

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales**

**Implicancias de establecer un Marco Metodológico para identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú.**

Análisis de la modificación del artículo 75º de la Ley de Recursos Hídricos

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales**

**AUTOR**

Karen del Rocío Chirinos Espinoza

**ASESOR:**

Isabel Calle Valladares

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20100766

**2018**

**Resumen:** A través del presente trabajo académico se abordan las diversas aristas en torno a la modificación del artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos, mediante la publicación de la Ley N° 30640, que dispone la elaboración de un marco metodológico para identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú, a cargo de la Autoridad Nacional del Agua (ANA). En ese sentido, además de plantear las diversas posturas surgidas a raíz de la entrada en vigencia de dicha ley, se analizarán las consecuencias jurídicas de la declaración de intangibilidad de las cabeceras de cuenca – facultad de la ANA desde la entrada en vigencia de la Ley de Recursos Hídricos – así como los diversos mecanismos de protección y conservación de áreas que son consideradas ambientalmente vulnerables por contener ecosistemas frágiles que requieren ser preservados, manteniendo el equilibrio entre el desarrollo de actividades de aprovechamiento de recursos naturales y la sostenibilidad ambiental, teniendo en cuenta los niveles de riesgo, a través de los estudios e investigaciones necesarias que permitan sustentar la aplicación de las medidas de protección, así como las situaciones de excepción. Asimismo, también se evaluarán las consecuencias jurídicas de la elaboración del marco metodológico para identificar delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú, teniendo en cuenta los avances presentados y los posibles criterios a incluirse, teniendo como resultado tanto aspectos positivos, como opciones de mejorar y desafíos por lograr a cargo de la ANA.

## Contenido:

I.	Introducción.....	4
II.	Las zonas reconocidas como cabeceras de cuenca.....	6
	2.1 El recurso hídrico y las cabeceras de cuenca.....	6
	2.2 Naturaleza jurídica de las cabeceras de cuenca en el Perú y su implicancia ambiental.....	9
	2.3 El debate en torno a la protección de las cabeceras de cuenca.....	13
III.	Análisis de regulación normativa en torno a la protección y regulación de las cabeceras de cuenca.....	16
	3.1 Las cabeceras de cuenca en la legislación hídrica.....	16
	3.2 Los mecanismos de protección y conservación de ecosistemas frágiles...20	
	3.3 Consecuencias jurídicas de una declaratoria de intangibilidad.....	26
IV.	Modificación del artículo 75° de La Ley de Recursos Hídricos.....	29
	4.1 Consideraciones para el desarrollo del Marco Metodológico, a cargo de la Autoridad Nacional del Agua.....	29
	4.2 Escenarios y consecuencias jurídicas del desarrollo y aplicación del Marco Metodológico.....	32
	4.3 Importancia y desafíos del Marco Metodológico.....	34
V.	Recomendaciones y Conclusiones.....	36
VI.	Bibliografía.....	39

## **I. Introducción**

A raíz de la publicación de la Ley N° 30640 en julio del 2017, la cual modifica el artículo 75° de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, la Autoridad Nacional del Agua (ANA), con participación de los sectores competentes, tiene la responsabilidad de elaborar un marco metodológico para identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú, estableciéndose para ello el plazo de 365 días contados desde la vigencia de la ley.

Este cambio normativo tiene como antecedentes los conflictos socios ambientales en torno al agua, generados principalmente a raíz del desarrollo de proyectos mineros en zonas alto andinas de nuestro país. Es así que un antecedente importante es el caso del proyecto minero Conga, que generó muchos conflictos en la región de Cajamarca, y que motivó al Gobierno Regional liderado por Gregorio Santos a emitir una ordenanza para declarar intangibles las cabeceras de cuencas que están por encima de los 3,500 m.s.n.m., que convertía en inviable el proyecto Conga.

Dicha ordenanza regional fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el año 2012, debido a que la competencia para declarar la intangibilidad de estas zonas, correspondía a la Autoridad Nacional del Agua. Sin embargo, posteriormente se han presentado diversos proyectos de ley orientados a la protección de las cabeceras de cuenca e inclusive a su declaratoria de intangibilidad. Finalmente, el proyecto de ley N° 283/2016-CR presentado a iniciativa del congresista Marco Arana del grupo parlamentario Frente Amplio, y el proyecto de ley N° 1128/2016-CR a iniciativa de la congresista María Melgarejo del grupo parlamentario Fuerza Popular, fueron los que dieron origen a la promulgación de la Ley 30640.

Al respecto, es importante analizar las implicancias de la determinación de un marco metodológico para identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú, toda vez que la información técnica y legal tanto a nivel nacional como internacional es escasa. Por ello, desde la disposición de una definición de las cabeceras de cuenca

dentro del ordenamiento jurídico peruano, se generarán una serie de consecuencias de índole legal, social y ambiental.

En ese sentido, el presente artículo pretende desarrollar el análisis de la naturaleza jurídica de las cabeceras en el ordenamiento jurídico peruano, desarrollando el vínculo con el recurso hídrico, así como las implicancias ambientales. Por otro lado, se analizará el debate en torno a la protección y declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca, así como su reconocimiento a partir del estudio histórico de la normativa peruana. Asimismo, este artículo tiene como objetivo analizar las implicancias de la modificación del artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos, que dispone que la Autoridad Nacional del Agua tenga que elaborar un marco metodológico, haciendo incidencia en las consecuencias jurídicas que esto conlleva, teniendo en cuenta los diversos escenarios donde se emplean diversos mecanismos de protección y conservación de ecosistemas frágiles en el Perú. Finalmente, se desarrollarán las recomendaciones y conclusiones de acuerdo con la información relevante encontrada a partir del desarrollo de la presente investigación.

Respecto de la metodología a utilizarse en el desarrollo del presente artículo, debido a la poca información que se encuentra a disposición respecto a la regulación de las cabeceras de cuenca tanto en el Perú como a nivel internacional, se utilizará la revisión bibliográfica de las fuentes disponibles referidas a los mecanismos de protección y conservación que ha venido aplicando el Estado peruano, así como aquellas que permitan analizar diversos aspectos de la regulación en materia de recursos hídrico; asimismo, se tomará en cuenta entrevistas, opiniones y ponencias que se han ido realizando en los meses posteriores a la promulgación de la Ley 30640.

## II. Las zonas reconocidas como cabeceras de cuenca

Tanto a nivel nacional como internacional, no existe una definición única para las zonas denominadas como “cabeceras de cuenca”; sin embargo, geográficamente en el Perú se suelen reconocer como las zonas más altas de las cuencas hidrográficas, como las zonas alto andinas, pese a que su ubicación no siempre responde a esta característica. Asimismo, las cabeceras de cuenca tienden a recibir precipitaciones como lluvia, nieve o granizo, y cuentan con la capacidad de almacenamiento de agua en sus diversas formas, lo cual permite el nacimiento de cursos de agua.

Teniendo en cuenta ello, estamos ante un ecosistema que requiere ser preservado, debido a su importancia hídrica, ya que mediante la conservación del recurso se podrá asegurar la provisión de agua para las poblaciones tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades económicas y de subsistencia.

En ese sentido, para poder analizar las implicancias de la determinación de un marco metodológico para zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú, es importante desarrollar previamente la relación entre el recurso hídrico y las zonas denominadas cabeceras de cuenca, su naturaleza jurídica, sus implicancias ambientales y el debate en torno a su protección a través de la legislación nacional.

### *2.1. El recurso hídrico y las cabeceras de cuenca*

Respecto del recurso hídrico, podemos indicar que el agua como recurso natural es vital para satisfacer las necesidades básicas del ser humano, asimismo, es susceptible de ser aprovechada para el desarrollo de diversas actividades. Al ser un recurso natural, su aprovechamiento está regulado en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece lo siguiente:

*“Artículo 66.- Recursos Naturales*

*Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento*

*Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”*

Asimismo, el acceso al recurso hídrico a través del otorgamiento de derechos de uso de agua, así como su protección y el uso eficiente, se encuentra regulado en la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2010-AG, los mismos que establecen una visión respecto del uso del agua:

*“Ley de Recursos Hídricos*

*Artículo 1°.- El agua*

*El agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación.*

*Artículo 2°.- Dominio y uso público sobre el agua*

*El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.”*

*“Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos*

*Artículo 2°.- Dominio de las aguas*

*2.1 El agua es un recurso natural renovable, vulnerable, indispensable para la vida, insumo fundamental para las actividades humanas, estratégica para el desarrollo sostenible del país, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan y la seguridad de la Nación.*

*2.2 El agua es patrimonio de la Nación y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada sobre el agua, sólo se otorga en uso a personas naturales o jurídicas.*

*2.3 El uso del agua se otorga y ejerce en armonía con la protección ambiental y el interés de la Nación.”*

En ese sentido, podemos señalar que la regulación del agua en el Perú está orientada hacia un enfoque de desarrollo sostenible, estableciendo una gestión integrada de los recursos hídricos, promoviendo la conservación, la protección de su calidad, el incremento de la disponibilidad y el aprovechamiento sostenible del agua, que permita garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y de las futuras generaciones.

