

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA

La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina

Antonio Embid
Liber Martín



NACIONES UNIDAS

CEPAL

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA

La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina

Antonio Embid
Liber Martín



NACIONES UNIDAS



Este documento fue preparado por Liber Martín, Consultor de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en coautoría con Antonio Embid, bajo la supervisión de Andrei Jouravlev, Oficial de Asuntos Económicos de la Unidad de Recursos Naturales y Energía de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL, con la colaboración de Caridad Canales, funcionaria de la misma División.

Los autores agradecen los aportes y comentarios de Jorge Abbate, Marcos Alegre, Eda Alias, María Álvarez, Luis Arce, Ignacio Benavent, Homero Bibiloni, Claudio Boada, Antonio Brailovsky, Carlos Cabrejos, Elvio Cano, Betty Chung, Daniel Collasius, Alexandra Cugler, Fernando Decarli, José Erazzú, Francis Espinoza, Galo Espinoza, Lourdes Gerónimo, José Giraldo, Alberto Girbal, Darío González, Vicente González, Edilberto Guevara, Víctor Guevara, Fernando Juan, Daniel Kovacs, Fernando Larroza, Néstor Lastiri, Terence Lee, Mario León, Alberto Limo, Liliana Macoritto, Matías Muñoz, Leonardo Pastorino, Manuel Paulet, Yolanda Pereira, José Pérez, Mauricio Pinto, Víctor Pochat, Boris Quezada, Efrén Reyes, Miguel Rivarola, Juan Romero, Mario Salomón, Becker Sánchez, Jorge Santa Cruz, Florencia Saulino, Miguel Solanes, Patricia Urteaga, Mario Valls, Ana Vergara, Alejandra Volpedo y Rodrigo Walsh.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN 1680-9017

LC/L.4064

Copyright © Naciones Unidas, septiembre de 2015. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

S.15-00777

Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Introducción	7
I. Evolución, reforma y aplicación del derecho de aguas en la región	11
A. El movimiento de reforma de leyes de aguas en la región.....	12
B. Leyes de aguas, ineficacia e informalidad en la región	13
II. Nuevas leyes de aguas	15
A. Venezuela	15
1. Antecedentes.....	15
2. Ley de Aguas de 2007	16
B. Nicaragua.....	18
1. Antecedentes.....	18
2. Ley General de Aguas Nacionales de 2007	20
C. Paraguay	24
1. Antecedentes.....	24
2. Ley de Recursos Hídricos de 2007	24
D. Perú.....	27
1. Antecedentes.....	27
2. Ley de Recursos Hídricos de 2009	29
3. Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua de 2014	32
E. Honduras.....	33
1. Antecedentes.....	33
2. Ley General de Aguas de 2009.....	33
F. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), Argentina	36
1. Antecedentes.....	36
2. Ley de Gestión Ambiental de las Aguas de 2010.....	37
G. Ecuador	39
1. Antecedentes.....	39

2.	Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua (LORHUyA) de 2014	42
III.	Conclusiones	47
A.	Nuevas leyes: síntesis	47
B.	Principales tendencias y nuevas características	48
	Bibliografía	53
	Serie Recursos Naturales e Infraestructura: números publicados	55
	Cuadros	
Cuadro 1	Leyes de aguas en América Latina y el Caribe	10
	Recuadros	
Recuadro 1	El Gran Canal Interoceánico	19
Recuadro 2	El emblemático caso de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR)	38

Resumen

El estudio abarca el análisis de las nuevas legislaciones de aguas adoptadas en América Latina durante la década 2005-2015 (Venezuela, Nicaragua, Paraguay, Perú, Honduras, Argentina y Ecuador). Con ese objetivo se revisa la evolución reciente del derecho de aguas, el movimiento de reformas tanto como la consideración de aspectos cruciales de su efectividad en el contexto regional donde se advierte su relativa ineficacia y grandes dificultades para su aplicación por parte de gobiernos. Los estatutos se revisan en su propio contexto constitucional, y conforme el sentido de su estructura pero favoreciendo la comparación entre ellos. Las diferencias son muy notables entre unos y otros al punto que no parecen responder a un patrón común. Sin embargo, las conclusiones constatan algunas tendencias como la constitucionalización de ciertos principios del derecho de aguas, la incorporación de la variable social y ambiental, la publicación de todas las aguas y el incremento de la intervención pública y estatal, la consagración del derecho humano al agua pero no su desarrollo, la intención de racionalizar la gestión a través de autoridades únicas, la especificación de los derechos de comunidades indígenas y campesinas con relación al agua y la consolidación positiva de los principios de administración por cuenca y participación que, aun receptados, carecen todavía de una implementación efectiva. Destacan a su vez, la ausencia de previsiones sobre cambio climático y de mecanismos de reasignación descentralizada. El énfasis final se pone en el problema de la ineficacia al que se encadenan algunas recomendaciones.

Introducción

Tal como el título de este trabajo lo señala, su objeto es la legislación de aguas, dentro del marco territorial de América Latina durante la década 2005-2015. Se trata de estudiar las leyes de aguas aparecidas en un momento temporal y en un lugar. En este sentido, ley de aguas significa hacer referencia a un instrumento normativo regulador de la utilización y protección de un recurso natural. Ese instrumento normativo es el que, tradicionalmente, ha planteado y resuelto las cuestiones relativas a la propiedad (pública y, a veces, con restos de propiedad privada) de las aguas, mediante la utilización de la expresión “dominio público” (hidráulico, hídrico) para las aguas que, entonces, se califican como públicas, expresión que no solo se referiría estrictamente a las aguas (superficiales, subterráneas, continentales) sino igualmente a elementos naturales (álveos, cauces, riberas) o artificiales (obras, infraestructuras hidráulicas) que la ley integra generalmente de diversas formas en el dominio público. Junto a esos bienes, está la regulación de zonas configuradas al servicio de la utilización o protección del bien (servidumbre de uso público, servidumbre de protección, zona de protección hídrica, zona de restricción y similares). También las leyes de aguas plantean cuestiones de gestión, conteniendo la regulación de los instrumentos apropiados para este fin (licencias, derechos, permisos, autorizaciones, concesiones), al espacio territorial idóneo para el manejo (cuenca hidrográfica usualmente, con la inclusión de los acuíferos), y a la participación (de usuarios y raramente de ciudadanos) en dicha gestión. Esa gestión puede ser recogida en las leyes con atribuciones específicas a organizaciones de usuarios a las que se les atribuyen potestades públicas sobre dicha gestión.

En América Latina, algunas leyes suelen contener menciones a la existencia de agrupaciones sociales (usualmente enmarcadas en la expresión “gestión comunitaria”) que pueden realizar tal gestión (a veces más que del agua, de servicios relacionados con el agua o sistemas de riego) y en épocas más recientes, de la participación de comunidades indígenas (que a veces pueden llevar también el apelativo de “nacionales” y ser designadas por nombres concretos) en la gestión del agua, lo que suele suponer atribuciones de exclusividad en las competencias de tales comunidades, protección del derecho consuetudinario, de prácticas ancestrales, de lugares sagrados, etc. Esta gestión comunitaria, dadas las características mencionadas, es claramente distinguible de la regulación de las organizaciones de usuarios, que no precisan tener semejante referencia a una propia raza o nacionalidad.

Junto a ello, está la regulación del régimen económico-financiero (tarifas, tasas, cánones) con mucha variedad de planteamientos, y múltiples referencias institucionales, en relación con los muchos

ejemplos de administraciones públicas (usualmente administraciones locales, gobiernos autónomos descentralizados, etc.) que pueden ejercer ciertas competencias sobre el agua (normalmente sobre los servicios públicos relacionados con ella).

Éste es el contenido usual de una ley de aguas y como tal el objeto de preocupación del presente estudio. Lo que no significa que el estudio refiera siempre a textos legales cuyo encabezamiento sea la expresión “ley de aguas”. En muchas ocasiones, el objeto lo constituyen, también, leyes de “recursos hídricos”, expresión compleja y utilizada en varios países (Paraguay, Perú, Ecuador), que parece transmitir una idea de productividad ínsita en el contenido de la ley, aunque es fácilmente advertible que en tales leyes los contenidos de conservación y protección de las aguas también existen y, a veces, de una manera muy intensa.

Lo que queda fuera del objeto del presente trabajo son las leyes sobre los “servicios públicos” del agua. Este planteamiento nunca ha sido definitorio del contenido de una ley de aguas, lo que no significa que en algunas de las leyes que se analizan no puedan existir referencias a estos servicios¹. En algunas ocasiones las regulaciones de los servicios públicos pueden estar en la legislación relativa a la administración local, en otras son autónomas y también en algunos casos son las mismas leyes de aguas las que se configuran, a su vez, como leyes de servicios públicos relacionados con el agua. Esta última opción puede, en ocasiones, plantear problemas de interpretación jurídica cuando también existe regulación sobre servicios públicos en leyes relativas a la administración local u otras.

Muchas veces esto causa disfunciones, y suele tener su explicación en varias causas. Una primera causa se puede identificar en las diversas temporalidades en que se han elaborado las distintas leyes. Una segunda, en el distinto origen de la iniciativa normativa: en el caso de las leyes de aguas o de recursos hídricos, su génesis suele residir en las unidades administrativas (usualmente ministerios) competentes en materia de medio ambiente, recursos hídricos, u obras públicas, mientras que en el caso de las leyes de administración local, en las unidades administrativas competentes en materia de interior u organización territorial del Estado. Lo que importa, por encima de todo, es que el legislador sea consciente de la doble regulación y llevé a cabo las adaptaciones necesarias para hacer coherentes las distintas regulaciones.

De la misma forma quedan al margen de este estudio las leyes sectoriales sobre minería, hidroelectricidad, contratación pública o leyes fiscales y presupuestarias, que pueden tener alguna prescripción encajable en el tradicional derecho de aguas, pero que en estas circunstancias, operan solo con una visión muy escueta, normalmente al servicio del uso concreto que el ministerio sectorial que ha promovido la ley, cuida. Pero cuando existen legislaciones concretas que tratan de contenidos habituales de las leyes de aguas, también se incorporan al análisis, como sucede con la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua del Perú.

El estudio se centra, además, en la legislación de aguas aparecida en un momento muy concreto, la década 2005-2015. No es casualidad que ese período temporal coincida con el del Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida” proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su objetivo fundamental es promover los esfuerzos para alcanzar los objetivos relacionados con el agua acordados en la Declaración del Milenio, el Plan de Ejecución de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo y la Agenda 21.

Lo que también es fácilmente advertible en ese ámbito temporal es la amplia aparición de nuevas leyes de aguas en América Latina. Y ello sin desestimar, que distintos intentos de alcanzar leyes de aguas no han fructificado, por ahora, como ha sucedido en Costa Rica y, donde un reclamo de inconstitucionalidad ha impedido la plena conclusión de un proyecto tramitado parlamentariamente. Igualmente han continuado los intermitentes propósitos de alcanzar una ley de aguas en Panamá. No han

¹ En general es recomendable la existencia de instituciones —entes y leyes— que se hagan cargo, separadamente, de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, por un lado, y de la gestión de los recursos hídricos, por el otro (Hantke-Domas y Jouravlev, 2011). La explicación es que se trata de dos actividades altamente especializadas, que tienen objetos propios, requerimientos profesionales y clientelas diferentes; además, su tratamiento conjunto crea un potencial conflicto de intereses, porque los segundos son insumos de los primeros, así como de varios otros usos sectoriales (riego, minería, industrias, etc.) (Solanes, 1997).

fructificado o se encuentran ahora en los comienzos del trámite de reforma, como sucede en el caso de Chile (con un primer proyecto normativo presentado al parlamento en octubre de 2014) o en México, donde los trabajos parlamentarios para alcanzar una nueva ley general de aguas han fracasado en el último momento (marzo de 2015).

Es esencial que la correspondiente ley de aguas sea completada por un reglamento o varios reglamentos, según la técnica de intervención normativa². Ello por un doble orden de razones: por la escasez de decisiones normativas de la ley (supuesto muy notable en el caso de la Ley de Recursos Hídricos de Paraguay, por ejemplo, pero no único de ella) o por la misma referencia al reglamento que se hace en el cuerpo de la ley, como sucede en la Ley de Recursos Hídricos del Perú (con reglamento ya aprobado en 2010) o en la del Ecuador (con reglamento adoptado en marzo de 2015). Sin duda alguna, el complejo ley-reglamento habrá de tenerse en cuenta en los análisis futuros de la legislación sabiendo que las decisiones esenciales, entendiéndolo como tales las que se refieren a las cuestiones de propiedad, derechos de aprovechamiento, imagen general de la administración hídrica y principios básicos del régimen económico-financiero (que suele tener base tributaria) deben estar previstos necesariamente en la ley. A partir de ello, el reglamento tiene un papel innegable y cada vez más valorable positivamente, para la adaptación de los principios regulados legalmente, a las distintas situaciones que puedan ir produciéndose en el tiempo.

Dado el marco temporal indicado, resulta coherente, que en la mayor parte de las leyes examinadas, el derecho humano al agua forme parte importante de la nueva regulación. Sin embargo, no en todos los casos el grado de detalle y precisión de las cuestiones básicas sobre este derecho forma parte de la ley aprobada. Más bien parece que el futuro desarrollo reglamentario y aplicativo (o, incluso, los tratamientos jurisprudenciales sobre casos concretos) deberán ser elemento sustancial para comprender el significado normativo —y trascendente— de la nueva legislación.

Continúan existiendo varios países que todavía no tienen una ley específica de aguas (véase el cuadro 1). Sin embargo, algunos tienen leyes de bastante antigüedad que presentan preceptos de modernidad y plena vigencia. El no disponer de una ley específica lleva consigo la necesidad de aplicar la cuestionable normativa civil (código civil), por su antigüedad y diferencia de presupuestos normativos (por ejemplo, el basarse en la existencia de la afirmación de propiedad privada en cuanto al agua); o de acudir para la resolución de supuestos concretos, a legislación sectorial (minera, hidroeléctrica), muchas veces contradictoria entre sí dado que esta legislación, hecha siempre bajo los auspicios del ministerio sectorial correspondiente, no tiene como objetivo el de proceder a una regulación general sino sectorial. Además, tiende a afirmar el predominio de la administración (ministerio) que se encarga de los asuntos del correspondiente bien o utilidad sectorial que se tiene en cuenta.

La legislación no constituye más que uno de los elementos dentro de la línea política-planificación-legislación-administración-gestión-aprovechamiento o manejo que debe concurrir para una buena gobernabilidad de las aguas. Desde este punto de vista, el enfoque exclusivamente legal muestra evidentes limitaciones y constituye una ingenuidad pensar que la solución de los complejos problemas estructurales que determinan los múltiples aspectos económicos, sociales, políticos y ambientales de la gestión de los recursos hídricos pueden provenir exclusivamente de la adopción de un nuevo texto legal.

Sin embargo, la experiencia muestra también que una ley puede llegar a ser muy importante y jugar un rol decisivo en un contexto determinado del cual es en parte causa pero también consecuencia. He aquí el doble rol que el derecho y la ley, como proyección escrita de una política, y una ley de aguas pueden jugar, en un contexto y momento concreto. Esa es la explicación de la enorme dificultad y complejidad por la que atraviesa la discusión de muchos proyectos de leyes de aguas en la región que, lamentablemente en algunos casos —y afortunadamente en otros—, no consiguen pasar la legislatura para convertirse en ley.

² En general, es aconsejable evitar dejar temas importantes para su posterior desarrollo sustantivo en el reglamento, sin establecer criterios claros para orientar su posterior elaboración (Solanes y Jouravlev, 2009). Con esto, existe el riesgo de que el organismo encargado de reglamentación pueda resolver estos temas de manera unilateral y no neutral, sin necesariamente tener que respetar los principios que compartieron los legisladores (o intereses de otros sectores de uso).

Cuadro 1
Leyes de aguas en América Latina y el Caribe

País	Ley de aguas	Año	Estado actual
Argentina ^a	22 de un total de 24 jurisdicciones han sancionado sus leyes de aguas, como por ejemplo:		Intentos de reforma en varias provincias
	Provincia de Buenos Aires	1999	
	Chaco	1986	
	Chubut	1996	
	Ciudad Autónoma de Buenos Aires	2010	
	Córdoba (reformada en 2006)	1974	
	La Pampa	2010	
	Mendoza	1884	
	Río Negro	2009	
	Salta	1998	
	San Luis	2004	
	Santa Cruz	1982	
Bolivia	Ley de Dominio y Aprovechamiento de Aguas (derogada en varias partes)	1906	Intentos de reforma
Brasil	Instituye la Política Nacional de Recursos Hídricos (a partir de su sanción cada uno de los 27 estados del país ha promulgado su propia ley de aguas)	1997	
Chile	Código de Aguas (reformado en 2005)	1981	Intentos de reforma
Colombia ^b	No cuenta con una ley de aguas específica		Intentos de dictar una ley de aguas
Costa Rica	Ley de Aguas	1942	Intentos de dictar una nueva ley de aguas
Cuba	Decreto-Ley de las Aguas	1993	En elaboración de una nueva ley de aguas
República Dominicana	Ley sobre Dominio de Aguas Terrestres y Distribución de Aguas Públicas	1962	Intentos de reforma
Ecuador	Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua	2014	Reglamento de 2015
El Salvador	Ley sobre Gestión Integrada de los Recursos Hídricos	1981	Intentos de dictar una nueva ley de aguas
Guatemala	No cuenta con una ley de aguas específica		Intentos de dictar una ley de aguas
Haití	No cuenta con una ley de aguas específica		
Honduras	Ley General de Aguas	2009	
México	Ley de Aguas Nacionales (reformada en 2004, 2008 y 2013)	1992	Intentos de reforma nueva y de dictar una nueva ley de aguas
Nicaragua	Ley General de Aguas Nacionales	2007	Reglamento de 2010
Panamá	Decreto Ley por el cual se Reglamenta el Uso de las Aguas (reformada)	1966	Proyecto de creación de la Autoridad Nacional del Agua
Paraguay	Ley de Recursos Hídricos	2007	En vías de reglamentación
Perú	Ley de Recursos Hídricos	2009	Reglamento de 2010
Puerto Rico	Ley de Aguas	1976	Intentos de reforma
Uruguay	Código de Aguas	1978	Ley sobre Principios de la Política Nacional de Aguas de 2009
Venezuela	Ley de Aguas	2007	

Fuente: Elaboración propia.

^a El 8 de agosto de 2003 se celebró el Acuerdo Federal del Agua, que estableció los 49 Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina.

^b Decreto N° 2811 del 18 de diciembre de 1974, "Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente", en el libro II parte III, consagra la normatividad en materia del aprovechamiento de las aguas no marítimas.

I. Evolución, reforma y aplicación del derecho de aguas en la región

El derecho de aguas de América Latina presenta una muy disímil evolución (véase la página 10), pero en la mayoría de los casos hunde sus raíces en las reglas autóctonas o prehispánicas y luego de la conquista, en la legislación de indias y española. Con la independencia de los países de la región, la legislación sustancial de aguas poco a poco empieza a combinarse con la incipiente legislación de los países de creación reciente, en lo que algunos autores han denominado periodo intermedio (Cano, 1943). Un hito en esta evolución lo marca la ley de aguas española 1866-1879 cuya proyección, y en algunos casos transposición, es evidente en muchos países, como por ejemplo, en la Ley de Aguas de Mendoza (Argentina) de 1884 o en el Código de Aguas del Perú de 1902.

A mediados del siglo XX, el movimiento de reforma agraria tuvo fuerte impacto en algunas leyes de aguas como es el caso del Código de Aguas de Chile de 1967, la Ley General de Aguas del Perú de 1969 y varias leyes de aguas que se sancionaron durante esta época, como la Ley de Aguas del Ecuador de 1972, el Código de Aguas de Uruguay de 1978 y el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de Colombia de 1974, los dos últimos, vigentes todavía.

Sobre fines del siglo XX, bajo el influjo neoliberal y el Consenso de Washington, numerosas transformaciones se suceden en América Latina, con particular intensidad en procesos de reforma del Estado, privatización, regulación y concesión de servicios públicos. El Código de Aguas de Chile de 1981 es la máxima expresión de esta corriente reformista en el ámbito de las aguas, cuyo modelo estuvo muy próximo a ser seguido por otros países de la región como el Perú donde finalmente no prosperó (Solanes, 2013). Leyes muy significativas alcanzadas durante esta etapa fueron la Ley de Aguas Nacionales de México de 1992 y la Ley de las Aguas del Brasil de 1997.

En esta época, también los países celebran una serie de tratados de protección de inversiones extranjeras que, si bien no tienen un impacto directo en las leyes de aguas, sí lo van a tener sobre concesiones, tanto de aguas como de servicios, marcos regulatorios, decisiones políticas, y resolución de diferendos, produciendo un fenómeno de enfriamiento regulatorio. La amenaza cierta de demandas ante tribunales arbitrales internacionales —como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)— se erige en adelante como una constante en la región para la obstaculización de

reformas legislativas o económicas y va a ser utilizada como elemento de presión para mejores condiciones de negociación con los Estados signatarios de los compromisos (Bohoslavsky, 2010; Bohoslavsky y Justo, 2011).

La reacción a esta corriente no tardó en llegar, manifestándose como evidente no solo en algunos estatutos de aguas sino en las propias constituciones reformadas de algunos de los países de la región como Uruguay (2004), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), en que no solo se incorpora las aguas como bienes del dominio público nacional y se reconoce el derecho humano al agua, sino también se prohíbe expresamente la privatización de la misma y sobre todo la de los servicios de agua potable y saneamiento. Y ello con independencia del muy diverso significado y alcance que a la expresión pueda darse en los diferentes contextos nacionales. El ejemplo más palpable de la proyección de esta reacción en la actualidad es el aplazamiento indefinido de la votación del proyecto de reforma integral de ley de aguas de México durante 2015, justamente a causa del supuesto carácter privatizador con el que ha sido catalogada la propuesta.

