
Laureano del Castillo

LEY DE RECURSOS HÍDRICOS: NECESARIA PERO NO SUFICIENTE

El 31 de marzo del 2009 se publicó la Ley de Recursos Hídricos (Ley RRHH), que sustituyó íntegramente a la Ley General de Aguas (LGA), con lo que se puso punto final a un proceso que con tropiezos había empezado en el Perú en los inicios de la década anterior. Un año después, el 24 de marzo del 2010, al publicarse el Reglamento de la Ley RRHH (decreto supremo 01-2010-AG), podría pensarse que la nueva legislación sobre este indispensable recurso estaba completa; pero no es así.¹

En las páginas siguientes haremos una revisión somera de esta nueva Ley, indicando los aspectos que pueden considerarse como positivos pero también sus limitaciones, con el ánimo de que estas últimas puedan corregirse, lo que quizá deba esperar al nuevo Congreso.

¿Era necesaria una nueva ley relacionada con el agua? Estamos convencidos de que sí. La crítica situación de la gestión del agua en el país, materia de análisis años atrás de un número de *Debate Agrario*,² se había vuelto insostenible. El fuerte incremento de la demanda por agua en las ciudades debido a su explosivo crecimiento en las últimas décadas, la mayor demanda por agua en la agricultura y el crecimiento de la actividad minera —acompañado del consiguiente mayor consumo de agua—, entre

¹ Los textos de la Ley RRHH y de la mayoría de normas complementarias pueden revisarse en: <<http://www.cepes.org.pe/legisla/legislacion.htm>>

² Del Castillo, Laureano: “Lo bueno, lo malo y lo feo de la legislación de aguas”. *Debate Agrario* número 48. Lima: CEPES, 1994.

otras causas, contribuyeron a crear una situación muy compleja, en la que los conflictos por el recurso hídrico se han convertido en una constante. A esa situación se sumaron las preocupaciones por el cambio climático, expresadas en la reducción de los glaciares, fuente principal de la mayoría de ríos, sobre todo de la vertiente del Pacífico.

Por si todo eso fuera poco, los múltiples cambios experimentados en el país en los últimos veinte años socavaron las bases de la anterior Ley. Aunque era difícil de aceptar por algunos, lo cierto es que la hasta hace poco vigente LGA, aprobada en 1969 por decreto ley 17752, no se adaptaba ya a la realidad del país. Fue dictada cuando el Estado intervenía directamente en la economía y era el complemento indispensable de la Ley de Reforma Agraria. Hoy, el discurso oficial es totalmente distinto: el Estado se debe limitar a verificar que las reglas del mercado se cumplan y solo debe intervenir cuando sea indispensable; tampoco hay reforma agraria.

La LGA tenía también otras debilidades. No se ocupaba de los gobiernos regionales, pues cuando se promulgó no existían, por lo que la responsabilidad administrativa recaía en dos ministerios. Tampoco reconocía un dato de la realidad actual, como es la operación y mantenimiento de la infraestructura por parte de los usuarios. Aunque la LGA no se refería a ello, tampoco fue un obstáculo para que se entregara en concesión el servicio de agua potable que tenían a su cargo las empresas municipales, como ocurrió en el caso de Tumbes, ni a otras entidades privadas, como en el caso del río Chancay-La Leche.

La multiplicación de leyes y normas legales de menor jerarquía, que formaron una intrincada y casi inmanejable legislación, junto con una gran cantidad de entidades estatales que tienen de una u otra forma un rol en la gestión del agua, había generado también que la autoridad de aguas (hasta hace poco la Intendencia de Recursos Hídricos del Instituto Nacional de Recursos Naturales-Inrena) se debilitara considerablemente.³ Como consecuencia de todo ello, el tratamiento del agua es hoy bastante enrevesado: intervienen nueve ministerios, incluyendo el del Ambiente, además de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y otras dependencias públicas, como la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República. Pero, pese a mantenerse vigente una legislación que concentraba una serie de funciones y atribuciones para el Estado,

³ Oré, María Teresa, Laureano del Castillo *et al.*: *El agua ante nuevos desafíos: Actores e iniciativas en Ecuador, Perú y Bolivia*. Lima: Oxfam Internacional/IEP, 2009. En especial, pueden verse las páginas 47-62.

éste no asignaba los recursos necesarios para el cumplimiento de esas funciones.

EL PARTO DE LOS MONTES

El Gobierno de Fujimori fracasó en sus reiterados intentos, desde 1993 hasta el 2000, por establecer derechos de propiedad sobre el agua (“derechos reales”, en la imprecisa jerga legal utilizada por entonces) que sustentaran un mercado de derechos de aguas, sin tomar en cuenta la experiencia internacional ni la historia y peculiaridades de nuestro país. En el 2001, durante el breve Gobierno de Transición del presidente Paniagua, el Ministerio de Agricultura retomó el tema, aunque desde otra orientación, con la intención de superar el grave desorden producido en la legislación y en la institucionalidad relacionada con el agua. El Gobierno de Alejandro Toledo formó luego una Comisión Multisectorial que en abril del 2003 publicó un anteproyecto que dio lugar a una amplia discusión, sobre todo con las Juntas de Usuarios de los Distritos de Riego en distintos valles del país.

En febrero del 2004, habiéndose presentado siete anteproyectos de ley de aguas, uno de ellos de la Junta Nacional de Usuarios de los Distritos de Riego del Perú (JNUDRP), la Comisión Agraria del Congreso de la República decidió formar una Comisión Nacional de Aguas. Dicha Comisión quedó integrada por congresistas, representantes de entidades públicas (la Intendencia de Recursos Hídricos de Inrena, la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Energía y Minas, la Empresa de Saneamiento de Lima —Sedapal—, el Consejo Nacional del Ambiente, entre otros) y por entidades del sector privado, como la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía y la JNUDRP, entre otras.

La Comisión Nacional de Aguas, luego de casi un año de trabajo, aprobó un texto que recogía mucho de los consensos a los que arribó tras largas discusiones. El texto expresaba muchos puntos de coincidencia y logró limar las discrepancias más marcadas entre sus integrantes, debido al reconocimiento del carácter único del agua como recurso natural, indispensable para la vida. El referido anteproyecto incorporaba aspectos tan importantes como: un título preliminar (que contiene los principios para el uso multisectorial y sostenible del agua), el sistema nacional de gestión del agua (con una autoridad nacional única y multisectorial), el uso y aprovechamiento del agua, los derechos para utilizarla, la protección del agua, régimen económico, planificación de la gestión del

agua, infraestructura hidráulica, agua subterránea, infracciones a la ley y procedimientos administrativos.

La Comisión Nacional de Aguas, tras algunas consultas en provincias, presentó el proyecto de Ley General del Agua a la Comisión Agraria del Congreso en junio del 2005. Los congresistas que participaron de este proceso prepararon luego un predictamen. La Comisión Agraria, sin embargo, no discutió el documento y, concluida la legislatura 2004-2005, lo dejó pendiente. Influyó en ello el que algunos afirmaran entonces que un proyecto de la importancia de la ley de aguas no debía ser visto por ese Congreso, pues estaba de salida (postura que también adoptó la JNUDRP). Así, el proyecto fue archivado al terminar la legislatura 2005-2006.

Luego de instalado el nuevo Congreso, dos proyectos de ley de aguas fueron presentados e iniciaron su trámite en la Comisión Agraria. El congresista Róger Nájjar y otros, del Partido Nacionalista-Unión por el Perú, presentaron el proyecto 0386-2006, que recogió el proyecto elaborado por la Comisión Nacional de Aguas. Asimismo, la bancada aprista presentó el proyecto de ley 0604-2006, sobre el mismo tema.

