

¿Cómo funciona el derecho de aguas a 3300 m.s.n.m.?*

How does the water right work 3 300 meters above sea level?

ARMANDO GUEVARA GIL *

Resumen: Las autoridades encargadas de gestionar nuestras cuencas andinas ejercen sus funciones en paisajes hidráulicos inimaginables para el legislador peruano. Para ello deben generar y aplicar mecanismos peculiares. ¿Por qué? Porque el legislador nacional se encuentra tradicionalmente parapetado en la costa, una región muy diferente a las sierras y punas andinas. El uso de evidencia etnográfica proveniente de una cuenca hidrográfica de los Andes Centrales (Río Mantaro, Junín) me permite detallar cómo los funcionarios estatales apelan a los mecanismos de localización, adaptación y regularización con el fin de modular la normatividad oficial, atender las necesidades de las organizaciones campesinas de riego y afirmar su papel como representantes del Estado peruano. El resultado es que desbordan y hasta violan los cauces normativos que regulan sus funciones administrativas. De este modo, incorporan una nueva función a su papel oficial que consiste en desarrollar peculiares prácticas administrativas para procesar la tensión entre la rigidez del derecho estatal de aguas y las demandas de reconocimiento y articulación que los regantes andinos le plantean al Estado.

Palabras clave: derecho administrativo – derecho de aguas – comité de regantes – Ley General de Aguas

Abstract: The authorities in charge of managing our Andean basins work in unimaginable water-powered landscapes from the Peruvian legislator point of view. They should generate and apply peculiar mechanisms. Why? Because the national legislator is traditionally positioned on the coast, a region very different to the Andean highlands and punas. The use of ethnographic evidence coming from a drainage basin in the Central Andes (Mantaro River, Junin) lets me depict in detail how public officers appeal to mechanisms of location, adaptation and regulation in order to adjust the official regulations, to cover the needs of the farming organizations of watering, and to affirm their positions as representatives of the Peruvian government. The consequence is that they exceed and also violate the regulatory channels that control their administrative functions. In this way, they incorporate a new function to their official position, that is, to develop peculiar administrative patterns to process the tightness between the inflexibility of the State Water Right and the demands of recognition and balance that the andean watering organizations propose to the Government.

Key words: Administrative Law, Water Right, watering committee, General Water Act

* Parfraseo aquí una notable pregunta formulada por Juan Carlos Ruiz Molleda, allá por el año 2005.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Departamento Académico de Derecho y del Instituto Riva-Agüero de la PUCP. Correo electrónico: aguevarag@pucp.edu.pe

I. EL PERÚ ES ANCHO Y AJENO

Me atrevo a parafrasear el título de la gran novela de Ciro Alegría (*El mundo es ancho y ajeno*, 1941) porque trato de graficar el enorme reto que significa, para el Estado peruano, administrar un paisaje geográfico y humano extraordinariamente complejo y diverso¹. El Perú tiene un área de 1 285 215 km² (esta y todas las cifras son aproximadas). Comparado con países europeos, que siempre inspiran a nuestros legisladores y políticos, el Perú es 5 veces más grande que Gran Bretaña, 3,5 veces más grande que Alemania, 4,3 veces más grande que Italia, 2,5 veces más grande que España y 2,3 veces más grande que Francia. En América del Sur es el tercer país en superficie, después de Brasil y Argentina y es, por ejemplo, 1,7 veces más extenso que Chile y 4,5 veces más grande que Ecuador.

En consecuencia, el reto geográfico que enfrenta es enorme y se incrementa con la verticalidad que impone el macizo cordillerano y la extraordinaria diversidad ecológica andino-amazónica. Así, desde la costa del océano Pacífico, donde se ubica Lima, se asciende hasta nevados que superan los 6 700 metros sobre el nivel del mar (m.s.n.m.) y se desciende, en la vertiente oriental, a las densas selvas amazónicas, ubicadas a menos de 100 m.s.n.m. Esta topografía genera una extraordinaria variedad de pisos ecológicos y por eso el Perú es uno de los 10 países megadiversos del planeta. Tiene 84 de las 104 zonas de vida, 28 de los 32 climas existentes y varias marcas mundiales en variedad y abundancia de flora y fauna.

La megadiversidad también se presenta en el ámbito étnico-cultural. Tenemos unas 6000 comunidades campesinas reconocidas que cuentan con más de 3 millones de comuneros, de ancestro quechua y aimara sobre todo, y que controlan el 15% de todo el territorio nacional. La Amazonía, por su parte, cubre el 60% del territorio y se estima que la población «indígena» supera las 300 000 personas (aproximadamente el 1% de nuestra población, aunque hoy la pertenencia étnica es objeto de un intenso debate y genera una enorme diferencia entre los distintos estimados). Allí viven 48 pueblos indígenas que pertenecen a 14 familias lingüísticas y que hasta ahora

¹ Esta parte del texto se basa en GUEVARA GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, capítulo 2. El resto del artículo recoge y sintetiza los hallazgos presentados en *El Derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín, Perú*. Lima: IPROGA/Universidad de Ámsterdam, 2013, en particular en el capítulo 4.

han constituido cerca de 1500 comunidades nativas reconocidas por el Estado.