Es importante tener en cuenta la visión regulatoria respecto del recurso hídrico en el Perú, debido a los factores que pueden provocar escenarios de escasez hídrica, como por ejemplo los efectos del cambio climático, la sobreexplotación de los acuíferos, o el desarrollo de actividades extractivas, ya que nos encontraremos con la necesidad de proteger las zonas de almacenamiento y recarga hídrica, como lo suelen ser las cabeceras de cuenca.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que las zonas más altas donde usualmente se pueden ubicar las cabeceras de cuenca, no siempre son las que poseen mayor capacidad de almacenamiento o tienen una mayor producción del recurso hídrico, ya que muchas veces son los valles los que permiten una mayor recarga hídrica a partir de las precipitaciones, así como las zonas medias de las cuencas hidrográficas.

Teniendo en cuenta ello, si bien es importante establecer medidas de protección y conservación de aquellos lugares que tienen gran capacidad de almacenamiento y producción de recurso hídrico, esto no significa necesariamente que todas estas zonas que se suelen identificar como cabeceras de cuenca sean altamente vulnerables o que no puedan ser compatibles con el desarrollo de actividades como la agricultura, ganadería o incluso la minería.

Por ello, habiendo establecido la relación entre el recurso hídrico y las cabeceras de cuenca, será importante analizar la naturaleza jurídica de estas zonas en el Perú, y su



implicancia ambiental, a fin poder desarrollar las implicancias de la determinación de un marco metodológico para zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú.

## 2.2. *Naturaleza jurídica de las cabeceras de cuenca en el Perú y su implicancia ambiental.*

*Tal como se ha mencionado anteriormente, la Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento tiene un enfoque orientado hacia una gestión integrada de los recursos hídricos, basándose en la aplicación del principio de sostenibilidad y el uso eficiente del agua.*

En ese sentido, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Recursos Hídricos en marzo del año 2009 y antes de la publicación de la Ley 30640, el Perú reconoció a las cabeceras de cuenca como “zonas ambientalmente vulnerables”, estableciendo la posibilidad de que se declaren zonas intangibles de la siguiente manera:

### *“Artículo 75°.- Protección del agua*

*La Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, debe velar por la protección del agua, que incluye la conservación y protección de sus fuentes, de los ecosistemas y de los bienes naturales asociados a ésta en el marco de la Ley y demás normas aplicables. Para dicho fin, puede coordinar con las instituciones públicas competentes y los diferentes usuarios.*

*La Autoridad Nacional, a través del Consejo de Cuenca correspondiente, ejerce funciones de vigilancia y fiscalización con el fin de prevenir y combatir los efectos de la contaminación del mar, ríos y lagos en lo que le corresponda. Puede coordinar, para tal efecto, con los sectores de la administración pública, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.*

*El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas. La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua.”*

Tal como se puede apreciar, desde el año 2009 las zonas denominadas como cabeceras de cuenca, refiriéndose a los lugares donde se originan las aguas, son consideradas zonas ambientalmente vulnerables; sin embargo, no se estableció ninguna normativa que desarrolle el concepto de cabecera de cuenca, o regulara medidas de protección y conservación aplicables.

Teniendo en cuenta ello, encontramos un primer problema respecto de la regulación aplicable a las cabeceras de cuenca, en el sentido que la falta de un concepto claro respecto de determinado ecosistema que se pretende conservar, conlleva una deficiente gestión ambiental respecto de los recursos naturales, referida en este caso al recurso hídrico de las cabeceras de cuenca. En ese sentido, Lucía Ruiz<sup>1</sup> se refirió a la gestión del agua en el Perú de la siguiente manera:

*“En el caso del agua en el Perú, encontramos distintas realidades geográficas e hidrológicas, diversas visiones culturales o intereses sectoriales que no han sido adecuadamente considerados en el diseño de políticas nacionales ni están recogidos en nuestra legislación y mucho menos cuentan con el respaldo de una institucionalidad que maneje conceptos claros respecto de lo que se requiere para lograr una gestión eficaz de este recurso en nuestro país.”*

Al respecto, la falta de respaldo de una institucionalidad que maneje conceptos claros respecto de las cabeceras de cuenca y su vulnerabilidad, genera que no se logre tener políticas nacionales claras y, por lo tanto, una gestión deficiente del agua. Por ello, al analizar la regulación nacional que establece que las cabeceras de cuenca son zonas ambientalmente vulnerables, cabe preguntarse a qué se refiere esa característica de vulnerabilidad, y si realmente es una condición inherente a todas las cabeceras de cuenca.

---

<sup>1</sup> RUIZ OSTOIC, Lucía. “Apuntes sobre normatividad e institucionalidad para la gestión del recursos hídrico”. En Themis 56. 2008, Lima, pp. 156.

En ese sentido, de manera general podemos decir que la característica de vulnerabilidad está referida a la exposición a condiciones de riesgos, amenazas o peligros. Así, respecto de la caracterización de la cuenca hidrográfica, en una cartilla técnica de la Sociedad Geográfica de Lima se indica lo siguiente:

*“Para caracterizar una cuenca hidrográfica, necesitamos cuantificar todos los parámetros que describen la estructura física y territorial con el fin de establecer las posibilidades y limitaciones de sus Recursos Naturales pero también para identificar los problemas presentes y potenciales.*

*La caracterización de una cuenca se inicia con la delimitación de su territorio, la forma, tamaño o área, pendiente media y pendiente del cauce principal, red de drenaje, etc. Algunos de estos “parámetros geomorfológicos” sirven de base para identificar la vulnerabilidad y considerar peligros a los desastres”<sup>2</sup>*

Teniendo en cuenta lo descrito, se puede apreciar que la característica de vulnerabilidad se determina en función a determinados parámetros de la estructura física y territorial de la cuenca. Por ello, establecer a priori la vulnerabilidad de todas las cabeceras de cuenca en la legislación nacional, sin tener un concepto claro al respecto o un estudio de todas las cabeceras de cuenca en el Perú que las identifique como zonas vulnerables, resulta precipitado e incluso erróneo, teniendo en cuenta además que en las Vertientes Hidrográficas del Pacífico, Atlántico y Lago Titicaca tenemos 159 cuencas hidrográficas que responden a distintos parámetros geomorfológicos.

Por otro lado, la Ley de Recursos Hídricos también estableció la posibilidad de declarar zonas intangibles donde no se otorguen derechos de uso, disposición o vertimiento de agua; sin embargo, no se establecieron los supuestos bajo los cuales

---

<sup>2</sup> ORDOÑEZ, Julio. Cartilla Técnica: ¿Qué es una Cuenca Hidrológica? Lima, 2011. Sociedad Geográfica de Lima y Foro Peruano para el Agua – GWP Perú. Pp. 16-17

se emitiría esta declaratoria de intangibilidad, o los lineamientos para la misma, precisándose únicamente que se requería la opinión del Ministerio del Ambiente.

Por ello, a raíz de la publicación de la Ley 30640 que mantiene dicha disposición dentro de la Ley de Recursos Hídricos, se despertó la alerta en diversos sectores debido a que es percibida como una herramienta para establecer zonas reservadas y cerrar el paso a las inversiones y al desarrollo de diversas actividades que se desarrollan en zonas altoandinas. Dicha preocupación ha sido canalizada principalmente por el sector minero; sin embargo, mediante una declaratoria de intangibilidad no solo se verían afectados proyectos mineros, sino que también sería una limitación para las actividades de ganadería o agricultura.