El ciclo de reformas que se inicia en 2007 —luego de casi una década sin una nueva ley de aguas en la región— viene en general inspirado por la preocupación de introducir una dimensión social y ambiental —en línea con la evolución internacional³—, hasta la actualidad supeditada en muchos aspectos de los antiguos textos a un paradigma predominantemente económico que no concebía al agua en términos generales más que como un factor de producción o recurso cuyo uso con diversas finalidades debía de estar necesariamente regulado. La preeminencia de la dimensión económica en los nuevos estatutos, cuyo núcleo se resume en los derechos de aguas, permisos y concesiones, como elemento fundamental condicionante de la inversión, se mantiene, pero empieza a ser limitado por la incorporación de la dimensión ambiental y social, cuya definición resulta muchas veces conflictiva tanto para la sociedad como para los Estados.

En las últimas décadas puede observarse además una lenta pero creciente gravitación del derecho internacional⁴. Ello involucra el derecho fluvial internacional (Querol, 2003), con el precedente de las Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina y Uruguay), así como el hito de celebración del emblemático Acuerdo sobre Acuífero Guaraní de 2010, el derecho internacional de los derechos humanos tanto como el derecho internacional de protección de inversiones con sus respectivos ámbitos jurisdiccionales. Este complejo normativo, en conjunto, avanza en el condicionamiento tanto de los perfiles de la regulación como al momento de su aplicación e interpretación en el orden interno.

A. El movimiento de reforma de leyes de aguas en la región

Las reformas de leyes de aguas han sido más o menos frecuentes durante la última época y muchos más han sido sus intentos. Hay casos de reformas totales o leyes nuevas como las que serán objeto de análisis en este estudio. Ha habido muchas reformas parciales y en algunos casos muy relevantes que serán objeto de mención pero no de especial tratamiento como pueden serlo la reforma parcial del Código de Aguas de Chile en 2005, la reforma de la Ley de Aguas Nacionales de México en 2004, 2008 y 2013 o en Uruguay la reforma constitucional de 2004 y la Ley 18.610 de 2009 sobre los Principios Rectores de la Política Nacional de Aguas (Hantke-Domas, 2011). En la Argentina, varias provincias actualizaron o reformaron sus estatutos como Córdoba en 2006 o La Pampa en 2010.

³ Si se contempla la evolución actual del derecho de aguas en ámbitos territoriales significados (como la Unión Europea), lo que puede advertirse es que los acentos fundamentales se ponen en la consecución de la calidad de las aguas y el control de la contaminación hídrica y en las políticas de recuperación de los ecosistemas, propiciándose la reutilización de los recursos hídricos. Los conceptos del “buen estado” (ecológico, químico, cuantitativo) de las aguas subterráneas o superficiales son hoy términos comunes de las leyes de los países desarrollados.

⁴ Aunque trascendentes para el marco internacional, la entrada en vigor en agosto de 2014 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Convención de Nueva York) de 1997 tiene relativa incidencia en la región, habida cuenta que tan solo Paraguay y Venezuela aparecen como signatarios, mientras que ninguno de los dos la ha ratificado hasta el momento. Algo similar ocurre con la apertura a terceros países del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Convenio de Helsinki) de 1992.

Las causas de este movimiento reformista pueden deberse a múltiples factores que han alterado las condiciones de base de la dinámica de estos estatutos otrora más o menos estables. Las reformas han sido impulsadas por los múltiples factores (uso intensivo, demografía, urbanización, tecnología, agotamiento, contaminación, conflictos, cambio climático, etc.) que han determinado para la gestión y aprovechamiento de los recursos hídricos en el siglo XXI una realidad muy diversa, crítica y mucho más compleja que la de los siglos XIX o XX en la que se concibieron y sancionaron la mayoría de las leyes todavía vigentes y, que por su naturaleza, seguirán operando en el futuro.

El movimiento reformista se ha intensificado durante la última década en la región. Parece claro que por los referidos motivos las nuevas leyes sancionadas no van a durar tanto tiempo como sus antecesoras o, dicho de otra manera, aparece como muy probable que el incremento de la presión sobre los mismos estatutos, repercute en un sometimiento a un proceso de revisión, rectificación y reforma, tal vez no permanente, pero más frecuente que en épocas anteriores.

Todo depende evidentemente de cómo se maneje en cada caso la articulación de los niveles constitucional, legislativo y reglamentario. Es decir, depende de cuán rígidas sean las disposiciones de nivel constitucional y legal como para dar respuesta a las demandas de transformación o adaptación por vía reglamentaria. Se trata de conseguir un equilibrio que, dependiente de muchos factores, varía considerablemente de país en país.

B. Leyes de aguas, ineficacia e informalidad en la región

Hay varios estudios —especialmente de casos nacionales— sobre la legislación de aguas de los países de la región y sus reformas (Hantke-Domas, 2011; Solanes y Getches, 1998). Sin embargo, prácticamente no hay ningún estudio específico sobre los problemas de eficacia de esta legislación en la región. El hecho es que América Latina se ha caracterizado por la informalidad y en ocasiones por el escaso apego a la ley formal o, visto desde otra perspectiva, por las severas dificultades que los países enfrentan a la hora de aplicarla o hacerla cumplir en forma efectiva.

Un problema del que han venido dando cuenta de manera paulatina varios estudios (Solanes y Getches, 1998), la jurisprudencia interamericana, nacional y en buena medida algunas de las nuevas reformas, es el conflicto producido por el uso intensivo del agua en proyectos modernos de gran escala, grandes inversiones y aplicación de tecnología avanzada con formas tradicionales de aprovechamiento del recurso para usos fundamentalmente agrícolas pero no exclusivamente —también de pesca, agua potable rural, religiosos o rituales— llevados a cabo por comunidades indígenas o campesinas y de los que depende su subsistencia (Martín y Justo, 2015). Estos usos se han mantenido en muchos casos al margen del sistema estatal formal de derechos y aunque podrían estar amparados muchas veces por el instituto del uso común o doméstico, en la práctica, han empezado a colisionar fuertemente con los derechos formalizados generando importantes conflictos. De este problema comienzan a dar cuenta los estatutos de aguas mediante una especificación de algunos derechos o discriminación inversa que busca dispensar una protección especial a estos grupos, aunque no quede demasiado claro todavía como esa compatibilización funcionará efectivamente en la práctica.

Inclusive en países en apariencia “ordenados”, que tienen buenos indicadores de gobernabilidad (como Chile y Costa Rica), muchos o una parte significativa de los usos se realizan sin títulos formales de propiedad o de uso o sin respeto a las limitaciones que estos títulos establecen, acompañados de un deficiente o nulo monitoreo o control de parte de la administración. De esta forma, el problema apuntado, no se limita a pueblos indígenas o comunidades campesinas sino que se trata de algo bastante más amplio, pero difícil de vislumbrar, por la necesidad de estudios en terreno sobre prácticas que se encuentran incluso, a veces, en conflicto con la legalidad. Esto sin mencionar los casos de países sin presencia formal o control efectivo de la administración en una parte significativa de su territorio.

La ineficacia de las leyes puede deberse a múltiples causas que la teoría del Estado, del derecho y de la eficacia del derecho han analizado desde la propia disciplina jurídica e independientemente de las que puedan aportar otras ciencias como la sociología, la antropología, la ciencia política y la filosofía, para la explicación de un fenómeno eminentemente complejo como lo es el de la eficacia del derecho o la ley en el marco de los Estados modernos.

En el caso de los estatutos y leyes de aguas, esa ineficacia probablemente se incrementa pues se está ante una regulación general —nacional— de prácticas culturales, sociales, territoriales y centenarias muy arraigadas y que no son uniformes ni siquiera a lo largo de los propios países de la región. Muchas veces importados y en cierta medida ajenos a las realidades que habían de regular, muchos estatutos no han reflejado esa diversidad cultural y esas prácticas locales que se mantienen incólumes, al margen de la ley. La falta de priorización de estos temas por los gobiernos o en los hechos, la priorización a favor de usuarios formales nuevos que sí cuentan con títulos de dominio protegidos y la debilidad institucional, y sobre todo la falta de presupuestos, financiamiento, capacidad profesional y otros recursos, se conjugan también para impedir la aplicación de reglas que en la mayoría de los casos demandan de un amplio despliegue territorial estatal, incluyendo control, monitoreo, fiscalización y poder de policía de aguas, entre otras.

II. Nuevas leyes de aguas

A. Venezuela

1. Antecedentes

La actual Ley de Aguas tiene varios antecedentes que configuran en conjunto el régimen de las aguas en Venezuela y resultan cabales para comprender su evolución (la Ley de Montes y Aguas de 1910, la Ley Forestal de Suelos y de Aguas de 1966, la Ley de Reforma Agraria de 1960 y el Código Civil de 1942, entre otras) pero en lo sustancial, viene a sustituir al Decreto N° 1.400 con las Normas sobre la Regulación y el Control del Aprovechamiento de los Recursos Hídricos y de las Cuencas Hidrográficas de 1996. En efecto, varias de sus disposiciones, conforme las normas transitorias de la nueva ley mantienen su vigencia hasta tanto sean reemplazadas por la nueva reglamentación (Meaño, 1979; Fernández Morales, 2007a y 2007b).

La Ley de Aguas fue sancionada y publicada el 2 de enero de 2007, bajo la segunda presidencia de Hugo Chávez, que concluía el 10 de enero, fecha en que asumía su tercer mandato. Vale recalcar que todo el proceso de conformación de la nueva regulación e institucionalidad del agua se da bajo el influjo de un gobierno del mismo signo: la Constitución (1999), la sanción de la ley (2007) y los primeros años de su ejecución, con acciones que provienen tanto desde el ámbito institucional como del comunitario.

Es evidente el trascendente marco que la Constitución de 1999 da a la Ley de Aguas. En efecto, la misma pasa a un sistema de publicidad de todas las aguas al disponer que “Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio” (art. 304). Esa ley que refiere la disposición constitucional es la actual ley de aguas.

El nuevo diseño constitucional impacta en múltiples aspectos vinculados a la regulación de los recursos hídricos (como los relativos a la estructura orgánica o la distribución material de los poderes). A pesar de ser Venezuela un Estado federal, la Constitución de 1999 establece que será de competencia del Poder Público Nacional la determinación del régimen de administración, conservación, fomento y aprovechamiento de las aguas y otras riquezas naturales del país tanto como la planificación y la

definición de políticas en la materia (art. 156), lo que determinará una centralización formidable de competencias en una autoridad no especificada, cuya descentralización coordinada con un sin número de entidades inferiores se intentará luego en la ley.

2. Ley de Aguas de 2007

a) Los principios de la ley

La ley tiene por objeto establecer las disposiciones que rigen la gestión integrada de los recursos hídricos, como elemento indispensable para la vida, el bienestar humano y el desarrollo sustentable del país, resultando de carácter estratégico e interés de Estado en el marco de lo cual establece definiciones (art. 2), objetivos (art. 4) y principios (art. 5). Entre los principios que dan cuenta de su modernidad incorpora el acceso al agua como derecho humano fundamental; la publicidad de las aguas; la gestión integral y la cuenca hidrográfica como unidad de gestión; la participación, eficiencia, equidad y sostenibilidad; la conservación —que prevalece sobre cualquier interés económico o social— y, vinculado a la misma, la contribución solidaria de los usuarios con ese fin; y la soberanía, seguridad nacional y su consideración como instrumento de paz entre las naciones.

La preocupación social del legislador se evidencia al consagrar tres principios específicos que definen al agua como un bien social, que constituye un recurso fundamental para la erradicación de la pobreza, al tiempo que pone en cabeza del Estado la garantía del acceso al agua a todas las comunidades urbanas, rurales e indígenas.

b) La autoridad de aplicación

La normativa contempla una compleja arquitectura institucional para la gestión de las aguas (Título V) con principios propios, múltiples autoridades, órganos y un deslinde de competencias que no resulta del todo claro. Son principios específicos de la organización institucional la desconcentración, descentralización, eficiencia y eficacia administrativa; la participación ciudadana; la corresponsabilidad en la toma de decisiones; la cooperación interinstitucional; y la flexibilidad con respecto a las necesidades regionales y locales.

La organización institucional para la gestión de las aguas comprende diez organismos: el ministerio con competencia en la materia, quien ejercerá la Autoridad Nacional de las Aguas (ANA); el Consejo Nacional de las Aguas; los Consejos de Región Hidrográfica; los Consejos de Cuencas Hidrográficas; los usuarios o las usuarias institucionales; los Consejos Comunales, las Mesas Técnicas y Comités de Riego; el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas; el ministerio con competencia en materia de la defensa; los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas; y los Consejos Locales de Planificación Pública. La autoridad preeminente es la ANA que concentra las principales competencias vinculadas a la planificación, administración y gestión del agua (art. 24).

La ley prevé una compleja y múltiple conformación para el Consejo Nacional de las Aguas (art. 25) tanto como para los Consejos de Región Hidrográfica (art. 27) y los Consejos de Cuenca Hidrográfica (art. 31) que constituyen tres órganos diversos, aunque presididos por la ANA en el primer caso y coordinado por las respectivas Secretarías Ejecutivas —también a cargo de la ANA, pero delegables— en los dos restantes.

La ANA no reviste autonomía, especialidad, ni implica un grado de descentralización significativo ya que su autoridad es ejercida por un ministerio con variadas competencias centralizadas.

c) Gestión por cuencas

La ley no solo establece que la gestión integral del agua tiene como unidad territorial básica la cuenca hidrográfica sino que dedica mucha atención a la regulación de las regiones y cuencas hidrográficas (arts. 16 al 19).

La ley dispone que las regiones hidrográficas, cuencas hidrográficas, provincias y cuencas hidrogeológicas se considerarán unidades espaciales de referencia para la organización institucional y el manejo de las aguas superficiales y subterráneas (art. 16). Es la misma ley la que establece qué cuencas conforman qué regiones, pero es la reglamentación la que delimita las provincias y cuencas hidrogeológicas (art. 19).

A estas unidades territoriales corresponden los Consejos de Región y Cuenca Hidrográfica respectivamente, cuyo grado de efectividad es relativo, habida cuenta que la ley limita sus funciones de planificación y contralor, privándolas —como en otros casos en la región (Dourojeanni, Jouravlev y Chávez, 2002)— de competencias de gestión. La complejidad organizacional de la ley, dada la multiplicidad de instituciones que conforman su estructura, es evidente a este nivel, lo que ha generado posiciones encontradas en los intentos de su implementación (Sánchez, 2013).

d) El agua como bien del dominio público de la Nación

Fiel a la tradición continental, Venezuela detentaba —hasta la sanción de la Constitución de 1999— un sistema mixto de propiedad de las aguas donde la categoría de privadas subsistía para algunos supuestos regulados en el Código Civil sin perjuicio de que la gran mayoría resultare de carácter público. La Constitución adopta el principio de publicidad de todas las aguas (art. 304) que va a ser ratificado por la Ley de Aguas al consagrar, como bienes del dominio público de la Nación, a todas las aguas del territorio nacional, sean continentales, marinas e insulares, superficiales o subterráneas (art. 6).

e) Gestión del agua: participación

La participación se contempla desde los principios y objetivos de la ley. En concreto, mientras en el Consejo Nacional se reserva un escaño para los usuarios institucionales del agua, los Consejos de Región y de Cuenca Hidrográfica prevén además la participación de los usuarios institucionales, la de los Consejos Comunales y los pueblos y comunidades indígenas respectivamente (arts. 28 al 32).

La ley contempla que la participación protagónica de la sociedad en la gestión integral de las aguas se efectuará a través de los mecanismos de participación establecidos en la Constitución y las leyes. Sin embargo será el reglamento de la ley el que determinará las condiciones que deban cumplir los usuarios, los Consejos Comunales y los pueblos y comunidades indígenas para participar en los Consejos de Región Hidrográfica y en los Consejos de Cuenca Hidrográfica.

f) El derecho humano fundamental al agua

La ley expresamente reconoce el acceso al agua como un derecho fundamental, elevándolo a nivel de principio de la gestión integral de las aguas (art. 5). Sin embargo, la ley no avanza en la definición del contenido específico del derecho y las condiciones de su ejercicio limitándose, como es común en la legislación regional, al reconocimiento del decimonónico instituto del uso común según el cual “todos pueden usar las aguas sin necesidad de concesión, asignación o licencia, mientras discurren por sus cauces naturales, para bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado y para la navegación” (art. 73).

g) Planificación hídrica, orden de prioridades, concesiones, asignaciones y licencias para el uso del agua

El Título VI de la ley está dedicado a los instrumentos de gestión entre los que se incluyen: el Subsistema de Información de las Aguas; los planes de gestión integral de las aguas; el control administrativo previo, para el uso de las aguas; el Registro Nacional de Usuarios y Usuarías de las Fuentes de las Aguas; y el Sistema Económico Financiero.

El sistema nacional de planes de gestión integral de las aguas formará parte del Sistema Nacional de Planificación y estará en concordancia con los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social, y de los Planes Nacionales del Ambiente y de Ordenación del Territorio (art. 45). Específicamente, la ley prevé tres planes concatenados. Los planes de gestión integral del agua comprenden un plan nacional (art. 48), los planes en el ámbito de regiones hidrográficas (art. 49) y los planes de cuencas hidrográficas (arts. 50 y 51). Todos son públicos y de obligatorio cumplimiento (art. 44).

A los efectos del control administrativo, la ley distingue entre los usos no sujetos a formalidades especiales tales como, los domésticos, para abrevar ganado y para la navegación, llamados normalmente comunes, y los usos con fines de aprovechamiento —que la teoría general denomina usos especiales, exclusivos o privativos— sujetos a la tramitación de concesiones, asignaciones y licencias (art. 61). Pero no hay un orden de prioridades general como en la mayoría de las legislaciones sino que el establecimiento del mismo se difiere a los planes a nivel de cuenca hidrográfica (art. 51).

La ley contempla tres figuras para el otorgamiento de derechos de uso especial de las aguas públicas aunque no regula su régimen sustancial. La concesión se prevé para los usos de generación hidroeléctrica, actividades industriales y comerciales (art. 75), reviste carácter contractual (art. 76) y un plazo máximo de 20 años prorrogables (art. 77). Las asignaciones, para estos mismos usos, comparten trámite y contenido pero corresponden cuando el solicitante sea un órgano de la administración pública nacional. La licencia, en cambio, está prevista para el uso de aguas en sus fuentes superficiales y subterráneas, con fines de abastecimiento a poblaciones, agrícolas y recreacionales sin fines de lucro (art. 80) y el mismo texto legal las define como un acto administrativo (art. 81) en vez de un contrato.

h) La protección ambiental del agua

Como toda ley contemporánea, demuestra una evidente preocupación por este aspecto desde el planteamiento de principios, como el de conservación del agua, en cualquiera de sus fuentes y estados físicos, que prevalecerá sobre cualquier otro interés de carácter económico o social (art. 5); y objetivos, entre ellos, el consistente en garantizar la conservación, con énfasis en la protección, aprovechamiento sustentable y recuperación de las aguas (art. 4). La norma articula estos principios y objetivos con disposiciones concretas sobre generadores de efluentes (art. 13), zonas protectoras de cuerpos de aguas (art. 54), régimen de vertidos (art. 82) y su coordinación con las disposiciones del régimen sancionatorio (arts. 110 al 124 y subsiguientes). Sin embargo, no tiene previsiones sobre caudal ecológico, o zonas protectoras de recarga de los acuíferos, por ejemplo.

i) Régimen económico financiero

La ley prevé un complejo sistema económico financiero con objetivos y principios propios (arts. 88 y 89) que comprende tanto las fuentes de financiamiento como el Fondo Nacional para la Gestión Integral de las Aguas. Específicamente, establece que los usuarios contribuyan al financiamiento de su conservación y uso (art. 93), como una contraprestación por aprovechamiento (art. 94) y al mismo tiempo establece algunas tasas (art. 95). El Fondo Nacional para la Gestión Integral de las Aguas reviste autonomía pero no personalidad jurídica, cuenta con un directorio ejecutivo y una extensa regulación de funciones, financiamiento, aprobación, desembolso y fuentes de ingreso.

B. Nicaragua

1. Antecedentes

La Ley N° 620, de 15 de mayo de 2007, General de Aguas Nacionales, publicada el 4 de septiembre de 2007, es la primera ley de aguas con la que cuenta Nicaragua. Obviamente con anterioridad existía en este país legislación en materia de aguas, pero la regulación era sectorial, realizada desde la perspectiva del sector energético, de los servicios de agua potable y también en alguna medida, aunque menor, desde la regulación de la agricultura. Por supuesto la legislación sobre medio ambiente también ha influenciado en buena medida la orientación de la Ley N° 620.

Aunque se trata de una ley “general”, continúa estando presente en ella un cierto aspecto “sectorial” en cuanto su artículo 42 remite a “regulaciones especiales” que dicte la Autoridad Nacional del Agua (ANA), para el trámite y otorgamiento de licencias para el uso o aprovechamiento de aguas nacionales superficiales o del subsuelo para el suministro por acueductos u otro medio de servicios de agua potable (a cargo de las instituciones del Estado competentes) o para la generación de energía hidroeléctrica y geotérmica a cargo de personas naturales y jurídicas, públicas o privadas. Esas regulaciones especiales todavía no se han dictado, por lo que habría de tenerse en cuenta la normativa general sectorial.

