

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



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

La autorización de ejecución de estudios de disponibilidad
hídrica en los pueblos andinos

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

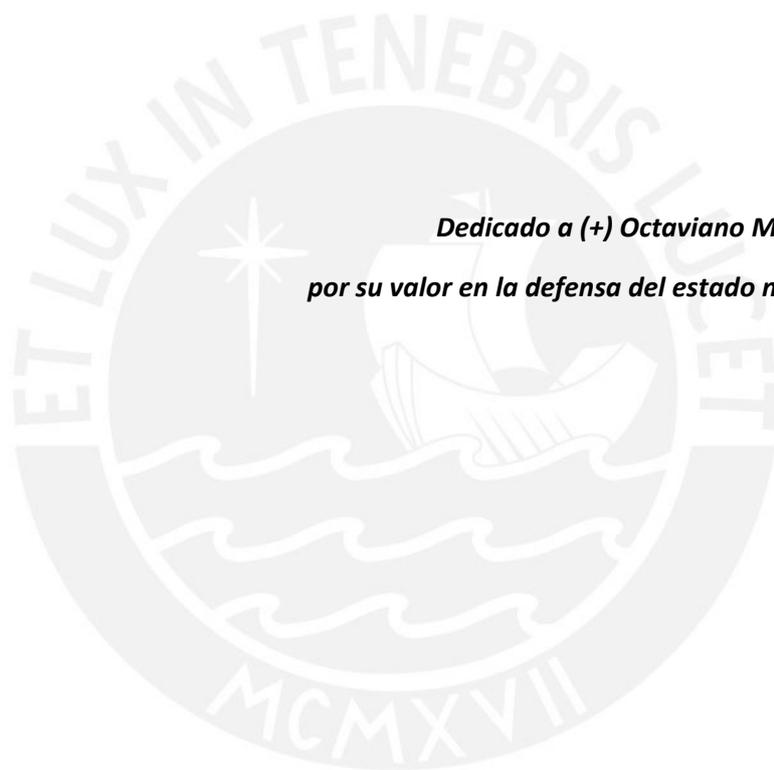
Autor:

Edgar Jano Carazas Gonzales

Asesor:

José Luis Capella Vargas

Lima, 2022



***Dedicado a (+) Octaviano Mamani Mamani
por su valor en la defensa del estado natural del agua***



Agradecimiento

Con afecto a José Capella. "Un maestro"

Resumen:

La sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos hídricos se materializa con la participación en el procedimiento administrativo del titular del predio donde yace el recurso hídrico.

El objetivo general del trabajo es determinar la necesaria participación del titular del predio en el procedimiento administrativo de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, de lo cual hemos concluido que es determinante para la eficiencia de la normatividad relacionada al aprovechamiento del recurso hídrico, y así evitar conflictos sociales y judiciales que suspendan paralicen o hagan inviable los proyectos, ello desde la metodología cualitativa, donde hemos analizado la normatividad especial y general, esto es la Ley de recursos hídricos y la ley general de procedimiento administrativo, así como la doctrina nacional y extranjera.

La normatividad ambiental en el aprovechamiento de los recursos hídricos debe ser medido como instrumento de resolución de problemas y no desde una medición de cumplimiento como hoy en día se mide la participación del titular del predio en el procedimiento (la no participación) que a nuestro criterio representa una pieza principal, antes durante y después en el desarrollo del proyecto, conjuntamente con las comunidades, esto último reflejado en la participación ciudadana o consulta previa según corresponda.

Tercero – parte – estudios – participación – ejecución – perforaciones

(abstract).

Sustainability in the use of water resources is materialized with the participation in the administrative procedure of the owner of the property where the water resource lies.

The general objective of the work is to determine the necessary participation of the owner of the property in the administrative procedure for the execution of water availability studies, from which we have concluded that it is decisive for the efficiency of the regulations related to the use of water resources, and thus avoid social and judicial conflicts that suspend or make the projects unviable, this from the qualitative methodology, where we have analyzed the special and general regulations, this is the Law of water resources and the general law of administrative procedure, as well as the national and foreign doctrine .

Environmental regulations in the use of water resources must be measured as a problem-solving instrument and not from a measurement of compliance as today the participation of the property owner in the procedure (non-participation) is measured, which in our opinion It represents a main piece, before, during and after, in the development of the project, together with the communities, the latter reflected in citizen participation or prior consultation as appropriate.

Third - part - studies - participation - execution - drilling



ÍNDICE DE CONTENIDO

Introducción.....	07
-------------------	----

CAPITULO I

El procedimiento administrativo en el aprovechamiento de los recursos hídricos

1.1. Antecedente normativo del aprovechamiento de los recursos hídricos	08
1.2. El procedimiento administrativo según el reglamento de la Ley de Recursos Hídricos Ley Nro. – 29338	10
1.3. El carácter facultativo de la autorización en la ejecución de los estudios de disponibilidad hídrica	12
1.4. Las partes en el procedimiento administrativo	12
1.5. Los terceros legitimados en el procedimiento administrativo	14

CAPITULO II

El derecho de propiedad y la servidumbre en el aprovechamiento de los recursos hídricos

2.1. La protección y los límites del derecho de propiedad.....	15
2.2. La servidumbre en el aprovechamiento de los recursos hídricos	16
2.3. Intervención del titular del predio sirviente en el procedimiento administrativo...	17
2.4. Los fundamentos de la participación ciudadana	18

CAPITULO III

La eficiencia de la normativa ambiental en el aprovechamiento de los recursos hídricos