En ese sentido, como se desarrollará más adelante, el reconocimiento como zonas ambientalmente vulnerables de las cabeceras de cuenca, o su posible declaratoria de intangibilidad no son disposiciones introducidas con la Ley 30640 como muchos han creído, sino que dicha regulación existe desde hace casi una década en el Perú, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Recursos Hídricos.

Cabe resaltar que dicha facultad de la Autoridad Nacional del Agua para declarar la intangibilidad de estas zonas – con opinión del Ministerio del Ambiente – nunca fue ejercida, por lo tanto, hasta la actualidad las zonas reconocidas como cabeceras de cuenca en el Perú coexisten con el desarrollo de actividades ganaderas o agrícolas, así como con diversos proyectos de inversión.

Por ello, es fundamental establecer lineamientos que permitan identificar y delimitar las cabeceras de cuenca correctamente, para cumplir con el objetivo de la Ley de Recursos Hídricos que es la conservación de los recursos hídricos, y en general de los recursos naturales que se encuentren en estos ecosistemas. Sin embargo, la falta de definición de cabecera de cuenca, así como la diversidad de criterios técnicos y valoraciones existentes para delimitar estas zonas, hacen que el establecimiento de

un marco metodológico requiera de ciertas capacidades que probablemente nuestro país no pueda asumir tan fácilmente.

En ese sentido, antes de entrar al análisis de la regulación normativa y de las implicancias del desarrollo del marco metodológico a partir de la publicación de la Ley 30640 que modifica el artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos, es importante conocer el debate generado en torno a las medidas de protección de las cabeceras de cuenca y comentar algunas de las propuestas planteadas en diversos contextos.

### *2.3. El debate en torno a la protección de las cabeceras de cuenca*

Antes de la promulgación de la Ley 30640, en el Perú se iniciaron algunos conflictos socioambientales motivados por el acceso al recurso hídrico. Los reportes de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo en los últimos años han identificado más de un conflicto que involucra zonas de cabeceras de cuenca. Sin embargo, para el presente análisis, quizás el conflicto más significativo fue el generado en torno al proyecto minero Conga de la minera Yanacocha, ocurrido en Cajamarca, donde la sociedad civil pedía que se declare la inviabilidad del proyecto debido a una posible afectación a cuatro lagunas ubicadas en cabeceras de cuenca.

A raíz de dicho conflicto, se puso especial atención a las zonas de cabeceras de cuenca, generándose propuestas para la protección de estas zonas, así como la presentación de iniciativas a partir de varios proyectos de ley que pretendían modificar el artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos.

En ese panorama, un antecedente importante fue la publicación de la Ordenanza Regional N° N° 036-2011-GR.CAJ-CR, dictada por el Gobierno Regional de Cajamarca, presidida en ese entonces por Gregorio Santos, la misma que declaraba de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca.

Dicha Ordenanza definía a la cabecera de cuenca como “la parte de la cuenca que, por su posición, capta y almacena en las lagunas y represamientos de sus altiplanicies, la mayor parte de los aportes de la precipitación y tiene una cobertura vegetal típica de pastos o bosques y menor presión demográfica”. Asimismo, señalaba que el Proyecto Minero Conga era inviable debido a que “no es compatible su desarrollo en la cabecera de cuenca, en la medida que afectará todos los acuíferos y cuerpos de aguas superficiales de cinco micro cuencas, no existiendo un estudio hidrogeológico detallado, precisando que el impacto que generará en la flora y fauna terrestre es irreversible ya que en este lugar se encuentran especies endémicas y protegidas, lo que generará un daño irreversible en la zona de jalca alterando los procesos ecológicos esenciales comprometiendo el agua para consumo humano y desarrollo de actividades productivas como agricultura y ganadería base de la población directamente afectada”.

Al respecto, se puede identificar que dicha Ordenanza tenía como finalidad declarar la inviabilidad de un proyecto minero debido a que impactaría negativamente, generando un daño a las zonas de cabeceras de cuenca ubicadas en el área de influencia del proyecto. Sin embargo, al pretender que se declare la intangibilidad de estas zonas como medida de protección, implicaría no solo una limitación para la ejecución de un proyecto minero, sino también para el desarrollo de las actividades productivas como agricultura y ganadería, lo cual resulta incoherente con su justificación de proteger a la población que realiza estas actividades para subsistir.

Asimismo, además de la incoherencia en el sustento, una declaratoria de intangibilidad excede las competencias de un Gobierno Regional, debido a que dicha facultad corresponde únicamente a la Autoridad Nacional del Agua, tal como se ha mencionado anteriormente. Es por ello que posteriormente el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dicha Ordenanza, señalando que el Gobierno Regional no tiene competencias para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca, ni para anular o suspender proyectos de gran minería.

Posterior al desarrollo del mencionado conflicto, se llevó a cabo la “Marcha Nacional del Agua” en el año 2012, convocada en Cajamarca y organizada por comunidades indígenas, organizaciones sociales y distintos gremios, la misma que exigía al Gobierno la conservación de las fuentes de agua como las cabeceras de cuenca y expresaba la oposición al desarrollo de proyectos mineros en estas zonas, debido a que pondrían en riesgo las reservas hídricas de las distintas regiones del país.

A raíz de esta marcha, se presentaron diversos proyectos con medidas de protección para los recursos hídricos. Así, la entonces congresista Verónica Mendoza presentó en agosto del 2012 el proyecto de Ley para la Conservación de las Cabeceras de Cuenca, con el objetivo de establecer un marco legal que regule la conservación de las cabeceras de cuenca, modificando el artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos.

Dicho proyecto de ley definía las cabeceras de cuenca como aquellas zonas situadas en la cuenca alta donde se originan los ríos y quebradas y en la que generalmente se encuentran las zonas de recarga hídrica. En dicho proyecto se establecía los supuestos de declaratoria de intangibilidad que estaban referidos a la pérdida de resiliencia ambiental de la zona y la amenaza a la cantidad y calidad de las aguas subterráneas. Asimismo, uno de estos supuestos era “cuando no se garantice el abastecimiento del agua requerida para el desarrollo de las actividades agrícolas de los valles.

Como se puede apreciar, la generalidad de los supuestos de declaratoria de intangibilidad permitiría establecer prohibiciones para el otorgamiento de derechos de uso de agua y desarrollo de actividades extractivas en diversas zonas del país, sin necesidad de un análisis científico más profundo que determinara una real afectación al ambiente o a derechos de terceros. Cabe señalar que dicho proyecto de Ley no fue aprobado.

Finalmente, teniendo en cuenta los antecedentes presentados, es importante referirnos a los proyectos de ley que dieron origen a la Ley 30640. Por un lado, en setiembre del año 2016 se presentó el proyecto de Ley N° 283/2016-CR para la conservación y protección de las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas, a iniciativa del congresista Marco Arana, en representación del grupo parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad. Asimismo, en abril del 2017 se presentó el proyecto de Ley N° 1128/2016-CR, que modifica la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos y dispone la elaboración de criterios técnicos para la identificación y delimitación de las cabeceras de cuenca, a iniciativa de la congresista María Cristina Melgarejo, en representación del grupo parlamentario Fuerza Popular.

Respecto del proyecto presentado por Arana, podemos mencionar que básicamente recoge las mismas disposiciones planteadas en el proyecto de ley presentado por Verónica Mendoza comentado anteriormente; sin embargo ninguno de los artículos propuestos fue recogido en la Ley 30640. Asimismo, la iniciativa de Melgarejo proponía la elaboración del Marco Metodológico, estableciendo como propósito del mismo la evaluación del establecimiento de medidas especiales de protección, conservación o intangibilidad según su vulnerabilidad, el mismo que tampoco fue recogido por la Ley 30640.

Teniendo en cuenta el contexto y los antecedentes de la Ley 30640, es importante también referirnos a la regulación normativa histórica de las cabeceras de cuenca en la legislación nacional, antes y después de la promulgación de la Ley de Recursos Hídricos.

### **III. Análisis de la regulación normativa en torno a la protección y regulación de las cabeceras de cuenca en el Perú**

#### *3.1. Las cabeceras de cuenca y su regulación en la legislación hídrica*



El primer precedente importante en la regulación del recurso hídrico es el Código de Aguas del año 1902, el cual estableció una política que reconocía el derecho de propiedad sobre el agua al titular del predio en la que se encontrara dicho recurso. Este Código con su espíritu privatista, favorecía a los latifundistas y hacendados titulares de grandes extensiones de terrenos, quienes ejercían abusos contra los campesinos y los pequeños agricultores, produciéndose la explotación y el trabajo forzoso de muchas familias peruanas en el campo. En ese sentido, no se regulaba la figura de las cabeceras de cuenca, ni la protección de zonas ambientalmente vulnerables.