Como en muchos otros países, han tenido también importancia en la regulación histórica las distintas menciones a las aguas que se contienen en el Código Civil de 1904. La influencia del código no ha desaparecido completamente por la promulgación de la Ley N° 620, puesto que el mismo artículo 149 de la misma remite al código la determinación de lo que se entienda por “bienes nacionales” debiendo entenderse, entonces, complementado lo indicado en el artículo 9 de la Ley N° 620 por las definiciones

que se encuentren en el Código Civil. El código regulaba también lo relativo a la propiedad privada de las aguas (arts. 611 y 612) y las servidumbres (arts. 1581 al 1586); en todo caso, las referencias a la propiedad privada son incompatibles con la afirmación de propiedad pública que se hace en la Ley N° 620.

En el plano constitucional, en la última reforma de 2014 se adicionan distintos párrafos al artículo 60 y se expresa que la “madre tierra” debe ser “amada, cuidada y regenerada” y que la misma “pertenece comunitariamente a todos los que la habitan y al conjunto de los ecosistemas”. Los últimos párrafos de ese precepto, aun sin mención a las aguas pero siendo éstas incluibles en ellos, indican lo siguiente:

“La Tierra forma con la humanidad una única identidad compleja; es viva y se comporta como un único sistema autorregulado formado por componentes físicos, químicos, biológicos y humanos, que la hacen propicia a la producción y reproducción de la vida y que, por eso, es nuestra madre tierra y nuestro hogar común. Debemos proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas, con especial preocupación por la diversidad biológica y por todos los procesos naturales que sustentan la vida. La nación nicaragüense debe adoptar patrones de producción y consumo que garanticen la vitalidad y la integridad de la madre tierra, la equidad social en la humanidad, el consumo responsable y solidario y el buen vivir comunitario. El Estado de Nicaragua asume y hace suyo ... el texto íntegro de la Declaración Universal del Bien Común de la Tierra y de la Humanidad”.

Con estas expresiones enlaza la reforma constitucional de 2014 con los antecedentes de las constituciones boliviana de 2007 o ecuatoriana de 2008 en donde estas palabras reflejan claramente una visión particular, impregnada de creencias indígenas y directrices políticas generales (el “buen vivir”) que forman un entramado conceptual que de una u otra forma está influyendo en legislaciones ordinarias sobre los recursos naturales y también sobre su aplicación.

También debe destacarse el artículo 102, con ligeras modificaciones sobre la Constitución de 1987, y que dice que “Los recursos naturales son patrimonio nacional. La preservación del ambiente y la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; éste podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera, bajo procesos transparentes y públicos”.

Finalmente se destaca que se ha añadido un apartado segundo a este artículo en la reforma constitucional de 2014, relativo al Gran Canal Interoceánico (véase el recuadro 1).

Recuadro 1 El Gran Canal Interoceánico

La Constitución de 2010 fue reformada para adicionar un apartado segundo en su artículo 102: “Dada la ventajosa posición geográfica del país, a través de Ley, el Estado podrá celebrar contrato u otorgar concesión para la construcción y explotación racional de un canal interoceánico, las cuales deberán considerar cuando se trate de inversión con empresas extranjeras, la conformación de consorcios con empresas nacionales para promover el empleo. Las leyes de la materia para su aprobación, reforma o derogación, requerirán el voto del sesenta por ciento del total de Diputados de la Asamblea Nacional”.

La primera de ellas es la Ley N° 800 del Régimen Jurídico de El Gran Canal Interoceánico de Nicaragua y de Creación de la Autoridad de El Gran Canal Interoceánico de Nicaragua, publicada el 9 de julio de 2012, ley fuertemente afectada (varios de sus artículos fueron derogados) por la Ley N° 840, Especial para el Desarrollo de Infraestructura y Transporte Nicaragüense Atingente a El Canal, Zonas de Libre Comercio de Infraestructuras, publicada el 14 de junio de 2013. Esta ley tiene el objetivo de “aprobar y autorizar a firmar posteriormente el Acuerdo Marco de Concesión e Implementación ... a suscribirse entre la Autoridad de El Gran Canal Interoceánico de Nicaragua, el Gobierno, la Comisión del Proyecto de Desarrollo del Canal de Nicaragua, la Empresa Desarrolladora de Grandes Infraestructuras” (art. 1).

Recuadro 1 (conclusión)

La exposición de este artículo ya transmite la idea de estar ante una concesión de obra pública que adopta la forma de ley y en la que lo importante es la preparación y facilitación de las inversiones ligadas a la construcción de la infraestructura. La Autoridad del Gran Canal no guarda relación con la ANA, aunque algunas de sus competencias tengan que ver con la gestión del agua. El objetivo último de la construcción de la infraestructura prima sobre cualquier otra consideración aun cuando aparezcan —sin mucha intensidad— disposiciones propias de una normativa hídrica como cuando el artículo 6 de la Ley N° 800 atribuya a la Autoridad de El Gran Canal Interoceánico de Nicaragua la competencia de “velar permanentemente y en forma especialmente prioritaria por la preservación y protección del Gran Lago de Nicaragua, invaluable activo del patrimonio nacional, implementando las medidas técnicas y ambientalistas necesarias para evitar su contaminación y conservar la potabilidad y sustentabilidad de sus aguas”.

Fuente: Elaboración propia.

La Ley N° 620 fue objeto de desarrollo reglamentario por el Decreto N° 44-2010, de 4 de agosto de 2010 por el que se aprobó el Reglamento de la Ley General de Aguas Nacionales, publicado los días 9 y 10 de agosto de 2010.

2. Ley General de Aguas Nacionales de 2007

a) Los principios rectores de los recursos hídricos

Existe una política nacional de recursos hídricos aprobada por el Decreto 107-2001. A ese Decreto apela el artículo 13 de la Ley N° 620 que sistematiza los siguientes principios rectores de los recursos hídricos:

- **Recurso estratégico.** Con esa palabra (y su desarrollo) se quiere resaltar la importancia de los recursos hídricos para el desarrollo social y económico del país.
- **Conocimiento.** Se hace mención a la necesidad de estudio del recurso hídrico, por lo que hay un compromiso del Estado para la instalación, operación y mantenimiento de las redes meteorológicas, hidrológicas e hidrogeológicas.
- **Preservación y defensa.** Porque el agua es un recurso vital, limitado, vulnerable y finito. La Ley N° 620 aprovecha para indicar aquí expresamente que “su acceso es un derecho irrenunciable de todo ser humano” reflejando la tendencia presente en muchas leyes actuales. Llama la atención que el derecho se proclame en la Ley N° 620 de forma indirecta y no con un artículo dedicado expresamente a ello.
- **Administración responsable.** Aquí se vuelve a nombrar el acceso como derecho “intrínsecamente vinculado a la vida”.
- **Manejo integral.** Con esta expresión se vincula la ley a las tendencias modernas de la gestión integral de los recursos hídricos. Se habla de las “cuencas superficiales o subterráneas” como base de la gestión del agua, aunque la cuenca, como unidad territorial, comprende tanto las aguas superficiales como las subterráneas, sin que pueda establecerse una distinción.
- **Participación ciudadana.** La ley vincula la participación a la “formulación e implementación de la política nacional hídrica y de los planes y programas correspondientes”.
- **Responsabilidad.** Que se deriva a las personas naturales o jurídicas que contaminen los recursos hídricos y que deberán pagar los costos de la restauración de su calidad; mientras que quienes hagan un uso eficiente y limpio se harán acreedores de incentivos. Se trata de una plasmación del principio clásico de “quien contamina paga”.
- **Coordinación armónica.** La expresión se dirige a las distintas entidades estatales responsables de la gestión de los recursos hídricos. Ello tendrá su plasmación en el llamado “sistema de administración del agua”.

- Precaución. Se afirma que la precaución prevalecerá cuando exista duda razonable sobre la posible afección negativa, sobre el recurso hídrico o la cuenca (principio de precautoriedad).
- Rigor subsidiario. Esta expresión parece referirse a una prevalencia de las normas “dictadas por las entidades regionales o locales” cuando sean más rigurosas que las de la ANA.

De otros artículos de la Ley N° 620 se deduce el interés (equivalente al principio) por prohibir cualquier forma de privatización directa o indirecta del servicio de agua potable (art. 4), establecer costes diferenciados de las tarifas del agua (que claramente están referidos a los servicios de agua potable y no a los cobros por extracción de agua cruda) a fin de favorecer a los sectores de menores recursos económicos (art. 5) o el derecho de los pueblos indígenas de todo el territorio nacional y el de las comunidades étnicas de la Costa Atlántica para el uso y disfrute de las aguas que se encuentran dentro de sus tierras comunales (art. 6).

b) La propiedad pública

La Constitución utiliza la expresión “patrimonio nacional” que va a ser entendida aquí como propiedad pública. Sobre ello se vuelve en el artículos 7 y subsiguientes de la Ley N° 620 utilizándose también la expresión “dominio eminente” (art. 7) relativa a las aguas superficiales o subterráneas que se encuentren en la parte continental del territorio nacional y los elementos naturales que integran las cuencas hidrográficas. El mismo precepto afirma que estas aguas “pertenecen a la Nación”, ampliando el artículo 8.2 la pertenencia pública a “las aguas residuales provenientes del uso de las aguas nacionales ... cuando se descarguen en cuerpos receptores de propiedad nacional”. La propiedad pública se extiende en el artículo 9 a otros “bienes nacionales” como los terrenos de los cauces o álveos de las corrientes naturales, navegables o flotables; los lechos de los lagos, lagunas, esteros descubiertos por causas naturales o por obras artificiales; y las obras públicas de regulación y aprovechamiento del agua, incluidas las instalaciones, inmuebles y terrenos que ocupen.

c) La planificación hídrica

La planificación hídrica ocupa un lugar especial en la Ley N° 620 (arts. 15 al 18) comenzando por vincularla a la “política nacional de recursos hídricos” y hacer obligatorios sus contenidos, que deberán versar sobre las prioridades para el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales, así como la conservación de su cantidad y calidad y otras cuestiones (art. 15). Planificación que tiene un ámbito territorial de cuenca y acuífero (art. 16), vinculados por un “Plan Nacional de los Recursos Hídricos” formulado por la ANA y que servirá para que se elaboren los planes por cuenca bajo la responsabilidad de los Organismos de Cuenca. Los planes deben ser aprobados por el Consejo Nacional de los Recursos Hídricos (art. 17) quien también los evaluará periódicamente.

El carácter vinculatorio (normativo) de la planificación aparece claramente deducible del mandato de su publicación oficial, “sin perjuicio de que la ANA los difunda amplia e íntegramente por cualquier medio de comunicación social escrito de circulación nacional”. Finalmente se dispone que los planes deberán ser revisados y actualizados al menos cada tres años (art. 18).

d) El Sistema de Administración del Agua

La Ley N° 620 dedica al llamado “Sistema de Administración del Agua” su Título III. La mención del término “sistema” pretende transmitir la idea de “coordinación” entre distintos organismos, cosa que ya estaba insinuada en los principios rectores sobre los recursos hídricos. Los elementos organizativos fundamentales de este sistema serían el Consejo Nacional de los Recursos Hídricos, la ANA, los Organismos de Cuenca y los Comités de Cuenca.

i) Consejo Nacional de los Recursos Hídricos

Este órgano es el de máxima representación y autoridad en el ámbito de la política del agua (art. 21), lo que no quiere decir que le atribuya la gestión diaria y directa del agua, cuestión que es competencia de la ANA. El Consejo se define como órgano de “concertación y participación”, tiene facultades “asesoras y de coordinación” y también aprueba “las políticas generales de planificación y seguimiento a la gestión que realiza” la ANA. Se compone de representación de diversos órganos estatales y también de representaciones sociales. Es una suerte de parlamento del agua.

Entre sus funciones se destacan las de “elaborar y actualizar la Política Nacional de los Recursos Hídricos”, aprobar el Plan Nacional de los Recursos Hídricos y los planes y programas por cuenca, “ser instancia de consulta y de coordinación intersectorial para la planificación y administración integral de los recursos hídricos”, “aprobar el establecimiento de los Organismos de Cuenca y de los Comités de Cuenca” y “previa consulta con los sectores y actores involucrados, aprobar las concesiones para aprovechamiento de uso múltiple de agua o de carácter estratégico para el país, o que cubren más de un sector o una cuenca o impliquen la construcción de obras hidráulicas de grandes dimensiones” (el art. 23).

ii) Autoridad Nacional del Agua (ANA)

La Ley define en el artículo 24 a esta entidad como el “órgano descentralizado del Poder ejecutivo en materia de agua”. Tiene personería jurídica propia, autonomía administrativa y financiera y sus funciones se dividen en “técnicas-normativas, técnicas-operativas y de control y seguimiento”, para ejercer la gestión, manejo y administración en el ámbito nacional de los recursos hídricos. El Director de la ANA es nombrado por la Asamblea Nacional entre una terna propuesta por el Presidente de la República (art. 28).

Entre las competencias de la ANA destaca la de formular y elaborar el Plan Nacional de los Recursos Hídricos, otorgar, modificar, prorrogar, suspender o extinguir los títulos de concesión y licencia para el uso y aprovechamiento del agua y de sus bienes y los permisos para el vertido de las aguas residuales en cuerpos receptores de dominio público. Igualmente le corresponde la administración de las obras públicas hidráulicas del Estado, excepto las que estén a cargo de otras entidades estatales o de los usuarios (en el sentido de que hayan recibido una concesión). Puede delegar el ejercicio de sus competencias en los Organismos de Cuenca.

iii) Organismos de Cuenca

Son por ahora una previsión teórica pues no se han creado efectivamente, al contrario de lo que sí ha sucedido con la ANA. Se definen como “expresión derivada y dependiente en concepto global de la ANA en las cuencas hidrográficas superficiales y del subsuelo en el territorio nacional, que funcionarán como instancias gubernamentales, con funciones técnicas, operativas, administrativas y jurídicas especializadas propias, coordinadas y armonizadas con la ANA, para la gestión, control y vigilancia del uso o aprovechamiento de las aguas en el ámbito geográfico de su cuenca respectiva” (art. 31). La Ley N° 620 regula también su estructura de gobierno (arts. 32 y 33) y forma de nombramiento de los Directores del Organismo de Cuenca (art. 34).

iv) Comités de Cuenca

Son la expresión de la idea de participación presente en la Ley N° 620 y que se ha visto elevada a uno de los principios de gestión de los recursos hídricos. La expresión “comités de cuenca” es genérica, pues los puede haber también de subcuenca y de microcuenca, sin que se precisen estos conceptos en la ley. Se definen como “foros de consulta, coordinación y concertación entre los Organismos de Cuenca, entidades del Estado, municipios, Regiones Autónomas, en su caso, así como las organizaciones no gubernamentales y los usuarios de la respectiva cuenca”, debiendo existir paridad numérica entre los representantes de los usuarios, la sociedad civil organizada y los funcionarios gubernamentales (art. 35).

Todo ello se traduce en una forma de participación en la formulación de los planes y programas y en la posibilidad de velar por una mejor administración de las aguas, el desarrollo de la infraestructura hidráulica y de los servicios respectivos y la gestión de mecanismos financieros que permitan apoyar acciones encaminadas a la preservación y conservación de los recursos hídricos (art. 36).

e) El uso o aprovechamiento del agua

El Título IV de la Ley N° 620 se dedica a la regulación del uso o aprovechamiento del agua. Éste es legítimo si se cuenta con un título de concesión, una licencia especial o una autorización. Los distintos nombres engloban también los diferentes contenidos de cada uno de estos instrumentos.

La concesión la otorga la ANA y posibilita un uso o aprovechamiento distinto del que facilita la licencia. La licencia también la otorga la ANA y sirve para el abastecimiento de agua potable a las instituciones del Estado competentes y para la generación de energía eléctrica hidroeléctrica y geotérmica (luego es para otro tipo de usos distintos de los reservados a la licencia para los que debe utilizarse la concesión como elemento legitimador de tales usos). Finalmente, la autorización la otorgan

la Alcaldía o los Consejos Regionales Autónomos de la Costa Atlántica cuando exista convenio de colaboración administrativa suscrito con la ANA (art. 41). Estas autorizaciones se otorgan para usos de baja intensidad (como captación de aguas para riego de parcelas menores o iguales a tres hectáreas).

El otorgamiento de estos instrumentos de gestión se subordina a lo que indique la ley, pero también a los planes, las declaratorias de veda, las reservas de aguas para usos específicos y los estudios hidrogeológicos que se soliciten (art. 45), menciones coherentes con el valor de la planificación otorgado en esta ley así como con la protección de las aguas. La Ley N° 620 regula pormenorizadamente la tramitación de las solicitudes de concesión, licencia o autorización.

f) El régimen económico del agua

El régimen económico es objeto del Título VI. El punto de partida es el establecimiento de un canon por el uso o aprovechamiento de aguas nacionales y los bienes nacionales que administre la ANA (además, se menciona el canon de vertido). Este canon debe ser establecido por una ley (art. 87). Se enumera una serie de parámetros que deberán tenerse en cuenta para su determinación, como la disponibilidad relativa del agua en la localidad o región en donde se realice la extracción; la productividad y el beneficio económico que le confiere el agua al usuario; si se trata, o no, de un uso consuntivo; si es insumo o componente principal del producto final; los volúmenes utilizados; su contribución en la generación de impuestos y de empleo; y si produce bienes destinados a la exportación o bienes de consumos de primera necesidad. Igualmente se encarga a la ANA que contemple aspectos “muy sensitivos” de carácter social y humanitario a fin de garantizar el suministro de agua potable a la población de más escasos recursos y niveles de extrema pobreza en condiciones especiales (art. 88).

El producto de la recaudación del canon se destinará “preferentemente” a cubrir los gastos para la administración, planificación, investigación, desarrollo tecnológico y de sistemas de información, así como para financiar inversiones del Estado en obras sociales de atención a comunidades marginadas, así como de protección y beneficio ambiental (art. 89).

Se dispone la creación de un Fondo Nacional del Agua (arts. 90 y subsiguientes) que se formará con los ingresos provenientes del pago del canon, partidas presupuestarias, multas por infracciones a la ley y aportes y donaciones de entidades nacionales o internacionales (art. 90). Su objetivo es coadyuvar al financiamiento de programas y actividades relacionadas con la Política, el Plan Nacional de los Recursos Hídricos, los planes hidrológicos por cuencas y la restauración de las mismas (art. 91).

g) La protección de las aguas

El Título VII de la Ley N° 620 se dedica a regular la protección de las aguas. Contiene regulaciones dirigidas a aspectos concretos de esta protección, como el precepto relativo al Gran Lago de Nicaragua o Cocibolca (art. 97), o el Lago de Managua o Xolotlán (art. 98), pero también se regulan acciones generales de protección de las aguas de responsabilidad del Estado (art. 101).

Singularmente se trata de los permisos de vertido (arts. 102 y subsiguientes) disponiéndose que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, requieren de ese permiso otorgado por la ANA para verter en forma permanente, intermitente u ocasional aguas residuales en cuerpos receptores que sean aguas nacionales o bienes del dominio público, incluyendo las aguas marítimas, e igualmente para infiltrar o inyectar en terrenos que sean bienes nacionales o en otros terrenos, cuando puedan contaminar el subsuelo o los acuíferos (art. 102).

Quienes vayan a realizar esos vertidos deberán tratar las aguas residuales previamente, cancelar el canon por vertido, instalar y mantener en buen estado los aparatos medidores o dispositivos de aforo y los accesos para muestreo, que permitan verificar los volúmenes de descarga y la toma de muestras para determinar las concentraciones de los parámetros previstos en los permisos de vertido, informar a la administración de cualquier cambio en sus procesos cuando con ello se ocasionen modificaciones en las características o en los volúmenes de las aguas residuales, operar y mantener por sí o por terceros las obras e instalaciones necesarias para el manejo y, en su caso, el tratamiento de las aguas residuales, así como para asegurar el control de la calidad de dichas aguas, cumplir con las normas técnicas y las demás condiciones particulares de vertido, permitir visitas de inspección (art. 104). Se regulan también la suspensión y extinción del permiso de vertido (arts. 105 y 106).

C. Paraguay

1. Antecedentes

La Constitución de 1992 no contempla normas específicas sobre recursos hídricos aunque en forma coherente con la época de su sanción, incorpora el derecho a un ambiente saludable (art. 7), así como previsiones expresas de protección ambiental (art. 8) y la supranacionalidad de los derechos humanos (art. 145), garantizando a todos los habitantes la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza (art. 47), entre otras disposiciones que brindan un marco constitucional jurídico general relativamente moderno a los estatutos particulares relativos a las aguas.

La Ley 3239/07 de Recursos Hídricos fue promulgada el 10 de julio de 2007 y como resultado de un proceso participativo iniciado en 2004 sobre el final del Gobierno de Nicanor Duarte, quien traspasó el mando en 2008 a Fernando Lugo de una coalición diferente. Tiene tan solo 56 artículos.

Un proyecto de Decreto Reglamentario de la ley elaborado por la autoridad transitoria de aplicación —la Secretaria del Ambiente (SEAM)— conjuntamente con las demás instituciones integrantes del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) habría sido aprobado por éste en junio de 2012, pero sin que hasta el momento se haya conseguido su promulgación por parte del Poder Ejecutivo.

Al margen del análisis pero con trascendentes disposiciones quedan la Ley 1561/00 que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el CONAM y la SEAM por ser en los hechos y de manera provisional la autoridad de aplicación de la Ley de Recursos Hídricos.