La Comisión Agraria del Congreso decidió trabajar con base en el primer proyecto presentado, el cual era, en lo fundamental, el propuesto en el 2005 por la Comisión Nacional de Aguas, con algunas modificaciones y agregados. La JNUDRP y Conveagro manifestaron su apoyo al proyecto, aunque la primera demandó su aprobación como ley orgánica.

El proyecto de ley trabajado en la Comisión Agraria entre el 2006 y el 2007 constituía un avance con respecto a los proyectos del 2003 y 2005, pues partía del reconocimiento del agua como un recurso de propiedad de la nación, que no puede entregarse en propiedad a nadie y que, además, debía ser objeto de una gestión integrada. Reconocía además el papel de los gobiernos regionales, aunque sin asignarles mayores responsabilidades debido al limitado marco legal sobre descentralización.

Pero varios hechos se sucedieron a fines del año 2007. Por un lado, se conoció de la presentación al Congreso por parte del Poder Ejecutivo (iniciativa del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento) de un proyecto de ley creando el Sistema Nacional de Gestión del Agua (o Ley SIGA). Ante la protesta de la JNUDRP, el entonces presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo, anunció el retiro de la propuesta, lo que en efecto ocurrió.

En diciembre del 2007 se aprobó la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que regula la conformación de las dependencias de dicho poder del Estado. También en ese mismo mes el Congreso aprobó la ley 29157, por la cual se otorgó facultades legislativas al Poder Ejecutivo por 180 días para aprobar decretos legislativos que permitieran modificar nuestra legislación para

adecuarla al Acuerdo de Promoción Comercial (más conocido como Tratado de Libre Comercio o TLC) con los Estados Unidos. Dicha delegación de facultades tendría importantes consecuencias en la legislación sobre los recursos hídricos, como veremos a continuación.

Asimismo, a fines del año 2007 se conoció, por declaraciones del entonces ministro de Agricultura, Ismael Benavides, que el Poder Ejecutivo estaría preparando una propuesta de ley del agua distinta, bastante más corta, pues dicho Ministro opinaba que el proyecto de la Comisión Agraria era excesivo. En un borrador que se filtró se vio que la propuesta del Ministerio de Agricultura retomaba la idea de crear una sola entidad encargada del agua, pero no enfrentaba la fragmentación de facultades a distintas dependencias, pues reconocía atribuciones en materia de gestión del agua a las autoridades locales, también a las sectoriales y de cuenca. Tampoco reflejaba lo avanzado en cuanto a la mayor participación de los usuarios.

Por último, en diciembre del 2007 se anunció también la conformación de una comisión especial para estudiar la creación del Ministerio del Ambiente, encargando su conducción a quien luego sería el primer titular de dicha cartera, Antonio Brack Egg. Se suponía que en ese Ministerio se incorporaría la autoridad del agua.

Desde marzo del 2008 y hasta junio de ese año se publicaron 99 decretos legislativos, a partir de la aludida delegación de facultades legislativas, varios de los cuales tenían vinculación directa con temas agrarios.⁴ De estos últimos, algunos abordaban plenamente la temática del agua y su gestión.

El primero de dichos decretos legislativos fue el 994, que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación. Ese mismo día, el 13 de marzo del 2008, se publicó el decreto legislativo 997, por el que se aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura. De manera sorpresiva, en la primera disposición complementaria final se dispuso la creación de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), estableciéndola así como una dependencia del citado Ministerio.

El 28 de junio del 2008 se publicó el decreto legislativo 1081, que creó el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos, que regula tan solo los aspectos relacionados con el aparato administrativo de la gestión del agua y pone a la cabeza del mencionado Sistema a la recientemente creada Autoridad Nacional del Agua; la Ley SIGA volvía de esta manera

⁴ El número 24 del *Informativo Legal Agrario*, de diciembre del 2008, está dedicado al análisis de los decretos legislativos del 2008 vinculados al agro.

convertida en decreto legislativo. En la misma fecha se publicó el decreto legislativo 1083, por el que se establecieron incentivos para los usuarios que utilizaran mejor el agua, conforme a los estándares que la ANA debería fijar; quienes no cumplieran dichos estándares en el plazo de cinco años serían pasibles de sanciones.

En ese panorama, con una nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y dos decretos legislativos que sin derogar la Ley General de Aguas modificaban significativamente el marco legal e institucional de la gestión del agua, es entendible que el proyecto de ley que venía trabajando la Comisión Agraria del Congreso tuviera que ser revisado. Pero esa tarea no resultaría fácil, tomando en cuenta la férrea defensa de los 99 decretos legislativos por representantes del Ejecutivo y de la bancada oficialista en el Congreso.⁵

Por su parte, la JNUDRP venía demandando desde mediados del 2008 la aprobación por el Congreso de la Ley RRHH y la derogatoria de los decretos legislativos 1081 y 1083. Como una suerte de ultimátum, la JNUDRP había establecido que si hasta el 15 de enero del 2009 no se atendían esas dos demandas, se iniciaría una paralización nacional.

En el contexto del paro agrario convocado por JNUDRP, el 15 de enero (coincidentalmente, el último día de sesiones del Pleno de ese periodo legislativo) el Pleno del Congreso discutió y aprobó, en primera votación, la Ley RRHH. Pero el dictamen del proyecto que se discutió en el Pleno fue repartido apenas en la víspera a los congresistas. Ello explica el debate desordenado que culminaría en la aprobación formal de un texto cuya versión final solo se pudo conocer días después. Una evaluación objetiva de dicho texto llevaría a decir que por la prisa con que el debate se desarrolló, varios de los añadidos y modificaciones, lejos de mejorarlo, lo enredaban.

¿Fue ésa la razón para que la Ley no se promulgara? No. Recordemos que, rompiendo una larga tradición constitucional, la Constitución de 1993 estableció un Congreso con una sola Cámara. Ello garantizaría, supuestamente, mayor eficacia y calidad de las normas. Pero debido a la defectuosa calidad de las leyes aprobadas, muchas de ellas sin el mínimo

⁵ La entonces ministra de Comercio Exterior y Turismo, Mercedes Aráoz, refiriéndose a uno de los decretos legislativos más cuestionados, declaró: “[...] estamos en incumplimiento del TLC, [pues] la ley daba posibilidad de incautar madera que fuera ilegal; hoy no tenemos esa herramienta”. Pero la ingeniera Lucila Pautrat aclaraba: “En ninguna parte del protocolo se obliga a un cambio en la Ley Forestal. Estos compromisos podían haberse cumplido mejorando la gestión y modificando la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308, sin necesidad de cambiarla por otra ley” (*La Revista Agraria* número 108. Lima: CEPES, junio del 2009, p. 5).

debate, el Congreso decidió hace unos años establecer como norma que todo proyecto de ley debía ser aprobado luego de dos votaciones, con el fin de asegurar la discusión necesaria, aunque admitiendo algunas excepciones.

Al aprobarse el proyecto de ley de recursos hídricos el 15 de enero, se propuso en el Pleno la exoneración de la segunda votación, pero ello no fue aceptado. Dado que las labores del Pleno del Congreso se suspenden hasta el mes de marzo, correspondía a la Comisión Permanente votar el proyecto y, de aprobarse, enviarlo al Presidente de la República para su promulgación. Continuando con las sorpresas, la misma Comisión Agraria del Congreso remitió a la Comisión Permanente, el 27 de enero, una nueva versión del proyecto de Ley RRHH. En el nuevo texto, muchas de las inserciones del debate del 15 de enero fueron dejadas de lado.