Posteriormente, con Juan Velasco Alvarado llegó la Ley de Reforma Agraria que erradicó el sistema hacendario. Y es en el marco de dicha reforma que se emitió el Decreto Ley 17752, que aprobó la Ley General de Aguas en julio del año 1969, la misma que disponía que el total de los recursos hídricos pasaran a ser de propiedad del Estado, estableciendo que su dominio es inalienable e imprescriptible.

Con la Ley General de Aguas se dictaron disposiciones para el otorgamiento de derechos de uso de agua (a través de la licencia, permiso y autorización), se estableció el deber del Estado de conservar, preservar e incrementar los recursos hídricos, y se establecían prioridades por sistemas hidrográficos, cuencas, valles y distritos de riego.

En ese sentido, tampoco se estableció ninguna disposición referida a las zonas de cabeceras de cuenca o ninguna otra considerada ambientalmente vulnerable. Sin embargo, sí definió la cuenca hidrográfica como “el territorio cuyas aguas afluyen todas a un mismo río, lago o mar”, y se estableció la obligación del Estado de realizar y mantener actualizados los estudios hidrológicos, hidrobiológicos, hidrogeológicos, meteorológicos, y demás que fuesen necesarios en las cuencas hidrográficas del territorio nacional.

Por otro lado, la Resolución Suprema N° 047-2004-EM, que aprobó el Plan de Prevención y Atención de Desastres del Sector Energía y Minas recoge el término cabecera de cuenca al referirse al Plan de Estabilización de Pasivos Ambientales de operaciones mineras preexistentes, indicando que las cabeceras de cuencas son zonas de potencial riesgo de colapso.

En ese sentido, podemos observar que antes de la promulgación de la Ley de Recursos Hídricos en el año 2009, ninguna norma regulaba las cabeceras de cuenca tomando en cuenta el componente ambiental, que posteriormente fue recogido y mantenido por la Ley 30640.

Posteriormente, en marzo de 2008 se promulgó el Decreto Legislativo 997 que crea la Autoridad Nacional del Agua (ANA), y en marzo del año 2009 se promulga la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, el cual derogó a la Ley General de Aguas de 1969, manteniendo la prohibición de propiedad privada sobre el agua. Asimismo, en el año 2010 se aprobó su Reglamento mediante el Decreto Supremo N° 01-2010-AG.

Mediante esta Ley se establecieron principios de desarrollo sostenible en torno al agua y la gobernanza en el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos en el país, estableciendo a la Autoridad Nacional del Agua como el ente rector de dicho sistema. Asimismo, dispone los usos y la forma de acceso a los recursos hídricos a través del otorgamiento de derechos, la prioridad de dichos usos, la estructura orgánica de la Autoridad, la protección y conservación del agua, los regímenes económicos, la infraestructura hidráulica, las infracciones y sanciones, entre otros.

Es así que con este nuevo marco normativo, se reconoce en el artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos la vulnerabilidad ambiental de las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas, y la facultad de la Autoridad Nacional del Agua para declarar la intangibilidad de estas zonas, donde no se otorgue ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua, con la opinión del Ministerio del Ambiente.

Al respecto, como ya se ha mencionado, habiendo transcurrido más de 8 años, no se desarrolló ninguna reglamentación al respecto, ni se ejerció la facultad para la declaratoria de intangibilidad en estas zonas. Sin embargo, con el paso del tiempo se han ido generando debates en torno a la aplicación de medidas de protección, hasta llegar a la vigente Ley 30640.

Por otro lado, posterior a la entrada en vigencia de la Ley de Recursos Hídricos, se promulgaron dos normas que hacen referencia a las zonas de cabeceras de cuenca. Por un lado, la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre establece que las tierras de protección se destinan a la conservación de las fuentes de agua, nacientes o cabeceras de cuencas, riberas de ríos hasta del tercer orden, y a la protección contra la erosión, disponiendo que este tipo de tierras no son aptas para el aprovechamiento maderable u otros usos que alteren la cobertura vegetal o remuevan el suelo. Asimismo, la Resolución de Consejo Directivo de SUNASS N° 045-2017-SUNASS-CD, que aprueba la Directiva de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos Hídricos -MRSE Hídricos, establece que el área de intervención de un MRSE Hídrico puede comprender una o más cuencas, microcuencas, cabeceras de cuenca o fuentes de agua, identificadas en el Plan de Intervenciones de la Empresa Prestadora.

Finalmente, es importante referirnos a la promulgación de la Ley N° 30640, que modifica el artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos y establece que la Autoridad Nacional del Agua (ANA), con participación de los sectores competentes, tiene la responsabilidad de elaborar un marco metodológico para identificar y delimitar las cabeceras de cuenca. En ese sentido, la normativa vigente se encuentra redactada de la siguiente manera, manteniéndose sin variación los primeros dos párrafos del artículo 75° de la Ley:

*“Artículo 75. Protección del Agua*

*(...)*

*El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan los cursos de agua de una red hidrográfica.*

*La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua. Asimismo, debe elaborar un Marco Metodológico de Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de las Cabeceras de Cuenca de las Vertientes Hidrográficas del Pacífico, Atlántico y Lago Titicaca”*

En ese sentido, tenemos que con la modificación de la normativa referida a la protección de las cabeceras de cuenca, además de mantenerse la facultad de la ANA para declarar zonas intangibles, se dispone la elaboración de un Marco Metodológico de criterios técnicos con la finalidad de identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca de las tres vertientes hidrográficas del Perú. Al respecto, resulta necesario analizar los mecanismos de conservación y protección alternativos a la declaratoria de intangibilidad en este contexto, así como las consecuencias jurídicas de la misma, para finalmente poder conocer las implicancias de la aplicación del Marco Metodológico referido.

### *3.2. Los mecanismos de protección y conservación de ecosistemas frágiles*

Como se puede observar de lo dispuesto en el artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos, la facultad referida a la declaración de intangibilidad en determinada zona, responde a la necesidad de conservación y protección de un ecosistema considerado ambientalmente vulnerable que, como se ha desarrollado anteriormente, es aquel que está expuesto a condiciones de riesgos, amenazas o peligros, siendo dicha característica determinada en función de parámetros físicos, geomorfológicos o territoriales.

En ese sentido, para analizar las implicancias de este tipo de regulación jurídica orientadas a la protección ambiental, es importante analizar algunos de los mecanismos que se aplican actualmente en la gestión o conservación de los recursos

naturales y de los ecosistemas vulnerables o frágiles en el Perú, y que pueden implicar una limitación o restricción de derechos, asimilando los efectos de una declaración de intangibilidad, de acuerdo con la naturaleza de los recursos a ser protegidos.

Al respecto, podemos referirnos a manera de ejemplo, a tres mecanismos que poseen esta connotación: las áreas naturales protegidas de uso indirecto, las reservas indígenas y las zonas de veda.

Por un lado, las áreas naturales protegidas se encuentran reconocidas en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, la cual establece que “las áreas naturales protegidas - ANP son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado, debido a su importancia para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país. Son de dominio público y se establecen con carácter definitivo”. Asimismo, de acuerdo a la naturaleza y objetivos de cada ANP, existen dos categorías que determinan su condición legal, finalidad y usos permitidos: áreas de uso indirecto y áreas de uso directo, reguladas en la Ley N° 26864, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

En las áreas de uso directo se permite el aprovechamiento o extracción de recursos, según el plan de manejo del área, debiendo ser compatibles con los objetivos de la misma. Por el contrario, las áreas de uso indirecto son aquellas que permiten la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en zonas apropiadamente designadas y manejadas para ello. En estas áreas no se permite la extracción de recursos naturales, así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural, salvo ciertas excepciones reguladas en el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, referidas a poblaciones tradicionales y derechos adquiridos. Son áreas de uso indirecto los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y los Santuarios Históricos.