3.1. Sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos hídricos	19
3.2. Eficiencia y eficacia de la normativa ambiental.....	21
3.3. Una visión axiológica y teleológica en la construcción de la normativa ambiental	22
Conclusiones	23
Recomendaciones.....	24
Bibliografía	25

Introducción

La realidad supera la norma jurídica, vulnerándose una serie de valores, principios y derechos en su aplicabilidad. El procedimiento para la autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, ha sido diseñado “facultativo”, siempre que no revista perforaciones in situ. En la praxis de gestión de los proyectos, se opta por solicitar dicha autorización para tales estudios, como una suerte de protección formal que justifique en alguna medida la irrupción en el predio (ulterior sirviente) sin el consentimiento del titular del predio o de la superficie, bajo la bandera que los recursos naturales son patrimonio de la nación y por tanto el titular del predio debe permitir cualquier injerencia, ello bajo una resolución administrativa que autoriza la ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, de cuyo procedimiento el titular del predio no ha participado, pese a la afectación inminente a su derecho a la propiedad defendida por la Constitución en su artículo 70°.

El titular del predio no forma parte del procedimiento en mención ni participa como tercero determinado afectado, pese a que el artículo 93° del reglamento de la Ley 29338, prevé su participación en la etapa de ejecución del proyecto, la servidumbre forzosa en caso de no llegarse a un acuerdo, lo que justifica la participación del titular del predio en el procedimiento de ejecución de estudios para la eficiencia de la normativa ambiental en el procedimiento.

En ese sentido el procedimiento administrativo para la ejecución de estudios de disponibilidad hídrica está sujeta a la Ley de Procedimiento Administrativo General 27444 que prevé la participación de todo aquel que tenga interés legítimo donde el titular del predio no es la excepción.

CAPITULO I.
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
EN EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS HIDRICOS

1.1. Antecedentes normativos en el aprovechamiento de los recursos hídricos

El artículo 139° numeral 3 de nuestra Constitución de 1993 concibe al debido proceso como un derecho de naturaleza procesal propia de la persona humana, y que se extiende a los procedimientos administrativos, conforme a lo ha resuelto por el máximo intérprete de la Constitución recaída en el expediente Nro. 04289-2004-AA/TC que establece que “deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.

Es, ese sentido, nos permitimos analizar el procedimiento administrativo de autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, el cual como todo procedimiento se debe a la persona humana y el respeto a su dignidad, a su legítimo interés y a su defensa, como ocurre en el caso del titular del predio donde yace el recurso hídrico llamado “laguna” de acuerdo a la Ley de Recursos Hídricos Nro. 29338 y su respectivo reglamento.

El aprovechamiento de los recursos hídricos, ha evolucionado estructuralmente respecto al dominio de las lagunas. Si bien la Constitución Política del Perú de 1993, establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y que es el Estado quien ejerce el dominio eminente. Respecto al “agua” no puede ser atribuible en calidad de propiedad a ninguna persona titular de dominio de suelo, posición muy alejada a la que postulada el Código de Agua de 1902°, que estableció que las aguas pluviales que caen dentro del suelo de un terreno pertenecerán al propietario de dicho terreno.

Es cierto, el año 1902 se elaboró un Código, denominado “Código de Aguas” dejado sin efecto por el Decreto Ley 17752 mediante el cual se aprobó la Ley General de Aguas (1969), y seguidamente la Ley Nro. 29338 “Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento, las cuales son trascendentales para el desarrollo del presente artículo, por cuanto el artículo 1° del Código de Aguas de 1902 estableció –como lo reiteramos, que las aguas pluviales que caen dentro del suelo de un terreno pertenecerán a dicho propietario, (sistema de acceso respecto a dicho recurso hídrico), para recolectar dichas aguas, el

propietario estaba facultado por la ley a construir “estanques, pantanos, cisternas o aljibes” ello bajo el siguiente texto normativo: ***“Pertenece al dueño de un terreno las aguas pluviales que caen en el mismo, mientras discurren en él y, además, las que se recojan en dicho terreno. Podrá a consecuencia, construir dentro de su propiedad estanques, pantanos, cisternas o aljibes donde deban ser conservadas o emplear cualquier otro medio adecuado, siempre que con ello no cause perjuicio público ni a tercero”***¹

Para los efectos de nuestro trabajo y estado de la cuestión, el último párrafo del Código de Aguas de 1902, establecía que: “Se reputan aguas pluviales para los efectos de esta ley las que proceden inmediatamente de las lluvias”, lo que permite sostener que con dicha norma el titular del predio donde caía el agua, por accesión correspondía al propietario y; en casos que las aguas dieran a los barrancos o ramblas eran de dominio público.

El Código de Aguas, dado el 17 de febrero de 1902, constituye una norma trascendental para los efectos de nuestro estudio y respecto de los derechos adquiridos por los pueblos indígenas, concebidos por la Constitución Política de 1979, entendiéndose, que una vez que el sujeto adquiere el derecho, ninguna norma puede desconocer dicho derecho, incluso la Constitución Política de 1993 que concibe la teoría de los hechos cumplidos, por lo que el análisis de la Ley de Recursos Hídricos en el Artículo III numeral 5 establece que: “El Estado respeta los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho a utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la ley.(...)” es necesario la obligatoriedad de la participación del titular del predio en la ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, en aras de una gestión ambiental sostenible.

