

Marco constitucional, legal, jurisprudencial y consuetudinario para la gestión del agua en las Cuencas peruanas

Antonio Peña Jumba*

SUMILLA

El autor hace un pormenorizado estudio de la regulación legal y jurisprudencial vigente, respecto a la gestión del agua. Con lo cual busca que se realice una correcta interpretación de los dispositivos normativos para delimitar competencias del Gobierno Central, Regional y Local, así como darle vigencia a la aplicación del derecho consuetudinario dentro de la jurisdicción que ostenta las comunidades nativas.

Debiendo considerar que todo el análisis a realizarse tiene un primordial interés, para evitar o mitigar los conflictos socio-ambientales que se están generando o que se podrían generar, por los conflictos de competencias jurisdiccionales. Teniendo como caso icono el del Proyecto Conga y la oposición del Gobierno de Cajamarca por una supuesta afectación a los recursos hídricos de las cabeceras de cuenca hidrográfica de donde se piensa extraer el mineral.

Introducción

El ordenamiento jurídico peruano prevé un marco normativo y consuetudinario para la gestión del agua en las Cuencas de su jurisdicción. Este marco, comprende en primer lugar el conjunto de las normas constitucionales, legales y administrativas que se refieren al tema. También, se suma a este marco normativo el aporte jurisprudencial, dado que interpreta o precisa las normas anteriores. Pero también se suman las prácticas normativas que las autoridades y los usuarios realizan en la gestión del agua, que precisan o suplen a las normas constitucionales o legales, lo que se conoce como normas consuetudinarias.

Refirámonos por separado a cada una de ellas, tratando de distinguir los niveles nacional, regional y local.

1. El marco normativo constitucional

La Constitución Política del Perú es la norma suprema que regula la sociedad y organiza el Estado peruano. Es en la Constitución donde se establecen las reglas fundamentales que guían a los ciudadanos

y funcionarios sobre los diversos temas de su actuar diario, incluido el tema de la gestión del agua. Sin embargo, sobre este tema, la Constitución Política del Perú tiene limitadas normas.

La Constitución tiene normas sobre la estructura y atribuciones del Gobierno Central, el Gobierno Regional y el Gobierno Local. Sobre el Gobierno Central hay una norma básica, en tanto sobre los Gobiernos Regional y local hay dos o tres normas. Veámoslo.

1.1. Marco constitucional del Gobierno Central

A nivel constitucional la autoridad del Gobierno Central tiene una norma básica que regula su actuación sobre el agua. Es el artículo 66° de la Constitución Política del Perú, que regula el tema de la gestión del agua dentro del marco general de los Recursos Naturales. Así:

“Artículo 66°.- 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

* Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado, Máster en Ciencias Sociales, PhD in Laws.

utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

Aunque el tema del agua y su gestión no aparece expresamente en el artículo citado, fácilmente puede deducirse que se incluye en la expresión “recursos naturales renovables y no renovables”¹. Como un recurso natural, el agua es “patrimonio de la Nación”, y corresponde su titularidad al Gobierno que dirige la nación, que en nuestro caso sería el Gobierno Nacional o Central. A través, de este concepto de patrimonio es que se fija complementariamente la soberanía en su aprovechamiento o gestión: la autoridad central sería soberana para aprovechar o gestionar el uso de dichos recursos naturales.

La norma constitucional también se refiere a la Ley Orgánica y a la concesión de los recursos naturales como medios reguladores y de gestión propiamente. En el caso de la gestión del agua, cabe citar la Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338, que es la que regula incluso el tema de las concesiones. Se interpreta que el otorgamiento de las concesiones es parte de las atribuciones de gestión de la autoridad del Gobierno Central.

1.2. Marco constitucional del Gobierno Regional

El Gobierno Regional sigue en el orden de gestión del Estado al Gobierno Central. El Gobierno Regional se constituye cada Región o Departamento y cuenta con “autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia” (artículo 191° de la Constitución). La norma que regula la intervención de la región en la gestión del agua es el artículo 192° de la Constitución. Esta norma regula las competencias de las regiones, siendo que tres de estas competencias se relacionan con la gestión del agua.

“Artículo 192°.- Los Gobiernos Regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.

(...)

*7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de **agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones educación, salud y medio ambiente**, conforme a Ley.*

8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.”

La norma resalta el deber de gestión que corresponde a los Gobiernos Regionales respecto al desarrollo y economía regional, promoviendo inversiones, actividades y servicios públicos en armonía con el Gobierno Central y los Gobiernos Locales. El deber de gestión se relaciona más directamente al uso del agua en sus competencias para:

- Elaboración de un plan de desarrollo regional, porque el mismo incluirá los recursos naturales y entre éstos el agua.
- Promover y regular actividades económicas principales relacionadas a la gestión del agua, tales como la agricultura, pesquería, agroindustria, energía, minería, vialidad y medio ambiente.
- Ejecución de proyectos y obras de infraestructura, siendo muchas relacionadas con la gestión del agua, como las obras de infraestructura hidráulica.