El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, adscrito al Ministerio del Ambiente, es el organismo encargado de dirigir y establecer los criterios técnicos y administrativos para la conservación de las ANP, así como de cautelar el mantenimiento de la diversidad biológica. Asimismo, es importante precisar que las ANP son categorizadas mediante Decreto Supremo y con voto aprobatorio del Consejo de Ministros, es decir, este mecanismo de conservación ambiental toma en cuenta la participación de los diversos sectores involucrados. Además, se cuenta con un Plan Director, que establece lineamientos, desarrolla conceptos, promueve el proceso participativo, y regula el proceso de establecimiento de las ANP, de asignación de categorías y objetivos de manejo, precisando que se requiere la determinación del valor biológico y la urgencia de protección del área, así como de un expediente técnico donde se desarrollan los aspectos socioeconómicos y la factibilidad de la gestión del área determinada. Asimismo, se reconoce el respeto de los derechos adquiridos, otorgando seguridad jurídica frente al desarrollo de actividades previas a la creación de la ANP.

En ese sentido, con respecto a la regulación de las áreas naturales protegidas en el Perú, especialmente aquellas de uso indirecto, podemos observar que constituyen mecanismos establecidos por el Estado que permiten establecer limitaciones a la ejecución de actividades de aprovechamiento de recursos naturales en determinadas zonas que requieren ser preservadas debido a la fragilidad de sus ecosistemas o de su carácter de vulnerabilidad ambiental. De esta manera, es importante reconocer que este mecanismo permite cumplir con un enfoque de desarrollo y aprovechamiento sostenible, y que si bien puede originar una limitación de derechos e incluso condiciones de intangibilidad, su aplicación debe estar sujeta a estudios con el debido sustento técnico que tome en cuenta las características particulares de cada zona.

Por otro lado, como un ejemplo más de mecanismos que puedan restringir o limitar otorgamiento de derechos para ejecución de actividades de aprovechamiento de recursos naturales, tenemos las reservas indígenas, que poseen el carácter de

intangibles, reconocidas por la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

Este carácter de intangibilidad de las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial, está referido a aquellas zonas donde no se permite asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior. Asimismo, la precitada Ley establece que en estas reservas se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas, y que no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten o mediante métodos que no afecten sus derechos. Sin embargo, se establece también la salvedad que en caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento, cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley; es decir, que excepcionalmente se podría desarrollar actividades extractivas si se considera de necesidad pública.

En el Perú las tres primeras reservas indígenas en ser reconocidas han sido Murunahua, Mascho Piro e Isconahua, mediante decreto supremo N° 007-2016-MC, muchos años después de promulgada la Ley.

Si bien el objetivo de creación de este tipo de reservas constituye un mecanismo de protección de carácter antropogénico, es decir, basado en la protección de seres humanos, no deja de tener relación con la conservación de recursos naturales, toda vez que implica necesariamente una limitación de derechos y un reconocimiento de intangibilidad respecto de determinada área geográfica, dentro de la cual no podrán realizarse actividades de aprovechamiento de recursos naturales, salvo las excepciones consideradas en la normativa.

En este caso, la aprobación de este tipo de reservas está a cargo del Ministerio de Cultura, y está sujeta a la aprobación de estudios, así como al debate en comisión intersectorial. Es decir, existe también en este proceso, un proceso de investigación y la participación de diversos actores, con la finalidad de obtener una decisión debidamente fundamentada, que justifique la aplicación de este mecanismo de protección por parte del Estado.

Finalmente, será importante referirnos al caso de la declaratoria de las zonas de veda, como facultad de la Autoridad Nacional del Agua, debido a que el objetivo de protección está relacionado directamente con el recurso hídrico, lo cual permitirá una mejor aproximación al caso de las cabeceras de cuenca.

La zona de veda es el mecanismo por el cual la ANA, en ejercicio de su función regulada en el numeral 6 del artículo 15° de la Ley de Recursos Hídricos, declara de manera temporal o perpetua la limitación o suspensión de los derechos de uso de agua que tienen los administrados a fin de restaurar o proteger el ecosistema, los bienes asociados al agua; y preservar las fuentes u cuerpos de agua. Esta decisión se basa en los estudios técnicos realizados por la Dirección de Conservación y Planeamiento de Recursos Hídricos, de acuerdo a sus funciones establecidas en el literal e) del artículo 33° del Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2010-AG. Al respecto, Cairampoma<sup>3</sup> indica lo siguiente:

*“Las zonas de veda se declaran en caso se haya demostrado mediante los estudios técnicos pertinentes que la extracción de agua del acuífero perjudica su sostenibilidad. La restricción, la cual podría ser de carácter temporal o permanente, consiste en el impedimento para la realización de actividades de exploración, explotación y para el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua subterránea.”*

---

<sup>3</sup> CARAIPOMA Arroyo, Alberto y Villegas Vega, Paul. “Régimen Jurídico de las aguas subterráneas en el Perú”. En Themis 69. 2016, Lima, pp. 147 – 158.



En ese sentido, podemos observar que la declaración de zona de veda es un mecanismo preventivo, a cargo de la ANA, a fin de preservar las reservas de agua que se encuentren en peligro. Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 113° de la Ley de Recursos Hídricos, se establece que en caso el sustento para la declaración de veda sea el riesgo a la salud de la población, se debe contar con la opinión sustentada y favorable de la Autoridad de Salud.

Con la declaratoria de la zona de veda, se puede prohibir la ejecución de obras de aprovechamiento hídrico, el otorgamiento de nuevos títulos habilitantes, y además se podrá reducir, limitar, suspender o eliminar los derechos de uso de agua otorgados. Sin embargo, es importante precisar que aun cuando la zona de veda lleve a cabo una restricción de los derechos de uso de agua de los administrados, el artículo 55° de del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos establece que la Administración debe llevar a cabo la implementación de las disposiciones necesarias para no afectar la demanda del uso de agua para uso primario y poblacional, es por ende que aun cuando se establece la declaración de veda, esta no puede privar del uso del recurso hídrico para la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta ello, tenemos que la declaratoria de zona de veda tiene como propósito preservar las condiciones del acuífero, es decir, el objetivo es la conservación del recurso hídrico subterráneo. De esta manera, tenemos que la declaratoria de veda también constituye un mecanismo de protección y conservación de recursos naturales, en este caso específicamente el agua, el cual implica una limitación de derechos y condiciones de intangibilidad, con las excepciones permitidas por la norma. Dicha declaratoria debe, según la normativa vigente, realizarse en base a estudios que fundamenten la necesidad de conservación de determinado acuífero sobre determinada zona. Sin embargo, más de una zona de veda en el Perú, no cuenta con los estudios requeridos.

Uno de los casos más sonados fue el la veda del acuífero del Rímac en la zona denominada “Avenida Argentina” dictada mediante Resolución Ministerial N° 3579-72-AG, la cual fue ratificada posteriormente por la ANA a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Recursos Hídricos, mediante Resolución Jefatural N° 0327-2009-ANA. Sin embargo, dicha ratificación no contó con los estudios debidos que sustenten la necesidad de mantener dicha condición. Como consecuencia de ello, mediante Resolución Jefatural N° 271-2017-ANA, se declaró el levantamiento de dicha veda, medida que sí fue debidamente sustentada mediante Resolución Directoral N° 011-2016-ANA-DCPRH, que aprobó el estudio denominado “Evaluación de la veda en la avenida Argentina”, en el cual se reportó la recuperación de los niveles de agua y el ascenso progresivo en la napa freática con tendencia al equilibrio del acuífero en la zona.

De esta manera, podemos observar que existen diversos mecanismos que limitan derechos y establecen condiciones de intangibilidad respecto del aprovechamiento de recursos naturales; sin embargo, estas medidas impuestas por el Estado en base a una necesidad de conservación de ecosistemas frágiles o ambientalmente vulnerables, deben aplicarse en base a una correcta planificación integral, tomando en cuenta los estudios necesarios para justificar la medida, y las situaciones de excepción a ser consideradas, de acuerdo a las características de cada área geográfica o geomorfológica en particular.

### *3.3. Consecuencias jurídicas de una declaratoria de intangibilidad*

Teniendo en cuenta los mecanismos de protección que se aplican en el Perú bajo la normativa vigente, será importante además referirnos a las consecuencias jurídicas de una posible declaratoria de intangibilidad, para luego poder entender las implicancias de la modificación del artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos y la protección jurídica de las cabeceras de cuenca.