Por eso, José María Arguedas no exageraba cuando bramaba, allá por 1968, «No, no hay país más diverso, más múltiple en variedad terrena y humana [que el Perú]; todos los grados de calor y color, de amor y odio, de urdimbres y sutilezas, de símbolos utilizados e inspiradores» los podemos encontrar aquí². El reto que esta diversidad representa para el Estado peruano es enorme. Concebida como un problema y no como lo que realmente es, una condición de posibilidad, la respuesta estatal frente a ella ha sido monocorde y gris. Por lo general, ha consistido en el desarrollo de políticas públicas, modelos de gestión y marcos normativos uniformes e indiferenciados, como si una «talla única» pudiese calzar a la gran variedad «terrena y humana» que nos caracteriza. El caso de la gestión del agua es representativo al respecto porque grafica la tensión que se produce entre las rígidas regulaciones estatales y los modelos locales de gestión del recurso.

II. EL DESCONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD DE PAISAJES HIDRÁULICOS

Si bien la legislación de aguas del gobierno reformista militar (1968-1975) instauró cambios significativos en el régimen de derechos de agua a través del longevo decreto ley 17752, la Ley General de Aguas de 1969, su aproximación a la impresionante variedad de organizaciones y paisajes hídricos de la sierra y ceja de selva fue errada. En lugar de reconocer dicha variedad y procurar articularla para garantizar la gobernabilidad del recurso, trató de encapsularla en un modelo «costeño» que solo admitía la formación y funcionamiento de Juntas de Usuarios, integradas por Comisiones de Regantes. De este modo, rebajó a los Comités de Regantes a su mínima expresión, a meros órganos de apoyo de las comisiones, e ignoró por completo a otras organizaciones de raigambre consuetudinaria (indígena o campesina).

Se trató de un marco regulatorio e institucional esquemático y ajeno a las prácticas y formas organizativas andinas. Fue ideado en los gabinetes de Lima y pensado, sobre todo, en el gobierno hídrico de los valles costeros, donde prima el riego tecnificado y planificado. Como señala Verzijl: «La Ley General de Aguas [de 1969] y las condiciones y regulaciones de las comunidades campesinas andinas son como el agua y el aceite, están en las antípodas. La prescriptiva

399

¿CÓMO FUNCIONA EL DERECHO DE AGUAS A 3300 M.S.N.M.?

HOW DOES THE WATER RIGHT WORK 3300 METERS ABOVE SEA LEVEL?

2 ARGUEDAS, José María. «No soy un aculturado». Discurso que pronunció al recibir el Premio «Inca Garcilaso de la Vega» en Lima, octubre de 1968. En *Breve antología didáctica*, Lima: Editorial Horizonte, 2005, pp. 99-100, p. 100.

ley de aguas parece estar diseñada para regular los grandes sistemas de irrigación de la costa»³.

El reconocido especialista en gestión hídrica, Jan Hendriks, ilustra esta disonancia con tres ejemplos: la exigencia de aplicar los Planes de Cultivo y Riego para fijar las dotaciones de agua, el cálculo de la tarifa de agua y la imposición de las Juntas y Comisiones de Regantes como las únicas formas organizativas reconocidas. Los dos primeros requieren la (inalcanzable) universalización del control volumétrico del recurso y engorrosos trámites burocráticos, mientras que generalizar el modelo organizativo prescrito supondría cuadrar el círculo, porque estamos frente a una diversidad irreductible imposible de someter a camisas de fuerza.

En su enfoque técnico, la Ley General de Aguas [decreto ley 17752 de 1969] ha sido formulada desde la perspectiva de las prácticas de riego en las grandes haciendas de la costa peruana, convertidas en cooperativas agrarias a partir de la Reforma Agraria del año 1969. Este mismo referente está presente en la enorme cantidad de dispositivos legales [...] que se acumularon durante los casi 40 años de vigencia de la actual Ley General de Aguas. [En estos] se aprecia un desconocimiento de otras realidades al interior del Perú que no sean aquellas de los grandes sistemas hidráulicos de la costa. [...] Importantes dispositivos legales son inaplicables en la realidad local de gran parte de la sierra, de la selva e inclusive en parte de la costa⁴.

En la sierra central peruana, por ejemplo, las organizaciones de regantes viven y operan en escenarios muy diferentes a los que predominan en el imaginario del legislador peruano, cómodamente instalado en Lima a 161 m.s.n.m. Los regantes se organizan en torno a pequeñas fuentes de agua y microcuencas, tienen sus propios sistemas de financiamiento y mantenimiento de la infraestructura que manejan (por ejemplo, faenas, tarifas locales), y las regulaciones de riego brotan de las prácticas consuetudinarias y de las asambleas generales, no de la ley escrita.

3 VERZIJL, Andres. *Two water right systems in the Peruvian Andes. Case 17752: the State versus the people of Pícol. Recognition of local water rights in the Quesermayo watershed, Cusco, Peru*. Tesis para obtener el grado de Maestría en Ciencias (MSc) por la Wageningen University, Países Bajos, 2005, p. 69. La traducción es nuestra.

