

# **Derecho de Agua y Derecho Indígena.- Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos<sup>1</sup>**

**Ingo Gentes<sup>2</sup>**

**Resumen:** En la región andina de América Latina, las "culturas de agua" y las "identidades hidráulicas locales" juegan un papel importante en la gestión del recurso hídrico. Sin embargo, los sistemas de manejo del agua de los pueblos indígenas y comunidades campesinas se enfrentan con tremendos problemas de negación, usurpación y destrucción de sus derechos al agua. A la par de una distribución sumamente desigual del agua en desmedro de los pueblos indígenas y campesinos, se observa, de manera creciente, la negación de los derechos indígena-campesinas de acceso al agua existentes, y las reglas internas de gestión que se desconocen y se declaran ilegal por el Estado, empresas privadas y otros actores externos. De igual manera, en la ponencia final de las conclusiones del Foro del Agua en La Hogue en marzo 2000 se concretizó un alarmante proceso "... tras haber examinado todos los documentos del foro, los pueblos indígenas y su sistema único de valores, conocimientos y prácticas han sido prácticamente omitidos en el proceso de una visión global del agua." El siguiente documento conceptual tiene como objetivo contribuir conceptos e interrogantes claves para el Programa WALIR (*Water Law and Indigenous Rights*) que busca sensibilizar la toma de decisiones con respecto a los cambios legales y de políticas requeridas, y contribuir al reconocimiento adecuado de las normas indígenas y consuetudinarios con respecto a la gestión de aguas en los pueblos y comunidades indígena-campesinas. Igual que el programa WALIR, el presente estudio es comparativo con el fin de poder fomentar un aprendizaje mutuo e intercambiar los avances y estrategias entre los países respectivo de sus fortalezas, debilidades y oportunidades, para fortalecer la acción interinstitucional e interandina al respecto. El estudio también incluye las experiencias y avances de otras regiones donde han sido elaborados estudios similares, además recogerá los avances en la regulación internacional sobre el tema.

**Abstract:** In the Andean region of Latin America, "water cultures" and "local hydraulic identities" play a key role in the challenge to work towards rational management and sustainable and equitable distribution of the water resources. However, indigenous and peasant water use organizations face enormous problems related to discrimination and destruction of their livelihoods and water management systems. On top of a water resources distribution that is extremely unequal and unjust to the disadvantage of indigenous peoples and peasant communities, the encroachment of their water rights and the neglect and destruction of their management rules by powerful exogenous sectors is increasing day by day. Not all law- and policy-making actors and institutions are aware of this fact. For example, even though a special Forum Session was organized in the Second World Water Forum in The Hague, 2000, in order to analyze the theme of "Water and Indigenous Peoples", the participants had to draw the alarming conclusion in the final statement that "... having examined the Forum documents, the indigenous peoples and their unique system of values, knowledge and practices have been overlooked in the Global Water Vision process." There is an urgent need to counteract the discrimination and subordination of indigenous and customary water rights and management systems, regarding not just the rights to have access to water resources but also the rights to management and policy decision-making, and therefore, their representation in decision-making bodies. The aim of this paper is to present a conceptual document for the WALIR programme's discussions and comparative research activities, with the final aim to contribute to a better comprehension of indigenous water rights in the south Andean region, to raise awareness among the decision-makers regarding the need for legal and policy changes and, finally, to contribute to a better recognition of indigenous and customary rights and water management rules in national legislation.

---

<sup>1</sup> Documento Conceptual para el Programa WALIR – *Water Law and Indigenous Rights. Towards structural recognition of indigenous rights and water management rules in national legislation*, con estudios en Perú, Bolivia, Ecuador, Chile y los EE.UU, coordinado por la Universidad de Wageningen, Países Bajos, y las Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

<sup>2</sup> PhD en Ciencias Políticas y Sociales, Magister en Antropología de la Universidad Libre de Berlín. Se desempeña actualmente como docente en la Universidad Alberto Hurtado, Universidad de Chile, es investigador de la Universidad de Wageningen/ Holanda y la CEPAL, y consultor de SAMTAC de la Asociación Mundial del Agua (GWP).

## Antecedentes

La preocupación por el agua está presente en los foros internacionales a partir de los años setenta; desde entonces numerosas instituciones internacionales promulgan y defienden una mejor y justa gestión del recurso hídrico. No obstante el nexo entre la temática de un reconocimiento de los usos y costumbres de los pueblos indígenas<sup>3</sup> en torno al agua y la gestión de su uso integrado, que incluye los aspectos económicos, sociales y ambientales, es un hecho muy reciente. En el Foro Mundial del Agua llevado a cabo en La Haya en marzo de 2000, se dedicó una sesión especial al tema del "Agua y los Pueblos Indígenas", en la cual se concluyó que:

"...los pueblos indígenas y sus sistemas propios de valores, conocimientos y prácticas han sido ignorados en el proceso de una visión global del agua (...) Este es un problema recurrente para los pueblos indígenas quienes están frecuentemente obligados a enfrentar asuntos vitales en términos dictados por otros. Muchos compartieron su experiencia sobre como el conocimiento tradicional de sus pueblos fue visto como inferior en el sistema político, legal y científico imperante y como sus argumentos son una y otra vez descartados por las Cortes y otras instituciones."<sup>4</sup>

Definitivamente, la "voz de los oprimidos pero no vencidos" (Rivera Cusiquanqui, 1984) no ha sido escuchada en los espacios de las políticas y legislaciones nacionales de los países andinos sobre el recurso hídrico, y las medidas tomadas hasta ahora por parte de los gobiernos nacionales para un reconocimiento efectivo de formas de uso y gestión indígenas han sido consideradas limitadas. En este sentido,

"fuertes medidas deberían ser tomadas para permitir a los pueblos indígenas y tribales a participar y compartir más específicamente sus experiencias, conocimientos y preocupaciones específicas en la visión global del agua y el marco de acción."<sup>5</sup>

Si miramos la mayoría de los países andinos podemos contemplar que las respectivas legislaciones nacionales, las administraciones y las políticas públicas en el tema de los recursos hídricos suelen negar o ignorar la existencia o la importancia de los marcos normativos consuetudinarios referentes a los derechos y usos consuetudinarios indígenas y a la gestión de los recursos hídricos. Incluso en aquellos casos en que se toman

---

<sup>3</sup> Entendemos el término "pueblo indígena" en el presente documento o como colectividades originarias, o de reciente construcción –como resultado de la colonización incaica o española, que han trasladado gran parte de la población a sitios ajenos de sus lugares de origen- conformadas por comunidades o centros con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad nacional, regidos por sistemas propios de organización social, económica, política y legal.