2. Ley de Recursos Hídricos de 2007

a) Objetivo y principios de la ley

Inmediatamente después de consagrar su objetivo, el cual es regular la gestión sustentable e integral de todas las aguas y los territorios que las producen, cualquiera sea su ubicación, estado físico o su ocurrencia natural dentro del territorio paraguayo, con el fin de hacerla social, económica y ambientalmente sustentable (art. 1), la ley enumera y hace una descripción breve de lo que serán los principios que presidirán la gestión integrada de los recursos hídricos tanto como la interpretación e integración de la planificación en la gestión del agua con la Política Nacional de los Recursos Hídricos y la Política Ambiental Nacional (art. 2).

La ley adopta principios clásicos —para el siglo XXI— como los de publicidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de las aguas; el acceso al agua como derecho humano; el ciclo hidrológico, el uso múltiple y coordinado; la cuenca hidrográfica; el carácter de bien natural, finito y vulnerable de triple valoración, económica, social y ambiental; la sostenibilidad, descentralización, participación y perspectiva de género en la gestión y la intransferibilidad e indelegabilidad de la propiedad y guarda estatal de los recursos hídricos (art. 3).

b) La autoridad de aplicación

La ley no se ocupa del diseño orgánico de la institucionalidad hídrica considerando solo una disposición transitoria en la que designa, hasta tanto se defina el correspondiente marco institucional, a la SEAM como la autoridad de aplicación (art. 52). Aunque considera la cuenca como unidad de gestión, no refiere a la constitución de entes de este tipo que se encontraban contemplados en forma previa por la Resolución SEAM 170/06 que reglamenta los Consejos de Aguas por Cuencas Hídricas.

c) Gestión por cuencas

La ley refiere con carácter de principio a la cuenca hidrográfica como la unidad básica de gestión de los recursos hídricos (art. 3). Entre una extensa lista de objetivos contempla el de “Promover en forma gradual el desarrollo y operatividad del gobierno y administración de los recursos hídricos a través de unidades de gestión de cuencas, dentro del concepto y marco de la unidad jerárquico-funcional superior que ejerza la autoridad política y ejecutiva en forma orgánica y coordinada con otros sectores igualmente involucrados” (art. 4).

La cuenca hidrográfica, por su parte es definida como el “área geográfica o porción de superficie dentro de la cual escurre un sistema hidrográfico formado por diversos aportes hídricos, sean estos de precipitación o del subsuelo, que en su conjunto o separadamente, discurren a expensas de su energía potencial y por medio de colectores de distinto rango hacia un colector principal ubicado en un nivel de base” (Art. 5).

De la implementación y reglamentación dependerá si los Consejos de Aguas por Cuencas, desempeñarán un rol meramente testimonial y consultivo o tendrán un rol protagónico pudiendo incidir a nivel de decisión, haciendo así efectivos los principios de participación y descentralización enunciados.

d) El agua como bien de dominio público del Estado

La ley inicia su declaración de principios consagrando la publicidad de las aguas al establecer que tanto las superficiales como las subterráneas son propiedad de dominio público inalienable e imprescriptible del Estado (arts. 3 y 6). En forma complementaria se establece que el titular de un permiso o concesión, adquiere un derecho precario de carácter público al uso del agua, pero no el dominio ni ningún otro derecho de propiedad sobre las mismas (arts. 39 y 47).

e) La gestión del agua: participación

La ley no insta una estructura orgánica manteniendo por defecto la preeminencia casi absoluta del Estado en la gestión. Aunque no contempla órganos específicos, la norma consigna entre los objetivos de su política: gestionar los territorios productores de agua en forma ambiental y culturalmente adecuada —a través de autoridades integradas en cada caso por gobiernos locales, representantes de comunidades locales y técnicos, con facultades de investigación, planificación, coordinación y resolución de conflictos extrajudiciales— que asegure la sustentabilidad del agua; así como propiciar y desarrollar, gradual pero activamente, la participación de los usuarios, a través de las organizaciones propias de las comunidades o las que se creen y se reconozcan como tales dentro del marco de esta ley, tanto en la programación del desarrollo de los recursos hídricos, como en la misma administración y control de las utilidades (art. 4). También contempla que la gestión de los recursos hídricos en el marco del desarrollo sustentable, debe ser descentralizada, participativa y con perspectiva de género (art. 3).

Sin embargo, y más allá de estos objetivos y lineamientos generales no están definidos en la ley órganos o mecanismos concretos y de participación necesaria, difiriéndolo todo a la reglamentación. La gestión del agua pública será en consecuencia predominantemente estatal y centralizada hasta tanto se hagan efectivos, vía reglamentación los principios de participación y descentralización.

f) El derecho de acceso al agua

La ley se enmarca en una constitución comprometida con la protección de los derechos humanos (arts. 142, 143 y 145) donde se contempla específicamente que el Estado debe cumplir todas las obligaciones asumidas a nivel internacional a través de los tratados sobre derechos humanos (art. 8).

Entre sus principios contempla que el acceso al agua para la satisfacción de las necesidades básicas es un derecho humano y debe ser garantizado por el Estado, en cantidad y calidad adecuada (art. 3). Sin hacer referencia específica al saneamiento 2010, la norma consagra que toda persona física tiene derecho a acceder a una cantidad mínima de agua potable por día, suficiente para satisfacer sus necesidades elementales, difiriendo la determinación de esa cantidad mínima al reglamento a dictarse por parte del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (art. 16).

Adicionalmente, dispone que los recursos hídricos para fines domésticos y de producción familiar básica que sean utilizados de manera directa por el usuario, sin intermediación de ningún tipo, son de libre disponibilidad, no están sujetos a permisos ni concesiones ni impuestos de ningún tipo y solo deberán estar inscriptos en el Registro Nacional de Uso y Aprovechamiento de los Recursos Hídricos, con el único fin de su contabilización en el Balance Hídrico Nacional (art. 15).

g) Planificación hídrica, orden de prioridades y permisos de uso del agua

La ley prevé un marco técnico, que incorpora instrumentos clásicos de planificación y administración. Precede la serie de instrumentos predispuestos para la gestión de los recursos hídricos, el Plan Nacional de Recursos Hídricos, que será elaborado con base en la Política Nacional de los Recursos Hídricos antes de los cinco años de sancionada la ley, y será actualizado permanente y sistemáticamente.

Un plan que, sin embargo, debe de ser precedido por la elaboración de un Inventario Nacional del Agua, que permitirá generar el balance hídrico nacional a partir del conocimiento de la disponibilidad de los recursos hídricos para el otorgamiento de permisos y concesiones de usos y aprovechamientos (art. 10). La ley prevé el establecimiento de un Registro Nacional de Recursos Hídricos a fin de conocer y administrar la demanda de recursos hídricos, donde deberán inscribirse todas las personas físicas y jurídicas, de derecho público y privado, que se encuentren en posesión de recursos hídricos, con derechos de uso y aprovechamiento o que realicen actividades conexas a los recursos (art. 11).

Al margen de la regulación del uso común o doméstico, la ley prohíbe todo tipo de uso o vertido sin el correspondiente título de permiso o concesión (art. 32). El permiso está previsto para: i) las pequeñas utilizaciones de agua (que no implican su derivación por canales); ii) los usos de carácter transitorio; y iii) los vertidos de efluentes (art. 37); y la concesión para el resto de las utilizaciones especiales (art. 44). Llamativamente, la ley no determina ni difiere a la reglamentación el establecimiento de plazos para ninguna de las tipologías de títulos.

La concesión, al menos en los términos literales de esta ley, reviste carácter contractual y debe ser adjudicada en un proceso de licitación pública (art. 45), lo que constituye una diferencia destacable en el contexto de legislaciones analizadas. Contempla que el titular de la concesión adquiere un derecho subjetivo de carácter público al uso del agua, aunque no el dominio ni ningún otro derecho de propiedad sobre las mismas (art. 47). Lo que no obsta sin embargo, que ese derecho se considere amparado por la garantía constitucional de la propiedad privada. La cesión de las concesiones a terceros puede hacerse previa autorización por Decreto del Poder Ejecutivo y a los términos y condiciones previstos en el respectivo contrato (art. 46).

La ley estipula el uso prioritario de los recursos hídricos superficiales y subterráneos para consumo humano. A partir de allí, los demás usos y aprovechamiento siguen el siguiente orden de prioridad: i) satisfacción de las necesidades de los ecosistemas acuáticos; ii) uso social en el ambiente del hogar; iii) actividades agropecuarias, incluida la acuicultura; iv) generación de energía; v) actividades industriales; y vi) otro tipo de actividades (art. 18). Cabe destacar que previo a cualquier utilización de tipo económico, la ley prioriza las necesidades de los ecosistemas, disponiendo que estos usos están permitidos en función del caudal ambiental, y la capacidad de recarga de los acuíferos (art. 10).

h) La protección ambiental del agua

La protección ambiental del agua constituye una preocupación del texto al que dedica íntegramente el Capítulo VIII sobre el régimen legal ambiental de los recursos hídricos y el Capítulo IX, destinado a la conservación y manejo de humedales, además de efectuar otras múltiples referencias cruzadas a lo largo de su texto. Constituye el primer objetivo de la Política Nacional de los Recursos Hídricos el impulso del uso sustentable, racional e integral de los recursos hídricos, como elemento condicionante de la supervivencia del género humano y de todo el sistema ecológico, promoviendo con amplio sentido proteccionista su mejor disfrute, el de los otros recursos naturales y del ambiente (art. 4). Así regula, áreas protegidas (art. 25), caudales ambientales, zonas de recarga y áreas de restricción para la explotación de aguas subterráneas (art. 26), niveles de calidad (art. 27) y la evaluación de impacto ambiental (art. 28). La ley contempla la prevalencia de las normas legales que prevengan o tiendan evitar la ocurrencia de daños al ambiente sobre sus propias disposiciones y las referidas al ordenamiento del territorio (art. 24), prestando especial atención al establecimiento de caudales ambientales que ordena determinar en un plazo no mayor de 3 años desde la entrada en vigencia de la ley (art. 53).

i) Régimen económico

La ley solo estipula el carácter oneroso del uso especial al contemplar el pago de un canon a establecer sobre la base de la naturaleza de la inversión, el impacto sobre el recurso hídrico utilizado y la utilidad social del emprendimiento tanto para el caso de permisos como de concesiones (arts. 38 y 46). Al carecer de más previsiones al respecto, todo lo demás queda librado al nivel reglamentario. Sin embargo, la percepción de cánones por el aprovechamiento de recursos, parece ser todavía una cuenta pendiente, tanto que la posterior Ley 5146/14 autoriza a la SEAM a fijar y percibir cánones en concepto de otorgamiento de permisos y concesiones por el aprovechamiento de recursos que se establecerán en el acto o contrato administrativo por el cual se otorga el permiso o la concesión (art. 1), pero este artículo tampoco ha sido reglamentado.

D. Perú

1. Antecedentes

La Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, publicada el 31 de marzo de 2009, es desarrollada por su Reglamento, Decreto Supremo N° 001-2010-AG de 2010 y complementada con la “Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua”, Ley N° 30157, publicada el 19 de enero de 2014, y reglamentada por Decreto Supremo N° 005-2015-MINAGRI. La Ley de Recursos Hídricos fue firmada por el Presidente de ese momento, Alan García, mientras que la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua, la firmó el nuevo presidente Ollanta Humala.

La Ley de Recursos Hídricos es el resultado de una evolución legislativa que comienza con el Código de Aguas, aprobado el 7 de febrero de 1902. La observación detallada de dicho código permite encontrar en él una muestra de la profunda influencia de la Ley de Aguas de España de 1879.

Una de las originalidades de este código en relación a la Ley de Aguas de España se encuentra en la mención de las “poblaciones y comunidades de indígenas” (art. 235). Apunta en este precepto a algo que con muchos años de posterioridad comenzará a estar presente en las leyes de aguas de determinados países de América Latina con fuerte presencia indígena. Es justo observar cómo ya en 1902 está surgiendo en el Perú y dentro de una regulación “tradicional”, como es la relativa a las comunidades de regantes, algo que se adivina todavía mucho más “tradicional”, como son las comunidades de indígenas que se tratan de superponer en las “nuevas” organizaciones que representarían las comunidades de regantes. Es evidente que se produce una suerte de mixtificación, pues las “poblaciones y comunidades de indígenas” representan algo distinto que la fórmula puramente administrativa vinculada a la existencia de las “comunidades de regantes”; en todo caso, debe destacarse esa presencia y también la impropiedad de mezclar cuestiones diferentes que deberán, como sucede en la mayor parte de las leyes actuales, distinguirse claramente.

Tras el código de 1902 sigue lo que podríamos denominar “legislación intermedia”. Esa legislación es la que se sucede desde la derogación del código por la Ley General de Aguas de 1969, pasando por el Decreto Legislativo N° 653, “Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario” de 1991, y llegando hasta la aprobación de la ley actual. Es importante notar el nacimiento sucesivo en esta legislación de unas instituciones y terminología que se precipitarán, definitivamente, en la ley de 2009 (denominaciones como Juntas de Usuarios y Sistema Nacional de Recursos Hídricos, entre otras).

Ahora discutiremos el Decreto Legislativo N° 1081, de 27 de junio de 2008, por el que se aprueba el “Sistema Nacional de Recursos Hídricos”, texto que aparece claramente inmerso en los principios de la llamada “gestión integrada de los recursos hídricos” (art. 4). El texto reúne diversos intereses: el primero de ellos, el de descubrir el origen de la expresión “sistema nacional de recursos hídricos” que luego volveremos a encontrar en la ley de 2009 y como uno de sus instrumentos básicos, eso con una mínima diferencia terminológica, siendo necesario observar cómo el artículo 6 consideraba parte de este sistema, al lado de instituciones típicamente públicas como ministerios y semejantes, a las “organizaciones de usuarios de aguas”. El segundo sería una referencia a las comunidades campesinas y comunidades nativas (antes denominadas como indígenas en el código de 1902), ahora consideradas como uno de los “principios” que forman parte de la gestión integrada de los recursos hídricos. De esa forma, indica que: “El Estado respeta los usos y costumbres de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua” (art. 4.5). También es necesario citar el Decreto Legislativo N° 1083, del 27 de junio de 2008, “Decreto Legislativo que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos”. Aunque los Decretos Legislativos N° 1081 y 1083 fueron derogados expresamente por la única disposición complementaria derogatoria de la ley de 2009, buena parte de su contenido figura en ésta.

Por medio del Decreto Legislativo N° 997, del 13 de marzo del 2008, “Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura”, se creó la Autoridad Nacional del Agua (ANA) como un organismo especializado adscrito al Ministerio de Agricultura y Riego (MINAGRI), responsable de

dictar las normas y establecer los procedimientos para la gestión integrada de los recursos hídricos. En cambio, en la ley de 2009 no hay ninguna disposición sobre la creación de la ANA.

La Constitución de 1993 es escueta en la referencia al agua; justo lo contrario de constituciones de algunos de los países vecinos. Son muy pocos los preceptos que contienen informaciones para poder entender el desarrollo normativo ordinario de la legislación y no se nombra expresamente el agua en los preceptos constitucionales salvo el derecho a un medio ambiente sano. Esta escasez del contenido material de las determinaciones constitucionales no hacen sino remitir a la legislación ordinaria, aunque poniéndole ciertos límites.

En esos términos el primer precepto constitucional a destacar es el artículo 66 dedicado a la regulación de los recursos naturales. Se dice en él que los mismos, tanto los renovables como los no renovables, son patrimonio de la Nación. El mismo precepto remite a la ley orgánica para fijar las condiciones de su utilización y del otorgamiento a particulares. Ese otorgamiento se hará bajo la forma de “concesión”, indicándose que la misma otorga a su titular un derecho real sujeto a dicha norma legal. El artículo 67 encarga al Estado la determinación de la política nacional del ambiente, mencionando expresamente que el Estado debe promover el uso sostenible de los recursos naturales, y el 68 contiene la obligación de promover la conservación de la biodiversidad y de las áreas naturales protegidas.

Finalmente, y dada la calificación de las aguas que contiene la Ley de Recursos Hídricos, tiene que mencionarse el artículo 73, dedicado a los bienes de dominio y uso público, que afirma que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares, conforme a la ley, para su aprovechamiento económico. De alguna forma, por lo tanto, tiene lugar una duplicación en relación con lo preceptuado sobre el aprovechamiento por particulares en el artículo 66, dedicado a los recursos naturales. En el caso del agua, se puede concluir que se trata de un bien de dominio y uso público y que, a su vez, constituye un recurso natural, por lo que las informaciones constitucionales proceden de un doble frente.

Finalmente, conviene consignar el contenido de la política sobre los recursos hídricos, que es la Política 33 de Estado contenida en el llamado “Acuerdo Nacional. Unidos para Crecer”. Esta política fue adoptada el 14 de agosto de 2012 por el Foro del Acuerdo Nacional y responde a los temas de la política propuestos por el Presidente de la República y Presidente del Acuerdo Nacional, Ollanta Humala, en la Sesión N° 95 del Foro del Acuerdo Nacional de 4 de noviembre de 2011. Se trata de un documento importante en cuanto puede determinar tanto la gestión de los recursos hídricos como futuras líneas de reforma de la legislación correspondiente. El compromiso político que figura en este documento es:

“Nos comprometemos a cuidar el agua como patrimonio de la Nación y como derecho fundamental de la persona humana al acceso al agua potable, imprescindible para la vida y el desarrollo humano de las actuales y futuras generaciones. Se debe usar el agua en armonía con el bien común, como un recurso natural renovable y vulnerable, e integrando valores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales. Ninguna persona o entidad pública ni privada puede atribuirse la propiedad del agua; el Estado establece los derechos y condiciones de su uso y promueve la inversión pública y privada para su gestión eficiente. De igual manera, velaremos por la articulación de las políticas en materia de agua con las políticas territoriales, de conservación y de aprovechamiento eficiente de los recursos naturales a escala nacional, regional, local y de cuencas. Asimismo, promoveremos la construcción de una cultura del agua basada en los principios y objetivos aquí contenidos, que eleve la conciencia ciudadana en torno a la problemática del cambio climático y haga más eficaz y eficiente la gestión del Estado. Contribuiremos también a establecer sistemas de gobernabilidad del agua que permitan la participación informada, efectiva y articulada de los actores que intervienen sobre los recursos hídricos”.

2. Ley de Recursos Hídricos de 2009

La Ley de Recursos Hídricos tiene 125 artículos divididos en doce títulos y cuenta también con doce disposiciones complementarias finales, dos disposiciones complementarias transitorias y una complementaria derogatoria. La disposición complementaria deroga todos los textos que hemos incluido dentro de lo que hemos llamado “legislación intermedia”.

En el título preliminar se encuentran, como es habitual en leyes modernas de aguas, lo que se conoce como “principios”, en este caso son principios que rigen “el uso y gestión integrada de los recursos hídricos” y cuya mera enumeración informa de la modernidad que pretenden darle los legisladores a esta ley. Aparecen así los principios de valoración del agua y de gestión integrada, prioridad en el acceso al agua, de participación de la población y cultura del agua, seguridad jurídica, respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas, sostenibilidad, descentralización de la gestión pública del agua y de autoridad única, precautorio, eficiencia, gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica y tutela jurídica (art. 3).

La mayor parte de los principios enumerados responden a lo que usualmente se encuentra tras la correspondiente denominación. Hay dos, sin embargo, que creemos necesario citar en cuanto que definen muy gráficamente los fundamentos básicos que subyacen al contenido de la ley. Así, el llamado principio de seguridad jurídica consiste en que: “El Estado consagra un régimen de derechos para el uso del agua. Promueve y vela por el respeto de las condiciones que otorgan seguridad jurídica a la inversión relacionada con su uso, sea pública o privada o en coparticipación”. El principio de tutela jurídica quiere decir que: “El Estado protege, supervisa y fiscaliza el agua en sus fuentes naturales o artificiales y en el estado en que se encuentre: líquido, sólido o gaseoso, y en cualquier etapa del ciclo hidrológico”.

En la ley se regula el concepto de dominio hidráulico público, el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos, los usos de los recursos hídricos, los derechos de uso de agua, la protección del agua, el régimen económico por el uso del agua, planificación de la gestión del agua, infraestructura hidráulica, agua subterránea, aguas amazónicas, infracciones y sanciones.

a) El dominio y uso público del agua

Según el artículo 2 de la ley y de forma acorde con el artículo 66 de la Constitución, el agua es patrimonio de la Nación, siendo el dominio sobre la misma inalienable e imprescriptible, lo que son las características tradicionales del dominio público (unidas expresa o implícitamente en la mayoría de los sistemas jurídicos a la inembargabilidad). Se añade que es igualmente 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. El precepto concluye con la taxativa frase de que “no hay propiedad privada sobre el agua”.

El artículo 5 enumera una serie de conceptos a los que se refiere el agua cuya regulación es materia de la presente ley y el artículo 7 precisa que todos los bienes incluidos en el mismo (y los asociados del artículo 6) son bienes de dominio público hidráulico. Pues bien, el artículo 5 enumera bienes como los ríos y sus afluentes, la que discurre por cauces artificiales, la acumulada en forma natural o artificial, la que se encuentra en las ensenadas y esteros, en los humedales y manglares, en los manantiales, la de los nevados y glaciares, la residual, la subterránea, la de origen minero medicinal, la geotermal, la atmosférica y la proveniente de la desalación. En la mayor parte de estos conceptos su enumeración y recogida en la ley sería prescindible, pues lo que determinaría todo es la referencia al agua, máxime si como el principio de tutela jurídica ya ha afirmado la protección del Estado en todas las manifestaciones en la que se encuentre, líquido, sólido o gaseoso y en cualquier etapa del ciclo hidrológico.