4 HENDRIKS, Jan. «Legislación de aguas y gestión de sistemas hídricos en países de la región andina». En Patricia URTEAGA CROVETTO (ed.). *Módulo 2: Gobernabilidad de los recursos hídricos. Legislación, administración y políticas hídricas*, Lima: Wageningen University/IHE-UNESCO/IPROGA, 2008, pp. 44-83, pp. 52-53. Vos y del Callejo suscriben este diagnóstico en VOS, Jeroen e Iván DEL CALLEJO. «El riego campesino, la seguridad hídrica y la seguridad alimentaria en los Andes». En Jeroen VOS (ed.). *Riego campesino en los Andes: seguridad hídrica y seguridad alimentaria en Ecuador, Perú y Bolivia*. Lima: IEP, 2010, p. 52. Guimac también suscribe el diagnóstico y añade que «obtener un Plan de Cultivo y Riego es muy importante para los regantes formales. Sin la autorización y el pago de la tarifa de agua no se puede obtener suficiente agua para regar la parcela» (GUIMAC, Magdalena. «Los extractores de agua en las márgenes del nuevo canal Taymi». En Jeroen VOS (ed.). Ob. cit., pp. 191-206, p. 195).

Todo lo descrito genera la fragmentación de las organizaciones de riego porque deben responder a necesidades y condiciones eminentemente locales, de pequeña escala. De ahí que las Comisiones de Regantes, que supuestamente las crean, y las Juntas de Usuarios, que en teoría las engloban, se conviertan en referentes lejanos. Por si fuera poco, existen centenares de comunidades campesinas y organizaciones agrarias que gestionan el agua sin establecer organizaciones especializadas. Más bien, apelan a los órganos propios de sus formas de organización tradicional. Por último, la mayoría de las organizaciones de usuarios de agua (OUA) carece de reconocimiento administrativo; no está inscrita en el libro de Asociaciones de los Registros Públicos ni ha obtenido la licencia de uso de derecho de aguas que la legislación exige para aprovechar una fuente de agua.

Bien se puede afirmar, entonces, que las pequeñas organizaciones locales de riego no se encuentran estructuralmente acopladas a las formas de organización superior que prescribe la ley peruana (es decir, Juntas, Comisiones)⁵. Por el contrario, se conducen afirmando amplios márgenes de autonomía, al punto que «en muchos casos los Comités de Regantes son el único nivel ejecutivo y funcional de manejo del agua en las cuencas altas»⁶.

Las cifras que conocemos sobre la segmentación organizativa van a tono con la diversidad ecológica, social y cultural antes mencionada y con las peculiaridades de la gestión del agua en las cuencas andinas. Un documento del Banco Mundial, por ejemplo, reporta la existencia de unas 8000 organizaciones de usuarios de agua en todo el país. Del total de 116 Juntas de Usuarios, solo 39 se ubican en la sierra. Además, frente a los 832 Comités de Regantes establecidos en la costa, en la sierra operan más de 4800 pequeñas OUA. Estos comités aglutinan a casi medio millón de regantes, quienes poseen una superficie cultivada bajo riego de 990 000 hectáreas. Estas se encuentran bajo el régimen de un marcado minifundio, al punto que las cifras oficiales registran la existencia de cerca de 1,5 millones de unidades agropecuarias, las que solo tienen 2,3 hectáreas en promedio⁷.

5 Sí se observa que confluyen con otros comités e inclusive con las comisiones y juntas cuando reivindicaciones gremiales o políticas las conducen a la acción colectiva (por ejemplo, demandar la reducción de la retribución económica por el uso del agua o la construcción de proyectos hidráulicos). Ver GUEVARA GIL, Armando. *El Derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín, Perú*, capítulo 3.5.

6 Vos, Jeroen e Iván DEL CALLEJO. Ob. cit., p. 52. Vos y del Callejo, también señalan que «[e]n la sierra de Perú, las organizaciones de regantes se basan en los Comités de Regantes [que son los que] operan y mantienen los sistemas. Oficialmente, estos organismos están organizados en Comisiones de Regantes en el ámbito de las microcuencas; sin embargo, muy pocas Comisiones de Regantes tienen un rol proactivo en la gestión del agua. Las Juntas de Usuarios que representan a las Comisiones de Regantes en un Distrito de Riego son las que representan a los comités y a las comisiones en el ámbito de una subcuenca. No obstante, muy pocas Juntas funcionan realmente en la sierra y selva» (p. 52).

7 Ver Banco Mundial. *El futuro del riego en el Perú. Desafíos y recomendaciones. Informe de síntesis*. Washington DC: The World Bank, 2013, pp. 4, 15-17; y HENDRIKS, Jan. «Los grandes sistemas de

401

¿CÓMO FUNCIONA EL DERECHO DE AGUAS A 3300 M.S.N.M.?

HOW DOES THE WATER RIGHT WORK 3 300 METERS ABOVE SEA LEVEL?

En lugar de reconocer esta caleidoscópica realidad social, económica e hidrográfica, el legislador peruano, que está concentrado en los paisajes hidráulicos y grandes sistemas de irrigación de la costa, tiende a desconocerla y a afirmar un régimen normativo que le resulta inaplicable. Ello ocurrió con la Ley General de Aguas, Decreto Ley 17752, como refieren Hendriks y Verzijl⁸, entre otros, pero también se produce bajo el marco normativo inaugurado por la Ley de Recursos Hídricos 29338 de 2009.