El panorama se complicó más cuando en la Comisión Permanente se planteó como cuestión previa la determinación de si esta Ley tenía la condición de ley orgánica o no, pues si se trataba de una ley orgánica la Comisión Permanente no podría aprobarla, ya que ésta es una facultad exclusiva del Pleno. Ello determinó que se pidiera la opinión de la Comisión de Constitución, que finalmente consideró que no se trataba de una ley orgánica.

Faltando la segunda y definitiva votación para su aprobación, el texto de la Ley RRHH quedó a la espera de la reanudación de las sesiones del Pleno. Apenas reiniciadas sus sesiones, el domingo 1 de marzo del 2009 —precisamente a la hora del almuerzo— un nuevo texto fue sometido a la consideración del Pleno y aprobado en primera votación, por ser un nuevo texto. Esta letanía se repitió en el Pleno del Congreso los días 5 y 12 de marzo, cuando finalmente se aprobó la ley, dispensándose en ese momento de la segunda votación, y se la publicó con el número 29338.

El largo recuento que acabamos de hacer tenía por objeto mostrar la poca responsabilidad con que el debate congresal se dio, siempre discutiendo con textos distribuidos en la víspera (en el mejor de los casos dos días antes) y sin mayor claridad y precisión respecto de los cambios que se venían procesando con cada versión puesta al debate.

Ese proceder de los congresistas contrasta con la enorme importancia que el tema del agua reviste en los tiempos actuales, a lo que se suma el hecho de ser la principal fuente de conflictos socioambientales, como reporta regularmente la Defensoría del Pueblo.⁶ Atendiendo al crecimiento

⁶ El *Reporte de conflictos sociales* número 80, de octubre del 2010, informaba de 250 conflictos sociales, de los cuales “[l]os conflictos socioambientales ocupan el 48% (120 casos) del total de conflictos registrados este mes”. A su vez, el documento agrega: “De

de la demanda y los efectos de la reducción de los glaciares, además de los problemas de contaminación, se esperaba un debate serio en el Congreso sobre el proyecto de ley del agua. Pero lamentablemente, nuestros representantes se enfrascaron en aspectos específicos del texto y descuidaron un enfoque más amplio del tema.

LO QUE CONTIENE LA LEY RRHH

Resulta muy difícil hacer un resumen de la Ley RRHH, dado que ésta tiene 125 artículos (distribuidos en 12 títulos), además de 3 artículos del título preliminar y 15 disposiciones complementarias (finales, transitorias y una derogatoria). La impresión general que deja una primera lectura del texto es que se trata de una Ley bastante completa, que combina adecuadamente los enfoques técnico, ambiental, social e incluso cultural. Una lectura más atenta revelará algunas deficiencias que intentaremos señalar.

La Ley aprobada incluye así varios temas que los decretos legislativos 1081 y 1083 no habían abordado pero que sí habían sido considerados en los anteproyectos trabajados anteriormente por las comisiones formadas por el Poder Ejecutivo y por el Congreso.

La Ley RRHH ha incorporado un título preliminar con tres artículos. En el II se señala que la finalidad de la Ley es “regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión, así como en los bienes asociados a esta”. Además, el artículo III del título preliminar desarrolla once principios para el uso y gestión de los recursos hídricos: de valoración del agua y de gestión integrada del agua, de prioridad en el acceso al agua, de participación de la población y cultura del agua, de seguridad jurídica, de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas, de sostenibilidad, de descentralización de la gestión pública del agua y de autoridad única, precautorio, de eficiencia, de gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica y de tutela jurídica.

En el artículo 1.º de la Ley se define al agua como un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales

los 161 conflictos activos registrados durante este mes, el 54% (87 casos) corresponde a conflictos del tipo socioambiental”. Puede verse este Reporte en el sitio web: <<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2010/reporte-80.pdf>>

que la sustentan y para la seguridad de la nación. El artículo 2.º del texto, fuertemente inspirado en la LGA, dice: “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”.

La Ley se ocupa en detalle del tema de la organización administrativa del agua en el título II (artículos 9.º a 33.º), y recoge en gran medida el texto del decreto legislativo 1081. También se desarrolla lo relacionado con los diversos usos del agua y sobre los diferentes derechos para este uso (títulos II y IV). Aunque con un cambio en el nombre, se mantiene en lo sustancial lo regulado en la LGA respecto de las licencias, los permisos y las autorizaciones, como las formas en las que los particulares pueden usar legalmente el agua, además de los usos primarios, para lo que no se requiere ninguna formalidad. Se ha incorporado también como derecho el vertimiento de aguas, aunque previamente tratadas y sujetas a control. Por último, se ha puesto mucha atención a los derechos de las comunidades campesinas y nativas, tema sobre el que volveremos más adelante.

En concordancia con la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, la Ley 29338 se refiere a la “retribución económica”, que es el derecho que debe pagar toda persona o empresa que use el agua, por ser de propiedad de la Nación, dejando así de lado la expresión “tarifa de uso de agua”. Como se recordará, la LGA consideraba la obligación de todo usuario de pagar la tarifa de uso de agua, lo que luego la reglamentación desarrolló incorporando en ella tres componentes: Ingresos Junta de Usuarios, Canon de Agua y Amortización. De este modo, en la terminología de la Ley RRHH la retribución económica equivaldría a lo que la Ley anterior denominaba “canon de agua”.⁷ Pero también la Ley prevé el pago de tarifas en distintos casos (por el servicio de distribución del agua, por utilización de infraestructura hidráulica, así como por monitoreo y gestión de aguas subterráneas).

Otros títulos de la Ley se refieren a la planificación, la preservación y cuidado del agua, a las aguas subterráneas, al agua en la Amazonía, a la planificación de la gestión del agua, a la infraestructura hidráulica y a las infracciones a la Ley y sus correspondientes sanciones.

⁷ La denominación canon se prestaba también a confusión con el tratamiento que posteriormente el artículo 77.º de la Constitución brindó al tema, y que dio lugar al canon minero, gasífero e hidroenergético.

Aunque muchos de los temas mencionados en los párrafos anteriores merecerían una revisión más detallada, por razones de espacio nos referiremos en este trabajo solo a algunos de ellos. No obstante, no podemos dejar de revisar en este lugar uno de los temas que suscitó mayores polémicas en los meses posteriores a la aprobación de la Ley 29338.

En efecto, fruto de los reiterados cambios que sufrió en las semanas en que se procesó su aprobación por el Congreso, la Ley RRHH fue señalada como privatizadora. Se decía por ello que la Ley favorecería la entrega del agua en propiedad a empresas privadas e incluso a extranjeros. El punto debe ser aclarado con el fin de evitar confusiones e inútiles confrontaciones. Para ello basta reiterar lo que señala el artículo 2.º de la Ley, citado más arriba: “El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible”. Repitiendo una idea de la LGA, ese artículo termina con una sentencia absoluta: “No hay propiedad privada sobre el agua”.