Por otra parte y sin mucha precisión jurídica, el artículo 6 habla de una serie de bienes asociados al agua que también resultan de dominio público hidráulico por la referencia del artículo 7. Entre ellos se cuentan los cauces o álveos, lechos y riberas de los cuerpos de aguas, incluyendo las playas, barriales, restingas y bajiales, en el caso de la Amazonía, así como la vegetación de protección; los materiales que acarrea y deposita el agua en los cauces; las áreas ocupadas por los nevados y los glaciares, etc.

b) El sistema nacional de gestión de los recursos hídricos

Este concepto se ha ido formando poco a poco en la legislación intermedia. El sistema merece una definición en el artículo 11 (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). Y tras esa definición, se encuentra una referencia a esas instituciones: la Autoridad Nacional (que es la ANA); una serie de ministerios con competencias relacionadas con el agua; gobiernos regionales y locales; organizaciones de usuarios agrarios y no agrarios; entidades operadoras de los sectores hidráulicos de carácter sectorial y multisectorial; comunidades campesinas y comunidades nativas y las entidades públicas vinculadas con la gestión de los recursos hídricos, añadiendo en la cuarta disposición complementaria final de la ley a otras entidades que también forman parte del mencionado sistema.

Obviamente la atención fundamental se fija en la ANA, con el artículo 15 donde se enumeran sus funciones y que centran en la misma cualquier decisión de trascendencia en el ámbito del agua, de forma correspondiente al sentido de algunos de los principios de gestión presentes en la ley, como el relativo a una gestión por cuenca hidrográfica con autoridad única, aunque desconcentrada y participativa. Son sus órganos desconcentrados, Autoridades Administrativas del Agua (AAA), de las cuales dependen las Administraciones Locales de Agua (art. 17).

Aparece también en la ley la estructura organizativa de la ANA y dos órganos significativos dentro de ella. En primer lugar, el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (art. 22), con competencia de conocer y resolver en última instancia administrativa las reclamaciones y recursos administrativos contra las resoluciones emitidas por las AAA y la ANA según sea el caso. Tribunal integrado por cinco profesionales de reconocida experiencia en materia de gestión de los recursos hídricos, por un período de tres años y con acceso al cargo mediante concurso público. El tribunal inició sus funciones el 24 de febrero del 2014.

El segundo órgano que es importante destacar son los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca (art. 24) que se definen como órganos de naturaleza permanente, 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. Se prevé la existencia de dos tipos distintos de consejos según la cuenca a que se refieren se integre por un gobierno regional o por más de uno. La composición concreta dependerá del decreto supremo que lo constituya, pero se señala la existencia “equilibrada” de los representantes de las organizaciones de usuarios y de los gobiernos regionales y locales. En todo caso, lo que se debe resaltar es su carácter de órgano de participación en la determinación de políticas hídricas.

c) Los usos del agua, los derechos de uso y la planificación

La ley se refiere a los usos de agua que se dividen entre primario, poblacional y productivo, con una jerarquía basada en dichos conceptos que, además, se definen en ella. Así, la ley llama uso primario (art. 36) a la utilización directa y efectiva del agua con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias, como son la preparación de alimentos, el consumo directo y el aseo personal. Se incluye también en el uso primario el relativo a las ceremonias culturales, religiosas y rituales. Sería un concepto cercano al del “uso común” en otras culturas jurídicas. Por todo ello, no necesita autorización y es un uso directamente derivable de la ley, todo ello siempre que no se alteren las fuentes de agua en cantidad y calidad y no se afecte a los bienes asociados al agua (art. 37).

El uso poblacional consiste en la captación del agua de una fuente o red pública para su distribución, debidamente tratada, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas, preparación de alimentos y hábitos de aseo personal (art. 39). Aquí sí que es necesario el otorgamiento de un derecho de uso de agua. Finalmente, el uso productivo del agua consiste en la utilización de la misma en procesos de producción o previos a los mismos. También precisa del otorgamiento de derechos por parte de la ANA (art. 42). Estos usos productivos se clasifican en agrario (incluye pecuario y agrícola); acuícola y pesquero; energético; industrial; medicinal; minero; recreativo; turístico y de transporte, debiendo observarse la posición igual en el mismo grado de todos ellos.

Los derechos de uso se clasifican en licencia de uso, permiso de uso y autorización de uso de agua (art. 45). La primera es el título jurídico por antonomasia, el que se puede calificar como “normal” para el aprovechamiento del agua y equivaldría a lo que en otros derechos se denomina como “concesión” (denominación que precisamente, se encuentra en la Constitución de 1993 que seguía, a esos efectos, la entonces vigente Ley General de Aguas). Puede llegar a otorgarse en condiciones de transparencia y competitividad y en función del orden jerárquico de utilizaciones. Su plazo es “indeterminado, mientras subsista la actividad para la que fue otorgada”, aunque luego se hable dentro de las causales de caducidad del “vencimiento del plazo del derecho de uso de agua” (arts. 47 y subsiguientes).

El permiso de uso de agua es esencialmente temporal y opera para épocas de superávit hídrico. Sería un título otorgado en “precario” (“eventual”, artículos 58 y subsiguientes). Finalmente la autorización es para plazo determinado no mayor de dos años, prorrogable por una vez, y para usar aguas relacionadas con la ejecución de estudios, de obras y lavado de suelos (art. 62). En relación a esta cuestión mediante el Decreto Supremo N° 23-2014-MINAGRI se incorpora numeral 4 en el artículo 89 del reglamento estableciendo que el procedimiento de autorización de uso de agua está sujeto a silencio administrativo positivo cuando la disponibilidad hídrica esté acreditada con la opinión favorable de la ANA emitida durante la aprobación del instrumento de gestión ambiental.

Asimismo, la ley da un papel preferente a la planificación de la gestión del agua. Se enumeran como instrumentos de planificación la Política Nacional Ambiental, la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, el Plan Nacional de los Recursos Hídricos y los Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las Cuencas (art. 99). Se indica también la elaboración y aprobación de estos instrumentos así como su contenido.

El 12 de mayo del 2015, mediante Decreto Supremo N° 006-2015-MINAGRI, se aprobó la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos. La ANA ya se ha aprobado seis Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las cuencas.

d) La protección del agua

El título V de la ley se dedica a la protección del recurso, lo que da idea de la importancia que tiene en el conjunto del texto. Lo que se entienda por protección del agua se contiene en el artículo 75, que atribuye a la ANA el velar por dicha protección, que incluye la conservación y protección de sus fuentes, de los ecosistemas y de los bienes naturales asociados a ésta.

Se regulan luego conceptos clásicos, como las zonas de veda y las zonas de protección, la autorización de vertimiento, la evaluación de impacto ambiental, la reutilización de agua residual, y un régimen de incentivos para quienes desarrollen acciones de prevención de la contaminación del agua y de desastres, forestación, reforestación o de inversión en tecnología y utilización de prácticas, métodos o procesos que coadyuven a la protección del agua y a la gestión integrada del agua en las cuencas.

También en este título se incluye la regulación de las aguas desalinizadas y una muy oportuna apelación a la prevención ante los efectos del cambio climático.

e) Régimen económico por el uso del agua

El título VI de la ley se dedica al régimen económico por el uso del agua. Ese régimen supone la apelación a un conjunto de principios de los que se derivan obligaciones económicas como son la retribución económica por el uso del agua y por el vertimiento de uso de agua residual; y la tarifa por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales; por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor; y por monitoreo y gestión de uso de aguas, remitiéndose al reglamento la oportunidad y periodicidad de las distintas retribuciones mencionadas. Se distingue entre retribuciones y tarifas, cobrándose las primeras por el uso del recurso agua y las segundas por un servicio prestado (art. 90).

En relación a cuestiones de operatividad de esos principios, la ley indica que el pago se fijará por metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado siendo su establecimiento competencia de la ANA (art. 91).

La ley fija también lo que llama “criterios de autosostenibilidad” (art. 95) a efectos de la fijación de las retribuciones y de las tarifas, apareciendo entre los dedicados a las retribuciones el de cubrir los costos de la gestión integrada del agua, o los costos de recuperación o remediación del recurso y los daños ambientales que cause el vertimiento, y entre los relativos a las tarifas los de cubrir los costos de operación, mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento y reposición de la infraestructura existente y el desarrollo de nuevas obras así como la mejora de la situación socioeconómica de la cuenca y establecer su cuantía según rentabilidad de la actividad económica, con lo que a nivel de ley, el derecho peruano se orienta en la senda de la llamada “recuperación” de costes de los servicios proporcionados por el agua.

3. Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua de 2014

a) Definición de la naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios

En la Ley de Recursos Hídricos se afirma que son “asociaciones civiles” (art. 27), lo que quiere decir que las configura como una manifestación o ejercicio del derecho de asociación y, por tanto, parecerían ser, en esencia, voluntarias, pues voluntario es, por definición, el ejercicio de este derecho de las personas; lo que significaría que estas organizaciones podrían existir, o no; crearse en un momento, pero luego desaparecer en ejercicio de la voluntad de sus miembros. Incluso esa organización podría negarse a recibir a algún usuario, pues no existe ningún derecho preexistente a integrarse en una asociación, sino que eso puede ser decisión libre de los órganos directivos de tal asociación.

Sin embargo, la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua parte de otras premisas pues no hace referencia a lo relativo al derecho de asociación y afirma que nos encontramos ante “organizaciones estables de personas naturales y jurídicas que canalizan la participación de sus miembros en la gestión multisectorial y uso sostenible de los recursos hídricos, en el marco de la ...Ley de Recursos Hídricos”. Con esta mención a la estabilidad se produce un giro significativo que, sin embargo, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica no significa nada pues la “organización estable” no es un tipo de persona jurídica. Probablemente, la razón de ser de estas definiciones se podría encontrar en las discusiones políticas y sociales que acompañaron la discusión de la ley.

El giro significativo se establece sobre la necesidad subyacente de la nueva regulación de que las organizaciones de usuarios existan en todo caso, máxime cuando se vinculan a la gestión de sistemas hidráulicos por esencia permanentes. Ello no se consigue con la mera referencia al derecho de asociación. En el fondo la nueva precisión jurídica presente en la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua lo que está poniendo de manifiesto es una contradicción: unas organizaciones, como las de usuarios, a las que se otorga por el ordenamiento jurídico aplicable competencias para gestionar obras hidráulicas (usualmente públicas) y un bien público como es el agua, son algo más que una pura asociación civil de derecho privado.

b) Tipos de organizaciones de usuarios

Una mención de los tipos de organizaciones de usuarios que pueden existir, que serían Comités, Comisiones y Juntas de Usuarios (artículo 26 de la Ley de Recursos Hídricos y artículo 3 de la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua). Con esas tres palabras se está también marcando una suerte de gradación de nivel. Así la Ley de Recursos Hídricos advierte que “los Comités de Usuarios son el nivel mínimo de organización, se integran a las Comisiones de Usuarios y éstas a la vez a las Juntas de Usuarios” (art. 26), e indica (arts. 28 al 30) en qué casos procede la organización de Juntas de Usuarios (cuando posean un sistema hidráulico común), Comisiones de Usuarios (con remisión a los criterios que dicte la ANA, sin referencia a ningún dato físico) y Comités de Usuarios que se organizan a nivel de canal menor (en el caso de las aguas superficiales), pozo (en el supuesto de las aguas subterráneas) y de área de afloramiento superficial (galerías filtrantes y manantiales), no habiendo tantas precisiones en la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua que pareciera ser solo una ley relativa a las Juntas de Usuarios. Ese mismo énfasis se denota en la Ley de Recursos Hídricos porque solo para las Juntas aparecen reguladas funciones propias remitiéndose en el supuesto de los Comités de Usuarios a lo que diga el Reglamento (art. 30) y existiendo completo silencio para las hipotéticas funciones de las Comisiones de Usuarios (art. 29), bien que en la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua se hable de la forma de elección de los directivos de las Comisiones de Usuarios.

c) Regulación de las Juntas de Usuarios

Es este tipo de organización el que preocupa tanto a la Ley de Recursos Hídricos como, sobre todo, a la más específica Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua que podría haber optado por una voluntad regulatoria más amplia. En este último texto la atribución de personería jurídica solo se predica para las Juntas de Usuarios (art. 4) y no para el resto de formas organizativas de usuarios. Igualmente solo se regula la organización de las Juntas de Usuarios (arts. 5 y subsiguientes) y, curiosamente, se ordena que todas las organizaciones de usuarios deben adecuarse en un plazo de 180 días a lo que dice esta ley (art. 13) aun cuando, en realidad, prácticamente no hay preceptos en la misma para los Comités de Usuarios y para las Comisiones de Usuarios fuera de lo relativo a su acto de reconocimiento, por lo que no habría tampoco una estructura normativa densa que pudiera influir en tal adecuación. Debe tenerse en cuenta el Decreto Supremo N° 016-2013-MINAGRI sobre la inscripción registral de los Consejos Directivos de las Organizaciones de Usuarios de Agua.

d) Estructura de gobierno de las organizaciones de usuarios

Solo existen precisiones al respecto para las Juntas de Usuarios. La ley dispone una organización muy simple basada en la Asamblea General y en el Consejo Directivo (el órgano ejecutor) elegido por la primera, especificándose también la composición y las funciones de ambos (arts. 7 y 10).

e) Control de las Juntas de Usuarios por la ANA

La Ley de Recursos Hídricos reconoce la “autonomía” de las organizaciones de usuarios del agua (art. 27), autonomía que, obviamente, no está reñida con el control de sus actividades, dado que están referidas a la gestión de un bien público y de una infraestructura hidráulica de la que hay que presumir también su carácter público. Es en la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua donde aparecen las formas de control que existen sobre las organizaciones de usuarios (en realidad exclusivamente sobre las Juntas de Usuarios) y que comienzan por el acto de “reconocimiento” de las mismas, a partir del cual es posible la inscripción de las Juntas de Usuarios en los registros públicos (art. 4). Para el otorgamiento de este “reconocimiento” no existen requisitos específicos en la ley debiendo concluirse que debería impartirse teniendo en cuenta exclusivamente la adecuación al ordenamiento jurídico de las normas organizativas de que se doten las Juntas de Usuarios (y el resto de las organizaciones de usuarios).

f) Representación de las organizaciones de usuarios en organismos estatales

Ello aparece en la regulación relativa al Consejo Directivo de la ANA (artículo 19 de la Ley de Recursos Hídricos) y de los Consejos de Cuenca (artículo 24 de la misma ley). En ambos órganos se reconoce la presencia de las organizaciones de usuarios. En el caso de los Consejo de Cuenca, hay una remisión en cuanto a su composición a lo que indique un decreto supremo pero se regula expresamente que debe haber una “participación equilibrada de las organizaciones de usuarios y de los gobiernos regionales y gobiernos locales que lo integran”. Las comunidades campesinas y nativas también están representadas en los consejos mencionados y el artículo 18 del reglamento dice, además, que participan en la elaboración del Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca. La participación “ciudadana” está deferida en el reglamento a las normas que apruebe la ANA.

E. Honduras

1. Antecedentes

La Ley General de Aguas (Decreto N° 181-2009) fue aprobada por el Congreso y publicada el 14 de diciembre de 2009 en medio de una crisis política e institucional. Con antelación a esta norma la regulación de los recursos hídricos se encontraba en gran medida dispersa, aunque la Ley de Aprovechamiento de Aguas Nacionales del 9 de abril de 1927 sería quizás su antecedente más relevante.

2. Ley General de Aguas de 2009

a) Principios y definiciones

La Ley General de Aguas incluye bajo el título principios y fundamentos de la gestión hídrica los principios de gestión integrada de los recursos hídricos, protección y conservación; la prevalencia del uso poblacional, el carácter social y la equidad en su distribución; la participación ciudadana y la

retribución por servicios (art. 3). Establece además el ámbito de su aplicación (alcanzando incluso a las marítimas), los objetivos de la ley y varias definiciones de conceptos, desde la cuenca hidrográfica hasta el vertido, la contaminación, los servicios ambientales o los usos no consuntivos (art. 6).

b) La autoridad de aplicación y organización administrativa

La autoridad de aplicación es la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente (SERNA), a quien corresponde la conducción y dirección sectorial de los recursos hídricos, en un marco orgánico que contiene: i) el Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH); ii) la Autoridad del Agua; iii) el Instituto Nacional de Recursos Hídricos; iv) Agencias Regionales; y v) Organismos de Cuenca, de usuarios y consejos consultivos.

El CNRH de composición colegiada variada y múltiple con 15 miembros funciona adscrito a la SERNA y tiene a su cargo las funciones principales de consulta y asesoría en política y planificación, pero además se le asignan atribuciones para que actúe de agente de arbitraje, en la prevención y solución de conflictos referentes a disputas de derecho y competencias (art. 9).

La ley crea también la Autoridad del Agua como un órgano desconcentrado de la administración pública adscrito a la Secretaría de Estado en los Despachos de Recursos Naturales y Ambiente, con personalidad jurídica y patrimonio propio, asignándole la responsabilidad de ejecutar las políticas del sector (art. 10), la que estará compuesta por una Junta Directiva y una Dirección Ejecutiva. Esta autoridad a su vez se valdrá de al menos 8 agencias regionales (una por cada cuenca) para el cumplimiento de sus cometidos.

c) Gestión por cuencas

La ley adopta el principio de administración por cuenca definiéndola como la unidad territorial delimitada por las líneas divisorias de aguas superficiales que convergen hacia un mismo cauce y conforman espacios en los cuales se desarrollan complejas interacciones e interdependencias entre los componentes bióticos y abióticos, sociales, económicos y culturales a través de flujo de insumos, información y productos. La autoridad creada al efecto es la del Consejo de Cuenca, cuyo ámbito geográfico de actuación y reconocimiento depende sin embargo de la Autoridad del Agua (art. 20). Es un órgano colegiado eminentemente consultivo y participativo donde deberá existir paridad numérica entre los representantes de la sociedad civil organizada y los funcionarios gubernamentales. Tiene facultades de proposición, promoción y seguimiento de políticas, estrategias y programas (art. 21) integrado de manera plural por 24 representantes de extracción diversa (art. 22).

d) El agua como bien del dominio público del Estado

La situación de dominio de las aguas no surge con claridad del texto constitucional pero la ley acoge el principio de publicidad de todas las aguas al prescribir que “Son de dominio público las aguas y sus espacios de cabida en lagos, lagunas, acuíferos subterráneos, plataformas marítimas, pantanos, espacios de apesamiento, espacios de cursos continuos o discontinuos como cauces de ríos, vaguadas, canales naturales, obras de infraestructura como represas, canales, acueductos, perpetuo e inalienable” (art. 25). Precepto que funciona en relación con muchos otros del mismo texto (arts. 26 al 33).

e) Participación ciudadana

A nivel de principio se dispone que la participación ciudadana se hará efectiva en la planificación de la gestión, el aprovechamiento, la protección y su conservación (art. 3). Esta participación es canalizada a través del CNRH y de los Consejos de Cuenca, todos de carácter consultivo donde se prevé expresamente la participación de usuarios, campesinos, organizaciones ambientalistas y productivas, pueblos autóctonos, etc. No hay otra referencia en toda la ley a la participación fuera de la prevista en el CNRH y los Consejos de Cuenca ni a los derechos asociados a ella como el fundamental derecho a la información, sin el cual la participación se torna difícil o superflua. No contribuye a la efectiva participación el hecho de que los nombramientos de los representantes de las organizaciones civiles a integrar el CNRH dependan en definitiva del Secretario(a) de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia (art. 8). Se hace una escueta mención a las organizaciones de usuarios (arts. 23 y 24), respecto de las cuales solo se contempla su fomento pero ninguna regla de funcionamiento.

f) El derecho humano al agua

Nada dice la ley sobre el derecho humano al agua. Va a ser recién la enmienda constitucional realizada por Decreto 232-2012 la que modificando el artículo 145 de la Constitución sobre el derecho a la salud, disponga “declárese al acceso el agua y al saneamiento como un derecho humano. Cuyo aprovechamiento y uso será equitativo. Asimismo se garantiza la preservación de las fuentes de agua a fin de que estas no pongan en riesgo la vida y la salud pública”.

g) Planificación hídrica, permisos, licencias y concesiones de uso del agua

La ley contempla tres instrumentos de planificación hídrica: i) el Plan de Nación; ii) Plan Hídrico Nacional o Plan Maestro Sectorial del Recurso Hídrico; y, iii) Planes Hídricos por cuenca (art. 82).

El Plan Hídrico Nacional será aprobado por el Poder Ejecutivo mediante Acuerdo de la Presidencia de la República (art. 82). Aunque del texto de la ley puede deducirse que es la Autoridad del Agua a quien corresponde aprobar los planes hídricos de cuenca, no queda claro si es también a ella a quien compete formularlos. Al mismo tiempo dispone la ley que el ordenamiento territorial del sector hídrico estará a cargo de la Autoridad del Agua, incluyendo el inventario, balance hídrico y el Plan de Manejo o Plan Regulador del recurso hídrico, que parece ser uno diferente a los instrumentos mencionados con antelación.

En materia de aprovechamientos, la ley reglamenta el uso común o doméstico sin autorización y con el contenido habitual siempre que no se cause perjuicio a terceros y no existan sistemas públicos instalados. Aunque en diversos artículos se da prevalencia al consumo humano sobre los demás, la ley no fija un orden de prioridades para el otorgamiento de usos especiales, previendo que su aprovechamiento se rija por: i) óptimo beneficio humano, social y económico; ii) perdurabilidad y protección del recurso; y, iii) generación de impactos ambientales mínimos.