Esta norma general contiene disposiciones de apertura en las que reconoce los usos y costumbres de las comunidades campesinas y nativas como fuente de sus derechos de uso de agua, en consonancia con las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los derechos de los pueblos indígenas en países independientes (artículo 64). También prescribe que sus formas de organización y gestión ancestral deben ser reconocidas sin necesidad de adaptarlas a la figura de los comités o comisiones de usuarios y que esas «organizaciones tradicionales tienen los mismos derechos que las organizaciones de usuarios» (artículo 32).

Sin embargo, por ejemplo, la Ley 30157, Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua (enero 2014), reconcentra su atención en las juntas, comisiones y comités, ignorando por completo a las organizaciones de agua campesinas e indígenas. Por si fuera poco, las regula, nuevamente, teniendo en mente a las juntas más modernas de la costa peruana⁹. Adicionalmente, es necesario reconocer que persiste el afán de transformar a las organizaciones ancestrales y locales, sobre todo andinas y amazónicas, a imagen y semejanza de las organizaciones de usuarios prescritas en la ley. El resultado esperado es que la gran variedad de organizaciones de usuarios de agua del país se reduzca al formato de la asociación civil sin fines de lucro regulada por el Código Civil peruano de 1984 en sus artículos 80 al 98 (ley 29338, artículo 27).

Adicionalmente, algunas Autoridades Locales de Agua (ALA) encargadas de promover la masiva formalización de los derechos de agua campesinos y comunales, a través del otorgamiento de licencias de uso de agua, individuales o en bloque, han desarrollado una práctica burocrática que exige como requisito indispensable

riego y el cambio climático: márgenes y medidas de gestión». En Armando GUEVARA GIL y Aarón VERONA (eds.). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho PUCP, 2014, pp. 47-73, pp. 53-54.

8 Ver HENDRIKS, Jan. «Legislación de aguas y gestión de sistemas hídricos en países de la región andina» y VERZIJL, Andres. Ob. cit.

9 Ver, por ejemplo, el talante de los artículos 10 y 14 de la ley, totalmente pertinente para las (pocas) juntas que tienen o aspiran a tener un perfil empresarial, pero muy alejado de la forma en que opera la mayoría de OUA del país.

que los solicitantes acrediten que se encuentran organizados en asociaciones civiles que luego, al revés de lo que prescribe la ley, pueden evolucionar en comités de usuarios de agua. De este modo, también «desde abajo» se cierran las posibilidades de reconocimiento anunciadas en la norma del año 2009. Adicionalmente, cuando las organizaciones consuetudinarias solicitan su reconocimiento como comités de usuarios de agua, se enfrentan a una serie de requisitos burocráticos caros y complejos que no pueden cumplir, en un proceso que acaba alejándolas aún más del Estado¹⁰.

El resultado es que las nuevas normas y políticas, durante el curso de su aplicación, obstaculizan la incorporación de las OUA locales, indígenas o campesinas, en el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos. Ante estas barreras, es interesante observar cómo las autoridades de cuenca (por ejemplo, el antiguo administrador técnico de distrito de riego o la actual Autoridad Administrativa del Agua) reinterpretan la legislación y los reglamentos oficiales para procesar las demandas de reconocimiento y articulación que las pequeñas OUA andinas les plantean. Como veremos a continuación, en un caso de carácter histórico —porque se produjo bajo la égida de la Ley General de Aguas anterior (1969-2009)—, los esfuerzos de adecuación que realiza la burocracia hídrica regional resultan muy importantes e innovadores. Desde el borde de la legalidad, proceden a dialogar con las pequeñas organizaciones de regantes que ni siquiera tienen existencia legal, pero son socialmente significativas. El resultado es que tanto la autoridad oficial de aguas como la pequeña organización local de regantes acaban legitimadas y mutuamente reconocidas.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE AGUAS A 3300 M.S.N.M.

La revisión del trámite de reconocimiento de una junta directiva del Comité de Regantes del distrito de Santa Rosa de Ocopa (provincia de Concepción, región Junín) servirá para documentar los enlaces que se forjan entre el Estado y las pequeñas organizaciones de usuarios de agua de la sierra peruana. Estos nexos se establecen apelando a los mecanismos de adaptación, localización y regularización que las burocracias acantonadas en provincias emplean para tratar de procesar las demandas locales, aunque para ello tengan que forzar la legalidad estatal que compele su propia actuación.

El Comité de Regantes de Santa Rosa de Ocopa se asienta en el famoso «valle azul» de Concepción y toma sus aguas del río Achamayo, el que

403

¿CÓMO FUNCIONA EL DERECHO DE AGUAS A 3300 M.S.N.M.?

HOW DOES THE WATER RIGHT WORK 3300 METERS ABOVE SEA LEVEL?