Es importante mencionar que los conceptos como "indígena", "comunidad", "identidad andina" etc. –que son construcciones socioculturales y políticas dinámicas- son parte del programa de investigación, por lo cual no pretendemos presentar definiciones acabadas en este documento. El programa WALIR investigará también los derechos campesinos (clase) y su interrelación con los derechos indígenas (étnico), y tomará en cuenta ambos ámbitos, tanto conceptualmente como con respecto a su objetivo estratégico. En este documento generalmente se refiere a ambos conceptos bajo el término derecho "indígena" o pueblo "indígena".

No obstante, nos apegamos, en grandes rasgos, al marco lógico dado por el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por las Naciones Unidas en 1989. Dicho Convenio se aplicará "a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial; y b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas."

<sup>4</sup> 2<sup>nd</sup> World Water Forum: From Vision to Action. La Haya/ Holanda, Sesión 69, 20 de marzo 2000, [www.worldwaterforum.org](http://www.worldwaterforum.org)

<sup>5</sup> Ibid.

en cuenta las regulaciones de las comunidades indígena-campesinas<sup>6</sup> locales para gestionar sus sistemas de agua, estos generalmente sólo se tratan de intenciones más bien estratégicas, ya que lo que proponen las políticas públicas según algunas organizaciones indígenas, es institucionalizarlas y tratarlas como cuerpos sociales estáticos, lo que no corresponde a las realidades y costumbres diarias de las comunidades andinas (Toledo Llancaqueo, 1996).

Con respecto a los recursos hídricos y en consonancia con esta lógica indígena diferente, parece evidente que, al no existir mínimamente sistemas claros de reconocimiento de usos y derechos indígenas, la eventual referencia a sistemas de gestión integral del agua se encuentra muy debilitado.

Por ejemplo, las leyes, los tribunales y las políticas de gestión de los recursos hídricos desconocen en gran parte las prácticas y principios fundamentales de las organizaciones de usuarios en los países andinos. Reglas y procedimientos suelen ser impuestos 'desde arriba y desde afuera'. Sin embargo, a pesar de los problemas que enfrentan, también los marcos normativos locales, los sistemas de uso y derecho y gestión del agua en las comunidades indígenas y campesinas confirman la posibilidad de lograr una gestión sostenible y equitativa, incluso a veces más democrática, y más adecuada al contexto histórico y agroecológico local. La gran diversidad de las zonas agroecológicas en los países andinos, así como la gran variedad de culturas y poblaciones no justifican un marco legal 'monista' y una política hídrica que busca la uniformización, basada en criterios y contextos externos, de todas las instituciones para la gestión del agua.

La exigencia indígena de un marco legal flexible en cuanto a la inclusión de usos y costumbre del agua por parte de los pueblos indígenas pareciera causar problemas estructurales a las leyes nacionales vigentes, ya que éstas desconocen a los efectos negativos del uso y explotación de aguas -sea por comunidades indígenas, ciudades o actividades comerciales o mineras- se interfieran recíprocamente. Es evidente que será necesario establecer una instancia a escala nacional y reglas supralocales de resolución de conflictos en forma efectiva y equitativa. La carencia de estas instancias y normas se traduce en el presente en que muchos usos y derechos de comunidades indígenas se ven destruidos por las actividades mineras y el crecimiento urbano desordenado (véase Castro, 1991, Sabatini/ Sepúlveda, 1997).

Precisamente este tema es de suma importancia, ya que, por una parte, sobre todo la población indígena y campesina enfrenta una creciente escasez del agua, y conflictos sobre la distribución o contaminación de sus recursos hídricos, que en parte son causados por negación y discriminación o por formas adecuadas de gestión y regulación; por otra parte, parece vislumbrarse una mayor apertura en el clima político actual para un cambio en las legislaciones existentes. Son espacios de conciliación que deben ser aprovechados para reclamar mayor atención respecto de los marcos normativos aún existentes y practicados en las comunidades indígenas y de los usos y derechos resultantes de los mismos.

El presente documento conceptual pretende definir y aclarar las bases jurídicas y culturales de la gestión del agua y del derecho indígena positivo y consuetudinario. En este

---

<sup>6</sup> El uso del término "Comunidad Indígena-Campesina" se refiere en el presente documento al conjunto de familias y agricultores de origen indígena asentados en territorios determinados, que se identifican a un pueblo o una nacionalidad, que basan su modo de vida en una práctica socialmente colectiva y comunitaria de reciprocidad, redistribución, con un sistema de organización política, administrativa, económica, espiritual y cultural colectiva y comunitaria. Ver también la observación en nota 3.

sentido, es un documento básico de discusión inicial para el proyecto *Water Law and Indigenous Rights*, que tiene los siguientes objetivos: primero, se propone contribuir al entendimiento de los derechos indígenas y a su necesario reconocimiento e identificación; segundo, se estima conveniente sensibilizar a quienes toman decisiones relacionadas con cambios políticos y legales en materia de agua y derecho indígena; y, tercero, se espera poder concretar el reconocimiento de las normas indígenas de usos, derechos, costumbres y gestión del agua en las respectivas legislaciones nacionales.

## **1. El derecho de uso de los recursos naturales por los pueblos indígenas**

Los elementos que forman parte integral de la estrategia cotidiana de subsistencia de las comunidades indígenas son la propiedad colectiva y el parentesco. Las ventajas de un sistema de propiedad común para el uso de los recursos hídricos son varias. En general, las culturas indígenas identifican ciertos tipos de recursos cuyas características hacen que el tipo de propiedad común sea el régimen más adecuado para su manejo<sup>7</sup>:

- a) bienes indivisibles, como el recurso de la biodiversidad, y actividades tales como la protección de cuencas<sup>8</sup> son, por un lado mejor manejados a escala de la gestión integral de cuenca en vez de a escala del recurso dividido; por otro lado también se ha afirmado que los bienes comunes son los más vulnerables, como enseña el ejemplo de las islas Solomon (véase Ben, 1979); y de Papa, Nueva Guinea, con un notable mal uso de sus florestas;
- b) recursos naturales como el agua, si bien es cierto no es un recurso de libre uso en las comunidades indígenas, están sometidos a controles y restricciones socioculturales; en general muchos grupos indígenas permiten que ciertos recursos (también el agua con los limitantes descritos) sean utilizados en un área extensa, de manera de asegurar las posibilidades de obtenerlos en cualquier momento del año.