Se aprecia que los Gobiernos Regionales no tienen una atribución directa vinculada a la gestión del agua, pero si indirecta.

1.3. Marco constitucional de los Gobiernos Locales

Los Gobiernos Locales se encuentran en el nivel básico de participación en la gestión del Estado. Se constituyen a través de las Municipalidades Provinciales y Distritales y cuentan con “autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia” (artículo 194° de la Constitución). La norma que regula la competencia de los Gobiernos Locales es el artículo 195°, que, al igual que en el caso de los gobiernos regionales, destacan tres competencias vinculadas a la gestión del agua:

“Artículo 195°.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y

¹ Se discute si el agua es un recurso renovable o no renovable. Los comentarios sujetan a condición la posibilidad de identificar el agua como un recurso renovable: en caso se dé un uso sostenible. En casos como el agua subterránea, en que el agua es consumida a una mayor velocidad que su proceso de elaboración, la UNESCO coincide que el agua subterránea constituye un recurso NO renovable (UNESCO, *World Water Assessment Programme*, en línea).

planes nacionales y regionales de desarrollo:

Son competentes para:

(...)

2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.

(...)

7. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.

8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, **saneamiento, medio ambiental, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a Ley.**"

Como se puede destacar, las competencias o atribuciones de los Gobiernos Locales deben estar en armonía con lo dispuesto con el Gobierno Central y los Gobiernos Regionales. Esta misma perspectiva guiará su participación en la gestión del agua. Lo cual debe mantenerse:

- Al aprobar el Plan de desarrollo local que incluye la gestión del agua urbana y/o rural en su jurisdicción.
- Al fomentar la competitividad, las inversiones y financiamiento de proyectos y obras, que también pueden incluir proyectos y obras hidráulicas.
- Al desarrollar y regular actividades y/o servicios relacionadas al saneamiento, medio ambiente y la sustentabilidad de los recursos naturales.

Igualmente a los Gobiernos Regionales, parecería que los Gobiernos Locales tampoco tienen una intervención directa en la gestión del agua, pero sí indirecta. Esto es a través del Plan de desarrollo local, los proyectos y obras hidráulicas, y una actuación más cercana en los servicios de saneamiento, medio ambiente y manejo de los recursos naturales.

2. El marco legal y administrativo

Definido el marco constitucional sobre la gestión del agua o los recursos hídricos, corresponde referir brevemente su marco legal y administrativo. Este marco comprende principalmente el análisis de dos grupos de normas:

- Las normas legales, y
- Las normas administrativas.

Las normas legales dependen de las normas constitucionales, en tanto que las normas

administrativas dependen de las normas legales de acuerdo con el principio de jerarquía constitucional (artículo 51° de la Constitución). Ambos grupos de normas, relacionadas a la gestión del agua, las encontramos en los tres niveles de gobierno del Estado antes referidos: Gobierno Central, Gobierno Regional y Gobierno Local. Tratemos brevemente cada uno de ellos.

2.1. El marco legal - administrativo del Gobierno Central

A nivel del Gobierno Central, la norma legal principal vigente sobre gestión de los recursos hídricos corresponde a la Ley N° 29338 - Ley de Recursos Hídricos, promulgada el 30 de marzo de 2009. En dicha Ley se regula la Gestión del Agua bajo dos ejes principales:

- Un sistema nacional denominado "sistema nacional de gestión de los recursos hídricos" que tiene como ente rector y máxima autoridad técnico normativa a la Autoridad Nacional del Agua (ANA).
- Un sistema local – regional, ubicado en cada cuenca o inter cuenca, que actúa como parte del sistema nacional, pero también con un grado de autonomía en determinadas situaciones.

A la Ley citada, se suman otras normas legales relacionadas, como el Decreto Legislativo N° 997 - Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, promulgado el 12 de marzo de 2008, que en su Primera Disposición Complementaria crea la Autoridad Nacional del Agua (ANA).

De otro lado, como normas administrativas cabe destacar el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, aprobado a través del Decreto Supremo N° 001-2010-AG, promulgado el 20 de marzo de 2010. En dicho Reglamento, se regula en forma más detallada el Sistema Nacional de recursos hídricos, incluyendo el sistema local regional de cuencas o inter cuencas.