Posteriormente el 24 de julio de 1969, fue aprobada la Ley General del Agua estableciéndose en el artículo 1 que: “Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. El uso justificado y racional del agua sólo puede ser otorgado en armonía con el interés y el desarrollo del país.” La ley no deja opción a titularidad privada alguna respecto a los recursos hídricos cuando señala “sin excepción alguna” por cuanto fija como propietario al Estado, eliminando incluso la posibilidad de derechos adquiridos que, a la luz del Código de Aguas de 1902 y la

¹ (Recuperado de: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1902007.pdf>)

Constitución Política del año 1979 era previsible y que la Constitución Política del año 1993 no la concibe.

Por su parte la Ley de Recursos Hídricos “Ley 29338” también establece que “no hay propiedad privada sobre el agua” conforme reza con su artículo 2 que prevé: “El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptibilidad. 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” ello contrario al principio de derechos adquiridos concebidos en la Constitución de 1979.

Asimismo en el numeral 3 del artículo III del título preliminar de la Ley de Recursos Hídricos “Ley 29338” establece que: “El Estado crea mecanismos para la participación de los usuarios y de la población organizada en la toma de decisiones que afectan el agua en cuanto a calidad, cantidad, oportunidad u otro atributo del recurso” por lo que el aprovechamiento de los recursos hídricos requiere la intervención de los usuarios y de la población organizada e indudablemente del propietario protegido por la Constitución en el artículo 70° y que amerita la evaluación Constitucional en contraste entre la de 1993 y 1979, que debiera ser parte de otro trabajo.

1.2.El procedimiento administrativo según el reglamento de la Ley de Recursos Hídricos Ley Nro. - 29338

El Reglamento de la Ley de recursos hídricos en su artículo I establece que “regula el uso y gestión de los recursos hídricos. Comprende el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a esta. Se extiende al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable”. Estableciendo el procedimiento para el otorgamiento de licencia de uso de agua, bajo una etapa de autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, acreditación de disponibilidad hídrica y la autorización de ejecución de obras de aprovechamiento. Cabe resaltar la diferencia entre la autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica por un lado y la autorización de ejecución de obras en sí mismo en ambos casos se requiere según el artículo 79.4. b) “*documentos que acrediten la propiedad o posesión legítima según corresponda*” y recibos de pago de inspección ocular.

El citado reglamento establece que ante cualquier procedimiento se requiere la presentación de documentos que acrediten la propiedad, lo que nos hace sostener que la

participación del propietario en el aprovechamiento de los recursos hídricos requiere necesariamente que el propietario sea notificado, pues incluso la ley establece como requisito la presentación de documentos que acreditan la propiedad o la posesión legítima.

Ahora bien, el artículo 80° del Reglamento establece un procedimiento para la autorización para ejecución de estudios de disponibilidad hídrica de agua superficial sin perforaciones, el cual es de carácter facultativo y otro procedimiento para la autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica con perforación de pozos exploratorios que requiere previamente la clasificación ambiental previa. Dichas disposiciones son las siguientes:

80.1. El procedimiento para obtener una autorización para ejecución de estudios de disponibilidad hídrica de agua superficial, o subterránea sin perforaciones, es de carácter facultativa, sujeto a silencio administrativo positivo. La autorización no tiene carácter exclusivo ni excluyente, pudiendo ser otorgada a más de un petionario respecto de una fuente de agua y tiene un plazo máximo de dos (02) años prorrogable

80.2. La autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica con perforación de pozos exploratorios es posterior a la clasificación ambiental del proyecto, aprobada conforme a la normatividad de la materia; se obtiene a través de un procedimiento de evaluación previa, sujeto a silencio administrativo positivo, el cual no puede exceder los treinta (30) días hábiles. Dicha autorización está sujeta a fiscalización posterior, bajo responsabilidad del Administrador Local del Agua.

El escenario en la ejecución de estudios de disponibilidad hídrica nos coloca en un contexto de uso de perforaciones y sin perforaciones de suelo, independientemente a ello, desde nuestra posición, ambas requieren la presencia del titular del predio, terreno o unidad económica administrativa, puesto que posteriormente en la secuela procedimental se va requerir la participación del titular para los efectos de la servidumbre forzosa implementada en la ley y que haría posible el aprovechamiento del recurso hídrico. Por ello el artículo 80.1. de la Ley Nro. 29338 debe ser modificada, cuando señala que: "...una autorización para ejecución de estudios de disponibilidad hídrica de agua superficial o subterránea sin perforaciones es de carácter facultativa..." cuando en realidad debe ser de "carácter obligatorio", que permita la sostenibilidad del proyecto.

1.3.El carácter facultativo de la autorización en la ejecución de los estudios de disponibilidad hídrica.

Como lo hemos señalado, el Estado debe promover la participación de los usuarios, pero en el caso que planteamos, la autorización para la ejecución de los estudios de disponibilidad hídrica de agua superficial o subterránea sin perforaciones, es de carácter facultativo, no siendo obligatorio la autorización para la ejecución de estudios, teniendo carácter facultativo y vulnerado el derecho del titular del predio a participar del procedimiento al tener legítimo interés.

El hecho que el recurso natural se encuentre dentro de propiedad privada, no da derecho a que se vulnere el derecho de propiedad, no haciendo participe al titular del predio, quien tiene legítimo interés, del procedimiento de ejecución de estudio de disponibilidad hídrica, en clara vulneración al derecho de propiedad consagrado en el artículo 70° de la Constitución. La afectación de dicho derecho es obvia, puesto que el aprovechamiento del recurso hídrico de “aguas de laguna” o agua estancada, traerá movimiento de tierra, perforación de suelo, excavaciones, canaletas, entre otras afectaciones, máxime si la ejecución definitiva requiere la intervención del titular del predio para los efectos de la servidumbre.