De acuerdo a esto último, parece evidente que los valores, creencias y rituales son un elemento clave de las estrategias tradicionales de subsistencia y de construcción de etnicidad. Constituyen un sistema de reglas y una ética común –no necesariamente igualitario o equitativo- del uso de los recursos naturales. El uso y la conservación se convierten en muchas comunidades indígenas en una relación entre los hombres y los seres, lo que incluye que se debe practicar la disciplina en el uso de los recursos naturales. Procedimientos rituales, aunque de expresión híbrida<sup>10</sup>, son un componente esencial para mediar en los conflictos entre los humanos y otras criaturas (Tresierra 2000:7).

---

<sup>8</sup> En la actualidad, muchas propuestas legales, políticas e institucionales -gubernamentales o no- en los países andinos mencionan la importancia de trabajar con el enfoque de la gestión concertada en el ámbito de las cuencas hidrográficas. Generalmente tienen pretensiones que no se limitan a la gestión multisectorial del agua sino involucran a otros recursos y actividades. Sin embargo, como dan cuenta varias publicaciones de la CEPAL, hay actualmente muy pocos casos en los Andes en que se concretizaron verdaderas plataformas de gestión democrática y multisectorial, ni muchos menos niveles que integren las experiencias de las comunidades indígenas en la gestión del recurso hídrico. A menudo existen sólo en el papel o fueron institucionalizadas desde arriba por agencias estatales u organismos de desarrollo (véase Dourojeanni, 2001a).

<sup>10</sup> Por una parte, las nuevas identidades, en los países donde hay un creciente menoscabo de la identidad nacional, son identidades nómades, desterritorializadas, fragmentadas, híbridas o también identidades locales (véase García Canclini 1992). Se trata de voces e identidades que se afirman en la crisis que viene experimentando la nación como contenedora social y cultural. En el caso de los pueblos indígenas, la incorporación o la pretendida asimilación de su identidad cultural por parte de la nación causó la

Ahora bien, hay varias ideas centrales que se pueden extraer de esto último. Por una parte, que la tradición indígena de las reglas y sanciones en cuanto al manejo de recursos hídricos está estructurada dentro de prácticas concretas, creencias y valores y no necesariamente en instituciones formales, que, de un punto de vista jurídico, deben ser formalizados en el contexto. Uno de las consecuencias del control social y la importancia de la coherencia colectiva en muchos grupos y comunidades indígenas es la idea de restringir la acumulación de bienes, tanto de origen económico como de origen social. Por otra parte, la autonomía de la comunidad es un valor clave que garantiza el acceso a los recursos naturales. En cada comunidad las relaciones con otras agrupaciones humanas y con la naturaleza es responsabilidad de grupos pequeños de parientes, esto es muy obvio en el caso del manejo de recursos hídricos en los Andes.

## **2. La (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales: el agua, el subsuelo, las riberas, las tierras**

Parece que hubiera un factor en común en la demanda de la territorialidad de los pueblos indígenas andinos: la propiedad de la "tierra" no otorga en la interpretación positivista de la ley, derechos sobre el subsuelo del predio, ni sobre las aguas (subterráneas), ni las riberas, ni las especies que en ella residen (Toledo Llancaqueo, 1996; Gelles, 1998, Sierra, 2001). Entre las comunidades indígena-campesinos del continente, éste es un hecho reconocido y obvio. Resulta siempre una sorpresa triste para los campesinos indígenas enterarse de que se han constituido pertenencias mineras o se han inscrito las aguas a nombre de terceros en "su tierra ancestral". Las consecuencias de esta situación de desprotección de derechos *de facto* son graves no solamente en términos culturales, sino también en términos ambientales y económicos. Ahora bien, justamente por eso hay demandas alternativas que buscan nuevas formas de gestión territorial y local, ya que la exigencia absoluta se ve muy compleja actualmente desde un punto de vista político-legal.

Es evidente, que la **territorialidad**, principio clave de la supervivencia y el discurso político indígena, no es, ni debe ser un derecho a realizar en el vacío, ni se limita a aspectos puramente simbólicos: "la tierra y sus recursos son su soporte material" (Toledo Llancaqueo, 1996:14). En las últimas décadas, ante la presión de las políticas neoliberales en algunos países de la región, aumentan las inscripciones de derechos de agua a manos de individuales, muchas veces no indígenas y campesinos, la expansión de plantaciones forestales, la constitución de concesiones mineras en tierras indígena-campesinos, el patentamiento de germoplasma, el rediseño regional, con grandes obras viales, industriales e hidroeléctricas, y acuerdos transnacionales (TLC, ALCA) que moldean no solamente los nuevos espacios de participación indígena efectiva, sino también condicionan el grado de empoderamiento de las localidades y asentamientos rurales, reduciendo o anulando, en parte, el control efectivo que las comunidades pueden tener sobre los recursos naturales.

A la vez, sin descuidar la estrategia jurídica mayor -el reconocimiento constitucional- las comunidades indígenas chilenos usan, por ejemplo, el actual ordenamiento legal para proteger parte de las aguas indígenas, y también parte del subsuelo. Si bien hay autores que insisten que de no mediar una política diligente en estas materias, a la hora del reconocimiento de los derechos ancestrales, pocos recursos efectivamente estarían bajo control de las comunidades indígena-campesinas (véase Toledo Llancaqueo 1996, Cuadra,

---

manifestación de una fuerte identidad híbrida indígena a nivel grupal, familiar y comunitario que, en parte, logró sustituir el déficit de espesor cultural étnico que existe a nivel de la nación. En este sentido coexisten tanto mecanismos de inclusión/asimilación que de exclusión/discriminación indígena en el marco de las construcciones normativas y valóricas de las naciones latinoamericanas.