De esta manera, guardando coherencia con la vigente Constitución Política y con la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, la Ley RRHH ratificó que el agua es de la Nación y que, por ende, no se privatiza. Sin embargo, no puede negarse que la Ley ha considerado un espacio muy amplio para la intervención de empresas privadas en la gestión del agua, no en la propiedad, lo cual sí constituye una forma de privatización, como señala Hendriks.⁸ La norma más clara en esa línea es el primer párrafo del artículo 105.º de la Ley, ubicado en el título relativo a la infraestructura hidráulica: “El Estado promueve la participación del sector privado en la construcción y mejoramiento de la infraestructura hidráulica, así como en la prestación de los servicios de operación y mantenimiento de la misma”.

En el debate congresal, sin embargo, ese artículo 105.º no fue cuestionado. Las críticas se centraron más bien en el artículo 2.º, sobre todo porque en el desordenado debate del 15 de enero la bancada nacionalista había logrado incluir como parte de su texto que el agua “solo puede ser administrada por entidades sin fines de lucro”, en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación.

Sin desconocer la importancia y necesidad de la inversión privada para realizar obras de infraestructura en el país, más aun cuando el Estado carece de recursos para llevarlas a cabo, el tema requiere de una cuidadosa

⁸ Hendriks, Jan: “Legislación de aguas y gestión de sistemas hídricos en países de la región andina”. En *Curso de Formación en Gestión Integrada de los Recursos Hídricos*, módulo 2: *Gobernabilidad de los recursos hídricos: Legislación, administración y políticas hídricas*. Lima: Wageningen University/IHE-Unesco/IPROGA, 2008, pp. 61 y ss.

regulación, para evitar precisamente que la prestación de esos servicios derive en situaciones de dominio. No parece ser el caso de la propuesta de Reglamento de operadores de infraestructura hidráulica que preparó la ANA en agosto del 2010 y que se encuentra publicada en la página web de dicha institución,⁹ que no solo presenta aspectos oscuros y hasta confusos, sino que omite precisar temas fundamentales referidos a la responsabilidad del operador.

LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Quizá por ser la parte más amplia de la Ley, luego del título relativo a los derechos de uso del agua, pero sobre todo por su complejidad (seis capítulos, uno de ellos con cuatro subcapítulos), debemos revisar el título II, dedicado al Sistema Nacional de los Recursos Hídricos.

El título empieza con el artículo 9.º, por el cual se crea el Sistema Nacional de los Recursos Hídricos. En verdad, el Sistema había sido creado ya por el decreto legislativo 1081 en junio del 2008. La explicación de ello tiene que ver con la mencionada demanda de la JNUDRP de derogar ese decreto legislativo y el 1083. Ambas normas legales fueron en efecto derogadas por la Ley RRHH, pero mientras una buena parte del texto del decreto legislativo 1083 fue recogida en la Ley, prácticamente todo el 1081 fue incorporado en ella.

La explicación de ese aparente “contrabando” legislativo tiene que ver sin duda alguna con la necesidad de negociación política en el Congreso. Como hemos dicho, la bancada oficialista era reacia a la modificación y mucho más a la derogatoria de los 99 decretos legislativos aprobados por el Ejecutivo en el primer semestre del 2008. Aprobar la Ley RRHH, derogar esos dos decretos legislativos pero incorporar su contenido en la nueva Ley, no era una mala salida. Por otra parte, debe reconocerse que la organización administrativa vinculada a la gestión del agua había devenido un enredo de instituciones y de normas legales que resultaba insostenible, por lo que era necesario un nuevo diseño que el decreto legislativo 1081 esbozaba.

El artículo 10.º de la Ley señala la finalidad del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos: “[...] el aprovechamiento sostenible, la conservación y el incremento de los recursos hídricos, así como el

⁹ <<http://www.ana.gob.pe>>

cumplimiento de la política y estrategia nacional de recursos hídricos y el plan nacional de recursos hídricos en todos los niveles de gobierno y con la participación de los distintos usuarios del recurso”. Interesa destacar que el citado artículo empieza con una importante precisión: “El Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es parte del Sistema Nacional de Gestión Ambiental”, lo que intenta romper con una mirada estrictamente sectorial del tema de la gestión del agua.

En el siguiente artículo de la Ley se establece que el mencionado Sistema está conformado por el conjunto de instituciones, principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales el Estado desarrolla y asegura la gestión integrada, participativa y multisectorial, el aprovechamiento sostenible, la conservación, la preservación de la calidad y el incremento de los recursos hídricos. Sin desconocer la importancia del Sistema, pensamos que resulta limitante que solo se considere al Estado, siendo que la gestión integrada, participativa y demás adjetivos que la Ley considera debe involucrar también a los particulares, que son la inmensa mayoría de los usuarios y que, conforme se verá a continuación, también hacen parte del Sistema.

El artículo 11.º lista los integrantes del Sistema de Gestión de los Recursos Hídricos:

- a) La Autoridad Nacional;
- b) los Ministerios del Ambiente; de Agricultura; de Vivienda, Construcción y Saneamiento; de Salud; de la Producción; y de Energía y Minas;
- c) los gobiernos regionales y gobiernos locales a través de sus órganos competentes;
- d) las organizaciones de usuarios agrarios y no agrarios;
- e) las entidades operadoras de los sectores hidráulicos, de carácter sectorial y multisectorial;
- f) las comunidades campesinas y comunidades nativas; y,
- g) las entidades públicas vinculadas con la gestión de los recursos hídricos.

La Autoridad Nacional está definida en el artículo 14.º de la Ley como el “ente rector y la máxima autoridad técnico normativa” del Sistema. No se la menciona en la Ley, pero la ANA hace parte del Ministerio de Agricultura, como vimos, por mandato del decreto legislativo 997.

La organización de la ANA se encuentra desarrollada en el capítulo II del título III. El artículo 17.º detalla su “estructura básica”, la que considera los siguientes órganos:

- a) Consejo Directivo;
- b) Jefatura;
- c) Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas;
- d) Órganos de apoyo, asesoramiento y línea;
- e) Órganos desconcentrados, denominados Autoridades Administrativas del Agua; y,
- f) Administraciones Locales de Agua que dependen de las Autoridades Administrativas del Agua.

Llama la atención que no se mencione como órganos de la ANA a los Consejos de Cuenca. Sobre ello volveremos en el siguiente apartado de este trabajo.

El Consejo Directivo es la máxima instancia de la Autoridad Nacional, tal como define el artículo 19.º de la Ley. El mencionado Consejo Directivo está conformado por los siguientes miembros:

- a) Un representante del Ministerio de Agricultura, quien asume la presidencia del Consejo Directivo.
- b) Un representante del Ministerio del Ambiente.
- c) Un representante del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- d) Un representante del Ministerio de Energía y Minas.
- e) Un representante de los sectores públicos productivos.
- f) Un representante de los sectores públicos de Salud y de Saneamiento.
- g) Un representante de los gobiernos regionales, elegido entre los presidentes regionales.
- h) Un representante de las municipalidades rurales.
- i) Un representante de las organizaciones de usuarios agrarios y uno de los no agrarios.
- j) Un representante de las comunidades campesinas.
- k) Un representante de las comunidades nativas.
- l) Un representante de la Autoridad Marítima Nacional.