1.4.Las partes en el procedimiento administrativo

Para Eldredge (2000, p. 89), citando a Villegas, “El derecho administrativo es un conjunto de normas y de principios de Derecho Público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquellos entre sí, para la satisfacción concreta, directa e inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden público estatal”. Lo que debe entenderse como la relación que se produce entre el Estado y el administrado. Este último recibe la protección del Estado como lo señala el artículo III del Título Preliminar de la Ley Nro. 27444 cuando establece que “la ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general” de lo que se desprenden factores que se deben tener en consideración en la estructuración del procedimiento, como son: El interés general, la jerarquía constitucional y los derechos e intereses de los administrados, lo que hace que el legislador diseñe una procedimiento

considerando obligatoriamente dichos factores, desde una evaluación, no solamente teleológica o eficiente sino axiológica.

Como se puede apreciar la ley administrativa garantiza los derechos de los administrados a la protección de sus intereses a la luz de la Constitución, garantizando el debido procedimiento, la defensa de los derechos fundamentales, esto tanto para las partes como todo aquel que considera tener legitimidad para accionar administrativamente en defensa de sus derechos.

Por su parte el artículo 61° de la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) establece que los sujetos que forman parte del procedimiento y de la relación jurídica material administrativo, por un lado, concibe a los administrados, como personas naturales y jurídicas que pueden participar en el procedimiento administrativo. Por otro lado, también concibe a la autoridad administrativa, como el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades publicas conducen e inicio, la instrucción, la sustanciación la resolución, la ejecución, o quede otro modo participa en la gestión de los procedimientos administrativos y en nuestro caso la Autoridad Nacional del Agua para un manejo del uso de agua sostenible.

Como podemos apreciar la Ley General Administrativa es aplicable a todo procedimiento, como el procedimiento para la autorización de la ejecución de los estudios hídricos, donde interviene el titular del proyecto de ejecución en el aprovechamiento de los recursos hídricos y la autoridad administrativa (ANA); sin embargo, no concibe la intervención del propietario pese a que una vez aprobado el proyecto se requerirá la servidumbre correspondiente.

Por su parte Morón Urbina señala que: “En el marco de cualquier procedimiento administrativo concurren tres diferentes roles: el de la autoridad administrativa, el del administrativo-interesado, y el del tercero-administrativo”: Morón, 2019, p. 495., este último podría ser el titular del predio donde cae la lluvia y forma lagunas, lo que evidencia el interés legítimo a intervenir en el procedimiento administrativo de aprovechamiento de los recursos hídricos.

El mismo autor, señala que: “(...) el rol del administrado corresponde a cualquier persona natural o jurídica que participa en el procedimiento administrativo, considerándose para tal efecto, como tales a: i) quienes los promueven como titulares de derecho o intereses legítimos individuales o colectivos; y, ii) aquellos sin haber iniciado el procedimiento

posean derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la decisión a adoptarse”: Morón, 2019. P. 496. Esto es “siempre que se tenga interés legítimo se puede participar del procedimiento administrativo”.

1.5.Los terceros legitimados en el procedimiento administrativo

El tercero también está contemplado en el procedimiento administrativo. El tercero puede formar parte del procedimiento administrativo siempre que tenga simple interés para participar en el procedimiento, como lo señala Morón Urbina “la participación del tercero en el procedimiento administrativo, esto es, de quien solo posee un interés simple o general, más un interés legítimo o derecho subjetivo, autoriza un rol acotado, específicamente a la realización de actos procedimentales específicos, y, en ninguno de estos casos, adquiere el rol de administrado – interesado”. (Morón, 2019, p. 496). Aquí se hace una diferencia entre el que tiene el interés simple o general y el interés legítimo, este último arrojado al titular del predio.

El artículo 71° de la Ley 27444 contempla la existencia de terceros determinados por un lado y por otro el tercero no determinado, contemplando la posibilidad de la intervención de todo aquel que tenga derecho o interés legítimo y pueda verse afectado con el acto o procedimiento administrativo, incluso debe ser debidamente notificado, como también al tercero administrados no determinados.

Al respecto existe precedente al respecto como la recaída en la Resolución Nro. 451 – 2017-ANA/TNRCH de 17 de agosto de 2017, cuanto el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas cuando señala que “el tercero puede intervenir “en cualquier estado del procedimiento entendiéndose que tal intervención debe ocurrir cuando el procedimiento se encuentra en trámite; de manera que si la administración ya emitió su decisión amparando o denegando lo solicitado”. Sin embargo, ello es contrario a la diferenciación que realiza la propia Ley 27444 en el artículo 71° que señala “durante la tramitación” y “cualquier estado del procedimiento”, no correspondiendo la interpretación que realiza el tribunal, máxime si la nulidad de los actos administrativos que vulneran derechos constitucionales y fundamentales pueden ser declarado nulos incluso cuando estos estén firmes.

De otro lado, es obligación de quien solicita la licencia de usos de recurso hídrico en proporcionar información dirigida a identificar a todo aquel que tenga interés legítimo en el procedimiento a efecto que comparezcan, de conformidad con el artículo 68.1. de la

Ley 27444. Solo en esa medida, se podrá emitir un pronunciamiento válido, por ello el procedimiento administrativo de ejecución del estudio de aprovechamiento hídrico debe ser de naturaleza obligatoria a efecto que el tercero de interés simple o general y aquel que tenga interés legítimo, intervenga y con ello se dé validez al procedimiento administrativo.