1999), no se debe subestimar los avances públicos -muchas veces con presupuestos y facultades administrativos muy limitados- en materia de registro e inscripción de derechos (de agua, por ejemplo) a nombre de individuos o familias, pudiendo ofrecer más allá de ciertos mecanismos de protección, bienes mediante una estrategia mixta individual-comunitaria, haciendo necesario, por cierto, nuevas formas de organización local y mancomunada.

El tema de la defensa y amparo de los derechos sobre la tierra y sus recursos forma parte de las exigencias básicas de los movimientos indígenas continentales. Sin embargo, en América Latina las demandas por un *status* de propiedad específico para las tierras indígenas, que las resguarde de cualquier tipo de despojo, han sido traducidas legalmente en normativas sobre la propiedad del suelo o del agua, respectivamente, y no en una normativa conjunta que entienda ambos "recursos" como "recursos unidos". Por una parte, aún existe, en varios casos, una contraposición elemental entre el concepto indígena de tierra, que engloba todos los recursos -suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques y praderas-, y el concepto jurídico que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. Esto, por otra parte, es una característica del derecho general de la región, y no una discriminación específica.

En suma, cuando se habla de defensa y reconocimiento estructural de los derechos indígenas sobre estos recursos, es imprescindible distinguir entre el reclamo de **dominio**, y la exigencia de cláusulas especiales que regulen las **concesiones de uso o aprovechamiento** de recursos en ámbitos indígenas. Al respecto, en el movimiento indígena chileno por ejemplo, autores como Toledo Llancaqueo (1996) han planteado ambas posiciones<sup>11</sup>:

- a) La primera posición reclama el dominio indígena sobre la totalidad de los recursos territoriales en comunidades indígenas: suelo, subsuelo, riberas, agua, bosques, cualquiera sea el régimen actual bajo el cual éstos se encuentren (dominio estatal, público o privado no indígena). El argumento de fondo para esta postura es que los pueblos indígenas y sus derechos territoriales son anteriores a la formación de los Estados-nacionales<sup>12</sup>; por lo tanto, las propuestas y estrategias jurídicas de los movimientos indígenas adherentes a esta posición pasan por una nueva constitución estatal plurinacional que reconozca "sus derechos originarios".
- b) La otra posición puede aceptar o no el dominio estatal o la condición de bien público de los recursos naturales y hídricos, asumiendo que es improbable cambiar ese *status*

---

<sup>11</sup> En Chile, gran parte del movimiento indígena ha sostenido estas dos posturas en distintos momentos. En el período de la transición política (1987-1991) se desplazó de la primera a la segunda alternativa, en la variante de exigir exclusividad de concesión, tal como se puede leer en la propuesta de ley emanada del Congreso de Pueblos Indígenas de 1991 (véase también Aylwin, 1997; Bengoa, 2000). Con esto, al menos los movimientos aymara en Chile buscan mayor incidencia política y desarrollo local por medio de una asociatividad con el sector público-privado.

<sup>12</sup> Entendemos por el "Estado" una sociedad política y jurídicamente organizada que se expresa por medio de las instituciones públicas. A su vez, el término "nación" alude a un grupo humano unido por vínculos especiales de homogeneidad cultural, histórica, política, económica y lingüística que comparten un territorio y están regidos por un mismo gobierno, y una jurisdicción territorial de un país. La construcción de la nación en los países latinoamericanos, como un proyecto de la comunidad política de modernidad, fue un proyecto de la elite (europea) que, a partir de la territorialización del poder, como discurso ideológico de integración, y como parámetro para la organización de la educación y de la cultura, se generalizó en forma de Estado-nación como forma jurídica. Los pueblos indígenas en América Latina nunca han formado parte ni del proyecto de construir la nación, ni del discurso ideológico del Estado en los términos planteados por Benedict Anderson: como parte de una sociedad imaginada (véase Anderson 1993.)

en el corto plazo, y se orienta a proteger los recursos de los territorios indígenas respecto de su otorgamiento en concesión de uso o aprovechamiento a terceros no indígenas. De una u otra manera se comparte aquí el fundamento de la postura anterior, pero se agregan razones de un "pragmatismo y realismo político", incluso llegando a aceptar inscripciones a nombre de individuos o familias indígena-campesinos. Las propuestas y estrategias de lograr mayor incidencia política se formulan en esta visión como medidas de protección de grupos y zonas vulnerables, discriminación positiva, o resguardo de equilibrio socio-ecológico. A su vez, las estrategias jurídicas concretas y fuertes, se caracterizan por exigir la exclusividad o ancestralidad del derecho real, o, si esto no es posible, solicitar un derecho o concesión preferente o prioritario para las comunidades locales, pasando por prohibiciones de concesión en determinadas zonas y recursos, para individuos o colectividades no comunitarios, y determinados proyectos de inversión.

### **3. El reconocimiento legal de los usos y costumbres indígenas y las políticas de los recursos hídricos**

Las Constituciones Políticas de los países andinos forman parte de una lógica inclusoria, es decir, consideran que los recursos naturales son del Estado y como el Estado representa a toda la sociedad, los recursos naturales son para el beneficio de todos. Pero resulta que este beneficio no llega a todos de la misma manera. Tampoco es casual, como plantea Crespo (2001), que se haya incluido el agua a nivel del Banco Mundial y gran partes de las cooperaciones internacionales, como indicador de pobreza. Estas instituciones suelen dar énfasis en el hecho de que el agua sea tratada como un bien económico, pretendiendo que es la manera más eficaz para luchar eficientemente contra la penuria escasez y el acelerado incremento en su valor<sup>13</sup>. Sostienen que el agua se ha tornado cara y lo será aún más en el futuro, lo que la convertirá en el "oro azul" (Petrella 2001) del siglo XXI.