Llama la atención que de los trece miembros del Consejo Directivo, nueve sean representantes del Estado mientras que solo cuatro son miembros de los usuarios y de la sociedad civil. Es cierto que en la derogada LGA no existía ningún espacio de participación de los usuarios, a los que, agrupados en organizaciones de usuarios, se les daba un rol auxiliar de la autoridad de aguas. Además de ello, en esa Ley solo se consideraba la existencia de

un Consejo Superior de Aguas, de naturaleza consultiva e integrado por funcionarios públicos.¹⁰

La reducida participación de los usuarios contradice, sin embargo, el principio de participación de la población y cultura del agua, así como el principio de gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica, mencionados en el artículo III del título preliminar de la Ley. El primero de esos principios establece que:

El Estado crea mecanismos para la participación de los usuarios y de la población organizada en la toma de decisiones que afectan el agua en cuanto a calidad, cantidad, oportunidad u otro atributo del recurso. Fomenta el fortalecimiento institucional y el desarrollo técnico de las organizaciones de usuarios de agua.

Promueve programas de educación, difusión y sensibilización, mediante las autoridades del sistema educativo y la sociedad civil, sobre la importancia del agua para la humanidad y los sistemas ecológicos, generando conciencia y actitudes que propicien su buen uso y valoración.

A su turno, el principio de gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica, recogido en el título preliminar de la Ley, señala que: “El uso del agua debe ser óptimo y equitativo, basado en su valor social, económico y ambiental, y su gestión debe ser integrada por cuenca hidrográfica y con participación activa de la población organizada. El agua constituye parte de los ecosistemas y es renovable a través de los procesos del ciclo hidrológico”.

Volveremos a referirnos a estos principios y la forma cómo se desarrollan en la Ley RRHH más adelante. De momento, retornemos a la presentación de las funciones del Consejo Directivo, tal como las considera el artículo 20.º de la Ley:

1. Planificar, dirigir y supervisar la administración general y la marcha de la Autoridad Nacional, liderando a nivel nacional la gestión integrada y multisectorial del uso del agua de acuerdo con lo dispuesto por la presente Ley;
2. aprobar las políticas, planes y estrategias institucionales;
3. aprobar el presupuesto, el plan operativo anual, la memoria anual, el balance general y los estados financieros de la Autoridad Nacional; y,
4. otras que determine el Reglamento.

¹⁰ El artículo 135.º de la LGA señalaba la composición del Consejo Superior de Aguas: el Director General de Aguas e Irrigación, el Director General de Electricidad, el Director General de Industrias, el Director General de Minería, el Director General de Servicios Integrados de Salud y el Director General de Obras Sanitarias.

Revisado muy rápidamente, el esquema delineado por la Ley RRHH parece representar un avance respecto de la situación anterior de desorden, dispersión y nula participación de los usuarios. Pero viendo cómo se ha venido poniendo en práctica, tras más de año y medio de vigencia de la Ley, solo puede señalarse que mucho de ese diseño se ha quedado en el papel. En concreto, no se ha instalado el Consejo Directivo de la ANA, y lo que sí se ha desarrollado con amplitud son las funciones del Jefe de la ANA y de su equipo en Lima.

Adicionalmente, la Ley RRHH, más allá de la mención a las Autoridades Administrativas de Agua (AAA) y a las Administraciones Locales de Agua (ALA) en los incisos ‘e’ y ‘f’ del artículo 17.º y de alguna mención rápida a las primeras, no se refiere a estos órganos. Se deja así al Reglamento de la Ley la labor de detallar sus funciones y atribuciones. Aun así, la primera disposición complementaria transitoria de la Ley estableció que en tanto se implementen las AAA y el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas, las funciones de primera instancia administrativa serían asumidas por las ALA, que son los antes denominados Administradores Técnicos de los Distritos de Riego o ATDR.

Los ámbitos de las 14 AAA en que se han organizado las distintas cuencas hidrográficas han sido aprobados mediante la resolución jefatural 0546-2009-ANA, publicada el 29 de agosto del 2009, de acuerdo con el siguiente detalle y el mapa correspondiente, tomados del sitio web de la ANA:

Código	Denominación	Área (km²)	Porcentajes
I	Caplina-Ocoña	93.130	7,2
II	Cháparra-Chincha	48.479	3,8
III	Cañete-Fortaleza	39.937	3,1
IV	Huarmey-Chicaza	37.110	2,9
V	Jequetepeque- Zarumilla	62.156	4,8
VI	Marañón	85.599	6,7
VII	Amazonas	280.659	21,8
VIII	Huallaga	89.416	7,0
IX	Ucayali	232.744	18,1
X	Mantaro	34.363	2,7
XI	Pampas-Apurímac	64 373	5,0
XII	Urubamba-Vilcanota	58.735	4,6
XIII	Madre de Dios	111.933	8,7
XIV	Titicaca	46.582	3,6
		1'285.216	100,0

Fuente: Autoridad Nacional del Agua (Res. jefatural 0546-2009-ANA).

Macrocuencas hidrográficas del Perú
Delimitación de los ámbitos territoriales de las AAA aprobada por
resolución jefatural 546-2009-ANA



Fuente: <http://www.ana.gob.pe>

Fue una sorpresa que al publicarse el Reglamento de la Ley RRHH, mediante el decreto supremo 01-2010-AG, en marzo del 2010, no se consignaran las funciones y atribuciones de estos dos órganos de la ANA. Los incisos 2 y 3 del artículo 22.º del mencionado Reglamento establecieron que:

22.2 Las Autoridades Administrativas del Agua, dirigen en sus ámbitos territoriales la gestión de los recursos hídricos, en el marco de las políticas y normas dictadas por el Consejo Directivo y Jefatura de la Autoridad Nacional del Agua.

22.3 Su estructura orgánica y funciones específicas se establecen en el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua.

A su turno, el artículo siguiente del Reglamento se ocupó de las ALA, con el mismo nivel de generalidad:

23.1 Las Administraciones Locales de Agua son unidades orgánicas de las Autoridades Administrativas del Agua que administran los recursos hídricos y sus bienes asociados en sus respectivos ámbitos territoriales que son aprobados mediante Resolución Jefatural de la Autoridad Nacional del Agua.

23.2 Sus funciones se establecen en el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua.

Solo en el artículo 36.º del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la ANA¹¹ se detallan las funciones de las AAA, mientras que en el artículo 40.º se hace lo propio para las ALA. Pero, además, el artículo 37.º de esa norma desarrolla la estructura orgánica de las AAA: Dirección de la Autoridad Administrativa del Agua, Órganos de Asesoramiento, Órganos de Apoyo, Órganos de Línea y las Administraciones Locales de Agua. Tal vez por esa complejidad la instalación de las AAA viene tomando tanto tiempo.

Lo mencionado en los párrafos anteriores ha dado pie a una crítica bastante extendida, que acusa a la Ley de responder a una intención de concentración y centralización de las funciones de la autoridad del agua, más aun, de concentrarlas en Lima.

¹¹ Nos referimos al ROF aprobado por decreto supremo 06-2010-AG, publicado el 8 de julio del 2010, que derogó el anterior ROF, aprobado por el decreto supremo 039-2008-AG, de diciembre del 2008, esto es, antes de la aprobación de la Ley RRHH.

Una última reflexión sobre este tema tiene que ver con la naturaleza de estos órganos de la ANA. Como se ha podido apreciar en las citas de la Ley, del Reglamento de la Ley y del ROF de la ANA, en todo momento se los identifica como órganos desconcentrados. Ello colisiona abiertamente con el principio de descentralización de la gestión pública del agua y de autoridad única, que, sin embargo, es definido en la Ley (artículo III del título preliminar) como una gestión desconcentrada: “Para una efectiva gestión pública del agua, la conducción del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es de responsabilidad de una autoridad única y desconcentrada”.

Queda pues como reto para el futuro lograr que la gestión del agua sea realmente descentralizada. En ello los Consejos de Cuenca podrían jugar un rol importante, el que aún no está tampoco claramente delineado.