Por ello el procedimiento administrativo en la ejecución de los estudios para el aprovechamiento de recursos hídricos debe garantizar la participación del propietario donde cae las aguas de las lluvias y formen una laguna, pues éste cuenta con legítimo interés en su condición del titular del predio, puesto que en el desarrollo del proyecto se verá afectado inobjetablemente con la servidumbre forzosa señalada en el artículo 96° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos.

CAPITULO II

EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA SERVIDUMBRE EN EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS HIDRICOS

2.1.La protección y los límites del derecho de propiedad

El aprovechamiento de los recursos naturales, el derecho de propiedad y el uso del predio donde yacen los recursos hídricos, trae consigo una serie de controversias en relación al uso de la propiedad protegida en la Constitución. Si bien los recursos naturales en general son considerados “Patrimonio de la Nación”, conforme a lo previsto por el artículo 66° de la Constitución; el derecho de propiedad también está protegido por el artículo 70° de la Carta Magna cuando prevé que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”, protegiendo los poderes jurídicos de dicho derecho, como los contenidos esenciales contemplados en el artículo 923° del Código Civil, como el derecho a usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

Si bien la protección constitucional está garantizada, los límites impuestos por estos también están establecidos, pues el ejercicio del derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos en la ley, lo que encuentra correlación con lo también establecido en el artículo 923° del Código Civil cuando señala que el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el interés

social. Esta garantía de protección del derecho de propiedad, tiene concordancia con el artículo 88° de la Constitución que prevé que: “El Estado (...) garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o constitucional o en cualquier forma asociativa”

La Constitución recoge el instituto de la potestad expropiatoria de parte del Estado como fundamento del bien común, la cual constituye una limitación al ejercicio del derecho de propiedad por necesidad pública. Así también el Tribunal Constitucional en la sentencia 00864 – 2009 AA (f. 22) señaló que “Existen restricciones admisibles para el goce y ejercicio de este derecho: (i) estar establecida por la ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en la sociedad democrática”, restricciones que podríamos enunciarlas con el aprovechamiento de los recursos naturales, cuando el artículo 66° de la Constitución Política establece que: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.” Siendo el Estado el que ejerce el dominio vía la concesión y ejerce los límites impuestos en la Constitución.

2.2.La servidumbre en el aprovechamiento de los recursos hídricos

El instituto de la servidumbre representa la restricción al ejercicio de la propiedad como derecho, el cual se encuentra previsto en el artículo 1035° del Código Civil establece que: “La ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos”; lo que restringe y supone carga al titular del predio, como lo dice Avendaño “En realidad las servidumbres son cargas –y no gravámenes- que se imponen al dueño del predio sirviente en beneficio del propietario del predio dominante. (...) La servidumbre son limitaciones a la propiedad predial” (Avendaño, 2003, p.541)

El Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338 contempla la servidumbre forzosa, por lo que preliminarmente es necesario referirnos al Código de Aguas de 1902° cuando en su artículo 1° establecía que el agua pluvial que cae en un determinado terreno pertenecen al dueño del mismo, pudiendo “construir dentro de su propiedad estanques, pantano, cisternas o aljibes donde deban ser conservadas o emplear cualquier otro medio adecuado”. Asimismo, el citado código reputaba a las aguas pluviales “las que procedan inmediatamente de las lluvias” haciendo una diferencia con las aguas denominadas

“pluviales” y aquellas que discurran por los barrancos o las ramblas, las cuales son considerados de dominio público. Es decir que mientras las aguas discurran por el mismo terreno donde yace el agua será propiedad privada y en caso contrario pública, como lo preveía el artículo cinco del código.

A su turno, la Ley General de Agua 17752, consagraba que todas las aguas de cualquier naturaleza son patrimonio del Estado siendo estos inalienables e imprescriptibles, “no hay propiedad privada de la aguas ni derechos adquiridos sobre ellas” lo que tiene correlación con la ley de recursos hídricos 29338 cuando prevé el artículo 2 que “El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio de 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”.

En se sentido la Constitución protege a la propiedad, la cual debe ejercerse conforme a ley, siendo pasible de limitaciones como la servidumbre en caso de aprovechamiento de recursos hídricos. El reglamento de la Ley de Recursos Hídricos Nro. 29338 contempla el instituto de la servidumbre en el artículo 93, cuando señala que: “Por la servidumbre de agua, el titular de un predio, denominado sirviente, queda obligado a permitir el paso del agua por dicho predio a fin de que otra persona natural o jurídica pueda ejercer su derecho de uso de agua”. Señalando además en el artículo 94 que: “La servidumbre de agua le es inherente la de paso, debiendo la Autoridad Administrativa de Agua señalar, en cada caso, las características de los caminos respectivos”

Un artículo emblemático es el 97°.1. cuando establece que: “Durante el procedimiento de otorgamiento de uso de agua, a solicitud de parte, la Autoridad Administrativa del Agua, podrá imponer servidumbre de agua forzosa”, esto por falta de acuerdo entra las partes, conforme lo prevé el artículo 97.2. del citado cuerpo de ley, pese a que el titular del predio no participa en el procedimiento administrativo regulado por el Reglamento de la Ley de recursos hídricos en su artículo 79°.