En forma complementaria se suman otras normas administrativas relacionadas con la gestión de los recursos hídricos:

- El Decreto Supremo N° 006-2010-AG, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua.
- La Resolución Jefatural N° 579-2010-ANA, del 13 de Setiembre de 2010, a través del cual se aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos para el otorgamiento de Derechos de Uso de Agua (Modificado por

- Resolución Jefatural N° 297-2011-ANA, del 23 de mayo de 2011).
- La Resolución Jefatural N° 300-2011-ANA, del 23 de mayo de 2011, que aprueba el Reglamento para la Delimitación y Mantenimiento de Fajas Marginales en Cursos Fluviales y cuerpos de Agua Naturales y Artificiales.
 - La Resolución Jefatural N° 546-2010-ANA, del 25 de agosto de 2010, que aprueba los lineamientos para determinar y aprobar los valores de las tarifas para el año 2011 por los servicios de suministro de agua que prestan los operadores de infraestructura hidráulica.
 - La Resolución Jefatural N° 575-2010-ANA, del 9 de setiembre de 2010, que aprueba los lineamientos generales para la creación de Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca.

2.2. El marco legal - administrativo del Gobierno Regional

A nivel de los Gobiernos Regionales, la norma legal principal que guía o regula a dichos gobiernos es la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. En dicha Ley se regula el conjunto de competencias de los gobiernos regionales, entre los que se encuentran atribuciones específicas vinculadas a la gestión de los recursos hídricos.

Así, el artículo 10° de la mencionada Ley, destaca tres competencias relacionadas a la gestión de los recursos hídricos:

“Artículo 10°.- Competencias exclusivas y compartidas establecidas en la Constitución y la Ley de Bases de la Descentralización.

(...)

Competencias exclusivas:

Son competencias exclusivas, de acuerdo al artículo 35° de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N° 27783, las siguientes:

(...)

e. Diseñar y ejecutar programas regionales de cuencas, corredores económicos y de ciudades intermedias.

(...)

Competencias compartidas:

(...)

c. 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.

(...)

f. Promover y ejecutar proyectos y obras de irrigación, mejoramiento de riego, manejo adecuado y conservación de los recursos hídricos y de suelos”.

Como puede apreciarse, el conjunto de las tres competencias citadas para los Gobiernos Regionales tienen una conexión directa con la gestión de los recursos hídricos. La primera de ellas se refiere a los programas regionales de cuencas, la segunda se refiere a la gestión sostenible del recurso hídrico dentro del marco de las entidades de cuencas y la ANA, y la tercera se refiere a los proyectos y obras de irrigación o recursos hídricos.

Sin embargo, la citada norma y la Ley con las competencias establecidas para los Gobiernos Regionales deben ser interpretadas dentro del marco constitucional antes presentado. Es este marco que guía a todas las normas legales.

A su vez, cabe tener en cuenta que la Ley Orgánica citada sobre Gobiernos Regionales debe ser interpretada considerando la vigente Ley de Recursos Hídricos (Ley N° 29338). Esta última Ley, por ser reciente y por ser especial, regula con prioridad la gestión de los recursos hídricos.

En forma complementaria, se suman otras normas legales, como es la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783 y normas administrativas relacionadas.

2.3. El marco legal - administrativo del Gobierno Local

La norma legal principal que regula a los Gobiernos Locales es la Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el 27 de mayo de 2003. En esta Ley se regulan competencias o funciones que están relacionadas a la gestión de los recursos hídricos de modo indirecto y directo. Así, su artículo 79° establece como funciones las siguientes:

“Artículo 79°.- Organización del espacio físico y uso del suelo.

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:

1. Funciones exclusivas de las Municipalidades Provinciales.

1.1. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y de expansión agrícola y las áreas de conservación ambiental.”

(...)

2. Funciones compartidas de las municipalidades provinciales.

2.1. *Ejecutar directamente o concesionar la ejecución, de obras de infraestructura urbana o rural de carácter multidistrital, que sean indispensables para la producción, el comercio, el transporte y la comunicación de la provincia, tales como corredores viales, vías troncales, puentes, parques, parques industriales, embarcaderos, terminales terrestres, y otros similares en coordinación con las municipalidades distritales y provinciales contiguas, según sea el caso; de conformidad con el Plan de Desarrollo Regional”.*

A su vez, el artículo 80° de la Ley Orgánica de Municipalidades, establece una función o atribución más directa respecto a la gestión del agua.

*“Artículo 80°.- Saneamiento, salubridad y salud
Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:*

(...)

2.1. Administrar y reglamentar directamente o por concesión, los servicios de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economías de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio.

(...)

4. Funciones compartidas de las municipalidades distritales.

4.1. Administrar y reglamentar directamente o por concesión los servicios de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando esté en capacidad de hacerlo, directamente o por concesión.”