LOS CONSEJOS DE CUENCA Y LOS GOBIERNOS REGIONALES

Aunque en la Ley el subcapítulo IV está dedicado a los Consejos de Cuenca —con un solo artículo—, respondiendo a la indicación del artículo 4.º de la Ley, el Reglamento le dedica mayor atención y los llama Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca.

En verdad, el tratamiento en la Ley de los Consejos de Cuenca es bastante defectuoso. Para empezar, ni siquiera se los incluyó en el listado de los órganos que componen la estructura básica de la ANA (artículo 17.º), y lo que de ellos se dice en el único artículo dedicado a estas instancias (el 24.º) es bastante limitado. Lo que explica esas deficiencias fueron las idas y venidas en el debate parlamentario, pues en las semanas de enero a marzo el texto fue objeto de numerosos cambios: en algunas versiones no aparecían, mientras que en otra se los consideró prácticamente una institución aparte (¡con autonomía económica, financiera y administrativa!). El resultado fue que se omitió reponerlos en el listado de los órganos de la ANA. El artículo 24.º de la Ley consigna lo siguiente sobre los Consejos de Cuenca:

Los Consejos de Cuenca son 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.

Los Consejos de Cuenca son de dos (2) clases:

1. Consejo de Cuenca Regional, cuando el ámbito de la cuenca se localiza íntegramente dentro de un (1) solo gobierno regional.

2. Consejo de Cuenca Interregional, cuando dentro del ámbito de la cuenca, existen dos (2) o más gobiernos regionales.

Los decretos supremos que crean los Consejos de Cuenca Regional o Interregional establecen su estructura orgánica y su conformación, la que considera la participación equilibrada de los representantes de las organizaciones de usuarios y de los gobiernos regionales y gobiernos locales que lo integran.

Con cierta ambigüedad, el artículo citado reconoce que los Consejos son órganos integrantes de la ANA, con lo que repara aparentemente la omisión del artículo 17.º. A su turno, el Reglamento de la Ley expresa con más claridad que se trata de órganos de la ANA.

La finalidad de los Consejos de Cuenca, a pesar de las “mejoras” que pudo introducir el Reglamento, no es del todo clara. El artículo 24.º de la Ley nos coloca frente a una entidad de naturaleza consultiva mas no ejecutiva, cuyo objeto es: “[...] participar en la planificación, coordinación y concertación del aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos en sus respectivos ámbitos”. El Reglamento ha colocado en su artículo 31.º un largo listado de funciones, con lo que parecería que el carácter consultivo de estos espacios resultaría superado. Pero una lectura detenida de las 15 funciones enunciadas muestra que la gran mayoría de ellas son de naturaleza consultiva o colaborativa. La función que parece más concreta, por la frase con la que empieza, resulta en una mera labor de promoción: “c) Implementar acciones para conseguir los consensos y establecer compromisos, entre sus integrantes, que aseguren la conformidad del proyecto del Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca”.

Precisamente la más importante de las funciones del Consejo de Cuenca es la elaboración del Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca, en torno al cual giran varios de los demás incisos del artículo 31.º del Reglamento de la Ley. Pero dicho Plan, como señala la Ley y el artículo 32.º del Reglamento (inciso 32.1), es aprobado por la Jefatura de la ANA.

La muy difundida atribución de estos Consejos de emitir opiniones vinculantes u obligatorias, tal como lo recoge el artículo 32.º del Reglamento, está, sin embargo, muy mediatizada. Primero, porque el mismo inciso 32.2 señala que serán vinculantes “[...] en tanto guarden relación con el Plan de Gestión de Recursos Hídricos aprobado por la Autoridad Nacional del Agua”. En segundo lugar, porque la función de emitir opinión del Consejo (inciso ‘g’ del artículo 31.º del Reglamento) es ejercida por la Secretaría Técnica del Consejo de Cuenca (aunque con conocimiento del Presidente

y dando cuenta al Consejo de Recursos Hídricos de Cuenca), conforme dispone el artículo 30.º del Reglamento.

Mención aparte merece la composición del Consejo de Recursos Hídricos de Cuenca. Como vimos en los párrafos anteriores, la Ley RRHH se limitaba a decir que su conformación debía considerar “[...] la participación equilibrada de los representantes de las organizaciones de usuarios y de los gobiernos regionales y gobiernos locales que lo integran”. Una vez más, corrigiendo o “mejorando” la Ley,¹² el Reglamento amplió su composición para considerar a:

- a) Un representante de la Autoridad Nacional del Agua.
- b) Un representante de cada Gobierno Regional.
- c) Un representante de los gobiernos locales por cada ámbito de gobierno regional.
- d) Un representante de las organizaciones de usuarios de agua con fines agrarios por cada ámbito de gobierno regional.
- e) Un representante de las organizaciones de usuarios de agua con fines no agrarios por cada ámbito de gobierno regional.
- f) Un representante de los colegios profesionales por cada ámbito de gobierno regional.
- g) Un representante de las universidades por cada ámbito de gobierno regional.

Pero, además, ese artículo contempla que cuando se trate de Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca que comprendan cuencas transfronterizas, se incluirá a un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores; cuando en su ámbito existan comunidades campesinas, se incluirá a un representante de las referidas comunidades, lo mismo que de existir comunidades nativas, se incluirá a un representante de las referidas comunidades. Por último, de existir en el ámbito del Consejo proyectos especiales que operan infraestructura hidráulica pública, se incluirá a un representante de esos proyectos especiales.

El artículo 26.º del Reglamento, retomando lo que decía uno de los textos trabajados en el Congreso durante la gestación de la Ley, estableció que el cargo de integrante del Consejo de Recursos Hídricos de Cuenca

¹² Desde el punto de vista normativo, los reglamentos únicamente pueden desarrollar las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, conforme establece la Constitución Política (artículo 118.º, inciso 8).

es honorario y no inhabilita para el desempeño de función pública. Ello plantea nuevamente dudas respecto de la naturaleza de estos Consejos y en particular respecto de si constituyen o no parte integrante de la ANA.

Considerando que la composición de los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca puede ser variable, no puede dejar de mencionarse que la participación de los representantes de los usuarios, tanto agrarios como no agrarios, es nuevamente minoritaria. Es cierto que de haber en el ámbito de dichos Consejos comunidades campesinas y comunidades nativas, se incluirá a un representante de éstas, pero ello resulta insuficiente. Por eso, debemos reiterar lo dicho en las páginas anteriores, respecto de la poca coherencia con los principios enunciados en el título preliminar de la Ley, en particular con el principio de participación de la población y cultura del agua, así como con el principio de gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica.

La Ley ha considerado adicionalmente, en el artículo 25.º, una norma de carácter casi declarativo que simplemente complementa lo dicho respecto de los Consejos de Recursos Hídricos de la Cuenca:

Los gobiernos regionales y gobiernos locales, a través de sus instancias correspondientes, intervienen en la elaboración de los planes de gestión de recursos hídricos de las cuencas. Participan en los Consejos de Cuenca y desarrollan acciones de control y vigilancia, en coordinación con la Autoridad Nacional, para garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos.

La infraestructura hidráulica mayor pública que transfiera el gobierno nacional a los gobiernos regionales es operada bajo los lineamientos y principios de la Ley, y las directivas que emita la Autoridad Nacional.