2.3. Intervención del titular del predio sirviente en el procedimiento

La normatividad marco del aprovechamiento de los recursos hídricos, establece tres procedimientos, una referida al procedimiento consta de la autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, otra para la acreditación de disponibilidad hídrica y una última referente a la autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico,

sin que el titular del predio sea parte del mismo, conforme lo podemos ver en el artículo 79° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos. Sin embargo, en ellos no se hace participe al titular del predio pese a tener interés legítimo y su participación obligatoria en condición de sirviente del predio de su propiedad.

El artículo 61° de la Ley 27444 concibe a los sujetos del procedimiento administrativo, al administrado y a la autoridad administrativa, los primeros seas naturales o jurídicas y los segundos los organismos públicos, es decir una relación jurídica procedimental entre el ciudadano y el Estado. Sin embargo, el artículo 62° de la ley marco, también considera que toda persona que “posea derechos o intereses legítimos que puedan verse afectados con la decisión a adoptarse” puedan ser consideradas “administrados” incluso si estos no han iniciado el procedimiento.

La participación de todos aquellos que tienen interés legítimo como el titular del predio donde yace el recurso hídrico, es relevante en el aprovechamiento de los recursos naturales, pues la ley marco le impone al administrado que inicia el procedimiento tiene la responsabilidad el deber de “proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a la identificar a otros administrados no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento” conforme al artículo 67° de la LGPA, pues incluso el citado cuerpo de ley en su artículo 71°, establece la intervención de los terceros “en cualquier estado del procedimiento teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él”.

Podemos ver que la participación del titular del predio donde yace el recurso hídrico es necesaria y está prevista en la Ley marco Nro. 27444 de la cual dependen todos los procedimientos y esto lo podemos ver del procedimiento en el aprovechamiento del recurso hídrico, cuando incluye al titular del predio, pero solo para los efectos de la ejecución del proyecto y la imposición de la servidumbre forzosa impuesta por la autoridad administrativa al titular del predio, en caso no esté de acuerdo. Sin embargo, el inicio del procedimiento la participación del titular del predio no es permitida lo que conlleva a la vulneración de la protección constitucional del derecho a la propiedad, ocasionando conflictos sociales y judiciales reñidos con la sostenibilidad.

2.4.Los fundamentos de la participación ciudadana

Una herramienta en la gestión ambiental es la participación ciudadana, cuyo fundamento es la transparencia y la confianza por parte de la ciudadanía, a efecto de ejecutar un proyecto sostenible y evitar los conflictos sociales. Es en esa medida que la participación

del titular del predio desde el inicio del procedimiento es determinante por cuanto la no conformidad podría ocasionar conflictos sociales.

Como lo señala SENACE “La participación ciudadana es un proceso que permite promover la participación informada y responsable de todos los interesados en el proceso de evaluación de impacto ambiental para una adecuada toma de decisiones sobre dichos proyectos, con miras a su desarrollo responsable y sostenible”

CAPITULO III

La eficiencia de la normativa ambiental en el aprovechamiento de los recursos hídricos

3.1.Sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos hídricos

Debe entenderse por sostenibilidad como aquel paradigma desde la cual se estructura todo el ordenamiento jurídico ambiental, tales como la naturaleza, los ecosistemas y la biodiversidad, y que busca que los recursos naturales renovables puedan ser aprovechados por la generación futura esto es según el Tribunal Constitucional: **a)** Equilibrando la economía social e mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado **b)** Maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica **c)** Modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, (STC 03343-2007-PA/TC. FJ.14).

En ese sentido la modulación de “la actividad económica a la preservación del ambiente” constituye la base para aproximarnos a la sostenibilidad deseada, dado que no podemos prever el futuro. Alcanzar la sostenibilidad, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales parte de la construcción de un ordenamiento jurídico en materia ambiental orientado a resolver problemas reales y no inexistentes producto del populismo, donde las normas jurídicas reflejen o al menos se aproximen a la realidad, de los subjetivo a lo objetivo. Por ello sostenemos que la Ley de recursos hídricos es incongruente con la Ley de Procedimiento Administrativo General en muchos aspectos, principalmente en el procedimiento para el aprovechamiento de los recursos hídricos.

Un recurso vital y frágil es el “agua” necesaria para la sobrevivencia humana, para la flora y la fauna, para el regadío de los pastizales y el uso de las comunidades campesinas, andinas y nativas, que generación en generación han sido testigos presenciales de los cambios normativos respecto de los sistemas de adquisición de los recursos naturales, desde un sistema de acción de las aguas por el Código de Agua de 1902 y el artículo 66°

de la Constitución de 1993 con un sistema de dominio eminente por parte del Estado. Cómo explicamos a los pueblos andinos que las aguas que algún día reposaban en sus chacras, parcelas o hectáreas de terreno y que eran suyas por la ley si permanecían estancadas, ahora no lo son, y que son constitucionalmente patrimonio de la Nación.

La ley de recursos hídricos Nro. 29338, establece en principio que la gestión del aprovechamiento de los recursos hídricos, se realiza con la participación activa de la población organizada, respetando los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como el derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, conforme se señala en el principio 5 y 10 de la ley. Sin embargo, la modulación normativa establece el procedimiento para el otorgamiento de licencias de agua, esto en el artículo 79 del reglamento, donde se subdivide en tres procedimientos: **a)** La autorización para la ejecución de estudios de disponibilidad hídrica **b)** Acreditación de disponibilidad hídrica y **c)** Autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico.