De acuerdo con una primera visión del *Global Water Partnership (GWP)*<sup>14</sup>, la fijación de un precio de mercado para el costo total de las prestaciones proporcionadas (el supuesto "precio justo") podrá garantizar el equilibrio entre la oferta y una demanda en el contexto de fuerte crecimiento, así como limitar los conflictos entre campesinos y habitantes de las ciudades, agricultores e industriales, ecologistas y consumidores responsables, regiones "ricas y pobres", o entre Estados pertenecientes a las mismas cuencas hidrográficas. Es justamente esta visión la que opina que exportar y comercializar el agua, aun a grandes distancias, de acuerdo a las reglas del libre comercio y en el marco de la libre competencia, permitiría no sólo obtener (muchas) ganancias, sino asimismo eliminar los conflictos. Esta visión no considera que un precio justo –para las comunidades indígena-campesinas- no es necesariamente el precio del mercado, lo que pueda acelerar aun más los conflictos en las regiones y comunidades remotas en los Andes, incluso puede

---

<sup>13</sup> Véase el marco y las líneas de acción promovidos por la Asociación Mundial del Agua (Global Water Partnership, GWP: Towards Water Security: a Framework for Action. Estocolmo, Suecia, 2000).

<sup>14</sup> En la conferencia de Dublín, la comunidad internacional adoptó cuatro principios, que formaron una base universal para todos los involucrados, en su búsqueda por una gestión sostenible del agua. El agua es un recurso finito y vulnerable, esencial para la vida, el desarrollo y el medio ambiente, así el primer principio con que concluyó la Conferencia de Dublín en 1992, en la búsqueda mundial por una gestión sostenible del agua. Segundo, el desarrollo del recurso hídrico y su gestión deben basarse en enfoques participativos, que involucren a los usuarios, planificadores y a los que estructuran las políticas, en todos los niveles. En este sentido, la mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua. Y, finalmente, se dejó constancia en Dublín, que el agua tiene un valor económico en todos sus usos competitivos y debería reconocerse como un bien económico.

impedir, por ejemplo, en gran parte la autogestión exitosa de los sistemas de riego en los Andes (véase Beccar, y.o., 2001).

Producto de lo anterior, la mera lógica de un mercado de agua, de manera generalizada e uniforme, en la regulación de su manejo, uso y distribución, va en absoluto contrasentido de la "ideología indígena-campesina" y de los derechos locales en la mayoría de las comunidades indígenas y campesinas en los Andes.

En los tratados que de alguna manera estudian el derecho indígena se ha buscado entender, describir y calificar sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad utiliza categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica. En este esfuerzo se han empleado varios términos. El más común es el término del "derecho consuetudinario" o más concreto del "derecho consuetudinario indígena"<sup>15</sup>. Sin embargo, en la mayoría de las propuestas de reforma constitucional que hicieron los pueblos indígenas se habla solamente de "derecho indígena"<sup>16</sup>. Existen mínimamente dos términos que, en cuanto a la discusión de la gestión y manejo de agua deberíamos definir de alguna manera: "usos y costumbres", "usos y concepciones", en cuanto son formas culturales de consenso y resolución de conflictos.

La doctrina jurídica instituida establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica, es lo que se llama el "monismo jurídico" (Yrigoyen, 2000). A un estado corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Su marco histórico es el proceso de concentración y centralización de poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social. Por consecuencia, las normas no producidas por el Estado no obligan a la obediencia ciudadana, en el caso de la "costumbre" ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

No hay duda que en países pluriculturales, como son los países andinos, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de "Estado excluyente". En este modelo, la institucionalidad jurídico-político no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa.

A continuación se señalan algunos de los términos utilizados para denominar los sistemas normativos indígenas, así como los alcances y límites de dichos conceptos.

**La costumbre:** Este término alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La doctrina vigente distingue tres tipos de **costumbres** con

---

<sup>15</sup> Sin lugar a duda, el país sudamericano que más ha avanzado en los últimos años en la incorporación del derecho consuetudinario indígena dentro de la legislación es Colombia. En la Constitución Política de 1991, artículo 330 se deja constancia que "los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de las comunidades." Al mismo tiempo, se reconoce la diversidad étnica de la nación colombiana (art. 7), y se garantiza la autonomía en la representación de los propios territorios indígenas en el artículo 287 ("las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses"), además, se reconoce las entidades indígenas como personas jurídicas en el artículo 246 ("las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República"). Una revisión sobre teoría y práctica del derecho consuetudinario indígena en Colombia presenta Sánchez Botero (1998).

<sup>16</sup> Interpretándolo como el conjunto de normas y leyes tradicionales que regulan la vigencia y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas.

relación a la ley: a) a falta de ley, b) conforme a ella, c) contra ella. La ley permite las costumbres de los dos primeros tipos y pueden constituir fuente del derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbre es *contra legem* incluso puede configurar delito y ser castigada<sup>17</sup>.

La utilización del término compuesto **usos y costumbres** tiene una raíz del derecho romano. Durante el proceso colonial en América Latina se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la "ley divina y natural" y si eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas, y eran incapaces de autogobernarse. Las leyes toledanas concluyeron lo segundo para poder justificar la guerra contra los indios, los "justos títulos de la Corona" y la legitimidad de la imposición colonial en Las Indias. Por ello, sólo se permitieron los **usos y costumbres** indígenas que no violasen la "ley divina y natural", no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios, pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español<sup>18</sup>. En la actualidad se sigue utilizando el término, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico, sino que se les da un estatuto inferior (Yrigoyen, 2000).

La sociología utiliza el término **usos y convenciones** para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menos formalizado que el de la norma legal. Los escritos de Max Weber estudiaron el proceso de institucionalización del derecho moderno, y encontraron que antes de que una regla social se convirtiese en norma jurídica, por lo general era una norma que tenía respaldo social. A tales reglas las llamó **usos y convenciones sociales**, pues su práctica no estaba garantizada por la coacción estatal sino por una sanción social difusa. Weber no estaba estudiando una situación de pluralismo jurídico o coexistencia simultánea de sistemas, sino el proceso de conformación de las normas del derecho estatal moderno. Sin embargo, algunos autores han utilizado este término para situaciones de coexistencia del derecho estatal con sistemas indígenas o populares, calificando a los segundos como meros **usos y convenciones**, al decir que no habían llegado a institucionalizarse como el derecho estatal. Esta es una perspectiva que no respeta el marco en el que fue creado el concepto.

Tal como veremos más adelante, existe en parte una tendencia a normar los **usos y costumbres** indígenas según la visión monista de la ley, y en parte se hace el intento de crear un marco normativo nuevo e independiente, paralelo al sistema legal establecido, que

---

<sup>17</sup> En la legislación guatemalteca, por ejemplo, el concepto de "la costumbre" como fuente del derecho está consagrado en la Ley del Organismo Judicial (véase Yrigoyen Fajardo, 2000).