Los derechos de aprovechamiento se otorgarán a través de permisos, licencias y concesiones. La diferencia es que los permisos y licencias los otorgan los municipios para usos limitados y menores y no pueden ser transferidos (art. 67). Las concesiones las otorga la Autoridad del Agua mediante convenios con base en la ley de concesiones para usos mayores, hidroeléctricos, agrícolas de más de 10 hectáreas o industriales de medianas y grandes empresas (art. 68).

Los aprovechamientos tienen una duración máxima de 30 años, prorrogable y están sujetos a caducidad (art. 77) y revocación sin indemnización (art. 76). Parece impropio el uso de la palabra revocación, si se atiende que las causales enumeradas —salvo el caso de necesidad de destinar el agua para abastecimiento de poblaciones— refieren al incumplimiento de condiciones, denotando una naturaleza sancionatoria que la confunde con la figura de la caducidad regulada por separado.

Destaca finalmente una previsión que con la finalidad de evitar la corrupción prohíbe solicitar, operar por parte de terceros o adquirir derechos de aprovechamiento de aguas durante el ejercicio de sus funciones, a los funcionarios y empleados de cualquier entidad pública tanto como al cónyuge y a los familiares de los impedidos en segundo grado de consanguinidad (art. 79).

h) La protección ambiental del agua y la gestión de desastres de origen hídrico

La ley dedica un título completo a la conservación y protección de los recursos hídricos y gestión de desastres de origen hídrico, al punto que podría decirse que esta es su preocupación principal. Así, prevé un régimen de reservas y áreas de protección (arts. 37 al 38), áreas de veda (art. 40), conservación de recursos marinos y costeros (art. 39) y medidas de forestación y reforestación para la producción de agua (art. 41). Contiene disposiciones sobre protección y vertimientos de aguas residuales (arts. 43 al 44), regulando la gestión de desastres de origen hídrico, la identificación de áreas de riesgo (art. 53), normativa de emergencias (art. 54) y de control y vigilancia de la vulnerabilidad (art. 56).

Se prevé el cobro por servicios ambientales, que formarán parte de los costos que deben asumir los usuarios y cuyo destino único será para conservación y protección del recurso hídrico en la cuenca que los genera (art. 49). Se consideran servicios ambientales los brindados por los ecosistemas, bosques naturales, plantaciones forestales, sistemas agroforestales, silvopastoriles y los agroecosistemas, tales como conservación y recuperación de biodiversidad y suelos, protección contra deslizamientos aluviales, prevención de inundaciones, daños a infraestructura de captación hídrica y vías fluviales, originados por

erosión, sedimentación y para el mejoramiento y conservación de la calidad del agua (art. 50). Los beneficiarios deben compensar razonablemente a quienes permiten, propician o conservan su generación, por constituir una externalidad positiva no reconocida por los que reciben o se benefician del servicio ambiental. Los métodos de cálculo y valoración de bienes y servicios ambientales, las formas de cobro para establecer el fondo del recurso hídrico para la compensación o pago, serán establecidos en el reglamento (art. 51).

i) Régimen económico-financiero

El régimen económico-financiero prevé un marco tarifario a cargo de la Autoridad del Agua y en su caso las municipalidades, criterios para la definición de la retribución (art. 87), pautas para la distribución de los ingresos (art. 88), un régimen de incentivos (art. 89) y un Fondo Nacional de Recursos Hídricos (arts. 91 al 93).

El marco tarifario comprende retribuciones económicas: i) por el aprovechamiento en forma de cánones, tarifas, tasas, contribuciones, multas, sanciones y otras exacciones y cobros; ii) por utilización de un cuerpo de agua como fuente de descarga por el vertimiento de aguas residuales tratadas por el pago que el titular del derecho realiza a la Autoridad del Agua o las municipalidades; y, iii) por el uso de infraestructura hidráulica mayor que el usuario efectuará para cubrir costos de operación, mantenimiento, administración, financieros y la recuperación de la inversión (art. 86).

Entre otros criterios para establecer el régimen de retribuciones económicas se encuentran los principios de eficiencia económica y transparencia; la consideración de los costos reales; el uso razonable; los volúmenes de agua aprovechada y descargada; una política de subsidios transparentes; y la restauración, forestación, reforestación y manejo de las áreas productoras (art. 87).

F. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), Argentina

1. Antecedentes

La Constitución Nacional de 1994 reconoce el derecho a un ambiente sano y prescribe el deber de preservación y de utilización racional de los recursos naturales (art. 41). La titularidad de las aguas del dominio público no pertenece al Estado Nacional sino a provincias que ejercen tanto la titularidad de ese dominio público hidráulico como la competencia para su regulación y ulterior concesión y aprovechamiento. Corresponde a la Nación el dictado de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) y a cada provincia su propia ley de aguas.

En virtud de la referida competencia, la Nación dictó en 2003 la Ley N° 25688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, que establece los presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, para todo el país y vigente a pesar de los cuestionamientos de que ha sido objeto por parte de algunas provincias. Se trata de una ley escueta, de apenas diez artículos, y cuyo contenido no puede compararse con el de las leyes de aguas clásicas, que abarcan todos los aspectos de la regulación del agua.

La ley define agua y cuenca hídrica superficial (art. 2), considera las cuencas hídricas como unidades ambientales de gestión indivisible (art. 3) y crea para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos (art. 4). La ley avanza en la regulación de la utilización de las aguas, estableciendo con carácter vinculante la aprobación del Comité de Cuenca, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo (arts. 5 y 6), para finalmente delegar en la autoridad nacional la determinación de los presupuestos mínimos vinculados a contaminación, parámetros y estándares de calidad (art. 7), así como la posibilidad de declarar, a pedido de la autoridad jurisdiccional competente, zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferos, áreas o masas de agua (art. 8).

De allí, que se haya sostenido que la norma transgrede el dominio público provincial y las atribuciones que no han sido delegadas constitucionalmente a la Nación, avanzando sobre la gestión provincial de las mismas (Mathus Escorihuela, 2009). Todavía sin reglamentar, lo cierto es que la ley está vigente aunque su aplicación haya sido hasta el momento muy limitada y resten varias cuestiones

por definir en la relación con la legislación provincial de aguas, los tratados interprovinciales para la regulación de los ríos compartidos y las autoridades de cuenca por ellos creadas.

La constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) dispone que la Ciudad “Tiene el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sujeto a la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás corribereños ... La Ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos” (art. 8).

La Ley de Gestión Ambiental de las Aguas de la CABA fue aprobada el 26 de noviembre de 2009, bajo el N° 3295, promulgada el 11 de enero de 2010 y publicada el 9 de febrero de 2010. Su particularidad es que se trata de una norma de gestión ambiental de las aguas, de cuya estructura y contenido no quedan dudas que el principal objeto es la preservación del recurso hídrico al punto de omitir varios de los institutos de contenido obligatorio para una ley de aguas clásica. La explicación de este hecho puede deberse a múltiples factores, entre los cuales destaca el de ser una ley de aguas para un contexto casi pura y exclusivamente urbano donde la ley busca, por tanto, responder a esa realidad, a diferencia del resto de las regulaciones nacionales y con vocación general y fuerte impronta rural.

2. Ley de Gestión Ambiental de las Aguas de 2010

a) Los objetivos de la ley

La ley regula la gestión ambiental y el uso del agua de dominio público de la CABA y tiene por objetivos la protección ambiental, la remediación y la gestión ambiental integrada del agua, asegurar una calidad ambientalmente adecuada del agua, proveer usos y aprovechamientos, racionales, eficientes, equitativos y sostenibles del agua y promover las innovaciones tecnológicas y la gestión de procesos ambientalmente adecuados (art. 2). Lo que sea “ambientalmente adecuado” tanto respecto de la calidad como de los procesos, es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se llevará a cabo mediante el proceso de reglamentación o en su defecto por la jurisprudencia.

Al constituir esta la principal preocupación de la ley, se regulan aspectos del monitoreo, datos y estándares de calidad. Sin reglamentación aún, la ley remite al Decreto Nacional 674/89 en lo relativo a los estándares con lo que los límites de vertidos no se encuentran aún regulados en detalle, a pesar de la importancia que revisten, y sin perjuicio de la aplicación de la Resolución N° 1/07 de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) que establece los límites admisibles para descargas de efluentes líquidos en el ámbito de la Cuenca Matanza Riachuelo.

Se dispone un monitoreo sistemático que evalúe los caudales y la calidad de los ríos y arroyos que atraviesan o circundan la CABA, y de sus lagos o cuerpos de aguas, mediante análisis físicos, químicos y biológicos y otros métodos apropiados, que aseguren una cobertura adecuada y lo más amplia posible de parámetros de calidad (art. 6). Para su realización se establecen como puntos prioritarios las zonas de influencia de la toma de agua que abastecen a las plantas potabilizadoras; en la desembocadura de los arroyos, y en las cercanías al nacimiento o ingreso de los mismos a la Ciudad; en la Zona Portuaria; en distintos puntos del curso y desembocadura del Riachuelo; en los lagos, y en los demás lugares que la Autoridad considere críticos (art. 7), debiendo constituirse bases de datos que permitan su evaluación sistemática y evolución. Los estándares de calidad y límites de vertido de efluentes líquidos serán revisados y actualizados con una frecuencia no mayor de tres años.

La participación ciudadana entre todos los involucrados y actores interesados está prevista para la fijación y actualización de usos prioritarios y estándares de calidad de los cursos de agua (art. 12).

b) Autoridad de aplicación y gestión por cuencas

La ley no crea ni prevé una especial estructura orgánica para la gestión de los recursos hídricos, sino que confía su aplicación a la Agencia de Protección Ambiental del Gobierno de la CABA o el organismo con competencia ambiental, que en el futuro la reemplace (art. 46), asignándole específicas funciones y obligaciones en la materia (art. 47).

Este hecho no puede dejar de vincularse al referido contexto urbano y a lo que constituye una auténtica particularidad e innovación en términos de regulación de los recursos hídricos en la región.

Esto es que, como lo prevé la misma ley, la CABA debe concertar con las jurisdicciones con las que comparte cuencas hídricas, la adopción de medidas y políticas, y la definición de objetivos y programas de acción (art. 5). Así lo ha hecho al adherir a la ley nacional (N° 26168 del 15 de noviembre de 2006 y publicada el 5 de diciembre de 2006) que crea la ACUMAR, con un nivel de concentración de poderes sin precedentes en el derecho argentino y gran parte del comparado (véase el recuadro 2).

c) El agua como bien del dominio público de las provincias o estados federales

Al igual que muchos códigos civiles de la región, el argentino (modificado por Ley N° 26.994 publicada el 8 de octubre de 2014 y con vigencia desde 1 agosto de 2015) adopta un sistema mixto según el cual la gran mayoría de las aguas son públicas, incluyendo las subterráneas (art. 235) con la sola excepción de las que surgen en terreno de los particulares siempre que no formen cauce natural (art. 239) y las pluviales que son consideradas apropiables (art. 1947).

Recuadro 2

El emblemático caso de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR)

La ley de creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) fue el resultado de una acción colectiva y un proceso judicial conducido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) para saldar una deuda ambiental histórica. Su firme intervención determinó no solo la creación de la entidad, sino el desenlace posterior de un caso judicial muy trascendente (“Causa Mendoza”).

La ACUMAR se ubica en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros como ente de derecho público interjurisdiccional con la participación del Poder Ejecutivo Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la CABA (art. 2)^a. En el ámbito de la misma autoridad, existen un Consejo Municipal (Art. 3) y una comisión de participación social (Art. 4).

Se confiere a la ACUMAR facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales (art. 5). Se la faculta para: i) unificar el régimen aplicable en materia de vertidos de efluentes a cuerpos receptores de agua y emisiones gaseosas; ii) planificar el ordenamiento ambiental del territorio afectado; iii) establecer y percibir tasas por servicios prestados; iv) llevar a cabo todo tipo de acto jurídico o procedimiento administrativo necesario o conveniente para ejecutar el Plan Integral de Control de la Contaminación y Recomposición Ambiental; y v) gestionar y administrar con carácter de Unidad Ejecutora Central los fondos necesarios para llevar a cabo el Plan Integral de Control de la Contaminación y Recomposición Ambiental^b. Es particularmente importante la regla de prevalencia establecida al disponer que las facultades, poderes y competencias de la ACUMAR en materia ambiental prevalecen sobre cualquier otra concurrente en el ámbito de la cuenca, debiendo establecerse su articulación y armonización con las competencias locales (Art. 6).

Esta ley y el proceso judicial particular en el marco del cual se sancionó, constituyen un ejemplo ponderable de cómo las competencias de las jurisdicciones políticas y administrativas de todo orden vinculadas a lo ambiental han cedido frente a los graves problemas de contaminación que no admiten una solución diversa de aquella que tome a la cuenca hidrográfica como base de la gestión. Las enormes facultades conferidas a la ACUMAR, constituyen un dato nuevo al que debe prestarse especial atención puesto que exceden por mucho al agua, y su amplitud y prevalencia contrasta fuertemente con el carácter restringido de las competencias que normalmente se asigna a las autoridades de cuenca en la región, a las que se confiere un carácter consultivo, salvo contadas excepciones. También es de destacar el novedoso diálogo procesal entablado entre los poderes ejecutivo y judicial a efectos de dar solución efectiva a problemas ambientales e hídricos complejos de creciente judicialización.

Fuente: Elaboración propia.

^a Si bien la forma normal de creación de las autoridades de cuenca en el derecho argentino es el tratado interprovincial, nada obsta, en principio, a que tal creación sea realizada mediante la sanción de una norma nacional con la correspondiente adhesión o ratificación de las provincias involucradas. En la Argentina, existen organismos de cuenca interprovinciales o interjurisdiccionales, pero también hay organismos internos a las provincias para las cuencas que no revisten carácter interjurisdiccional y se rigen en exclusiva por la legislación provincial.

^b Con énfasis en la prevención, faculta a la presidencia de la ACUMAR a disponer diversas medidas de carácter preventivo ante el conocimiento de situaciones de peligro para el ambiente o la integridad física de los habitantes tales como: tomar intervención en procedimientos de habilitación, auditoría ambiental, evaluación de impacto ambiental y sancionatorios; intimar a comparecer con carácter urgente a los sujetos relacionados con los posibles daños; auditar instalaciones; exigir la realización, actualización o profundización de evaluaciones de impacto ambiental y auditoría ambiental; imponer regímenes de monitoreo específicos; formular apercibimientos; instar al ejercicio de competencias sancionatorias; ordenar el decomiso de bienes; ordenar la cesación de actividades o acciones dañosas; y disponer la clausura preventiva de establecimientos (Art. 7).

d) El derecho humano al agua

Esta fue la primera ley de aguas del país en garantizar expresamente a todos los habitantes de la CABA, como derecho humano fundamental, el acceso al agua potable en cantidad y calidad suficientes para usos personales y domésticos (art. 3). Sin embargo, la jurisprudencia argentina venía reconociendo este derecho con antelación y con fundamento en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional de acuerdo a la Constitución (art. 75) (Martín, Pinto y Torchia, 2011).

e) Política hídrica, prioridades y permisos de uso y vertido

La ley establece su política hídrica sobre la base de los principios rectores instituidos por el Consejo Hídrico Federal (COHIFE) en su Acuerdo Federal del Agua, del cual forma parte.

La ley contempla por un lado los usos comunes como aquellos que no requieren de máquinas para su extracción ni autorización (art. 13), y por otro, los especiales. Se otorga prioridad al abastecimiento poblacional sobre cualquier otro uso y se regula como único título administrativo para el acceso a los derechos de uso del agua pública el permiso.

Los permisos para el uso especial de agua pública son precarios, a título oneroso, de duración anual renovable y su extinción por acto administrativo regular no otorga al beneficiario derecho a indemnización (art. 27). Todos los permisos se encuentran condicionados a las disponibilidades hídricas, a la capacidad de los conductos pluviales y cuerpos de agua y, a las necesidades reales del titular y demás requisitos establecidos por ley. Pueden ser otorgados para extracción de agua subterránea o superficial, descarga de efluentes líquidos a conductos pluviales o curso de agua superficial, y labores transitorias y especiales. Los permisos están sujetos a caducidad (art. 39) y se pueden revocar, modificar o sustituir por razones de oportunidad, mérito o conveniencia basadas en los objetivos, principios y prioridades establecidos en la ley (art. 40). Está previsto un régimen de infracciones y sanciones para quienes extraigan aguas o viertan efluentes sin autorización (art. 44).

La regulación de vertidos de efluentes líquidos parte de una prohibición general de vertimiento tanto en cursos de aguas superficiales como notablemente, en acuíferos (art. 26). Solo en los casos en que el permiso de verter a la red cloacal haya sido denegado se podrán otorgar permisos de descarga de efluentes a la red pluvial y a cursos de aguas superficiales. Dicho permiso excepcional de descarga deberá estar fundado solo en razones de emergencia, limitado al tiempo que dure la situación y sujeto al cumplimiento de los límites de vertido (art. 24). En esta situación deberá velarse por el impacto ambiental que produzcan, debiendo ser de carácter no permanente, y obligando, en todos los casos a la remediación, en caso que esta fuera necesaria.

f) Régimen económico-financiero

La norma difiere estos aspectos a la ley tarifaria que establecerá los montos y la periodicidad del canon a abonar por los permisionarios. La Autoridad de Aplicación cobrará el valor que corresponda al uso especial, en su caso, en relación con la calidad y cantidad de agua a extraer o líquidos a verter. Finalmente, exceptúa del pago del canon a los permisos otorgados a la administración pública para satisfacer necesidades sociales (art. 34), que sin embargo no define cuáles son.

G. Ecuador

1. Antecedentes

La Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamientos del Agua (LORHUyA), del 5 de agosto, fue publicada el 6 de agosto de 2014. Con ello culminó un largo camino de tramitación de una ley que según la disposición transitoria primera de la Constitución de 2008, debía haber sido aprobada en el plazo de 360 días. El considerable retraso sobre esa previsión permite intuir las dificultades en la elaboración de un texto que representa un giro completo sobre la tradición ecuatoriana en materia de derecho de aguas y que también incorpora principios y técnicas modernos y en algún caso hasta novedosos en el ámbito del derecho de aguas.

La Ley de Aguas vigente con anterioridad era de 1972 y fue firmada por el General Guillermo Rodríguez, lo que da una idea de que dicho texto —siendo la primera ley de aguas del país— no tenía

origen ni legitimación democrática. Se trataba de un texto con un contenido propio de la época, vinculado predominantemente al riego y sin elementos esenciales para una gestión adecuada. Fue reglamentada en 1973 y ambos textos sufrieron distintas modificaciones que abocaron a una codificación del texto legal publicada el 20 de mayo de 2004, y que ha sido derogada por la LORHUyA.

Para entender el texto de 2014 es imprescindible analizar los muchos preceptos de la Constitución de 2008 relativos al agua. Su sentido, los debates que los acompañaron y el encargo de aprobar una nueva ley en un plazo brevísimo, transmiten la voluntad de los constituyentes de dar un giro radical no solo a la legislación sobre aguas sino, sobre todo, a su gestión, a la que se reprochaba haber dado pie a un reparto injusto del agua que había desembocado en acaparamiento por parte de algunos. A continuación se resumen las principales novedades constitucionales.

a) Valoración del agua; el derecho al agua; las obligaciones del Estado

El agua se define como “patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua” (art. 318). En esto se puede observar:

- La atribución al Estado del dominio sobre el agua. Propiedad pública, atribuida en exclusividad al Estado, no parcelable en los entes públicos que lo integran. Un dominio con atributos significativos como lo son: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, debiendo tenerse en cuenta que el artículo 12 habla también del agua como bien “inembargable y esencial para la vida”.
- Un dominio que tiene una determinada finalidad: el uso público.
- Prohibición de toda forma de privatización del agua, característica congruente con la atribución de “inalienabilidad” del dominio.

Consecuencia de esa alta valoración del agua, es que el Estado tiene el deber de asegurar el agua para sus habitantes (art. 3). Obligación de prestación que conecta directamente con un derecho constitucional: el derecho humano al agua que se califica como “fundamental e irrenunciable” (art. 12).

b) Los derechos de las comunidades; los derechos de la naturaleza

Una parte importante del articulado está dedicada a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (arts. 56 y subsiguientes), consecuencia del punto de partida de un Estado intercultural y plurinacional (art. 1). Esto se traduce en derechos que se garantizan a las “comunidades, pueblos y nacionalidades” (art. 57), entre los que destaca el de “participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras”.

También hay que destacar la atribución de derechos a la naturaleza (arts. 71 y subsiguientes), tema en que esta Constitución es pionera. Estos derechos tienen una aplicación al agua que aun cuando no se nombre expresamente está incluida en el derecho de la naturaleza “a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” (art. 71). Otros preceptos van en la misma dirección.

c) El papel del Estado: la autoridad única del agua

En cuanto al papel del Estado el más significativo precepto constitucional es que “el Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria de acuerdo con la ley” (art. 318).

d) Las competencias de los gobiernos autónomos descentralizados

La Constitución se basa en la descentralización territorial (art. 1). A los gobiernos provinciales se atribuye la competencia de ejecutar, en coordinación con el gobierno regional, obras en cuencas y microcuencas (art. 263). Igualmente les corresponde “planificar, construir, operar y mantener sistemas de riego” (art. 265). Por su parte, los gobiernos municipales tienen la función de “prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos,

actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley” (art. 264). Igualmente deberá tenerse en cuenta su competencia de “regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras” (art. 264). Los gobiernos parroquiales rurales tienen la competencia de “gestionar, coordinar y administrar los servicios públicos que le sean delegados o descentralizados por otros niveles de gobierno” (art. 267).

e) El agua como sector estratégico

La Constitución califica a determinados sectores como “estratégicos” (arts. 313 y subsiguientes) y lo son cuando “por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”. Considera como sectores estratégicos a “la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley”.