El procedimiento para la obtención de autorización para la ejecución de estudios de disponibilidad hídrica tiene dos situaciones, una sin perforaciones y otras con perforaciones, siendo la primera de carácter facultativo. Esto ha permitido que se soliciten tales autorizaciones; y ello ha justificado el ingreso a propiedad privada en mérito a una resolución administrativa autoritativa, donde la usurpación producida queda impune por sostenerla en una resolución de autorización expedida por la autoridad y bajo el argumento que los recursos naturales “hídricos” y que el agua es patrimonio de la Nación.

Esto nos lleva a sostener que en toda actividad de aprovechamiento de un recurso natural, debe considerarse al titular del predio donde yacen los recursos naturales, ello con la finalidad de evitar conflictos sociales y judiciales que perjudiquen al Estado, a la ciudadanía y los titulares de los predios, puesto que los procesos judiciales no son expeditivos, por el contrario, son displicentes y tardíos a la resolución de los conflictos, perdiéndose la oportunidad de grandes inversiones y generación de ingresos para el país.

En ese sentido la sostenibilidad debe contener un fin y un medio, siendo el primero que el aprovechamiento de los recursos hídricos sea racional en la medida que las próximas generaciones deben aprovecharlas y ello solo si tenemos la modulación normativa que nos permita preservar la naturaleza, la biodiversidad, los ecosistemas, el ambiente en sí mismo, puesto que el hombre también es parte de la naturaleza, del ecosistema y no debe

ser perturbado, debe tener condiciones, recursos y la interacción con las especies, ellos bajo sus tradiciones y costumbres, caso contrario se vería perturbado.

Debe entenderse jurídicamente que los acontecimientos que se producen en la sociedad “fenómenos políticos en derecho constitucional” y “hechos jurídicos en derecho civil” deben reflejarse en las normas jurídicas, como fórmulas de solución a dichos fenómenos o acontecimientos negativos, que nos permita alcanzar la paz social en justicia y la protección del derecho del hombre. Las normas jurídicas ambientales o de las actividades extractivas lejos de ser una solución son un problema mayor para el hombre “esclavo de su propia regla” y no conforme a las reglas de la naturaleza donde seamos nosotros quienes nos adecuemos pensando en nuestros hijos, nietos y las generaciones venideras.

El agua como fuente de vida, debe ser aprovechada bajo una modulación normativa acorde con la realidad, la cultura, costumbre y tradición de un país, pues esto es teoría pura del derecho y no simple política populista o de carácter supranacional.

3.2.Eficiencia y eficacia de la normativa ambiental

La Constitución establece que la sociedad y el Estado tienen como fin supremo a la persona humana y el respeto a su dignidad conforme reza de su artículo 1º, debiéndose entender el respeto de todos los derechos, aquellos reconocidos por el ordenamiento jurídico, como aquellos no reconocidos pero que deben ser protegidos, como son los derecho inherente o derechos fundamentales de la persona humana.

Brañes nos recuerda que “Norberto Bobbio señalaba alguna vez que el problema de los derechos fundamentales ya no consiste en un reconocimiento, sino en la posibilidad de hacerlos efectivos” (Brañes, R. 2012, p.105.). Las normas jurídicas son herramientas que sirven para resolver los problemas y situaciones jurídicas conflictivas, por ello deben reflejar la realidad para la exigencia de su cumplimiento. Sin embargo, la medición del cumplimiento de su finalidad, es determinar el acatamiento de la norma jurídica, cuando lo que importa es determinar en qué medida la norma jurídica resuelve el problema para el cual fue diseñada y para lo cual el legislador ha sido autorizado por el legislador.

En ese sentido Brañes sostiene que “la palabra eficacia designa el grado de acatamiento de una norma jurídica por quienes son sus destinatarios. La palabra “eficiencia”, por su parte, designa el grado de idoneidad que posee una norma jurídica para satisfacer la necesidad que se tuvo en cuenta al expedirla” (Brañes, R. 2012, p.656.). Añade el autor

que uno de los problemas para no alcanzar la eficiencia o el cumplimiento de la finalidad de la norma es “la escasa presencia de la idea del desarrollo sostenible en la legislación ambiental”, es ahí que el procedimiento administrativo para el aprovechamiento de los recursos hídricos debe contar con la participación del titular del predio que si bien es cierto intervendrá en la ejecución del proyecto

3.3.Una visión axiológica y teleológica en la construcción de la normativa ambiental

Las normas jurídicas diseñadas por el legislador desde su propia perspectiva de la realidad, son reglas que van a perturbar en alguna medida las conductas de la ciudadanía. Las normas jurídicas deben cumplir su finalidad para la realidad percibida por el legislador, es decir diseñada desde un enfoque teleológico, indispensable para su aplicabilidad sin controversias.

Otro instituto interpretativo es la axiología, la consideración de los valores, los principios y los derechos fundamentales que deben tenerse en cuenta al momento de elaborarse la norma jurídica, respetándolos y adecuándolos a la realidad, solo en la medida que la norma jurídica no vulnere los derechos fundamentales y los principios podremos pasar a delimitar la finalidad de la norma jurídica, esto es un enfoque teleológico.

En suma, las normas relacionadas al aprovechamiento de los recursos hídricos deben concebir el enfoque axiológico y teleológico al momento de su construcción jurídica, concibiendo la sostenibilidad no solo desde un punto de vista de aprovechamiento de los recursos naturales para la generación actual y futura, sino también la modulación regulatoria de la intervención de todos los actores a efecto evitar las controversias y los conflictos, esto con la participación del titular del predio sobre el cual yace el recurso hídrico.