Como hemos podido apreciar, la consecuencia jurídica general del establecimiento de mecanismos de protección para zonas que necesitan ser conservadas frente a diversos tipos de amenazas, es decir, que se encuentren en condición de vulnerabilidad, es la limitación de derechos para el aprovechamiento de recursos naturales y, dependiendo de los objetos y necesidades de protección, la restricción al ejercicio de cualquier tipo de actividad que pueda afectar las condiciones de las zonas o ecosistemas protegidos.

Respecto de la protección de las zonas que pueden ser reconocidas como cabeceras de cuenca, tenemos que hasta el momento la ANA no ha ejercido la facultad de declarar intangible una zona de cabecera de cuenca. Sin embargo, frente a un eventual escenario en el que se establezca la intangibilidad, podemos analizar las posibles consecuencias jurídicas que se generarían.

Por un lado, es importante primero referirnos a las actividades que se encuentren desarrollándose de manera previa a la declaración de intangibilidad. Por ejemplo, supuestos en los cuales se encuentre en ejecución un proyecto minero, agrícola o eléctrico en una zona identificada como cabecera de cuenca, que posteriormente se declare intangible. En estos casos, corresponde analizar la situación respecto de los derechos adquiridos, es decir, de la aplicación de las normas en el tiempo.

Al respecto, la teoría de los derechos adquiridos establece básicamente que las normas promulgadas con posterioridad al reconocimiento de un derecho en la esfera jurídica de un sujeto, no puede implicar la afectación de dicho derecho, en consecuencia, se conserva la situación preexistente y se mantiene el ejercicio del derecho pese a la modificación del contexto por la nueva disposición legal.

Teniendo en cuenta ello, cabe preguntarse qué consecuencia jurídica se aplicaría respecto de los proyectos o actividades que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales y que posean derechos de uso de agua para realizarlas, ya que existen dos posibilidades. Por un lado, podría ser el caso que se aplique la teoría de

los derechos adquiridos y se mantengan sin afectación alguna la ejecución de los proyectos en curso, siendo un escenario de intangibilidad aplicable solo para actividades posteriores. Por otro lado, cabe la posibilidad que, dada las condiciones de necesidad de conservación y protección de la zona en cuestión, se aplique un período de adecuación, en el que se pueda limitar sus derechos de uso, disposición o vertimiento de agua – con lo cual podría afectarse la operación del proyecto – o, establecer ciertas condiciones especiales que permitan la ejecución del proyecto con algunas limitaciones que resulten de la necesidad de compatibilidad con la declaración de intangibilidad.

Un segundo posible escenario es aquel en el cual las zonas identificadas como cabeceras de cuenca se encuentren dentro de un área natural protegida. En ese caso, dado que las ANP se encuentran bajo la administración de SERNANP, sería este organismo quien estaría encargado de establecer las medidas de protección que se requieran, con lo cual la facultad de la ANA quedaría restringida.

Por otro lado, también tendrían que establecerse lineamientos en caso se requiera declarar la condición de intangible de una cabecera de cuenca que se superponga con el área de una reserva indígena, en la cual como ya se ha desarrollado previamente, existen limitaciones con el objetivo de proteger a las poblaciones que habitan en su interior, y no tienen como finalidad la protección de los recursos naturales que se encuentren en dicha zona. En ese sentido,

Finalmente, otra de las consecuencias jurídicas serían las referidas al otorgamiento de nuevos derechos de uso, disposición o vertimiento de aguas en una zona de cabecera de cuenca declarada intangible. Es decir, aquellas referidas a las situaciones de excepción. Por ejemplo, como se ha desarrollado anteriormente, en las declaratorias de veda que también es facultad de la ANA, se excluyen aquellos derechos destinados a satisfacer las necesidades básicas, es decir, aquellos referidos a los usos primarios o poblacionales.

En ese sentido, también nos encontraríamos ante dos posibilidades. Por un lado, que se establezca una intangibilidad absoluta o total, es decir, sin ningún supuesto de excepción frente a la solicitud de nuevos derechos en las zonas declaradas intangibles, con lo cual – por ejemplo – las poblaciones que habitan en las cabeceras de cuenca, no podrían desarrollar actividades que requieran el uso del recurso hídrico, lo cual generaría en muchos casos una afectación directa hacia sus mecanismos de subsistencia. Sin embargo, también cabe la posibilidad que al declararse la intangibilidad de una zona, se establezcan supuestos excepcionales de otorgamiento de derechos, como en el caso de uso primario o poblacional, o por necesidad pública.

En síntesis, existen diversos escenarios frente a los cuales hay más de una consecuencia jurídica posible de ser aplicada. Este tipo de consideraciones son las que deben ser evaluadas tanto al momento de desarrollar el Marco Metodológico – porque permitiría tener una perspectiva de escenarios futuros -, como al momento de establecerse la condición de intangibilidad a una zona identificada como cabecera de cuenca.

#### **IV. Modificación del artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos**

##### *4.1. Consideraciones para el desarrollo de un Marco Metodológico para identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú, a cargo de la Autoridad Nacional del Agua*

En primer lugar, es necesario precisar que a la fecha de elaboración del presente artículo académico, el plazo de 365 días establecido en la única disposición complementaria transitoria de la Ley N° 30640, para que la Autoridad Nacional del Agua desarrolle el Marco Metodológico, no ha sido cumplido, habiendo transcurrido algunos meses desde su vencimiento.

Sin embargo, también es importante mencionar que actualmente la ANA todavía se encuentra trabajando en la elaboración de un borrador del marco metodológico, el cual ha requerido necesariamente la participación de todos los sectores, antes de poder publicar su versión final.

Asimismo, durante el tiempo que ha transcurrido desde la promulgación de la Ley en cuestión, diversos colectivos han manifestado posturas en torno a las implicancias del desarrollo de un Marco Metodológico de criterios técnicos para identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú. Algunos consideran que es necesario y que ha debido realizarse desde tiempo atrás, con el fin de proteger zonas consideradas ambientalmente vulnerables. Otros sectores han manifestado gran preocupación debido a que consideran que puede afectar el desarrollo de proyectos y frenar las inversiones en el país, vinculando dicho riesgo principalmente a la posibilidad de la declaración de intangibilidad.

En ese sentido, Abelardo De la Torre Villanueva, ex jefe de la Autoridad Nacional del Agua, pudo adelantar algunas consideraciones que estaría teniendo la ANA en el proceso de elaboración del Marco Metodológico, durante el desarrollo del evento Agromin 2018 llevado a cabo en junio del presente año, con su ponencia denominada "*Marco Metodológico: Conceptos para delimitación de cabecera de cuenca*".

Una de las consideraciones relevantes para entender las implicancias que tendrá el desarrollo del Marco Metodológico, es la referida a la diferencia entre identificación y delimitación de las cabeceras de cuenca, referidas a las acciones de carácter geográfico y geomorfológico, con la tipificación y caracterización de su vulnerabilidad ante las propuestas de intervención; reconociendo además que no necesariamente todas las cabeceras de cuenca aportan la mayor cantidad de agua de la cuenca donde se ubican, con lo cual los impactos que se generen en una cabecera de cuenca dependerán del lugar y tipo de intervención, y de la vulnerabilidad de esta.

Asimismo, apuntó que mediante los instrumentos de gestión ambiental se determinará el riesgo y la vulnerabilidad ambiental del área a intervenir por actividades antrópicas. Es decir, el grado de vulnerabilidad de una zona varía en función de las características físicas y ambientales del área, y del tipo de actividad que se realizará.

En ese sentido, una primera impresión de lo que podría presentarse en el Marco Metodológico, es que el mismo no estaría referido a establecer grados de vulnerabilidad o caracterización de zonas, sino que se limitaría a la identificación y delimitación según las características geográficas y geomorfológicas de las cabeceras de cuenca.

Asimismo, otra de las consideraciones importantes que fueron abordadas, fue la referida a los criterios técnicos para identificar y delimitar las cabeceras de cuenca. Al respecto, es necesario mencionar que se presentaron métodos de ordenación y métodos hidrológicos que no pueden ser analizados en el presente artículo, debido a su connotación técnica que resulta ajena a una investigación de carácter jurídico. Sin embargo, lo que se puede resaltar de los criterios presentados, es que se tomará en cuenta la organización territorial basada en la geografía de la red hídrica, y la ordenación de los cursos de agua.