En estos sectores estratégicos “el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar ... de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia” (art. 313). En el ámbito del agua, el Estado es responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento y el Estado debe garantizar también que los servicios públicos —y no solo los correspondientes a los sectores estratégicos— respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, debiendo disponer que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos y correspondiéndole su control y regulación (art. 314).

f) La gestión del agua; el orden de prelación de utilidades

Se prohíbe la privatización del agua (art. 318) que afecta tanto a la imposibilidad de que el agua pueda ser cedida o considerada de titularidad de particulares (en cuanto que el agua es “dominio inalienable”) como a que su gestión se lleve a cabo privadamente, lo que, sin duda, está redactado pensando en el tradicional régimen concesional. En relación con las formas de gestión, “la gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria”, si bien la actividad de planificar, otorgar autorizaciones o imponer sanciones, está atribuida únicamente a la Autoridad Única del Agua. La “gestión comunitaria” comprende la gestión de servicios relacionados con el agua, no la gestión del agua misma, aun cuando el agua sea el recurso que se va a proveer (o sanear, o depurar) a través de los correspondientes servicios. Se especifica que “El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias”. En cuanto al sentido de la gestión, la “sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua” (art. 411).

En el artículo 318 se recoge expresamente un orden de prelación en la utilización del agua del siguiente tenor: consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas.

Llama la atención que la Constitución tenga una regulación sobre esta cuestión, normalmente reservada a la legislación ordinaria. El concepto de soberanía alimentaria así como el de caudal ecológico, deberían ser precisados por dicha legislación, preferiblemente en una norma de rango legal.

g) La protección de la calidad del agua; protección de ecosistemas

El artículo 411 dispone que el Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico, con lo que se puede observar que la Constitución recoge una concepción muy moderna. Además, contiene la obligación de regular toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua y el reequilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. En el artículo 412 se enfatiza la necesidad de cooperar y coordinar con la autoridad que tenga a cargo la gestión ambiental, tarea nada fácil y que podría ser mucho más sencilla si pudiera ser reunida en una misma autoridad tanto la gestión del agua como la ambiental. Finalmente, el artículo 406 dispone una obligación de regulación del Estado para la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados. A continuación, se nombran los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marino-costeros.

2. Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua (LORHUyA) de 2014

a) Los principios de la ley

El contenido definitorio de la Constitución se repite, con cambios no esenciales, en la LORHUyA (art. 1): el agua es “patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, elemento vital de la naturaleza y fundamental para garantizar la soberanía alimentaria”. Luego, se resumen los principios de la ley en donde se mencionan algunos de los ya expresados en el artículo 1 y se adiciona la integración de todas las aguas en el ciclo hidrológico, el mandato de conservación del agua como recurso natural, la prohibición de cualquier tipo de propiedad privada, la garantía del derecho humano al agua, el “acceso equitativo al agua”, la “gestión integral, integrada y participativa del agua” y que la gestión del agua es pública o comunitaria (art. 4).

Algunos de estos principios son objeto de posterior desarrollo. Destaca la extensa exposición de supuestos para hacer realidad la prohibición de cualquier forma de privatización del agua (art. 6), o la aparición de la cuenca hidrográfica (y su definición) como manifestación de lo que se entiende por gestión integrada de los recursos hídricos (art. 8).

b) La Autoridad Única del Agua

La ley se refiere a la Autoridad Única del Agua, pero esto no se concreta en ninguna entidad específica. La Secretaría del Agua (heredera de la Secretaría Nacional del Agua creada por Decreto Ejecutivo en 2008) encarna esa referencia, lo que se refleja en el Reglamento del 31 de marzo de 2015 en el que se designa específicamente a la Secretaría del Agua como la Autoridad Única del Agua. En la LORHUyA, la Autoridad Única del Agua es quien forma parte relevante del Sistema Nacional Estratégico del Agua (art. 15) en cuanto que dirige tal sistema en el que se integran una variada nómina de entidades como el Consejo Intercultural y Plurinacional del Agua, las instituciones de la función ejecutiva que cumplan competencias vinculadas a la gestión integral de los recursos hídricos, la Agencia de Regulación y Control del Agua (ARCA), adscrita a la Autoridad Única del Agua, los gobiernos autónomos descentralizados (GADS) y los Consejos de Cuenca.

Se trata de una agrupación de entidades que cumplen distintas funciones: unas puramente ejecutivas, y otras solo consultivas o participativas (hay que advertir que el principio de participación tiene una gran relevancia en el conjunto de la LORHUyA). La Autoridad Única del Agua es la clave de todo y se define como “persona jurídica de derecho público” y responsable de la rectoría, planificación y gestión de los recursos hídricos”, siendo su gestión “desconcentrada en el territorio” (en lo que se tiene que ver la necesaria conexión con la cuenca hidrográfica como unidad de gestión). El titular es nombrado por el Presidente de la República y tiene rango de Ministro.

La ARCA se creó antes de la aprobación de la LORHUyA por un Decreto Ejecutivo de marzo de 2014 y se define como un “organismo de derecho público, de carácter técnico-administrativo, adscrito a la Autoridad Única del Agua, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera, con patrimonio propio y jurisdicción nacional” (art. 21). Su función es la de “regulación y control de la gestión integral e integrada de los recursos hídricos, de la cantidad y calidad de agua en sus fuentes y zonas de recarga, calidad de los servicios públicos relacionados al sector agua y en todos los usos, aprovechamientos y destinos del agua” (art. 21). Las relaciones del ARCA con la Secretaría del Agua son objeto de tratamiento en el Reglamento, con lo que queda perfectamente establecida la relación entre un órgano de control de la actividad de la Secretaría (el ARCA), siendo determinante su intervención en el otorgamiento de autorizaciones para el uso de agua por parte de la Secretaría pero que, a su vez, es dependiente de ésta y que, como tal, tiene que ser evaluada en su función precisamente por la Secretaría.

c) La gestión del agua por cuencas hidrográficas

La unidad territorial para la gestión del agua es la cuenca hidrográfica (art. 8). Igualmente y dentro de los principios de la gestión de los recursos hídricos, el artículo 35 se refiere a la cuenca hidrográfica que “constituirá la unidad de planificación y gestión integrada de los recursos hídricos”.

Consiguientemente la LORHUyA contiene una definición de cuenca hidrográfica que es “la unidad territorial delimitada por la línea divisoria de sus aguas que drenan superficialmente hacia un

cauce común, incluyen en este espacio poblaciones, infraestructura, áreas de conservación, protección y zonas productivas” (art. 8). Se encarga a la Autoridad Única del Agua que apruebe la delimitación concreta de las cuencas hidrográficas y su posible agrupación a efectos de planificación y gestión así como la atribución de las aguas subterráneas a la cuenca que corresponda”.

d) El agua como patrimonio público

Siguiendo las definiciones constitucionales, la LORHUYA califica al agua como dominio inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 1). Contiene la expresión “dominio hídrico público” para reunir los variados “elementos naturales” (art. 10) que se integrarían en el mismo. En ese precepto se enumeran los ríos, lagos, lagunas, humedales, nevados, glaciares y caídas naturales; las aguas subterráneas, los acuíferos a los efectos de protección y disposición de los recursos hídricos (con lo que la LORHUYA con muy buen sentido distingue entre acuífero y agua subterránea), las fuentes de agua (concepto del que se pueden derivar confusiones, pues el río desde su comienzo es también una fuente de agua), los álveos o cauces naturales de una corriente continua o discontinua, lechos y subsuelos de los ríos, lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces naturales, riberas, conformación geomorfológica de las cuencas hidrográficas y de sus desembocaduras, humedales marinos costeros y aguas costeras y las aguas procedentes de la desalinización de agua de mar. Igualmente se consideran dominio hídrico público las obras o infraestructura hidráulica de titularidad pública y sus zonas de protección hidráulica. El Reglamento contiene toda una serie de definiciones y aclaraciones sobre esta cuestión capital que contribuyen a hacer más fácil la comprensión y, sobre todo, la aplicación de todos estos conceptos.

Se trata de una amplísima enumeración de integrantes del dominio hídrico público que se extiende a una serie de componentes que, en algún caso puede suponer duplicaciones de mención y en otros preguntas sobre la real extensión de lo declarado (por ejemplo, en relación con la conformación geomorfológica de las cuencas hidrográficas y de sus desembocaduras). Congruente con esta voluntad de amplísima regulación, está la existencia de otros preceptos que regulan servidumbres para la protección y utilización del agua, y algunos otros para protección específica de determinados elementos del dominio hídrico público (como por ejemplo, el artículo 12 dedicado a la protección, recuperación y conservación de fuentes).

e) La gestión del agua: pública o comunitaria

En diversos artículos (art. 32, entre otros) se habla de que la gestión del agua es pública o comunitaria. Ello se corresponde con previas afirmaciones en la Constitución y guarda relación con la prohibición de privatización que no solo se aplica al el agua sino también a su gestión.

La referencia a la gestión “comunitaria” debe entenderse —tanto en Ecuador como en muchos otros países— a la que entidades provenientes de la sociedad comenzaron a realizar desde tiempos inmemoriales para subsanar las carencias de los poderes públicos en esta materia. En Ecuador esas organizaciones sociales reciben el nombre de Juntas Administradoras de Agua Potable aun cuando, en realidad, lo que hacen no es gestionar el agua sino proporcionar agua a determinadas comunidades a través de unas infraestructuras construidas por ellas o con ayuda del Gobierno Central, de los GADS, o de la cooperación internacional. Si se atiende al concepto de gestión del agua (planificar, autorizar, sancionar, etc.), ello es una prerrogativa de la Autoridad Única del Agua (la Secretaría del Agua). La prestación de servicios relacionados con el agua, corresponde a los GADS o a las Juntas Administradoras de Agua Potable o Juntas de Riego.

f) El derecho humano al agua y otros derechos

La LORHUYA, de forma congruente con las referencias constitucionales y con los amplios movimientos normativos —en algunos casos intentos— que se desarrollan en distintos países de la región, contiene una serie de preceptos sobre el derecho humano al agua (arts. 57 y subsiguientes). Define este derecho como el de todas las personas a disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico en cantidad, calidad, continuidad y cobertura. Se indica que también forma parte de este derecho “el acceso al saneamiento ambiental que asegure la dignidad humana, la salud, evite la contaminación y garantice la calidad de las reservas de agua para consumo humano”.

Se regulan otras características del derecho (fundamental e irrenunciable) y se remite a la Autoridad Única del Agua para que establezca, de conformidad con las normas y directrices nacionales e internacionales, la “cantidad vital de agua por persona, para satisfacer sus necesidades básicas y de uso doméstico, cuyo acceso configura el contenido esencial del derecho humano al agua” (art. 69). El agua cruda que se destine al procesamiento para el consumo humano en la definición de “cantidad vital de agua por persona”, es gratuita, y cuando se exceda de ese mínimo vital, se aplicará la tarifa correspondiente, debiendo entenderse que la gratuidad es para el prestador del servicio, lo que tendrá consecuencias, obviamente, sobre el precio que una vez realizado el procesamiento, este prestador traslade a los consumidores.

g) Planificación hídrica, orden de prelación y autorizaciones para uso del agua

De conformidad con la modernidad que impregna la LORHUyA, existen unos preceptos dedicados a la planificación hídrica (arts. 28 y subsiguientes). En ellos se regula la fundamental competencia de la Autoridad Única del Agua en su elaboración y aprobación, y se contiene un precepto sobre el contenido de los planes hídricos y otro sobre la elaboración de los planes.

La LORHUyA regula todo lo relativo a la utilización del agua (arts. 86 y subsiguientes). Esta regulación parte de la reproducción del orden de prelación entre los diversos destinos del agua que ya se ha visto en la Constitución, precisando la Ley que dentro del “riego que garantice la soberanía alimentaria” hay que tomar en cuenta otros usos como son el abrevadero de animales, la acuicultura y otras actividades de la producción agropecuaria alimentaria doméstica. Se introduce una todavía más difícil posibilidad de entendimiento en relación con las actividades productivas que figuran en último lugar en el orden de prelación. Ello porque también el abrevadero de animales, la acuicultura y “otras actividades de la producción agropecuaria alimentaria doméstica” forman parte del concepto de actividad productiva no ofreciendo ningún criterio la LORHUyA para saber cuándo una actividad podrá considerarse dentro de la situación privilegiada del “riego que garantice la soberanía alimentaria” o cuando estará en el último lugar (lo que también tiene trascendencia sobre el sistema tarifario, muy privilegiado para los aprovechamientos que se encuadren en la soberanía alimentaria).

Esta diferenciación de conceptos se aplica también a la tipología de autorizaciones. Se llama “autorización para uso de agua” a la vinculada para el consumo humano o para el riego para la soberanía alimentaria. Se define como autorización para el aprovechamiento productivo del agua, al resto.

La LORHUyA regula pormenorizadamente las características de cada tipo de autorizaciones, con sus plazos (máximo de 20 años para las autorizaciones para el consumo humano) y las condiciones para su obtención, habiéndose incorporado para ello la referencia a los principios de publicidad y competencia que precisa más pormenorizadamente el Reglamento que a esos efectos contiene un completo procedimiento para su otorgamiento incluyendo uno, simplificado, para facilitar el otorgamiento de autorizaciones de escasa cuantía desde el punto de vista volumétrico. Igualmente hay referencias a la renovación, modificación de autorizaciones y significativas regulaciones sobre la prohibición de acaparamiento o concentración de amplios volúmenes de agua en determinados titulares, muy superiores a sus reales necesidades, lo que lleva consigo la existencia de preceptos para conseguir la redistribución y reasignación del agua (arts. 129 y 130).

Hay que indicar que dentro de las actividades productivas, aparece un nuevo orden de prelación para el otorgamiento de las respectivas autorizaciones (art. 94): i) riego para producción agropecuaria, acuicultura y agroindustria de exportación; ii) actividades turísticas; iii) generación de hidroelectricidad y energía hidrotérmica; iv) proyectos de sectores estratégicos e industriales; v) balneoterapia, envasado de aguas minerales, medicinales, tratadas o enriquecidas; y vi) otras actividades productivas.

h) La protección ambiental del agua

La protección ambiental del agua es uno de los principios de la ley (art. 4) y ello tiene distintas manifestaciones a lo largo de la misma. En esta línea se encontrarían la regulación de la protección de fuentes de agua (art. 12), uno de los contenidos de la planificación hídrica (art. 29), la configuración de los derechos de la Naturaleza (arts. 64 y subsiguientes), la del caudal ecológico (arts. 76 y subsiguientes), los objetivos de prevención y control de la contaminación hídrica con la regulación de vertidos (arts. 79 y subsiguientes) y algunos aspectos del régimen sancionatorio (arts. 148 y subsiguientes).

i) El régimen económico-financiero

El régimen económico se refiere a la regulación de distintas tarifas (arts. 135 y subsiguientes). La regulación es amplísima, pues se contemplan también principios que deberán ser observados por los prestadores de servicios públicos, y en ocasiones se tratan tanto de principios generales aplicables a todas las tarifas (art. 136) como de regulación específica de concretas tarifas (por el uso, por actividades relacionadas con la soberanía alimentaria, tarifas por el aprovechamiento productivo). Se trata de un sector material de regulación que es objeto de desarrollo por parte del Reglamento. Este régimen contribuye a la valoración del agua como un bien económico; ello en ningún caso va en detrimento de su consideración como bien ambiental y elemento esencial para el sector productivo.

III. Conclusiones

A. Nuevas leyes: síntesis

A continuación, algunas consideraciones sobre cada una de las legislaciones estudiadas:

- La ley de Venezuela es una ley moderna desde sus principios y objetivos, algo compleja en cuanto a su estructura y algunos capítulos pero que no contempla, sin embargo, algunos institutos clave como el caudal ecológico o áreas de protección de acuíferos para el cumplimiento de sus objetivos. Su efectiva aplicación se encuentra pendiente, habida cuenta que, entre otros motivos, difiere buena parte de la regulación sustancial a reglamentos que debían de sancionarse antes de vencido el año de publicación de la ley y de cuya aprobación no se tiene aún conocimiento.
- La ley de Nicaragua constituye un salto cualitativo significativo para el país desde que puede considerarse la primer ley de aguas, superando el enfoque parcial de las regulaciones sectoriales vigentes hasta el momento. Se trata de una ley moderna que se enmarca en una reforma constitucional en línea con las llevadas a cabo por Ecuador o Bolivia. Fue efectivamente reglamentada en 2010 quedando por delante el desafío de su puesta en práctica y coordinación con el régimen especial que supone la concesión del Gran Canal Interoceánico.
- La ley paraguaya desde sus objetivos y principios constituye una ley moderna aunque demasiado escueta en su contenido que deriva aspectos importantes librados a la cambiante reglamentación o la futura legislación. El hecho de no definir una autoridad específica y la notable demora en su reglamentación, entre otros motivos, hacen dudar en cuanto a su nivel de aplicación y efectividad, hecho que no constituye un caso aislado sino, por el contrario, parte del problema crucial de la gestión de los recursos hídricos en la región.
- La legislación peruana hace una continua apelación a modernos principios de gestión del agua. Igualmente muestra una clara voluntad de configurar una legislación “completa” —súmese el reglamento ya aprobado y la regulación de las organizaciones de usuarios que se destaca por su carácter específico, poco común en el panorama del derecho comparado— y de la voluntad de aplicación efectiva, como muestra el comienzo de la operatividad del Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas.

- La ley de Honduras incorpora algunos institutos y principios modernos. Por momentos parece carecer de una sistemática y conceptualización adecuadas, por ejemplo, en lo que se refiere a las clases de aguas, elementos de los cursos de agua o en cuanto al régimen de revocaciones y caducidades de derechos de uso. El hecho de que la autoridad del agua sea desconcentrada y carezca de independencia presupuestaria, atento la experiencia comparada, podría implicar una dificultad para la aplicación de un texto de por sí complejo.
- La ley de la CABA reviste la particularidad de centrarse en la protección de las aguas desde el punto de vista ambiental en un contexto casi exclusivamente urbano donde su calidad y por ende los vertidos resultan cruciales, careciendo en consecuencia de muchos de los institutos típicos de las leyes de aguas clásicas. Sin embargo, ese enfoque y junto con la creación de la ACUMAR, cuyos poderes trascienden por mucho los relativos al agua, aportan importantes elementos e indicios en cuanto a la evolución del derecho de aguas en la región.
- La ley ecuatoriana constituye un ejemplo de una forma de regulación moderna de las aguas que intenta dar solución a la problemática específica nacional —recogiendo, por tanto, terminologías y referencias propias de su realidad— utilizando las técnicas presentes en las modernas legislaciones de los recursos hídricos (gestión integrada, planificación hídrica, caudal ecológico, derecho al agua) o, incluso, solo en ella (derechos de la naturaleza). Constituye una apuesta importante que es completada por el reglamento reciente, que contribuye a hacerla plenamente operativa.

B. Principales tendencias y nuevas características

Pueden destacarse una serie de notas distintivas de lo que sería la experiencia en América Latina de las leyes de aguas aparecidas en la década 2005-2015.

La primera de ellas es la clara afirmación que se produce en la gran mayoría de las leyes acerca de la publicidad de las aguas, lo que implica la utilización de categorías tales como dominio público o patrimonio de la nación⁵; en muchas ocasiones es corolario necesario de tales afirmaciones la referencia a la prohibición de privatización, relativa tanto al agua como a los servicios que con ella se prestan. A ello se debería unir necesariamente el principio de participación de ciudadanos y usuarios y el reconocimiento y la consagración del derecho humano al agua. También es característica común la declaración de la cuenca como unidad de gestión lo que, en algunos casos, va vinculado con la referencia teórica a la gestión integral de los recursos hídricos y a veces determina la regulación administrativa de una “autoridad única del agua” para poner fin a la dispersión (y descoordinación y en ocasiones desorden) anterior. De igual forma, se observa el reconocimiento de un cierto ámbito de derechos por parte de comunidades indígenas o nacionales y también, en comparación con leyes de épocas pasadas, se presta una mayor atención al régimen económico-financiero del agua. Junto a todo ello persiste la afirmación más explícita del agua como un recurso natural que se debe proteger y conservar.

Sin perjuicio de estas tendencias recientes, hay que notar que el núcleo de las nuevas leyes de aguas sigue estando en su dimensión económica, en los derechos de aguas, permisos y concesiones, cuyo estatuto se relaciona directamente con el incentivo de la inversión y la actividad económica.

Las principales tendencias y nuevas características de la actual corriente de reformas legales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

⁵ Es conveniente seguir con la terminología tradicional que establece que las aguas integran el dominio público del Estado o de la nación toda (Solanes y Jouravlev, 2009). Ésta es, entre otras, la terminología de la legislación argentina, chilena (bienes nacionales (cuyo dominio pertenece a la nación toda) de uso público) y española. Es también la terminología de los estados norteamericanos. Esta terminología tiene características y un significado más o menos preciso. El término patrimonio de la nación tiene un significado menos preciso. Si por él se entiende el dominio de la nación toda, inalienable e imprescriptible, el dominio público hidráulico o el dominio público del Estado, es conveniente seguir con la terminología convencional para evitar problemas de interpretación y juicios en el futuro. Si no se entiende lo mismo, hay que determinar precisamente qué significa, a efectos de que el legislativo no se encuentre súbitamente que ha alienado los derechos públicos sobre el agua en forma inadvertida.

