional de Cuyo. Asimismo, ha sido profesor de la Universidad de Cuyo, de la Universidad de Mendoza, de la Universidad Católica de Chile, de la Universidad Austral, entre otras. Es autor de múltiples publicaciones sobre derecho de aguas y derecho humano al agua.

Iván Ortiz Sánchez (Perú)

Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la PUCP de las áreas de Derecho Administrativo y de Responsabilidad Social. Profesor asociado de la Academia de Magistratura. Es vocal del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua. Miembro ordinario del Instituto Riva Agüero (PUCP). Ha sido coordinador de Proyección Social (PROSODE) de la Facultad de Derecho de la PUCP (2002-2014). Ha sido consultor del Banco Mundial, del Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia (PMSJ), del Proyecto de Mejora de las Estrategias Legales para los más Pobres (PMELPO), de la ONG Alternativa, asesor legal en la ONG CIDAP y asistente legal en la ONG Proterra.

Jacinta Palerm Viqueira (México)

Doctora y magíster en Geografía Humana por la Universidad Toulouse Le Miral. Es profesora del Department of Rural Development del Colegio de Posgraduados y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias y de la Red de Investigadores Sociales Sobre Agua. Es especialista en derecho de aguas, riego y organizaciones campesinas y desarrollo rural.

Mauricio Pinto (Argentina)

Doctor en Derecho, máster en Derecho Ambiental. Se desempeña como investigador y profesor de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en la Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza y Universidad del Aconcagua (Mendoza, Argentina). Es autor de diversas obras referidas al derecho ambiental y derecho de aguas, incluyendo (en coautoría) *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, 2008 y 2011.

Yury A. Pinto Ortiz (Perú)

Magíster en Gestión Ambiental por la Universidad Externado de Colombia y con estudios de posgrado en Legislación Internacional de Aguas en la misma universidad. Actualmente, se desempeña como asesor de la Alta Dirección de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y es profesor de la maestría en Gestión Integrada de Cuencas en la Universidad Nacional Agraria La Molina.

Daniela Rivera (Chile)

Investigadora del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es magíster en Ciencia Jurídica y doctora en Derecho por la misma universidad. Es especialista en derecho de aguas y derecho administrativo.

Patricia Urteaga (Perú)

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente en la misma casa de estudios. Es magíster en Antropología Sociocultural y Ph.D. en Antropología por la Universidad de California en Berkeley. Actualmente desarrolla un posdoctorado en la Universidad de Wageningen (Países Bajos). Es especialista en antropología del derecho, pueblos indígenas amazónicos y agua e industrias extractivas.

Yenny Vega Cárdenas (Canadá)

Doctora y magíster por la Universidad de Montreal y miembro de la Red Canadiense del Agua. Es profesora y coordinadora de movilidad estudiantil de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Se ha especializado en el marco jurídico del manejo de las aguas, los conflictos transfronterizos, el manejo sostenible de los recursos renovables y el medio ambiente en América del Norte.

Alejandro Vergara (Chile)

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra y experto en Derecho Eléctrico, de Aguas, de Minería, de Bienes Públicos y Administrativo. Profesor de la Facultad de Derecho y del Diplomado de Derecho Administrativo y Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, así como director del Programa del mismo nombre. Cuenta con múltiples publicaciones sobre dichos temas.

Entre el 27 y 29 de agosto de 2014 se llevó a cabo la segunda edición de las Jornadas de Derecho de Aguas, consolidando así, desde la Pontificia Universidad Católica del Perú, un espacio académico internacional, comparado e interdisciplinario para el análisis y la propuesta de políticas públicas respecto a los distintos dilemas y retos que nos propone el derecho de aguas y la gestión de los recursos hídricos en el Perú e Iberoamérica. Este año, en particular, el eje temático que condujo el evento fueron los «Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú».

Producto de esta experiencia es que por segundo año consecutivo se presenta un libro que recoge, en la forma de artículos académicos, las versiones revisadas de aquellas ponencias presentadas durante las Jornadas, distribuidas en siete secciones que esperamos sean una contribución para el debate y la proyección de estos temas en nuestro país: «Desarrollo jurisprudencial del Derecho al Agua», «Discursos sobre el agua, medio ambiente y conflictividad social», «Calidad del agua», «Institucionalidad y supervisión en la gestión de los recursos hídricos», «Régimen jurídico del dominio de las aguas: derechos de uso», «Organización de usuarios», y «El agua como bien económico: mercados, tarifas de agua y retribución».