Se suma una competencia adicional directamente vinculada a la gestión del recurso hídrico en zonas rurales y que aparece regulado en el artículo 139° de la Ley Orgánica:

*“Artículo 139°.- Competencias adicionales.
Las municipalidades ubicadas en zonas rurales, además de las competencias básicas, tienen a su cargo aquellas relacionadas con la promoción de la gestión sostenible de los recursos naturales: suelo, agua, flora, fauna, biodiversidad, con la finalidad de integrar la lucha contra la degradación ambiental con la lucha contra la pobreza y la generación de empleo; en el marco de los planes de desarrollo concertado”.*

Como se aprecia, son varias disposiciones normativas las que regula la Ley Orgánica de Municipalidades con respecto a la gestión de los recursos hídricos. Desde la aprobación de planes territoriales y la ejecución de proyectos u obras de infraestructura, hasta la gestión sostenible de los recursos naturales, como el agua en zonas rurales, pasando por la administración y reglamentación de los servicios de agua potable, alcantarillado y desagüe. Sin embargo, de todas esas atribuciones una es la directamente vinculada con la gestión de recursos hídricos: aquella última citada, sobre la promoción de la gestión sostenible de los recursos naturales incluido el agua.

En forma complementaria también se pueden ubicar otras normas legales y normas administrativas aplicables a los Gobiernos Locales.

3. Marco jurisprudencial

La jurisprudencia se refiere a las decisiones de Jueces o Tribunales que al resolver casos difíciles o polémicos establecen precedentes o criterios interpretativos o normativos para futuros casos. Uno de esos casos polémicos se refiere a la delimitación de las competencias, funciones o atribuciones sobre gestión de los recursos hídricos de los Gobiernos Regionales y Locales en relación a las competencias, funciones o atribuciones del Gobierno Central o Nacional. Uno de los principales temas polémicos se refiere a la gestión de las cuencas. ¿Corresponde exclusivamente al Gobierno Central su protección y uso, o también pueden intervenir dos Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales?

El Tribunal Constitucional del Perú, recientemente ha resuelto un caso sobre el tema polémico destacado. Se trata del caso de inconstitucionalidad de la Ordenanza del Gobierno Regional de Cajamarca N° 036-2011-GR.CAJ-CR, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 28 de diciembre de 2011, que intentó proteger cabeceras de Cuenca de la región declarando “inviabile” un proyecto minero de gran inversión (El Proyecto Minero Conga).

Veamos a continuación el contenido de esta ordenanza y la posición del Tribunal Constitucional.

3.1. La Ordenanza Regional de Cajamarca

Una ordenanza es una norma con rango de Ley que emiten las regiones. Por ello, una vez que son aprobadas, su cuestionamiento se tramita como si

fuese una Ley. Por ello en el caso de la Ordenanza N° 036-2011-GR.CAJ-CR del Gobierno Regional de Cajamarca su cuestionamiento se dio a través de una Acción de Inconstitucionalidad. Pero ¿Qué contenía la Ordenanza mencionada para que se demande su inconstitucionalidad?

La Ordenanza N° 036-2011-GR.CAJ-CR del Gobierno Regional de Cajamarca, contenía cuatro declaraciones, de las cuales las dos primeras resultaban trascendentes para el tema de las competencias o funciones que comentamos.

“PRIMERO: DECLARAR de interés Público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región de Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo.

SEGUNDO: DECLARAR inviable la Ejecución del Proyecto “Conga” en las cabeceras de cuenca donde se ubican las lagunas: El Perol, comprensión del Distrito de Sorochuco, Azul, Cortada comprensión del Distrito de Huasamin; Mamacocha comprensión del Distrito de Bambamarca y todas aquellas ubicadas en el ámbito de influencia del Proyecto Conga, en razón a las inconsistencias técnico – legales del Estudio de Impacto Ambiental aprobado mediante Resolución Directoral N° 351-2010-MEM/AAM, de fecha 27 de octubre del 2010, por contravenir normas constitucionales y tratados internacionales a los cuales está adscrito el Perú, ejecución que podría ocasionar daños irreversibles en los ecosistemas frágiles generando a su vez perjuicios económicos y sociales de magnitudes incalculables, colisionando directamente con los derechos fundamentales de las personas que habitan dichas jurisdicciones y en el área de influencia directa e indirecta del proyecto Conga, lo cual pone en riesgo la gobernabilidad de la Región Cajamarca y la Paz Social de sus pobladores. Por lo que, el Gobierno Regional de Cajamarca, al amparo y aplicación de los principios de subsidiariedad, precautorio, pro homine, y haciendo uso de su autonomía política, económica y administrativa ante la falta de regulación y los vacíos normativos advertidos respecto a la protección del medio ambiente, está obligado a adoptar medidas que garanticen el orden público, la paz social y el respeto del Estado Constitucional de Derecho, instando al Gobierno Central al respaldo de esta decisión.”