<sup>18</sup> Concordamos, no obstante, que en sus principios, la política colonial española, especialmente bajo el mandato del virrey Francisco de Toledo (1569-1580) trató de garantizar la capacidad de autogobierno de las sociedades andinas. La concepción toledana de aceptar una *indirect rule* sólo fue posible cuando se reconoció la vigencia de las estructuras políticas y sociales de los indígenas. En el caso del derecho de aguas específicamente habían esquemas de un parcial reconocimiento del derecho indígena y un parcial otorgamiento de dominio (indígena) –no propiedad– sobre la gestión de los recursos hídricos. Sólo en consonancia con esta visión, la corona podía expandir, por ejemplo, la siguiente Real Cédula en 1536: „...Ordenamos que la misma orden que los indios tuvieron en la división y repartimiento de las aguas, se guarde y practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer sean regadas...” (véase Recopilación de las Leyes de Indias, 1680, libro IV, Título XVII, ley 11).

entregue a los pueblos y comunidades indígenas un personería jurídica en igualdad de derecho al concepto jurídico positivo<sup>19</sup>.

Sin embargo, no hay que olvidar las preocupaciones de algunos analistas acerca del "auge conceptual" de la posible codificación del derecho consuetudinario indígena propiamente tal. Estas voces críticas dan cuenta de un desequilibrio sociopolítico en los países latinoamericanos, principalmente entre los poderes formados y poderes fácticos. En este sentido, el reconocimiento de los usos y costumbres y su menor regulación en las políticas hídricas actuales dan luces acerca de las nuevas formas de configuración del poder en los países latinoamericanos.

Los recursos hídricos forman parte de una política de Estado y economía, donde las formas rentables y mercantiles de manejo de agua son priorizadas de facto frente a los sistemas de gestión comunal o de la propiedad común de los recursos que si bien busca fines de lucro (restringidos y limitados), se basa principalmente en el apoyo mutuo y recíproco de los **usos y costumbres** en torno al agua. Por ello es necesario reafirmar legalmente los derechos resultantes de usos y costumbres indígenas y de la equidad, tal como enseña el caso de los derechos indígenas norteamericanos. Es indispensable, salir un poco de las lecturas culturalistas promovidas por las reformas neoliberales a los marcos jurídicos y regulatorios de los recursos, y, por el contrario, afinar una mirada política analizando los **usos y costumbres** de las comunidades indígena-campesinas como parte de los dispositivos de resistencia, desplegados sobre las formas de vida que el nuevo modelo (caótico) impone, y, por último reivindicar estrategias de administración de la vida bajo una ética comunitaria, recíproca y de apoyo mutuo (véase Hardt y Neri, 2000).

#### **4. La regularización de los derechos indígena de agua en algunos países de la región**

Es evidente que pueblos indígenas andinos son grupos sociales vulnerables a las fuerzas del mercado. No debería ser difícil comprender que los aspectos de un mercado de derechos de aguas "libre" (de control), privado, individual y no frenado repela a la organización colectivista y comunitaria de las comunidades indígenas a lo largo de América Latina. Para las comunidades andinas las aguas, por ejemplo, son de las tierras que se riegan con ellas, lo que conforma una unidad territorial indivisible que es de propiedad corporativa de cada comunidad o familia indígena<sup>20</sup>.

Ahora bien, algunos Estados nacionales en la región también han tenido conciencia de la necesidad y demanda de los pueblos indígenas de ampara y proteger sus derechos e iniciaron cautelosamente procesos de regularización de los derechos indígenas de agua, siguiendo la base del derecho vigente. A continuación presentaremos algunos casos a modo de ejemplos demostrativos:

---

<sup>19</sup> En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Y siguiendo a Rawls (1993) –que a pesar de que desconoce la construcción social de verdades por distintas culturas- manifiesta con razón que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por tanto, "en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de interés sociales" (ibis., 1993:17).

<sup>20</sup> Sin embargo, la praxis mercantil continúa minando el ideal del control comunitario y familiar de los recursos, haciendo posible también para individuos indígenas la apropiación privada de tierras y aguas.

En **Brasil** se dictó ya en 1973 la ley 6001 que manifiesta el Estatuto Indígena. La aplicación de esta legislación resguardaría los usos, costumbres y tradiciones de estos pueblos y otras condiciones peculiares reconocidas por la ley. El sector público, en cada nivel, debe proteger los derechos indígenas. Las tierras indígenas según este estatuto, incluyen las que actualmente son resultados de reservas y las de comunidades indígenas o selváticas. Esos territorios no pueden ser sujetos a contratos que afecten los derechos plenos de los indígenas, y hay vedas de usos y actividades para los no indígenas.

El usufructo incluye las fuentes de agua y las aguas comprendidas en el área indígena. Las reservas incluyen los medios necesarios para la subsistencia. Se prevé la defensa de los intereses indígenas a través de las instituciones competentes del Gobierno.

La Constitución de 1988 reconoce los derechos originarios de los indígenas a las tierras antiguamente ocupadas y otorga al Gobierno Federal el deber de demarcarlos, defenderlos y hacerlos respetar (art. 231). Esto incluye los recursos ambientales necesarios para su bienestar. Estas tierras son de posesión permanente con un derecho de usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, ríos y lagos en ellas existentes.

El desarrollo de recursos dentro de las comunidades indígenas sólo procede por decisión del Congreso, habiéndose escuchado la opinión de los pueblos indígenas y teniendo éstos participación en los beneficios. Las tierras son inalienables y sus derechos imprescriptibles y la no remoción de los indígenas de las mismas está garantizada por la Constitución.

Los derechos indígenas sólo ceden ante el interés público de la Unión, establecido en ley complementaria. En función de esto, el decreto 88.985/83 establece que los indígenas tienen derechos a las riquezas dentro de sus tierras. Sin embargo el mismo decreto establece excepciones, facultando al Gobierno para la entrega de concesiones a empresas. Se prevé la protección de los intereses de los aborígenes y del medio ambiente al desarrollar estas tareas. Sin embargo, este tipo de medidas puede afectar el bienestar de los indígenas (Solanes y Getches, 1998).