- Constitucionalización de principios del derecho de aguas. Varias de las legislaciones analizadas se enmarcan en procesos de reforma constitucional que han prestado especial atención a distintos temas entre los que destacan los recursos naturales, particularmente los hídricos, los derechos humanos y las comunidades campesinas o indígenas. Los cambios constitucionales son por definición estructurales, mientras que los legales no, o lo son en menor grado; de allí la mayor significación política y jurídica que tiene la presencia en las constituciones de determinados preceptos en tanto principios de interpretación superior de todo el ordenamiento jurídico. Son varias las nuevas constituciones que sirven de ejemplo para evidenciar esta tendencia dedicando uno o más preceptos al agua, como las de Ecuador, Bolivia, Venezuela, Uruguay, Honduras, o la propia CABA. Varias constituciones se limitan a incorporar las aguas como bienes del dominio público nacional (Venezuela) o el derecho humano al agua (Honduras), pero otras además de hacerlo llegan hasta vedar su privatización y sobre todo la de los servicios de agua potable y saneamiento (Uruguay, Ecuador y Bolivia).
- Creciente impacto del derecho internacional. En paralelo al fenómeno de la constitucionalización de ciertos principios, puede observarse una tendencia más lenta, menos evidente, pero igualmente importante y del que el marco legal de la gestión del agua va a ir progresivamente dando cuenta. Las leyes de aguas siguen siendo la fuente principal, pero no exclusiva, del marco jurídico de la gestión y administración de las aguas. En este sentido es claro como los tratados internacionales para el uso de aguas transfronterizas, incluso las subterráneas, el derecho internacional de los derechos humanos tanto como el derecho internacional de protección de inversiones y sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, condicionan crecientemente la sanción, aplicación e interpretación de la legislación de aguas en el orden interno tanto como la resolución de los conflictos con motivo de su aplicación.
- Mantenimiento de la dimensión económica e incorporación progresiva de las consideraciones social y ambiental. La legislación de aguas evidencia una evolución muy positiva que progresivamente da cuenta de la triple naturaleza del agua incorporando perspectivas, obligaciones, responsabilidades e institutos de diverso tipo. Sin embargo, este plausible, necesario y en algunos casos postergado reconocimiento de la múltiple dimensión del agua en los propios textos de aguas, limitados tradicionalmente al aspecto económico de su utilización que mantiene su preeminencia, ha traído aparejado un incremento muy notable de la complejidad en su reglamentación y aplicación, que las precarias o débiles instituciones de aguas existentes hasta el momento no se encuentran en condiciones de acometer. Esto puede deberse a que en gran medida los estatutos analizados incorporan valores, mandatos, responsabilidades y obligaciones —a veces contradictorios y por tanto necesitados de armonización— pero no empoderan a las autoridades, incrementan sus capacidades ni resuelven los conflictos de ellos derivados. Los nuevos estatutos abren un juego, en términos de intereses, derechos, obligaciones, legitimación y procedimientos que constituyen todo un desafío para la reglamentación y para la gestión del agua en los países de la región tanto como para la definición de sus modelos de desarrollo. Una gestión que en la mayoría de los casos se encuentra desbordada por la conflictividad existente (Martín y Justo, 2015) pero que podrá encontrar en estos estatutos nuevas herramientas. Este es uno de los grandes desafíos que los nuevos marcos constitucionales y leyes de aguas dejan planteados a los gobiernos de la región.
- Publicidad de todas las aguas e incremento de la intervención estatal. Se observa una más que evidente tendencia hacia la publicidad de todas las aguas, incluso desde el nivel constitucional (Ecuador, Bolivia, Uruguay y Venezuela), aunque muchos países continúan con el régimen mixto de coexistencia de aguas públicas y privadas propio de los códigos civiles decimonónicos (Argentina). En todo caso, esa publicación mantiene la titularidad de los recursos hídricos, bien que con distintas denominaciones, en cabeza del Estado a la manera de la teoría clásica del dominio público, sin haber intentado nuevas fórmulas o matices. Las leyes analizadas en general tienden a incrementar los poderes estatales de regulación y gestión. La terminología utilizada para designar el proceso de publicación no es uniforme y aún pueden encontrarse expresiones que son susceptibles de distintas interpretaciones. El mayor consenso

se encuentra en la expresión “dominio público” (de mejor técnica jurídica, en cuanto más precisa y no necesitada de complicadas interpretaciones, que la de “patrimonio”) y es la que, en general, debería en un futuro generalizarse mucho más porque permite conectar con una sólida tradición jurídica internacional con múltiples manifestaciones y tendencias doctrinales consolidadas que pueden ayudar a vencer los problemas aplicativos que, vinculados a cuestiones de propiedad, puedan encontrarse.

- Ausencia de mecanismos de reasignación descentralizada. Aunque coherente con el signo de las últimas reformas, llama la atención sin embargo que ninguna de las leyes estudiadas haya avanzado en la regulación de formas descentralizadas de reasignación, bajo el nombre de mercados o bancos de derechos de aguas (al estilo de los existentes en Australia, Chile, oeste árido de los EE.UU., España o México, bien que en el contexto mundial éstos sean solo casos aislados), dadas las dificultades evidentes para su reasignación centralizada tanto como su aptitud para resolver situaciones puntuales como, entre otras, las de extraordinaria sequía (Donoso y otros, 2004). Las corrientes ideológicas subyacentes a la mayor parte de estas nuevas leyes son, evidentemente, contrarias a cualquier tipificación de mercados de derechos de aguas. Ello siempre al margen de los mecanismos informales existentes o que puedan desarrollarse con tales propósitos.
- Autoridades únicas de aguas. Destaca la utilización en diversas leyes de la fórmula “autoridad única del agua” como una expresión terminológica —solamente— pero que da idea de la voluntad de racionalizar una gestión anterior aparentemente caótica o, al menos, con muchos órganos competentes y no siempre coordinados, contra lo que se trata de reaccionar normativamente con esa expresión que no está planteada como atributiva a ninguna entidad u órgano concreto de personalidad jurídica, autonomía orgánica y funcional, aunque en ocasiones sí que aparezcan tales elementos. Es obvio que la expresión plantea la tarea pendiente para los gobiernos de personalizarla en un ministerio u organismo concreto para quien valdrían plenamente las referencias a personalidad jurídica, regímenes jurídicos, formas de concretar la autonomía y otras cuestiones.
- La cuenca como unidad de gestión. Es bastante común en las nuevas leyes encontrar la afirmación de la cuenca —usualmente, hidrográfica— como unidad de gestión, lo que suele implicar la existencia de organismos de gestión a ese nivel y también de órganos consultivos o de participación de usuarios y ciudadanos. En algunos supuestos (caso de la CABA), esa afirmación va vinculada a la necesidad de vencer determinados obstáculos derivados de la distribución competencial entre distintas unidades territoriales del Estado para configurar un organismo de cuenca para lo que es decisiva la intervención del Poder Judicial. Es éste un terreno, sin embargo, en el que las reflexiones sobre la efectividad y eficacia de las leyes de aguas (véase páginas 13-14) cobran una actualidad e intensidad mucho mayor. Es claro, sin embargo, que a pesar de la existencia de leyes que afirmen tal principio, la unidad de cuenca no resulta, en la práctica, el corolario real de su proclamación teórica. Es obvio que esa implantación precisa mucho de voluntad política, por encima y además de la consagración jurídica. Por los motivos que fueren —que podrán variar en los diferentes Estados—, la unidad de cuenca y a pesar de esas proclamaciones legales, no es todavía una realidad práctica incontrovertible de gestión de los recursos hídricos en muchos países de América Latina.
- Reconocimiento del derecho humano al agua. También está presente en estas leyes, como lógicas hijas de su tiempo, el reconocimiento y la regulación del derecho humano al agua, con normativa, en ocasiones, hasta de considerable elaboración y detalle. Un derecho humano que es propiciado desde el ámbito internacional (Justo, 2013) y no tiene nada que ver con el tradicional “uso común” de las aguas, propio de la regulación del dominio público, sino que en este ámbito se pasa la frontera de la perspectiva dominial al derecho humano, lo que significa entrar en otras consideraciones técnicas propias de una regulación que va mucho más allá de los tradicionales planteamientos del dominio público e impregna las regulaciones de los servicios públicos de agua potable y saneamiento. Es, normalmente, bastante difícil extraer conclusiones de los meros textos legales acerca de cómo operaría, en la práctica, tal derecho.

Es fácilmente constatable, así, que no se apuntan cifras concretas para las obligaciones públicas del suministro de agua potable, no siempre se precisan los sujetos obligados a dicha prestación, las obligaciones de los prestadores (a título de concesionarios u otros semejantes) de los servicios públicos en relación al derecho humano, aspectos económicos (gratuidad o no de la prestación del servicio, aunque a veces se habla de un precio asequible, o adecuado, o al alcance de todos), relación con la ocupación ilegal del suelo de quienes podrían ser sujetos beneficiarios de este derecho, etc. Sin duda es éste un terreno en el que los reglamentos de las leyes de aguas o las decisiones ejecutivas de los gobiernos o la jurisprudencia aparecida en los conflictos judicializados, tienen mucho que decir.

- Especificación de derechos de comunidades indígenas o campesinas. En las leyes analizadas se advierte una preocupación que deriva en una particularización del vínculo, la relación o los derechos de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales y en particular las aguas. Esa particularización busca asegurar o poner en mejor situación el acceso al agua en relación a estos grupos cuya debilidad estructural ha sido notada en reiteradas oportunidades por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Las leyes hacen menciones más o menos precisas, pero no siempre consiguen de manera clara el objetivo atento a la complejidad de la tarea de compatibilizar estos derechos —muchas veces no consuntivos, indefinidos o informales— con el ejercicio de los propios del sistema formal estatal. Este es sin lugar a dudas un signo claro y propio de ciertas tendencias en la región.
- Participación de ciudadanos y usuarios en la gestión del agua. En el ámbito internacional, se le recomienda insistentemente y todas las leyes contemplan la participación de ciudadanos y usuarios en la gestión del agua como principio, con un contenido más o menos amplio pero, más declarativo que real o efectivo en bastantes ocasiones. En muchos casos, las normas no prevén la forma de hacer efectivo el principio participativo, difiriéndolo a la reglamentación. Las que lo hacen, lo implementan a través de órganos de tipo meramente consultivo o sin garantizar plenamente el derecho a la información, prerequisite del anterior. Con lo cual, contemplar a nivel legislativo más y mejores formas de auténtica participación tanto para ciudadanos como usuarios y mecanismos de información pública sigue siendo una asignatura pendiente para la región. Esta es la tendencia general aunque el balance entre participación y gobierno sea siempre muy difícil de alcanzar, habida cuenta el riesgo de captura existente, tanto para las instancias participativas como para los órganos estatales de gobierno.
- Ausencia de planteamientos sobre cambio climático. La legislación examinada, aunque a veces lo menciona, no contiene datos o elementos interesantes o novedosos sobre una problemática inequívoca que ya afecta a los recursos hídricos y que lo hará más en el futuro: el cambio climático global⁶. No se quiere decir con ello que sea tarea propia y exclusiva de la legislación de aguas contener este tipo de planteamientos; la cuestión puede ser abordada desde una regulación general de recursos naturales o, incluso, específica y solo de cambio climático. También es perfectamente posible que aun con silencio de la legislación de aguas, los problemas planteados por el cambio climático, sus consecuencias y efectos, puedan ser tratados por un instrumento imprescindible para la gestión como son los planes hidrológicos. Quizá este último planteamiento fuera el realmente operativo, si los planes se configuraran como un elemento vinculante para la gestión que luego tienen que hacer los distintos organismos públicos competentes sobre la materia.
- La falta de eficacia o inoperancia de muchos preceptos legales. Varias de las leyes de aguas analizadas han sido de escasa aplicación o se encuentran todavía sin reglamentación. En muchas ocasiones y no solo en relación a las leyes de aguas (y de otras materias) promulgadas en la última época, se ha podido observar cómo muchos preceptos se quedan en meras

⁶ Por ejemplo, en España se ha dispuesto para el proceso de planificación hídrica que los planes recientemente aprobados contuvieran notables reducciones de recursos hídricos disponibles (del 5% al 11% según cuenca hidrográfica) en relación a las cifras tenidas en cuenta en anteriores procesos planificadores.

actuaciones declamatorias de los respectivos parlamentos sin que ello se traduzca luego en la organización efectiva de los aparatos públicos diseñados en las leyes, en la implantación del régimen económico-financiero indicado, en la redacción de los planes hidrológicos mencionados, o en la puesta en marcha de los principios de participación y de gestión a que se alude. Eso ocasiona un descrédito o escepticismo entre los ciudadanos acerca del papel de la ley y de los procesos normativos; ciudadanos que contemplan el surgimiento paralelo de maneras informales de acercar la realidad jurídica a la realidad material.

En ocasiones esta falta de aplicación de las leyes tiene su causa en la misma configuración de éstas. Defectos técnicos, falta de regulaciones necesarias para hacer operativos determinados principios, leyes excesivamente numerosas en artículos que, muchas veces se escriben con desconocimiento de la realidad del país, mandatos dirigidos a una administración que por sus escasos y deficientemente formados —en ocasiones— elementos personales y materiales no puede poner en marcha textos legales que igual comienza por no entender. Y ello porque en muchas ocasiones las leyes son “de laboratorio”, propiciadas por consultoras, gabinetes, empresas, bancos u organizaciones no gubernamentales que las fabrican en serie y, de cuando en cuando, encuentran parlamentos que las aprueban sin excesiva reflexión. Ello cuando no se dan otra serie de razones más vergonzosas e incluso, en ocasiones, delictivas. Basta ver casos de países —y no necesariamente los más pobres—, sino otros, en apariencia ordenados y eficientes, para los cuáles varias de estas afirmaciones son aplicables de todas formas.

Surge de esa manera el informalismo como consecuencia o reacción frente a unas leyes que no se puede o no se quiere ejecutar. Ante esta realidad más que difundida (y no sólo, se insiste, en el sector del agua) algunas cosas pueden hacerse. Una, y la primera, es no intentar la realización de proyectos legislativos pretendidamente “perfectos”, amplísimos en su regulación y que pretenden abarcar todos los frentes. La mejor ley es la que en el proceso de su formación se haya construida en relación directa con la problemática que presenta el país y, además, sea susceptible de ser ejecutada por la administración existente. O si se quiere, por una administración mejorada en la capacidad técnica de sus componentes por procesos específicos de formación de sus miembros que deben comenzar en el mismo momento que se imagina el proyecto legal y estar dotados de suficiente base económica continuada en el tiempo.

Si esas condiciones no se cumplen, el proceso normativo difícilmente alcanzará las ambiciosas metas que normalmente consagran los primeros artículos de las leyes en forma de principios, objetivos o finalidades de la iniciativa normativa. La atención a estas cuestiones quizá podrá derivar en una ley menos numerosa en artículos, pero con probabilidades de ser susceptible de ejecución y, con ello, se propiciara una mejora en el estado de los recursos hídricos, en la capacidad de suministro de agua, en su distribución equitativa, en su puesta a disposición de los elementos productivos del país que la precisan para sus procesos agrarios, industriales y energéticos. Y a través de esas pequeñas transformaciones tiempo llegará en que se podrá tener una ley compleja técnicamente, llena de referencias modernas que responda a las necesidades del país pero también a la capacidad de su administración para poder ejecutarla. En suma, así se produciría un avance gigantesco a través de pequeños pasos y de objetivos modestos, pero cumplibles.

Bibliografía

- Bohoslavsky, Juan Pablo (2010), *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.326, Santiago de Chile.
- Bohoslavsky, Juan Pablo y Juan Justo (2011), *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.375, Santiago de Chile.
- Cano, Guillermo (1943), *Bosquejo del Derecho Mendocino Intermedio de Aguas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, Argentina.
- Donoso, Guillermo; Andrei Jouravlev; Humberto Peña y Eduardo Zegarra (2004), *Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.2224-P, Santiago de Chile.
- Dourojeanni, Axel; Andrei Jouravlev y Guillermo Chávez (2002), *Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1777-P, Santiago de Chile.
- Fernández Morales, Juan Carlos (2007a), *Administración del Agua. Estudio comparativo entre el derecho español y venezolano*, Ediciones del Rectorado, Universidad de los Andes, Mérida.
- _____ (2007b), “Régimen administrativo de las aguas en Venezuela (Referencia especial a la Ley de Aguas)”, *Revista Derecho y Reforma Agraria*, N° 33, diciembre, Universidad de los Andes, Mérida.
- Hantke-Domas, Michael (2011), *Avances legislativos en gestión sostenible y descentralizada del agua en América Latina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.446, Santiago de Chile.
- Hantke-Domas, Michael y Andrei Jouravlev (2011), *Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.440, Santiago de Chile.
- Justo, Juan (2013), *El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.536, Santiago de Chile.
- Martín, Liber y Juan Justo (2015), *Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.3991, Santiago de Chile.
- Martín, Liber; Mauricio Pinto y Noelia Torchia (2011), *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

- Mathus Escorihuela, Miguel (2009), "Derecho de aguas y ambiente. A propósito de las leyes 25.675 y 25.688", *Revista de Derecho Público*, volumen 2.
- Meaño, Francisco (1979), *Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*, Editorial Arte, Caracas, Venezuela.
- Querol, María (2003), *Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.2002-P, Santiago de Chile.
- Sánchez, Becker (2013), *Gobernabilidad del recurso hídrico en la cuenca del río Caroní, un estudio en base a los conocimientos y prácticas institucionales y comunitarias*, Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), Centro de Estudios Avanzados.
- Solanes, Miguel (2013), "The Washington Consensus, Chilean water monopolization and the Peruvian draft water law of the 1990s", *Water Alternatives*, volumen 6, número 2, junio.
- _____ (1997), *Misión a El Salvador, 18 al 22 de agosto de 1997*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), memorándum interno, Santiago de Chile.
- Solanes, Miguel y Andrei Jouravlev (2009), *Comunicación privada*, Santiago de Chile.
- _____ (2005), *Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.2397-P, Santiago de Chile.
- Solanes, Miguel y David Getches (1998), *Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), ENV-127, Washington, D.C.



NACIONES UNIDAS

Serie**CEPAL****Recursos Naturales e Infraestructura****Números publicados**

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en

www.cepal.org/publicaciones

173. La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina, Antonio Embid y Liber Martín (LC/L.4064), 2015.
172. Violencia de género en el transporte público: una regulación pendiente, Patricio Rozas Balbontín y Liliana Salazar Arredondo (LC/L.4047), 2015.
171. Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe, Liber Martín y Juan Bautista Justo (LC/L.3991), 2015.
170. Eficiencia energética y regulación económica en los servicios de agua potable y alcantarillado, Gustavo Ferro y Emilio J. Lentini (LC/L.3949), 2015.
169. Gobernanza del gas natural no convencional para el desarrollo sostenible de América Latina y el Caribe, Andrés Arroyo y Andrea Perdriel (LC/L.3948), 2015.
168. Aspectos metodológicos para el tratamiento estadístico de la infraestructura en América Latina y el Caribe, Jeannette Lardé, Salvador Marconi y Julio Oleas (LC/L.3923), 2014.
167. Estado de implementación del Programa de Acción de Almaty en América del Sur, Gabriel Pérez-Salas, Ricardo J. Sánchez y Gordon Wilmsmeier (LC/L.3892), 2014.
166. Políticas e institucionalidad en materia de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe, Franz Rojas Ortuste (LC/L.3822), 2014.
165. Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación, Patricio Rozas Balbontín y José Luis Bonifaz F. (LC/L.3793), 2014.
164. Políticas tarifarias y regulatorias en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el derecho humano al agua y al saneamiento, Emilio J. Lentini y Gustavo Ferro (LC/L.3790), 2014.
163. La Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia, más que partícipes de una frontera común: desarrollo sostenible, inversiones y política en torno a los recursos del gas natural, Andrés H. Arroyo Peláez (LC/L.3701), 2013.
162. Gestión pública y servicios públicos: notas sobre el concepto tradicional de servicio público, Patricio Rozas Balbontín y Michael Hantke-Domas (LC/L.3648), 2013.
161. Seguridad de la cadena logística terrestre en América Latina, Gabriel Pérez Salas (LC/L.3604), 2013.
160. El papel del transporte con relación a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, Lorena García Alonso y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3514), 2012.
159. Políticas portuarias, Octavio Doerr (LC/L.3438), 2011.
158. Infraestructura y equidad social: experiencias en agua potable, saneamiento y transporte urbano de pasajeros en América Latina, Gustavo Ferro y Emilio Lentini (LC/L.3437), 2011.
157. Terremoto en Chile. Los efectos sobre la infraestructura y el desarrollo, Patricio Rozas Balbontín (LC/L.3436), 2011.
156. La industria extractiva en América Latina y el Caribe y su relación con las minorías étnicas, Ana María Aranibar, Eduardo Chaparro Ávila y René Salgado Pavez (LC/L.3411), 2011.
155. Principios de políticas de infraestructura, logística y movilidad basadas en la integralidad y la sostenibilidad, Georgina Cipoletta Tomassian (LC/L.3328), 2011.
154. Sistemas aeroportuarios, servicio público e iniciativa privada, Bernardo Sánchez Pavón (LC/L.3343), 2011.
153. La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe, Daniel Perrotti y Ricardo J. Sánchez (LC/L.3342), 2011.

RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA



COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE
ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN
www.cepal.org