CONCLUSIONES

1. La participación del titular del predio donde yace un recurso hídrico debe ser parte del procedimiento administrativo en su aprovechamiento
2. La participación del titular del predio prevé conflictos sociales a futuro
3. La coherencia normativa es determinante para los objetivos de sostenibilidad



RECOMENDACIONES

- Modificar el artículo 79° del Reglamento considerándose la autorización del procedimiento administrativo de ejecución de estudios de carácter obligatorio con la participación del titular del predio.



BIBLIOGRAFIA

- Andaluz, Carlos (2009) Manual de derecho ambiental. Segunda Edición. Perú. Iustitia.
- Alayza, Alejandra (2007). No pero sí. Comunidades y Minería. Consulta y Consentimiento previo, libre e informado en el Perú. Lima. Cooper. Acción
- Aroca, Javier: (2011).“El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas” Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales, Lima.
- Brañes, Raúl (2012). Manual de derecho ambiental mexicano. Tercera reimpresión. México. EFE.
- Carhuatocto, Henry. (2018). Los Principios Ambientales En un Estado Constitucional de Democrático. Lima. Jurista Editores
- Carhuatocto, Henry. (2019). La Consulta Previa en la Certificación Ambiental y los Proyectos Extractivos. Lima. Juristas Editores.
- Carhuatocto, Henry. (2020). El Procedimiento Sancionador Ambiental. Lima. Juristas Editores.
- Carhuatocto, Henry. (2018). La certificación ambiental en los proyectos extractivos. Lima. Juristas Editores.
- Guevara, Armando. (2008) Derechos y conflictos de agua en el Perú. Lima. Pucp.
- Foy, Pierre. (2013) Gestión Ambiental y Empresa. Lima. Rodhas.
- Infante Cisneros, William (2016). El Derecho de Propiedad. Análisis y Perspectivas. Ideas Solución. Lima Editorial.
- Kofi, Annan, citado por Lamadrid Ubillús, Alejandro (2011). Derecho Ambiental Contemporáneo. Crisis y Desafíos. Ediciones Legales. 1.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (2008). Teoría del Derecho Ambiental. Primera Edición. México: Porrúa.
- Lamadrid, Hugo. (2018) El Derecho de las Comunidades Campesinas. Una lectura de la Constitución. Lima. Grijley.
- Morón Urbina. Juan Carlos. (2019) Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. 1. Ed. Lima. Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina. Juan Carlos. (2019) Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. 1. Ed. Lima. Gaceta Jurídica.
- Schwalb, María. (2004) Responsabilidad social. Lima. Universidad del Pacifico.
- Egúsquiza, Pierina Fiorella, (2017) Aspectos legales sobre un conflicto socio ambiental por el uso de agua: Análisis del caso de la laguna Parón (Ancash), Pontificia Universidad Católica del Perú Recuperado el 21 de mayo de 2021 de:
- <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8410/LAGUNA%20PARON%20PEGUSQUIZA.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

Muriel Ortiz Girón, Muriel (2017), La ciudad nos agrade: Gestionando conflictos por el agua en Lima Metropolitana. El caso del canal de riego Surco (2008-2016)” Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 22 de mayo de 2021 de:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9875/ORTIZ_GIRON_LA_CIUAD_NOS%20AGREDE_GESTIONANDO_CONFLICTOS_POR_EL_AGUA_EN_LIMA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Escala Pérez – Reyes, Ivanna Erika, (2018) Conga: ¿Y dónde quedó la consulta previa?; Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 22 de mayo de 2021 de:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13723/ESCALA_P%20C3%89REZ-REYES_CONGA_Y_DONDE_QUEDO_LA_CONSULTA_PREVIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Bahamonde Quinteros, Carmen del Rosario, El conflicto Conga, la populización de la demanda por agua: Los escenarios políticos y la perennización del conflicto, 2010 – 2013” (2016); Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Recuperado el 21 de mayo de 2021:

https://repositorio.uarm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12833/32/Bahamonde%20Quinteros%2c%20Carmen_Tesis_Licenciatura_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ngbouando Kanganzila, Eddy Parfait (2019) “Conflictos Sociales: Formas cómo inciden en la Gobernabilidad: El caso conflicto minero del proyecto Conga, 2011 – 2012”, Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Recuperado el 22 de mayo de 2021 de:

https://repositorio.uarm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12833/2003/Ngbouando%20Kanganzila,%20Eddy%20Parfait_Tesis_Mastr%20Da_2019.pdf?sequence=1

Cairampoma Arroyo, Alberto y Villegas Vega, Paul, (2015) El Régimen jurídico para el aprovechamiento de recurso hídricos en el Perú, Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recuperado el 21 de mayo de 2021 de:

<https://investigacion.pucp.edu.pe/grupos/gida/publicacion/regimen-juridico-para-el-aprovechamiento-de-recursos-hidricos-en-el-peru/>

Ana Queirolo, (2016) Propuesta para un uso sostenible y eficiente de los Recursos Hídricos Mini Centrales Hidroeléctricas, Revista de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 21 de mayo de 2021 de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16304>

Alberto Bolivar, (2005) El dilema de ser tercero interesado. El tercero interesado frente a quienes realizan conductas contrarias a las normas de libre competencia en la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio” (2005), Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia. Recuperado 21 de mayo de 2021 de:

<https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537584010.pdf>