El decreto 1.141 del 19 de mayo de 1994 dispone acciones de protección ambiental, salud y apoyo a las actividades productivas de los pueblos indígenas, en cuyo diseño e implementación se garantiza la participación de la comunidad indígena. Se intenta mantener, en las tierras indígenas, situaciones de equilibrio ambiental necesarias para la supervivencia física y cultural de las comunidades.

Se prevé también apoyo en actividades productivas, cuando así lo requiera la supervivencia de los indígenas o éstos lo soliciten.

Otro punto esencial es el reconocimiento de legitimación sustancial a miembros del público que garantiza la Constitución brasileña. En este sentido, los indígenas, sus comunidades y organizaciones tienen legitimación sustancial activa para la defensa de sus intereses garantizada por la Constitución, con intervención conjunta del Ministerio Público (art. 232).

Además, los ciudadanos son parte legítima para deducir acciones en favor de la protección del patrimonio público, el que incluye valores económicos, artísticos, estéticos e históricos (ley 4717, 29/6/65). La ley 7347/85 regula la acción civil pública por daños al ambiente, a derechos estéticos, históricos, turísticos y paisajísticos. La competencia es

local y el objeto es la reparación de daños y obligaciones de remediar o cesar actividades. Incluye también acciones cautelares.

En el caso de **Chile**, los legisladores distinguen dos clases de normas consuetudinarias que regulan el uso de las aguas en zonas indígenas: por una parte, las normas que determinan la asignación de las aguas entre comunidades, y por otra, las normas que regulan el uso del recurso en el interior de cada comunidad (Cuadra, 1999).

El proceso chileno de regularización de las aguas indígenas va por títulos individuales de agua, por ejemplo. En este sentido, el ámbito geográfico de los derechos es, por un lado, el patrón de asentamiento indígena, y por otro, las zonas de pastoreo o "estancias", que se encuentran por lo general en pisos ecológicos más altos y más distantes, donde el afloramiento de las aguas subterráneas permite la formación de vegas y bofedelas (pastos húmedos).

Por regla general, cada comunidad tiene derecho a usar en forma exclusiva una o más fuentes de agua. Pero también puede suceder que dos o más comunidades usen conjuntamente una misma fuente, a lo mejor en diferentes sectores y a través de distintas obras de captación.

En cuanto a quién tiene derecho a usar las aguas, la regla general es que este derecho corresponde a la misma comunidad indígena. A esta regla, en el caso concreto de Chile corresponden dos excepciones: i) cuando la comunidad reconoce que tal derecho corresponde solo a un grupo de comuneros y ii) cuando la comunidad se desentiende del tema de las aguas y le reconoce derecho sobre ellas a una organización de usuarios integrada exclusivamente por comuneros que poseen tierras agrícolas, llamados genéricamente "regantes". En cualquiera de las situaciones antes descritas la administración de las aguas es eminentemente colectivista o comunitaria. Por ejemplo, todos los usuarios tienen la obligación de participar en los trabajos de construcción y mantención de las obras comunes, rituales y ceremonias.

La Ley Indígena No. 19.253 establece el deber social y estatal de proteger la tierra indígena, velar por su adecuada explotación, equilibrio ecológico y proponer su ampliación (art. 1). La ley define las tierras indígenas y establece para las mismas un régimen jurídico especial (arts. 12/19). Su régimen de alienación y gravámenes está sujeto a limitaciones con el fin de proteger a los indígenas y sus terrenos. También se establece un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, entre cuyos objetivos figura la financiación de la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener aguas (art. 20). Tierras y derechos adquiridos con el Fondo, no pueden ser enajenados por veinticinco años<sup>21</sup>.

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) tiene entre sus funciones la defensa jurídica de los indígenas en conflictos sobre tierras y aguas, y ejercen las funciones de conciliación y arbitraje en estos conflictos; además, expandir sus patrimonios en relación con agua; y promover adecuada explotación de tierras indígenas y su equilibrio

---

<sup>21</sup> Sin embargo, a nuestro juicio, hay una carencia de sintonía valorativa entre los usos ancestrales de las aguas y las normas del Código del ramo que dificultan la vigencia efectiva de tales normas, aparte de que el derecho positivo no explícita sus propias definiciones. Así por ejemplo, el artículo 20 se refiere a las *aguas indígenas* sin definir las en ninguno de sus acápites, al revés de lo que ocurre con las tierras indígenas. Por deducción, debe llegarse a la conclusión de que son las aguas que pueden ser utilizadas por los indígenas y sus comunidades cumpliéndose los requisitos que la ley señala en los artículos que hacen referencia a ella y que no violen las disposiciones del Código de Aguas de 1981 (Parsons Alvarez, 2001)

ecológico (art. 39). Además, la costumbre indígena entre miembros de la misma etnia, constituirá derecho.

Conforme a la Ley 19.253 sólo las “etnias nortinas” tienen reconocimientos especialmente vinculados al agua. Así, aymarás, atacameños y demás comunidades del norte de Chile tienen un reconocimiento de la necesidad de salvaguardar sus derechos ancestrales, como los referidos a bofedales y vegas, entre otros (art. 63)<sup>22</sup>. Esto se complementa con la necesidad de proteger especialmente las aguas de las comunidades aymarás y atacameñas. Las aguas dentro de terrenos de la comunidad indígena se reconocen como propiedad comunitaria, sin perjuicio de los derechos inscritos de terceros. No se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre fuentes que abastecen las aguas de las comunidades indígenas sin garantizar en forma previa el normal abastecimiento de aguas de las propiedades afectadas (art. 64). En cuanto a las comunidades se procurará establecer zonas especiales de pesca (art. 74).