Como se puede apreciar, ambos niveles de gobierno subnacional ven limitada su participación a la elaboración de los planes de gestión de recursos hídricos. En el caso de los gobiernos regionales, ello guarda concordancia con la ambigua atribución que se estableció en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, al detallar las funciones específicas de dichos gobiernos en materia agraria, en particular respecto del agua: “[...] 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”.

Por otra parte, tampoco puede negarse un hecho que dificulta tener una mayor claridad en las funciones en materia de gestión de los recursos hídricos por los gobiernos regionales. Ello tiene que ver con la transitoriedad de la demarcación de dichos gobiernos, habida cuenta que contamos con gobiernos regionales pero no con regiones propiamente dichas, merced a la

fórmula política pragmática que se adoptó en la reforma constitucional del capítulo referido a la descentralización realizada en marzo del 2002.¹³

Queremos terminar la revisión de este tema subrayando que, de acuerdo con la Ley, los Consejos de Cuenca se crean por decreto supremo pero “a iniciativa de los gobiernos regionales”. Aunque se sabe de algunas iniciativas en ese sentido, hasta la fecha no se ha creado ningún Consejo, resultando sumamente preocupante por ello que la novena disposición complementaria transitoria del Reglamento de la Ley establezca un plazo de 10 años desde la entrada en vigencia del mismo (esto es, hasta marzo del 2020) para la conformación de estos Consejos en todo el territorio nacional.

LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

Mencionamos en las páginas anteriores que la LGA se refería a los usuarios de manera bastante limitada, considerando su intervención solo a través de las organizaciones de usuarios, que eran meras auxiliares de la Autoridad de Aguas. En ese panorama, las comunidades campesinas y nativas no eran siquiera mencionadas en todo el texto de dicha Ley.

No deja por eso de llamar la atención que la Ley RRHH se refiera a estas organizaciones y lo haga en forma reiterada. En efecto, hay ocho artículos que aluden a ellas en la Ley: el principio 5.º del artículo III del título preliminar, y los artículos 11.º, 19.º, 32.º, 64.º, 105.º, 107.º y 118.º de la Ley. De manera similar, el Reglamento de la Ley las menciona en veintidós oportunidades.¹⁴

Dejando de lado las referencias a la participación de las comunidades campesinas y las comunidades nativas en el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos y en el Consejo de la ANA, destaca la reiterada mención al respeto por el Estado de los usos y costumbres de estas comunidades, así como de su derecho a utilizar las aguas que discurren por sus tierras (principio 5.º del título preliminar y artículos 32.º, 64.º y 118.º). Con todo, por su amplitud y por la directa mención al Convenio

¹³ El texto del segundo párrafo del artículo 190.º de la Constitución, modificado por la Ley 27680, señala: “El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales”.

¹⁴ Artículos 8.º, 10.º, 18.º, 20.º, 26.º, 28.º, 31.º, 66.º, 81.º, 90.º, 91.º, 92.º, 216.º, 219.º, 220.º, 221.º, 250.º, 251.º, 252.º, 255.º, 256.º y 257.º.

169 de la Organización Internacional del Trabajo (sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes), vale la pena reproducir el artículo 64.º de la Ley:

El Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras, así como sobre las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Perú, la normativa sobre comunidades y la Ley.

Este derecho es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad.

Ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

El párrafo final es sumamente claro y representa el reconocimiento del legislador peruano no solo de la importancia y vigencia del Convenio 169 de la OIT, suscrito y ratificado por el Congreso peruano, sino también del reconocimiento de que para el derecho peruano las comunidades campesinas y las comunidades nativas constituyen parte de los pueblos indígenas. Este solo elemento serviría para contradecir una de las más serias observaciones que ha hecho el Poder Ejecutivo a la Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, aprobada por el Pleno del Congreso en mayo del 2010.

Debe comentarse también el artículo 32.º de la Ley, porque, además de admitir que las comunidades campesinas y comunidades nativas se organizan en torno a sus fuentes naturales, microcuencas y subcuencas de acuerdo con sus usos y costumbres, se reconoce a estas organizaciones los mismos derechos que a las organizaciones de usuarios (“Las organizaciones tradicionales de estas comunidades tienen los mismos derechos que las organizaciones de usuarios”). La consecuencia de ello, como establece con toda claridad el artículo 90.º del Reglamento de la Ley, es que los integrantes de las comunidades no están obligados a formar organizaciones de usuarios para ejercer su derecho de uso de agua, puesto que para la distribución del agua “se organizan de acuerdo con sus usos y costumbres ancestrales”.

De igual manera, en el título referido a las aguas amazónicas, la Ley alude a las comunidades nativas amazónicas y pueblos indígenas, en particular en el artículo 118.º:

Las comunidades nativas amazónicas organizan sus comités de subcuenca de acuerdo a sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica y se encargan de la protección de las cochas, humedales y restingas de selva.

La Autoridad Nacional, en concordancia con los consejos de cuenca de la amazonía, vela por que, en las aguas existentes o que discurren por las áreas habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial no se otorgue ningún derecho que implique uso, disposición o vertimientos en las mismas.

A su turno, el segundo párrafo del artículo 105.º trae una clara provisión a favor de las comunidades campesinas y las comunidades nativas, pues cuando se trate de proyectos de infraestructura hidráulica, el Estado debe establecer mecanismos para “hacerlas partícipes de los beneficios una vez que opere el proyecto”. Esa norma de la Ley se complementa con la prohibición de afectar los derechos de uso de agua de estas comunidades cuando se llevan a cabo proyectos de infraestructura hidráulica (artículo 107.º). El Reglamento, en sus artículos 219.º a 221.º, desarrolla aun más estos derechos.

Una pregunta que puede resultar incómoda a algunos es si basta ese reconocimiento legal de los usos y costumbres de las comunidades campesinas para garantizar su derecho al uso del agua. En nuestra opinión, ello no es suficiente y, por el contrario, se debería incentivar el otorgamiento de licencias de uso de agua en bloque a favor de las comunidades campesinas y nativas, conforme dispone el artículo 91.º del Reglamento. La experiencia histórica de las comunidades campesinas muestra que, a pesar de tener desde 1920 la protección constitucional de sus tierras si se veían envueltas en litigios, ello no impidió que perdieran sus tierras con artilugios legales. Así, pues, frente al panorama de creciente escasez del agua, de los conflictos que de esa situación se deriven, es mejor que estas organizaciones cuenten con una licencia que les permita, llegado el momento, defender con los mismos argumentos que cualquier particular o empresa su derecho al agua.

LOS CONFLICTOS EN TORNO AL AGUA

Hemos dejado para el final la revisión del tratamiento en la Ley RRHH del tema de los conflictos por el uso del agua. Como mencionamos al referirnos a la organización de la ANA, dentro de sus órganos se creó un Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas. Ello llevó inicialmente a abrigar esperanzas en torno al reconocimiento de mecanismos para enfrentar los conflictos de forma más proactiva, alentando incluso la prevención de éstos.

Lamentablemente, al publicarse la Ley se vio que el aludido Tribunal era tan solo un órgano encargado de resolver administrativamente las reclamaciones y recursos administrativos emitidos por las AAA y la ANA, cuyas decisiones solo pueden ser impugnadas en la vía judicial. El artículo 22.º no deja dudas para ello:

El Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas es el órgano de la Autoridad Nacional que, con autonomía funcional, conoce y resuelve en última instancia administrativa las reclamaciones y recursos administrativos contra las resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa del Agua y la Autoridad Nacional, según sea el caso.