¹⁰ Agradezco a Vanessa Schaeffer Manrique (comunicación personal del 30 de setiembre de 2014) por compartir conmigo su valiosa experiencia de campo en esta materia.

desemboca en el Mantaro a medio camino entre las ciudades de Jauja y Huancayo. En el año 2004 contaba con 234 asociados. El 79% de ellos regaba parcelas ubicadas por encima de los 3370 m.s.n.m., las que tenían una extensión que oscilaba entre 500 m² y 1 hectárea, en una clara expresión del marcado minifundismo de los sistemas de riego campesino¹¹. El comité, a través de siete compuertas rústicas, manejaba un caudal máximo de 450 l/s¹². Con ese volumen, los santarrosinos irrigaban 115 hectáreas fragmentadas en 433 predios dedicados a productos de panllevar, maíz, alcachofa y alfalfa, entre otros.

En la primera mitad del año mencionado, la organización de regantes convocó a una asamblea general para elegir a su junta directiva. Las causas inmediatas de la convocatoria fueron dos. Primero, la necesidad de poner la casa en orden para que los directivos en ejercicio pudieran tentar la reelección y los elegidos puedan participar en las elecciones de delegados ante la Comisión de Regantes del valle (Achamayo) y ante la Junta de Usuarios de todo el distrito de riego Mantaro. Segundo, la exigencia de formalización que una Organización no Gubernamental (ONG) le había planteado para ejecutar un proyecto de mejoramiento de su infraestructura hidráulica. Para llevarlo a cabo, el agente desarrollista necesitaba acreditar que su contraparte se encontraba debidamente representada y por eso presionó a los directivos del comité para que convoquen a elecciones.

Aunque la asamblea general se realizó en mayo de 2004, solo catorce meses después el Comité pidió a la Administración Técnica del Distrito de Riego Mantaro (ATDRM) el reconocimiento oficial de su nueva junta directiva. Además, la resolución administrativa de reconocimiento (04-2006-INRENAIRH/ATDRM, Huancayo) recién se emitió al sexto mes, en enero de 2006, es decir, veinte meses después del acto electoral.

La resolución administrativa revela los mecanismos de localización y adaptación que las administraciones provinciales de agua aplican para operar entre dos escalas normativas, la nacional y la local. Su primer artículo es muy gráfico: «Reconocer *en vía de regularización* a la Junta Directiva del Comité de Regantes de Santa Rosa de Ocopa [...] por el período de gestión mayo 2004-diciembre 2006»¹³. Procedió a utilizar la «regularización» porque ya había transcurrido la mayor parte del plazo para el que la junta directiva reconocida había sido elegida. Además, pese a que la nueva directiva democrática y formalmente elegida constaba de 12 miembros, la Administración Técnica del Mantaro

11 Para una «descripción densa» de esta OUA, ver GUEVARA GIL, Armando. *El Derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín, Perú*, capítulos 4 y 5.

12 El régimen hidrológico del río Achamayo es muy variable, oscila entre los 120 m³/segundo en la época de lluvias (enero-marzo) y un mínimo de 1.5 m³/segundo durante el estiaje (junio-agosto) (ibidem, p. 26).

13 Las cursivas son nuestras.

resolvió, *motu proprio*, reconocer únicamente a siete directivos. La razón era pragmática, pues un comité tan corto no necesitaba una directiva tan larga, pero debe anotarse que la Administración Técnica del Distrito de Riego Mantaro no tenía la atribución de recortar un cuerpo directivo nacido de una asamblea general válida.

De toda la resolución mencionada, me interesa resaltar su tercer considerando y su segundo artículo porque son reveladores de la significativa reinterpretación y adaptación que realizó la Administración Técnica del Mantaro para procesar la demanda de reconocimiento que le planteó el Comité de Regantes de Santa Rosa. Vale la pena citarlos en extenso, a la luz del mandato legal contenido en el decreto supremo 057-2000-AG, el Reglamento de Organización Administrativa del Agua, que en ese momento regulaba la vida institucional de las organizaciones de usuarios de agua del país.

Funciones de Comités de Regantes según decreto supremo 057-2000-AG, Disposición Transitoria Quinta	Funciones de Comité de Regantes de Santa Rosa de Ocopa según resolución administrativa 04-2006-INRENA-IR/ATDRM
Si el caso requiere, las Comisiones de Regantes podrán contar con Comités de Regantes con el objeto de apoyar la realización de trabajos de limpieza, mantenimiento de los canales y distribución del agua de acuerdo a los roles de riego establecidos y elaborados por la Comisión de Regantes y Junta de Usuarios, aprobados por la Autoridad Local de Aguas, serán reguladas en los estatutos de su respectiva Comisión de Regantes [sic].	«Que, a la fecha, el Comité de Regantes que se reconoce en la presente Resolución viene ejerciendo las [siguientes] facultades de administración y operación de la infraestructura de riego [...]» Distribuir el agua «de acuerdo a los roles establecidos» Actualizar anualmente el padrón Apoyar en el cobro de tarifas de agua con fines agrarios a su Comisión.

La modulación y adaptación del mandato legal contenido en el decreto supremo 057-2000-AG es elocuente. El Comité de Santa Rosa, según la resolución de la ATDRM, no se limita a apoyar la limpieza y mantenimiento de los canales de la Comisión del Achamayo, reconoce que en la práctica gestiona y opera su propia infraestructura de riego. Su papel en la distribución de los turnos de riego no se restringe a acatar las disposiciones emanadas de la Comisión del Achamayo o de la Junta del Mantaro, sino que tiene la potestad de fijarlos.