Como puede leerse, el Gobierno Regional de Cajamarca, respaldado en sus atribuciones constitucionales, particularmente en su autonomía política, económica y administrativa, así como

en la falta de precisión constitucional respecto a la protección del medio ambiente, declara la protección de las cabeceras de cuenca y la inviabilidad del Proyecto Minero Conga. Es la autonomía del Gobierno Regional y la ausencia de una regulación constitucional precisa sobre el tema que fuerza a una declaración de tal naturaleza por los miembros del gobierno regional.

¿Tenía razones constitucionales y legales el Gobierno Regional para proceder de tal manera? ¿Podía declarar de interés público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca de su jurisdicción? ¿Los presuntos daños irreparables y la inconsistencia de aspectos técnico – legales del Estudio de Impacto Ambiental podían conducir al Gobierno Regional a anular Resoluciones sobre Impacto Ambiental previamente aprobados?

Más allá de una respuesta crítica o dogmática, interesa en esta parte tener en cuenta la decisión del Tribunal Constitucional en la resolución del caso.

3.2. La decisión del Tribunal Constitucional

Frente a las interrogantes anteriores, el Tribunal Constitucional consideró que el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene **competencia** para emitir las dos declaraciones citadas en su Ordenanza N° 036-2011-GR.CAJ-CR. De un lado, cuestiona la competencia para declarar de interés público regional la protección de las cabeceras de cuenca, pero de otro lado también declara la incompetencia del Gobierno Regional de Cajamarca para declarar “inviable el Proyecto Minero Conga”. Así se establece en los considerandos 67 y 68 de la sentencia del Tribunal Constitucional:

“67. La Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ-CR, en su artículo 1° declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la región de Cajamarca. Como ya se observó en la presente resolución, el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca. En tal sentido, tal artículo debe ser declarado inconstitucional.

68. De igual forma el artículo segundo de la ordenanza en cuestión, que declara inviable la ejecución del proyecto minero conga, es inconstitucional puesto que el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencia para anular o suspender proyectos de gran minería. (...)”

El Tribunal Constitucional es categórico en sostener la incompetencia del Gobierno Regional respecto a las declaraciones emitidas, pero el fundamento para sustentar esa incompetencia no es claro.

De un lado, para negar la competencia del Gobierno Regional de Cajamarca en la declaración de interés público regional para la protección de las cabeceras de cuenca de la Región de Cajamarca, el Tribunal Constitucional recurre a la aplicación de un Decreto Supremo, el Decreto Supremo N° 020-2008-EM que aprueba el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (RAAEM). El Tribunal Constitucional sostiene que es importante que se tome en consideración que el RAAEM establece en su artículo 3° que “es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la DGAAM (Dirección de Asuntos Ambientales Mineros), la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobar los EIP (Estudios de Impacto Ambiental) para el desarrollo de las actividades de exploración de las gran minería y la mediana minería” (considerando 41).

De otro lado, para negar la competencia del Gobierno Regional de Cajamarca respecto a su declaración sobre la “inviabilidad del Proyecto Minero Conga”, el Tribunal Constitucional recurre a criterios jurisprudenciales previos y a la interpretación de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867. Los criterios jurisprudenciales previos se refieren a la Sentencia del Tribunal Constitucional TC 008-2011-PI/TC (Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo) y la Sentencia N° TC 009-2011-PI/TC (Gobierno Regional del Cusco), en las que el Tribunal Constitucional negó competencia del Gobierno Local y el Gobierno Regional respectivamente para limitar la actividad minera. La interpretación de la Ley Orgánica Regional se refiere específicamente a la aplicación de su artículo 59° donde se interpreta que el Gobierno Regional solo tiene competencia para “f) otorgar concesiones para pequeña minería y minería artesanal de alcance regional” y no para la mediana y gran minería. (considerandos 17, 18 y 22).

Haciendo un balance de ambos criterios del Tribunal Constitucional podemos afirmar que ha faltado una mayor argumentación constitucional. Los considerandos del Tribunal Constitucional se concentran en el tema minero, en la competencia

sobre asuntos mineros, pero no analiza con la misma importancia el tema ambiental y particularmente el cuidado de las cuencas o las cabeceras de cuenca. El fundamento constitucional del Tribunal constitucional gira en torno al principio de Unidad del Estado y de respeto de sus planes y políticas nacionales, pero en ambos argumentos el tema, ambiental, y particularmente del agua, al igual que el tema minero, pudo ser debatido.