El artículo siguiente de la Ley precisa que las AAA constituyen la primera instancia administrativa en asuntos de competencia de la ANA. Sin embargo, anticipando quizá el retraso que se viene observando en la instalación de las AAA, la primera disposición complementaria transitoria de la Ley estableció que mientras se implementen las AAA y el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas, “las funciones de primera instancia son asumidas por las administraciones locales de agua y la segunda instancia por la Jefatura de la Autoridad Nacional”.

Por ello, debemos recordar que, con el apoyo de IPROGA, doce plataformas regionales que promueven una mejor gestión del agua llevaron a cabo en el año 2004 un proceso de consulta sobre el tema de “Regionalización y Espacios de Manejo de Conflictos por el Agua”, cuyo resultado fue presentado a la Comisión Agraria del Congreso de la República en julio del 2004. Dentro de las 28 propuestas contenidas en el citado documento merece la pena recordar cinco:

- Los mecanismos para el manejo de conflictos deben partir del reconocimiento de la diversidad cultural, económica, histórica, hidrológica y organizativa de la gestión del agua en el país.
- Reconocer legalidad (y no solo legitimidad) a las decisiones de las autoridades consuetudinarias y organizaciones de usuarios de agua existentes en los niveles que le corresponden.
- Generar y manejar la información entre Estado y organizaciones de usuarios de agua en los espacios de cuenca y regionales.
- Destinar un mayor porcentaje de fondos, provenientes de la tarifa, para el funcionamiento de la Autoridad de Cuenca y/o Autoridad Regional de Aguas.

El punto central de esas propuestas, junto con el primero de los listados más arriba (partir del reconocimiento de la diversidad cultural, económica,

histórica, hidrológica y organizativa de la gestión del agua en el país) es el que da cuenta de la necesidad de un marco legal que debe ser flexible. Parte de la sustentación de dicha propuesta considera lo siguiente:

En cuanto a la organización de los usuarios de diferentes usos, reconocer la diversidad del país implica permitir una flexibilidad en las formas organizativas que ellos han validado. Para un adecuado manejo de conflictos, lo primordial es que los usuarios estén organizados; por otro lado reconocer que este tejido social ha costado tiempo y esfuerzo para construirse, y que contribuye a la gobernabilidad del agua. Por lo tanto, un marco legal de aguas no debe pretender implementar un nuevo y único modelo organizativo de los usuarios de agua para todos los ámbitos del país. Se puede y debe construir el sistema organizacional nacional, con las diversas formas organizativas de usuarios existentes, con sus mecanismos apropiados para el manejo de conflictos por el agua, y —a mediano plazo— establecer un sistema nacional de gestión del agua.

Pese al tiempo transcurrido, esas sugerencias mantienen su pertinencia. Creemos que, de recogerse, podrían ayudar a resolver e incluso a prevenir conflictos. Con ocasión del I Foro Nacional “Agua: Políticas, Conflictos y Consensos”, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, IPROGA, CEPES, Alternativa y Soluciones Prácticas, en septiembre del 2009, Carlos Pereyra hizo una rápida revisión de esas propuestas en su ponencia “Mapa de los actuales conflictos por el agua en el Perú”.¹⁵

REFLEXIONES FINALES

Aunque, como dijimos, una revisión más completa de la Ley RRHH no puede hacerse en esta ocasión, hemos intentado desarrollar los aspectos más delicados.

Así, reiteramos la idea de que era necesaria la aprobación de una nueva ley relacionada con el agua. Coincidiendo con algunos dirigentes de los regantes, ésta no era la ley esperada; pero contar con una sola ley es mucho mejor que tener que lidiar con el complejo y hasta contradictorio embrollo legal que se había armado en torno a este tema. Por ello mismo pensamos y esperamos que, como toda obra humana, la Ley RRHH y su reglamentación puedan mejorarse en el corto y mediano plazo.

¹⁵ Esas presentaciones pueden verse en el sitio web: <<http://www.iproga.org.pe/forodelagua/ponencias.html>>.

Por otra parte, sin desmerecer el interesante diseño para restituirle autoridad al ente estatal a cargo de la gestión del agua, estimamos que está faltando un mayor compromiso del actual Gobierno para desarrollar los aspectos administrativos de la Autoridad del Agua, en particular las AAA y, por supuesto, los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca, de los cuales hasta la fecha no se ha creado ninguno.

Asimismo, junto con el desarrollo e implementación de los órganos estatales encargados de la gestión del agua se requiere dotar de los necesarios recursos económicos a estas entidades y a todo el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Naturales. De no ocurrir ello, aunque se instalen las instancias administrativas, podría pasar como en el fallido intento de reformar la administración forestal: se cambió la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, se cambiaron los órganos, se subastaron las concesiones forestales, pero la falta de financiamiento terminó ahogando los esfuerzos por lograr un ordenamiento del sistema.

Un punto fundamental que aún requiere mayor discusión es el relacionado con la necesidad de una mayor participación de los usuarios. No solo está escrito en la propia Ley RRHH, sino que es un postulado conocido a nivel internacional desde hace muchos años, recogido en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente realizada en Dublín en 1992 y aún antes, como estableció un documento de FAO: “[...] fortalecer la participación del usuario en las estructuras gubernamentales de definición de políticas y administración general del recurso, pues ello redundaría en la incorporación directa de los intereses afectados en los mecanismos públicos de toma de decisiones”.¹⁶

No puede dejar de mencionarse que en el texto de la Ley no se alude a las mujeres, con lo que se descuida uno de los principios aprobados en la Conferencia de Dublín y otras reuniones internacionales, en las que se ha destacado el rol fundamental de las mujeres en la gestión del agua. Un aspecto que normalmente no se toma en cuenta es el papel que ella desempeña en los aspectos productivos. Repitiendo nuestra larga tradición legislativa, se habla en la Ley solo de “usuarios” y de “organizaciones de usuarios”, escudándose en un supuesto igualitarismo: se trata por igual a hombres y a mujeres. Tal como Antoinette Kome mostró en una ponencia presentada en el Seminario Permanente de Investigación Agraria realizado en el 2001, la legislación no habla de usuarias, pero tampoco reconoce sus

¹⁶ FAO: “Las organizaciones de regantes en el derecho y la administración de algunos países de América Latina”. *Estudio Legislativo* número 24, s/f, p. 61.

derechos. La mayor parte del agua se usa para riego, por lo que no resulta extraño que los reglamentos condicionen el otorgamiento de las licencias de uso del agua a “los titulares” de los predios agrícolas, que normalmente son varones.

Queremos terminar tratando de mirar el futuro de la gestión del agua en un horizonte más amplio y, esperamos, prometedor. Por ello debe destacarse lo que dice la sexta disposición complementaria final de la Ley: “La Autoridad Nacional puede adscribirse al Ministerio del Ambiente una vez culminado el proceso de implementación y operatividad de dicho Ministerio”. La mejor formulación para sustentar esta esperanza la encontramos en el ya citado documento final del proceso de consulta “Regionalización y Espacios de Manejo de Conflictos por el Agua”, de julio del 2004:

Se propone que el Consejo Nacional de Aguas pertenezca al Ministerio del Medio Ambiente, a crearse en el futuro. Se espera que esta ubicación le dé autonomía en sus relaciones con los diversos sectores de uso. También se espera que esta ubicación garantice una preocupación permanente por la sostenibilidad ecológica del uso del agua, aspecto al que hasta la fecha no se le da la debida importancia. Cabe mencionar que el Consejo Nacional de Aguas, constituirá una sola Autoridad al nivel nacional, no dispersa.