Más interesante aún, la autoridad estatal reconoce que el pequeño comité de regantes posee dos facultades que ni se vislumbran en el Reglamento de Organización Administrativa del Agua: maneja su padrón de miembros y cobra las tarifas oficiales por el uso del agua.

405

¿CÓMO FUNCIONA EL DERECHO DE AGUAS A 3300 M.S.N.M.?

HOW DOES THE WATER RIGHT WORK 3 300 METERS ABOVE SEA LEVEL?

En síntesis, el grado de autonomía que la burocracia regional de aguas le reconoce al Comité de Santa Rosa ni siquiera pudo ser imaginado por «el legislador» radicado en la ciudad de Lima. Para ello propone una lectura *ad hoc* del dispositivo legal, lo invoca en sus considerandos y lo reinterpreta a la luz de las exigencias locales.

Se observa adicionalmente que, para la Autoridad Técnica del Distrito de Riego Mantaro, el Comité de Regantes de Santa Rosa no tiene una relación filial ni genética con la Comisión de Regantes del Achamayo. Estamos, formalmente, en el mundo al revés porque la única que podía crear comités de «apoyo» era la comisión. Esta concepción, totalmente diferente a la que preside el decreto supremo 057-2000-AG, se halla corroborada por la omisión en la que incurre el artículo tercero de la resolución administrativa. Este ordena transcribir su contenido a la Intendencia de Recursos Hídricos del INRENA (Lima), la Dirección Regional Agraria de Junín, la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Mantaro y el Comité de Regantes de Santa Rosa de Ocopa, pero no a la Comisión de Regantes de la cuenca del río Achamayo¹⁴. Se trata de una decisión que reconoce el alto grado de autonomía del comité ante su teórica comisión-madre y que, con esta exclusión, la burocracia refuerza y legitima al punto de dotarla de identidad propia. Es más, ni siquiera le pidió que informe u opine sobre una organización de regantes legalmente subordinada a ella.

Todos estos mecanismos y reinterpretaciones confluyen en la generación de dos procesos. Primero, se refuerza y valida en la escala normativo-institucional local (es decir, Distrito de Riego Mantaro, cuenca del río Achamayo) la reconfiguración del mapa institucional diseñado en la legislación estatal. En el escenario redibujado, las organizaciones que no tienen status legal (los comités de regantes campesinos) adquieren un papel protagónico. Por eso la burocracia hidráulica debe reconocerlas, reinterpretando significativamente el mandato legal contenido en el decreto supremo 057-2000-AG que normaba la organización administrativa del agua. Si aplicase la ley a rajatabla, solo debería enlazarse con la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Mantaro y con las Comisiones de Regantes, como la del río Achamayo, una opción ciertamente conducente al solipsismo y al monólogo por la debilidad organizativa que las caracteriza.

El segundo proceso es que la burocracia regional (ATDRM) debe responder a los retos de adaptación y localización de los mandatos legales y administrativos que recibe del aparato estatal central. Para hacerlo improvisa procedimientos no contemplados ni permitidos por

¹⁴ Archivo de la Administración Técnica del Distrito de Riego Mantaro, Expediente Técnico-Administrativo de la resolución administrativa 04-2006-INRENA-IRH-ATDRM de reconocimiento de la junta directiva del Comité de Regantes de Santa Rosa de Ocopa, fojas 14-14v, año 2006.

el derecho oficial. Si en el derecho constitucional y civil el principio de que «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»¹⁵ es un escudo que garantiza la libertad individual, en el derecho administrativo prima el principio de legalidad por el que los funcionarios públicos deben ceñir su actuar al marco legal y a las facultades específicas que la ley les confiere¹⁶.

Ambos principios operan de manera inversa. Mientras que uno promueve la expansión de la libertad y los derechos individuales, el otro restringe al máximo las atribuciones de las autoridades públicas para evitar justamente que excedan sus competencias y vulneren los derechos y libertades de los ciudadanos. Por eso, un funcionario que se arroga o inventa facultades ocasiona la nulidad de sus actos administrativos y se expone a ser sancionado incluso penalmente. El procedimiento de reconocimiento de la directiva del Comité de Santa Rosa no acarrió ninguna de estas consecuencias. Por el contrario, canalizó adecuadamente los esfuerzos que la burocracia hidráulica encargada de la cuenca del Mantaro desplegó para adaptar y localizar el derecho de aguas nacional.

IV. «EN VÍAS DE REGULARIZACIÓN»

La práctica administrativa nacional ha introducido la posibilidad de una eficacia retroactiva de las decisiones administrativas (conocida como «en vía de regularización»), por la cual los efectos de un acto o resolución administrativa son aplicados de modo anticipado a relaciones jurídicas ya existentes e incluso consumadas antes de su vigencia¹⁷.