Bajo esta apreciación, y particularmente por la poca consistencia en los considerandos del Tribunal Constitucional en el caso analizado podemos afirmar que continúa un grado de discusión sobre la competencia en la protección y gestión de los recursos hídricos como son las cuencas o las cabeceras de cuenca. Las normas constitucionales antes citadas sobre los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales permiten un margen de actuación que si bien debe darse en armonía con los planes y políticas nacionales no limita que ante la ausencia u omisión del Gobierno Central los otros niveles de gobierno puedan intervenir. En este punto, principios como el de subsidiariedad para la Gestión del Agua en las cuencas peruanas son materiales fundamentales a definir jurisprudencialmente en caso no exista Ley expresa.

4. El marco constitucional de las normas consuetudinarias

La gestión del agua o los recursos hídricos se han dado históricamente bajo un derecho consuetudinario. Desde el período pre-inca, inca y durante la colonización española y la república ese derecho consuetudinario ha estado vigente en los canales de riego, en la posesión o distribución de tierras vinculados a recursos hídricos y en la propia organización de la mayoría, por no decir todos, los usuarios del agua².

En los antecedentes históricos, las Comunidades Andinas y las Comunidades Amazónicas, reconocidas constitucionalmente como “Comunidades Campesinas” y “Comunidades Nativas” son las que han mantenido con mayor fortaleza ese Derecho Consuetudinario³. Sin embargo, en la costa peruana también podemos encontrar comunidades de regantes que mantienen vivo ese derecho consuetudinario⁴.

² Ver Informe I, Infraeco, Febrero 2012.

³ Ver BALLÓN, 2004; BRANDT, 1986; PRICE e ITURREGUI, 1982; REVILLA y PRICE, 1992; ARDITO 1991; URTEAGA, 1993; PEÑA, 1998.

⁴ Ver GUEVARA, 2008; IPROGA y CONCERTACIÓN 2008, 2009.

Existe un marco constitucional que protege el derecho consuetudinario que identifica al conjunto de esas comunidades.

Este marco constitucional supone tener en cuenta dos cuerpos normativos:

- La Constitución Política de 1993.
- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", que tiene rango constitucional de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, y se encuentra en vigor desde el año 1995.

La Constitución Política nos permite sustentar tres derechos fundamentales:

- 1° El derecho de practicar un derecho consuetudinario si es que no se encuentra prohibido por Ley.
- 2° El derecho de las Comunidades Andinas y Amazónicas de administrar sus recursos naturales (artículo 89° de la Constitución).
- 3° El derecho de las Comunidades Andinas y Amazónicas de resolver sus propios conflictos, incluidos aquellos relacionados con los recursos hídricos (artículo 149° de la Constitución).
El Convenio 169 de la OIT a su vez suma un derecho fundamental para todo pueblo "indígena" o "tribal" donde integramos a las Comunidades Andinas y Amazónicas.
- 4° El derecho a la consulta previa en caso se dicten medidas legislativa administrativas que afecten directamente a dichos pueblos.

Veamos por separado el conjunto de estos cuatro derechos.

4.1. El derecho a practicar un derecho consuetudinario

La existencia de un derecho consuetudinario tiene su sustento en la libertad que nos ofrece la misma Constitución Política para hacer aquello que no está prohibido. La norma constitucional corresponde al artículo 2° inciso 24, parágrafo "a":

"2° Toda persona tiene derecho:

(...)

"24. A la libertad y a la seguridad personales.

En consecuencia:

"a. Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."

(...)

Conforme a la norma citada, las practicas consuetudinarias en las Comunidades rurales de riego de la costa y otras regiones, en tanto no estén prohibidas por la Ley, están permitidas. Sus normas o estatutos internos así no estén registrados tienen el valor que las partes, los miembros del grupo y los interesados les otorgan.

4.2. El Derecho de las Comunidades Andinas y Amazónicas de administrar sus recursos naturales

Las Comunidades Andinas y Amazónicas, reguladas en la Constitución Política como "Comunidades Campesinas" y "Comunidades Nativas" son personas jurídicas con gran autonomía. Así se regula en el artículo 89° de la Constitución Política:

"Artículo 89°.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y lo administrativo, dentro del marco que la Ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior [artículo 88° de la Constitución].

"El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas."

Del artículo citado cabe destacar el grado de autonomía que se reconoce para las Comunidades Campesinas o Nativas:

- Autonomía en su organización.
- Autonomía en el Trabajo Comunal.
- Autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras.
- Autonomía económica.
- Autonomía administrativa.

El conjunto de estas autonomías es que hace posible afirmar que las comunidades andinas y amazónicas cuentan también con autonomía en la gestión de sus recursos hídricos. Estos recursos se encuentran en su territorio y, por tanto, al encontrarse en su territorio tienen todo el derecho de usarlos y disponer de los mismos dentro del derecho consuetudinario que los identifica.