En ese sentido, se resalta el carácter técnico limitado a las características geográficas y geomorfológicas de las cabeceras de cuenca, considerando aspectos físicos de las cuencas de las vertientes hidrológicas del Perú.

Por otro lado, respecto de los criterios técnicos para la zonificación, se señaló que el propósito es establecer las necesidades de medidas de protección y/o conservación de los recursos naturales y de las diferentes áreas que las componen, indicándose además que el proceso se iniciará con el levantamiento de la línea base para la evaluación de un proyecto de inversión de Categoría III (mediante el Estudio de Impacto Ambiental Detallado) que esté ubicado en una cabecera de cuenca o parte

de ella, estableciéndose que los grados de vulnerabilidad de dicha cabecera se determinarán en base a dichos criterios de zonificación.

Al respecto, cabe señalar que si bien la línea base de un proyecto de categoría III es la más compleja dentro de nuestro Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y por lo tanto, abarcaría mayor cantidad de aspectos que permitan caracterizar una determinada zona, al utilizar este mecanismo, lo que se evidencia además es la falta de capacidad técnica para establecer la zonificación mediante una metodología propia, y no en base al desarrollo de un proyecto de inversión. Especialmente considerando que si bien los proyectos de dicha categoría son aquellos que conllevan mayores impactos ambientales negativos, dichos impactos pueden diferir ampliamente según el tipo de proyecto a ejecutarse, pese a encontrarse en la misma categoría.

#### *4.2. Escenarios y consecuencias jurídicas del desarrollo y aplicación del Marco Metodológico*

En atención a las consideraciones expuestas previamente, será importante ahora referirnos a las consecuencias jurídicas de la aplicación del mencionado Marco Metodológico. Anteriormente se ha podido analizar las consecuencias de la declaratoria de intangibilidad, que se encuentra ligada a la condición de vulnerabilidad ambiental de las cabeceras de cuenca, por lo que ahora corresponde analizar el Marco Metodológico que servirá de base para identificar, delimitar y zonificar dichas áreas.

Al respecto, un primer escenario a considerar es la inexistencia de una definición oficial o referencial a nivel internacional del concepto de cabecera de cuenca. Este es quizás el aspecto más relevante, en tanto que será el punto de partida para desarrollar los criterios técnicos del Marco Metodológico. En ese sentido, podemos observar una primera consecuencia jurídica, que estará referida a la definición del concepto “cabecera de cuenca” que será reconocida oficialmente por el



ordenamiento jurídico peruano, ya que sería el primer documento de carácter legal que desarrolla dicho concepto, lo que requerirá además compatibilizar conceptos y definiciones con la Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento.

En ese sentido, a raíz de las consideraciones presentadas previamente, podemos tener una primera aproximación que nos indicaría que en el desarrollo del concepto referido a las cabeceras de cuenca, se estaría descartando la condición de zonas ambientalmente vulnerables inherentes a todas las cabeceras de cuenca – como actualmente la Ley de Recursos Hídricos establece – ya que dicha característica responderá a la evaluación particular de las condiciones de cada cabecera de cuenca, respecto de los proyectos a desarrollarse y de los recursos que se encuentren en la misma.

Esto podría considerarse un resultado positivo, porque la condición de vulnerabilidad no sería de aplicación general a priori, sino mediante una evaluación posterior. Sin embargo, si dicha condición se determina necesariamente en base a los tipos de intervenciones que se puedan desarrollar en la zona, la evaluación ya no tendría como base las condiciones naturales físicas y geomorfológicas de la cabecera de cuenca, sino que estarían derivadas de los tipos de proyectos y sus impactos ambientales en las mismas.

Por otro lado, con la publicación del Marco Metodológico, entrarán en vigencia los criterios establecidos para identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca, lo cual deberá dar origen a nuevos documentos que respondan a la aplicación de dichos criterios sobre las vertientes hidrográficas del Perú, los cuales también tendrán un reconocimiento legal por parte del ordenamiento jurídico peruano, y serán un referente en la aplicación de medidas por parte de la administración pública.

Asimismo, otra consecuencia importante, derivada también del desarrollo del concepto de cabeceras de cuenca, será el referido al grado de vulnerabilidad. Como

ya se ha indicado, se determinarían en función de instrumentos de gestión ambiental (a través de un Estudio de Impacto Ambiental Detallado), lo cual nos indica que dichos grados de riesgo a los que se encuentre expuesto un determinado ecosistema deberá ser un criterio a ser considerado en la evaluación ambiental de los proyectos de aprovechamiento de recursos naturales, con la finalidad de preservar la sostenibilidad ambiental en dicha área, de acuerdo con las competencias establecidas para los diversos sectores.

Finalmente, al elaborar el Marco Metodológico, y frente a un posible escenario de declaración de intangibilidad a cargo de la Autoridad Nacional del Agua, con la participación del Ministerio del Ambiente, se deberá tener en cuenta los criterios desarrollados en el Marco Metodológico, ya que el instrumento normativo que permita establecer dicha condición sobre un área determinada, deberá guardar la respectiva coherencia con la normativa jurídica vigente, que incluirá dicho Marco Metodológico.

#### *4.3. Importancia y desafíos del Marco Metodológico*

Después de analizar los criterios que se estarían considerando para la elaboración del Marco Metodológico, y tras identificar algunas de las consecuencias jurídicas a raíz de la entrada en vigencia de dicho instrumento técnico normativo, será importante finalizar con una breve reflexión en torno a la importancia del desarrollo de dicho documento, así como los retos, desafíos y oportunidades de mejora del mismo, a cargo de la Autoridad Nacional del Agua.

En ese sentido, en primer lugar es importante reconocer que la elaboración de una metodología destinada a identificar, delimitar y zonificar las cabeceras de cuenca en el Perú es un reto bastante grande, considerando la escasa y heterogénea información técnica respecto a los criterios a aplicarse, tanto a nivel nacional como internacional, y especialmente teniendo en cuenta la diversidad geográfica y geomorfológica que existe en nuestro país. Por lo tanto, no debe extrañarnos que el

plazo de un año establecido por la Ley N° 30640 haya resultado insuficiente para que la ANA y los diversos sectores involucrados puedan desarrollar un documento de esa magnitud. Sin embargo, también es necesario reconocer la importancia de la elaboración de esta metodología, porque además de coadyuvar al diálogo y la participación intersectorial, servirá como referencia para diversos objetivos, tal como se ha explicado anteriormente. Ello no implica que el documento a presentarse no pueda ser mejorado; sin embargo, será importante reconocer su relevancia ya que contamos con muy pocos instrumentos con estas características que hayan seguido este proceso de desarrollo.

Asimismo, uno de los desafíos del Marco Metodológico será la difusión de dicho instrumento, y la capacitación de las diversas entidades que adoptarán y aplicarán dichos criterios en distintos escenarios. Los sectores que han adoptado posturas contrarias a raíz de la modificación del artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos, estarán también a la espera de la publicación del Marco Metodológico para analizarlo y expresar nuevas posturas al respecto, y probablemente encuentren conformidad con ciertos criterios, y desaprobando algunos otros. Sin embargo, lo esencial será tomarlo como retroalimentación, para llegar a mejorar y perfeccionar dicho instrumento.

Por otro lado, si bien es importante el desarrollo de un documento que establezca lineamientos y directrices que permitan identificar determinada zona como cabecera de cuenca, respecto de una cuenca hidrográfica, el mismo debería tener el suficiente respaldo técnico o científico, teniendo en cuenta la diversidad de ecosistemas que posee el Perú. Por lo tanto, si se establece un Marco Metodológico de carácter general que permita zonificar las cabeceras de cuenca a raíz de una línea base de un determinado proyecto de inversión, se podrían dejar fuera de la evaluación algunas consideraciones importantes que se podrían obtener al realizarse un estudio de las condiciones naturales de la zona, en base a distintos escenarios.

Finalmente, al elaborar el Marco Metodológico, será importante considerar los posibles escenarios de declaración de intangibilidad de las zonas a ser identificadas como cabeceras de cuenca. Es decir, los criterios técnicos deberán prever un margen reducido de discrecionalidad en caso se deba aplicar dicha medida, tomando en consideración el equilibrio que debe existir entre el desarrollo de actividades de aprovechamiento de recursos naturales y la conservación y protección del medio ambiente y sus recursos.