De todo el esfuerzo conceptual y regulatorio practicado por la Administración Técnica del Distrito de Riego Mantaro, tal vez el aspecto más saltante sea el de haber formulado el reconocimiento «en vías de regularización». Esta pequeña cláusula, carente de lustre y hasta de sintaxis, revela una fascinante y poco estudiada vertiente del derecho estatal, a saber, las prácticas consuetudinarias que sus funcionarios improvisan para poder desenvolverse en contextos sociales inimaginables para «el legislador». La «regularización» no está contemplada en el derecho administrativo peruano, tal como lo señala el destacado administrativista Morón Urbina. Sí lo está la «eficacia

15 Consagrado, por ejemplo, en el artículo 2.24.a de la Constitución Política del Perú de 1993.

16 Principio enunciado en la Ley del Procedimiento Administrativo General 27444 de 2001, artículo IV, Principios del procedimiento administrativo, 1.1. Principio de legalidad: «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le[s] estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

17 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 193. El autor pone como ejemplos «la designación de funcionarios en cargos públicos con posterioridad a haber iniciado sus actividades, las autorizaciones de viaje a posteriori de su retorno o la aceptación de donaciones ya ingresadas al patrimonio estatal» (ibídem).

407

¿CÓMO FUNCIONA EL DERECHO DE AGUAS A 3300 M.S.N.M.?

HOW DOES THE WATER RIGHT WORK 3300 METERS ABOVE SEA LEVEL?

anticipada del acto administrativo»¹⁸, pero esta solo se puede disponer en el propio acto y siempre que los hechos que justifican su emisión hayan existido al momento en que se pronunció la decisión.

Así, no hay norma positiva que autorice o reglamente la práctica administrativa denominada «en vías de regularización». Es más, la autoridad administrativa que la concede podría ser sancionada pues incurre en responsabilidad funcional por conceder o reconocer derechos, sin haber seguido el procedimiento predeterminado, es decir, por haber violado el debido proceso administrativo. Sin embargo, es frecuentemente utilizada en la Administración Pública¹⁹. Y es un mecanismo que va mucho más allá del «alto nivel de discrecionalidad que cualquier orden legal, fluido y permeable (poroso), le reconoce a sus jueces y funcionarios para que puedan tomar decisiones»²⁰.

Es posible que esta práctica administrativa tenga un lejano antecedente en la «composición de títulos» (*componere*: arreglar, ordenar) originada en el derecho histórico español y replicada en el derecho indiano. En la clásica definición del gran historiador del derecho, José María Ots Capdequí, la composición era «una figura jurídica por la cual, en determinadas circunstancias, una situación de hecho —producida al margen o contra el Derecho— podía convertirse en una situación de derecho, mediante el pago al fisco de una cierta cantidad»²¹. Su aplicación fue ampliamente permitida y hasta fomentada en distintos ámbitos: la migración ilegal a las Indias, los matrimonios indebidos de funcionarios coloniales, las encomiendas y, por supuesto, la propiedad

18 Ley del Procedimiento Administrativo General 27444 (2001), artículo 17.1: «La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, solo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción».

19 Una simple búsqueda en Google arrojará una cantidad impresionante de referencias bajo el término «en vías de regularización». La mayor parte de los actos administrativos regularizados pertenece a la Autoridad Nacional del Agua (ver, por ejemplo, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua de setiembre de 2010, sobre la regularización de licencias de uso de agua superficial), las municipalidades, los gobiernos regionales y sectores como Vivienda, Producción e Interior. Algunas municipalidades (como Cieneguilla y Lurín) hasta denominan así a un trámite para formalizar la titularidad de inmuebles.

20 HOEKEMA, André. *Multicultural conflicts and national judges: a general approach*. Manuscrito, 2008, p. 6. Magdalena Guimac describe un comportamiento similar, aunque no precisa si la autoridad de la cuenca Chancay-Lambayeque de la costa peruana utilizó este mecanismo. Ante la imposibilidad de impedir el riego que practican los parceleros «informales», «clandestinos» o «ladrones de agua», quienes bombean las aguas del canal Taymi sin ningún tipo de autorización o licencia, la autoridad «decide propiciar la organización de los agricultores del sector Taymi en comités de regantes, con el objetivo de realizar la cobranza de la tarifa de agua, vigilar el uso del agua y obtener información referente al sector». Guimac observa que «la conformación de los [16] comités de regantes hasta la fecha, ha sido una medida transitoria que no significa la incorporación a la organización social oficial del agua. Las instituciones que tomaron la iniciativa le llaman “ordenamiento de riego” y no formalización de su condición de regantes del sistema regulado. Sin embargo, esto ha limitado su reconocimiento como usuarios/as de riego ante los agricultores del sistema Tinajones y diversas instituciones» (GUIMAC, Magdalena. Ob. cit., pp. 199-200).

21 OTS CAPDEQUÍ, José María. *España en América. El régimen de tierras en la época colonial*. México: FCE, 1959, p. 37.

agraria colonial. Entre 1591 y 1788, por ejemplo, el virreinato peruano experimentó cinco Visitas y Composiciones Generales de tierras destinadas a (re)ordenar y formalizar el régimen de la propiedad rural. Los hacendados, órdenes religiosas, obrajeros, caciques o comunidades indígenas que la tramitaban con éxito lograban la formalización de sus títulos y la consecuente seguridad jurídica de sus derechos y propiedades. En contrapartida, la corona obtenía rentas para sus siempre alicaídas arcas imperiales²².