Un ejemplo de esta gestión de los recursos hídricos, siguiendo el marco constitucional citado, es la

práctica que realizan las Comunidades Aymaras y Quechuas circundantes al Lago Titicaca en la región de Puno. Dichas comunidades tienen parcelada la orilla del Lago, o de los Lagos circundantes, bajo un sistema de propiedad familiar y comunal, para aprovechar los recursos hidrobiológicos como la totora y el llachu (planta acuática) para la alimentación de su ganado. La posesión o propiedad sobre la tierra se extiende sobre la orilla del Lago, o lagos, haciendo posible la conformación de la autonomía en la gestión de sus recursos hídricos⁵.

4.3. El derecho de las Comunidades Andinas y Amazónicas de resolver sus propios conflictos

La capacidad de resolver sus propios conflictos, complementa en las Comunidades Andinas o "Campesinas" y Comunidades Amazónicas o "Nativas" su autonomía de gestión en sus recursos hídricos. La norma que garantiza ese derecho es el artículo 149° de la Constitución Política.

"Artículo 149°.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (...)".

La norma destaca el derecho a una jurisdicción especial a favor de las Comunidades Andinas y Amazónicas. Dentro de esta jurisdicción especial ciertamente que se incluyen los conflictos sobre posesión, uso, propiedad o usufructo de los recursos hídricos. A la autonomía en la gestión de los recursos hídricos, se suma la autonomía de las Comunidades para que a través de sus propios órganos comunales de resolución, resuelvan sus conflictos.

Un ejemplo de la aplicación de la norma constitucional citada, siguiendo con el caso de las comunidades de la Región de Puno, antes mencionadas, es cuando las Comunidades Aymaras circundantes al Lago Titicaca, como Titihue, resuelven los conflictos de mejor posesión sobre las parcelas de terreno y agua ubicados a la orilla del Lago. Cada parcela tiene abundante totora y llachu para la alimentación de su ganado, como habíamos indicado, por lo que para su

cuidado existe un "Teniente Forestal" que resuelve en primera instancia el conflicto. Si el conflicto no es resuelto ante esta autoridad, pasa a las autoridades de la Comunidad, y, en caso éstas no lo puedan resolver, es la asamblea comunal la que finalmente resuelve⁶.

Como en el caso de la Comunidad Aymara de Titihue en Puno, existen miles de comunidades que desde distintos espacios geográficos de nuestro país resuelven conflictos vinculados a la gestión de los recursos hídricos. El artículo 149° de la Constitución Política del Perú garantiza la validez de sus procedimientos o procesos de resolución.

4.4. El derecho a la Consulta Previa

Es un derecho que se aplica a favor de los "pueblos indígenas y tribales", según el Convenio 169 de la OIT. En el Perú, estos pueblos coinciden con las Comunidades Andinas y Amazónicas principalmente, pero no se descarta que comunidades costeñas que cumplan con las mismas características gocen del derecho (ver artículo 1° del Convenio).

El derecho consiste en la obligación del gobierno de los Estados partes del Convenio, entre ellos el Perú, de consultar previamente a los pueblos o comunidades indígenas o tribales "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". El contenido completo del derecho se encuentra regulado en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT:

"Artículo 6°.-

1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

a) 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.

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas

⁵ Ver Peña, 2004.

⁶ PEÑA, 2004. Capítulo 5. Sobre resolución de conflictos internos en las comunidades Aymaras.

de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

El citado artículo se compone de un conjunto de elementos sustantivos y procedimentales que hacen posible el derecho a la consulta previa de las comunidades o pueblos indígenas y tribales de nuestro país. Así, elementos sustantivos son:

- La definición de consulta a los pueblos interesados.
- La identificación de medidas susceptibles de afectarles directamente.
- La participación libre de los pueblos interesados.
- La identificación de instituciones electivas y organismos administrativos responsables de políticas y programas que les conciernen.
- El acuerdo o consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Los elementos procedimentales que a su vez destacan en la norma citada son:

- La aplicación de procedimientos apropiados a través de instituciones representativas.
- Establecer medios para participación libre de los pueblos interesados en políticas y programas que le conciernen.
- Establecer medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de estos pueblos.
- La aplicación de buena fe como principio rector en toda consulta.

El conjunto de estos elementos es aplicable en la gestión de los recursos hídricos. Por ejemplo, siguiendo con la experiencia de las Comunidades Aymaras y Quechuas de la Región Puno, en el supuesto que el Gobierno Central decida entre sus políticas de gestión de los recursos hídricos cobrar un tributo por el usufructo de la totora y llachu de la orilla del Lago Titicaca y adyacentes, deberá previamente consultar al conjunto de comunidades a través de procedimientos apropiados de sus instituciones representativas. Pero, aún más, de acuerdo con la norma citada el Gobierno Central deberá promover la participación libre de las

comunidades interesadas en los organismos administrativos responsables de la política vinculada al cobro por el usufructo de la totora y llachu. Para ello, la aplicación de la buena fe como principio rector guiaría la actuación de las autoridades y de las propias comunidades interesadas⁷.