## **V. Recomendaciones y conclusiones**

- En primer lugar, debemos tener en cuenta que si bien es importante establecer medidas de protección y conservación de aquellos lugares que representan ecosistemas frágiles o ambientalmente vulnerables como lo pueden ser las cabeceras de cuenca, esto no implica que todas las zonas deban tener la misma categoría de vulnerabilidad o que no puedan ser compatibles con el desarrollo de actividades como la agricultura, ganadería o incluso la minería. Es decir, establecer a priori la vulnerabilidad de todas las cabeceras de cuenca, sin tener un concepto definido o un estudio detallado, es erróneo. Por lo tanto, será positivo si el Marco Metodológico asigna grados de vulnerabilidad a partir de una evaluación particular adecuada.
- Asimismo, teniendo en cuenta que la Autoridad Nacional del Agua cuenta con la facultad de establecer una declaración de intangibilidad respecto de zonas reconocidas como cabeceras de cuenca, será fundamental establecer lineamientos que permitan identificar y delimitar las cabeceras de cuenca correctamente, para cumplir con el objetivo de la Ley de Recursos Hídricos que es la conservación de los recursos hídricos, y en general de los recursos naturales que se encuentren en estos ecosistemas. Sin embargo, la falta de definición de cabecera de cuenca, así como la diversidad de criterios técnicos y valoraciones existentes para delimitar estas zonas, hacen que el desarrollo de un marco metodológico requiera de ciertas capacidades técnicas y científicas que permitan desarrollar una

investigación a profundidad respecto de las características físicas y geomorfológicas de las cuencas hidrográficas, teniendo en cuenta la biodiversidad del país. Es posible que el periodo de un año, que hasta ahora no ha podido cumplirse, sea insuficiente para un trabajo de la ANA, y requiera de modificaciones posteriores. A su vez, será necesario contar con personal capacitado y recursos para el desarrollo de los estudios que sean necesarios para cumplir con dicho objetivo.

- Existen diversos mecanismos que limitan derechos y establecen condiciones de intangibilidad respecto del aprovechamiento de recursos naturales; sin embargo, estas medidas impuestas por el Estado en base a una necesidad de conservación de ecosistemas frágiles o ambientalmente vulnerables, deben aplicarse en base a una correcta planificación integral, tomando en cuenta los estudios necesarios para justificar la medida, y las situaciones de excepción a ser consideradas, de acuerdo a las características de cada área geográfica o geomorfológica en particular.
- En el desarrollo de la elaboración del Marco Metodológico, y frente a un posible escenario de declaración de intangibilidad a cargo de la Autoridad Nacional del Agua, con la participación del Ministerio del Ambiente, se deberá tener en cuenta los criterios a ser aplicados, ya que el instrumento normativo que permita establecer dicha condición sobre un área determinada, deberá guardar la respectiva coherencia con la normativa jurídica vigente, que incluirá dicho Marco Metodológico.
- Finalmente, conviene resaltar que si bien es importante el desarrollo de un documento que establezca lineamientos y directrices que permitan identificar determinada zona como cabecera de cuenca, respecto de una cuenca hidrográfica, el mismo debería tener el suficiente respaldo técnico o científico, teniendo en cuenta la diversidad de ecosistemas que posee el Perú. Por lo tanto, si se establece un Marco Metodológico de carácter general que permita zonificar las

cabeceras de cuenca a raíz de una línea base de un determinado proyecto de inversión, se podrían dejar fuera de la evaluación algunas consideraciones importantes que se podrían obtener al realizarse un estudio de las condiciones naturales de la zona, en base a distintos escenarios.

- En ese sentido, el Marco Metodológico que será presentado próximamente, tendrá un valor importante por el aporte técnico normativo a la regulación de los recursos hídricos en el Perú; sin embargo, también conllevará grandes retos y desafíos que permitan perfeccionar la metodología a emplearse en el futuro respecto de las cabeceras de cuenca.



## VI. Bibliografía

### AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA

2012 *Política y estrategia nacional de recursos hídricos: Documento de Trabajo*. Lima: Autoridad Nacional del Agua.

### CAIRAMPOMA, Alberto y Paul VILLEGAS

2016 “Régimen Jurídico de las aguas subterráneas en el Perú”. En: Revista Themis 69, Lima. Consulta: 25 de setiembre de 2018.

### CALLE, Isabel

2017 “[Opinión] Protección de cabeceras de cuencas: Una medida para beneficio de todos”. En SPDA Actualidad Ambiental. Consulta: 25 de agosto de 2018

<http://www.actualidadambiental.pe/?p=46615>

### CONGRESO DE LA REPUBLICA

2012 Proyecto de Ley N° 1435/2012-CR – *Proyecto de Ley orientado para la conservación de las cabeceras de cuenca en el país*. Consulta: 10 de octubre de 2018.

### CONGRESO DE LA REPUBLICA

2016 *Proyecto de Ley N° 1128/2016-CR – Proyecto de Ley que modifica la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos y dispone la elaboración de criterios técnicos para la identificación y delimitación de las cabeceras de cuenta*. Consulta: 10 de octubre de 2018.

### COMUNICACIONES ALIADAS

S/F “Entrevista a Verónica Mendoza”. En *Encarte Especial*. Consulta: 10 de octubre de 2018

<http://www.lapress.org/docpdf/encarte-especial-cabeceras-de-cuenca-1.pdf>

DE LA TORRE, Abelardo

2018 *Marco metodológico: Criterios técnicos para la identificación, delimitación y zonificación de cabeceras de cuenca “Ley 30640”* [diapositiva]. Consulta: 10 de octubre de 2018.

<http://agrominperu.com/publicaciones/2018/junio/2.%20Recursos%20H%C3%ADricos%20-%20Abelardo%20De%20la%20Torre%20-%20Consultor.pdf>

DEFENSORIA DEL PUEBLO

2017 Reporte de conflictos sociales N° 166. Lima

<https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2018/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-166---Diciembre-2017.pdf>

DOUROJEANNI, Axel

2017 “[Opinión] ¿Qué son “cuencas de cabecera” o “cabeceras de cuenca”?”. En *SPDA Actualidad Ambiental*. Consulta: 25 de agosto de 2018.

<http://www.actualidadambiental.pe/?p=46650>

FERNÁNDEZ, Jean Piere

2018 “Cabeceras de cuenca, ¿una caja de Pandora para la minería? En *Revista energiminas*. Consulta: 10 de octubre de 2018.

<https://www.energiminas.com/cabeceras-de-cuenca-una-caja-de-pandora-para-la-mineria/>

GARCIA, Juan

2017 “¿Cabeceras de cuenta: las más productivas y suficientes para proteger los recursos hídricos?” En *Horizonte Minero*. Consulta: 10 de octubre de 2018.

<http://www.horizonteminero.com/2017/12/22/cabecera-cuenca-las-mas-productivas-suficiente-protger-los-recursos-hidricos/>



GUEVARA, Armando y Aarón VERONA (Editores)

2014 *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. Departamento Académico de Derecho. PUCP.

INGEMMET

2018 El potencial económico de los recursos minerales y la protección ambiental en la alta cordillera del Perú: Aporte del INGEMMET en los alcances de las leyes 29336 y 30640. Lima: INGEMMET.

PINTO, Patricia y Delmy POMA

S/F “Los límites de la participación en la gestión del agua en la cuenca Quilca – Chili”. En *DESCO - Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo*. Consulta: 10 de octubre de 2018.

[http://www.desco.org.pe/recursos/site/files/CONTENIDO/1132/PH\\_14\\_Pinto\\_y\\_otros.pdf](http://www.desco.org.pe/recursos/site/files/CONTENIDO/1132/PH_14_Pinto_y_otros.pdf)

RUIZ, Lucía

2013 “Reflexiones en torno al acceso al agua en el Perú, en el marco de la nueva Ley de Recursos Hídricos”. En: *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 70. Consulta: 22 de agosto de 2018

RUIZ, Lucia

2008 “Apuntes sobre normatividad e institucionalidad para la gestión del recurso hídrico”. En: *Themis*. Lima, número 56. Consulta: 22 de agosto de 2018

VILLANUEVA, Jacqueline

2015 Foro: Legislación del Agua en el Perú: La protección del agua [diapositiva]. Consulta: 5 de noviembre de 2018

<http://www.lamolina.edu.pe/icta/pdf/4PonenciaJacquelineVillanueva.pdf> .