Aunque hoy en día la motivación económica que llevó a la corona española a promover las composiciones de títulos ha desaparecido, creo que es posible afirmar que tanto la composición como la regularización comparten la misma pretensión: evitar el rezago irremediable del derecho oficial ante la vorágine social que pretende regular, articular el aparato estatal a las demandas locales, y restituir un sentido de preeminencia (*imperium*) al derecho emanado de la autoridad central. En la actualidad, el procedimiento no está regulado, ni podría estarlo en puridad. Si lo hiciera, el Estado reconocería que no es omnisciente ni ubicuo; una revelación que desarmaría el castillo de naipes conocido como el monismo jurídico y la ideología del centralismo legal²³.

En el caso específico de la Administración Técnica del Distrito de Riego Mantaro, apelar al «en vías de regularización» para afirmar, siempre *ex post*, su papel de autoridad es recurrir a un elemental principio de realidad: su cuerpo burocrático es muy pequeño para administrar un territorio hidráulico gigantesco. Efectivamente, el Distrito de Riego Mantaro tiene 20 000 km² de extensión (un área igual a la de El Salvador y el doble del Líbano), se despliega entre los 5800 y los 500 m.s.n.m. y se extiende a lo largo y ancho de cuatro regiones político-administrativas (Lima, Junín, Huancavelica y Ayacucho).

Lo sorprendente es que la ATDRM solo tenía catorce servidores en el año 2006 y diecisiete en 2008. Estas son cantidades de personal a todas luces insuficientes para cumplir su papel de autoridad de aguas en un área tan vasta y diversa²⁴. Ciertamente que la dedicación y esmero de los empleados eran laudables, pero más de la mitad ocupaba plazas netamente burocráticas (no técnicas) y estaba sujeta a contratos de trabajo temporales.

22 Ver GUEVARA GIL, Armando. *Propiedad agraria y Derecho colonial: los documentos de la hacienda Santotis (Cuzco 1543-1822)*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993, pp. 174-186.

23 Para una crítica clásica al centralismo legal ver GRIFFITHS, John. «What is Legal Pluralism?». *Journal of Legal Pluralism*, 24 (1986), pp. 1-55 (<http://www.jlp.bham.ac.uk/volumes/24/griffiths-art.pdf>). Para una síntesis y aplicación de las corrientes pluralistas, ver GUEVARA GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal: aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*, capítulos 1, 2, 4 y 5.

24 Se trata de una carencia recurrente. Otro distrito hídrico tan importante y enorme como el del Cusco contaba, a mediados de la década, con un Administrador Técnico y siete empleados, ver VERZIJL, Andres. Ob. cit., p. 56.

Por último, la Administración Técnica no contaba con los recursos necesarios para su trabajo. Ocupaba unas pequeñas oficinas prefabricadas en un rincón de la sede del Ministerio de Agricultura en Huancayo; no tenía vehículos a su disposición ni los equipos que una entidad especializada debería tener para manejar un recurso tan valioso como el agua²⁵. Ante las enormes falencias que experimenta la administración de aguas regional, sus funcionarios no se cruzaban de brazos y desarrollaron innovadores mecanismos para *adaptar* y *localizar* las regulaciones de alcance nacional. Al hacerlo, procuraron satisfacer las necesidades de los regantes altoandinos y afirmar su propio papel en la gestión local del recurso. Por paradójico que suene, al final lo que se *regulariza* no es solo la situación de hecho en la que se encuentran los administrados, sino la propia vigencia del derecho oficial.

V. COLOFÓN

Las autoridades de agua encargadas de administrar las cuencas andinas operan en paisajes sociales e hidráulicos inimaginables para el legislador peruano, el que reconcentra su atención en los modernos sistemas de riego de la costa²⁶. Ello genera una enorme brecha entre las leyes de agua y la heterogénea realidad que caracteriza al país. Ante esta disonancia, autoridades como las de la cuenca del río Mantaro optan por desarrollar prácticas administrativas que los colocan al borde de la legalidad, pero que les sirven para ejercer su autoridad y canalizar la vida institucional de las organizaciones campesinas de riego. La revisión de un caso que involucra a una pequeña organización de regantes permite mostrar cómo la burocracia hidráulica, apostada en la sierra peruana, apela a los mecanismos de localización, adaptación y regularización para procesar las demandas de reconocimiento y articulación que comités como el de Santa Rosa de Ocopa le plantean. De este modo, las autoridades oficiales legitiman, aunque heterodoxamente, el papel del Estado en escenarios imprevistos por el legislador.

Recibido: 03/09/14
Aprobado: 05/09/14

²⁵ Ahora felizmente cuenta con un local bien equipado y con un número creciente de personal especializado.

²⁶ Sobre la pertinencia del derecho en general, ver GUEVARA GIL, Armando, Rutgerd BOELENS & David GETCHES. «Conclusions: Water Rights, Power and Identity». En Rutgerd BOELENS, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL (eds.). *Out of the Mainstream. Water Rights, Politics and Identity*, Londres/Washington DC: Earthscan, 2010, pp. 329-339.