5. Conclusión

El ordenamiento jurídico para la gestión del agua en las cuencas se encuentra determinado por la regulación constitucional, legal-administrativa y jurisprudencial en los Gobiernos Central, Regional y Local, y la regulación consuetudinaria en las comunidades originarias principalmente. Bajo este esquema, es posible sostener que existe una protección de los recursos hídricos en nuestro país, pero al mismo tiempo aparecen problemas que se encuentran aún en debate. Entre estos problemas identificamos la necesidad de una mayor delimitación o precisión de las competencias de los Gobiernos Central, Regional y Local y la necesidad de construir una comprensiva relación con la regulación consuetudinaria en el tema de la gestión de los recursos hídricos.

6. Bibliografía

ANA – Autoridad Nacional del Agua (2011): *Plan Estratégico Institucional 2011-2015*. Lima: ANA.

ANA – Autoridad Nacional del Agua (2011a): *Compendio de Normas Vigentes emitidas por la Autoridad Nacional del Agua a Julio del 2011*. Lima: ANA.

ANA – Autoridad Nacional del Agua (2010): *Recursos Hídricos del Perú en Cifras*, Boletín Técnico. Lima: ANA.

ARDITO Vega, Wilfredo (1991): *El sistema jurídico de las misiones jesuitas de Maynas*. Lima: PUCP, tesis.

BALLÓN AGUIRRE, Francisco (2004): *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas*. Defensoría del Pueblo, 2da. Edición, Lima.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996): *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Ciedla. Lima.

BRANDT, Hans Jürgen (1986): *Justicia Popular: nativos y campesinos*, Lima, Fundación F. Nauman.

⁷ En Noviembre del año 2005 ocurrió un problema entre el Gobierno Central y las Comunidades Aymaras y Quechuas adyacentes al Lago Titicaca. El Gobierno Central intentó cobrar un tributo por el aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos. Hubieron violentas protestas. En Febrero de 2006, el Gobierno Central tuvo que retractarse. (ver diarios de la fecha).

DEL CASTILLO PINTO, Laureano (2008): "El régimen legal del agua", En: Guevara Gil, Armando, Editor, *Derechos y Conflictos de agua en el Perú*. Lima: Concertación, Walir y Departamento de Derecho PUCP, pp. 27-50.

DOUROJEANI, Axel (2008): "Conferencia Magistral, Parte I, sobre Organismos de Gestión de Recursos Hídricos por Cuenca", en línea Blog Toustodo´s: toustodo.wordpress.com/2010/02/08conferenciamaestral, visitado el 19 de Marzo de 2012.

GUEVARA GIL, Armando, Editor (2008): *Derechos y Conflictos de agua en el Perú*. Lima: Concertación, Walir y Departamento de Derecho PUCP.

IPROGA, Instituto de Promoción para la Gestión del Agua, y CONCERTACIÓN, Programa de Investigación Interdisciplinaria y Capacitación Interactiva sobre Gestión Local del Agua y Políticas Hídricas en la Región Andina (2008): *Políticas e Investigaciones sobre el agua en la Región Andina*. Lima, IPROGA y CONCERTACIÓN.

IPROGA, Instituto de Promoción para la Gestión del Agua, y CONCERTACIÓN, Programa de Investigación Interdisciplinaria y Capacitación Interactiva sobre Gestión Local del Agua y Políticas Hídricas en la Región Andina (2009): *Conflictos por el agua en la Región Andina: avances de investigación y herramientas de manejo*. Lima, IPROGA y CONCERTACIÓN.

PEÑA JUMPA, Antonio (1998): *Justicia Comunal en el Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

PEÑA JUMPA, Antonio (2004): *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA.

PEÑA JUMPA, Antonio (2012): "Historia del Desarrollo de la Gestión de los Recursos Hídricos en el Perú". Informe presentado dentro del *Proyecto Formulación del Plan Nacional de Recursos Hídricos del Perú*, a cargo de INFRAECO. Lima.

PRICE, Jorge y Patricia Iturregu (1982): *Administración de Justicia en Villa El Salvador*, Lima: PUCP, Tesis de Bachiller en Derecho.

REVILLA, Ana Teresa y Price, Jorge (1992): *La administración de la Justicia Informal, Posibilidades de integración*. Lima: Cultural Cuzco.

RUBIO Correa, Marcial (1999): *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP, Fondo Editorial, 6 volúmenes.

URTEAGA Crovetto, Patricia (1993): *El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa*. Lima: PUCP, Tesis de Derecho.

UNESCO, United Nations World Water Assessment Programme, en línea: www.unesco.org/water/wwap, visitado el 3 noviembre de 2012.