Si se aplican y se extienden los Códigos o Leyes de Agua con rigor en las comunidades indígena-campesinas, las aguas ancestrales y la forma de uso colectivo y comunitario se ven incorporadas a un libre mercado de aguas que desconoce por completo los usos y costumbre locales, lo que tendría consecuencias negativas para las comunidades ya que:

- a) se formarían organizaciones de usuarios o comunidades de agua que se limitan a administrar obras de regadío, pero que nada tienen que ver con la propiedad de los derechos de agua. Estos pertenecerían, en forma individual, a cada comunero, quien podría enajenarlo o gravarlo a su arbitrio; usar las aguas en lo que estimara conveniente o simplemente no usarlas; o bien trasladar el ejercicio del derecho fuera de la comunidad; todo ello con absoluta prescindencia del resto de la comunidad;
- b) se construirían comunidades de agua entre los usuarios de un mismo canal, o sea, existirían tantas comunidades como canales hubiere. Una situación compleja y conflictiva, ya que se crearían al interior de las mismas comunidades otras organizaciones, independientes unas de otras, cuya única razón de existir fuera el hecho que dos o más personas reciban aguas a través de un mismo canal;
- c) dentro de las comunidades de agua, cada comunero tendría derecho a un voto por cada acción que poseyera. La asignación de estas acciones depende, de acuerdo a la ley, del volumen de agua que corresponde a cada usuario en el caudal común, de manera que mientras más agua se puede extraer corresponde un mayor número de acciones y, consecuentemente, tiene más votos y mayor poder de decisión dentro de la organización.

Todos estos puntos, si bien ya son casi inmanejables desde un punto de vista de la gestión equitativa del agua y la sostenibilidad del ecosistema, son inconcebibles desde un

---

<sup>22</sup> En la legislación nacional chilena, especialmente en el Código de Aguas y la Ley Indígena, existe una marcada debilidad en la protección de los derechos hídricos de los pueblos indígenas. Incluso en zonas de mayor densidad de población indígena, como la IX región, las aguas indígenas han estado desprotegidas y la posibilidad de acceder a ellas en forma permanente y continua hoy es casi nula. Asimismo, llama la atención que la Ley de Bases del Medioambiente chilena no obligue a los proyectos de plantaciones forestales a estudios de impacto ambiental, estimando sus posibles efectos también en zonas de mayor población indígena, no sólo al momento de la plantación o la cosecha sino también durante el crecimiento y madurez de las plantaciones, momento en que existe mayor demanda de agua. Como consecuencia, algunas exigencias de la CONAF van en la dirección de estatuir en una nueva versión del Código de Aguas un **Mínimo Hídrico Cultural** (Díaz Gacitúa y Elgueta Riquelme, 2001), o sea, según los autores, definir una cantidad suficiente de agua cuyo usos sea reservado para el desarrollo sustentable de las economías y culturas indígenas. Ello exige a la Política nacional de Recursos Hídricos dimensionar este caudal pensando en un desarrollo integral de recursos hídricos a largo plazo.

punto de vista de la territorialidad, la propiedad colectiva y comunitaria y la cosmovisión de los pueblos andinos.

También en **Colombia** se creó una institución especial para el tema de los recursos indígenas. La Comisión Nacional de Territorios Indígenas fue creado por Decreto 1.397 en 1996, a efectos de una mejor protección de los derechos indígenas.

En Colombia existen varias normas referentes a los derechos de pueblos indígenas, incluyendo el respeto de sus derechos consuetudinarios, territorios en el sentido de totalidad de hábitat, derechos de propiedad sobre tierras que ocupan, recursos territoriales, permanencia, transmisión de derechos y otros factores relevantes (Ley 21/1991). Además, integran el Consejo Nacional Ambiental en los términos del Decreto 1867/84.

La Constitución Política establece que las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables (art. 63). Asegura la elección de dos senadores (art. 70), la posibilidad de circunscripciones especiales para que participen grupos étnicos en la cámara de representantes (art. 176) su posibilidad de jurisdicción propia (art. 246); la autonomía de sus territorios (art. 286; 287); la libertad de todo desmedro de sus condiciones culturales (art. 330) y la percepción de regalías de territorios que no pertenecen a ningún municipio (art. 361).

Más allá de lo establecido, la ley 21/1991 aprueba el Convenio 169, por el cual se reconocen una serie de derechos indígenas.

La Ley 160/94 prevé que en el Consejo de Reforma Agraria y de Desarrollo Rural Campesino se sienten dos representantes de organizaciones indígenas nacionales legalmente constituidas y reconocidas con las comunidades indígenas, beneficiándose del Fondo de Cofinanciación para la inversión rural. El Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA) es responsable de promover el deslinde de los resguardos indígenas y de las tierras de comunidades negras y de su constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración. Los indígenas participan en la Junta Directiva del Instituto. El INCORA está facultado para adquirir tierras y mejorar la situación indígena. Puede delimitar tierras de resguardo indígena y comunidades negras constituyendo, ampliando y saneando las mismas. Estos predios se entregan a título gratuito a las autoridades locales o los cabildos indígenas y se hará titulación con el fin de mejorar la calidad de vida indígena, previéndose incluso que las tierras frecuentadas por grupos seminómades sólo pueden ser utilizadas para resguardos, conforme a legislación vigente. El INCORA participa en la delimitación de las tierras que siguen sujetas a las condiciones de la función social y ecológica de la propiedad (Solanes y Getches, 1998).

El Decreto 2663/94 establece las condiciones y procedimientos para clarificar títulos y delimitaciones de resguardos indígenas y comunidades negras. A la vez, el Decreto 2164/95 estatuye que los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y son imprescindibles, inalienables e inembargables (art. 63). No obstante, contiene una norma curiosa:

“La constitución, ampliación y reestructuración de un resguardo no modifica el régimen vigente sobre aguas de dominio público.”

Cuál es la dimensión de este principio no está totalmente claro, pero en principio parece implicar que los resguardos no conllevan las aguas (art. 25) (véase, para un mayor discusión, Solanes y Getches, 1998).

El adelantamiento de programas vinculados a comunidades indígenas o negras, corresponde a las autoridades regionales de cuencas (ley 99/ 93, art. 21, 31). Éstas deben promover y ejecutar programas de abastecimiento de aguas a comunidades indígenas y negras dentro de su área (99/93, art. 28, 31).

Dentro del marco constitucional-legal de Colombia, los territorios indígenas serán gobernados por consejos, basados en la costumbre, que velarán por las normas legales de uso del suelo y por la preservación de los recursos naturales. La explotación de recursos naturales dentro de las áreas de comunidades indígenas y negras deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras, conforme a la ley 70 de 1993, al art. 330 de la Constitución Nacional y a las decisiones que sobre la materia se tomaran previa consulta a los representantes de tales comunidades (ley 99/93, art. 76).

La Ley 70/93 reconoce los derechos de usos de las comunidades indígenas y negras sobre aguas, playas y riberas resultantes de sus „prácticas tradicionales“ (art. 19). También les reconoce el derecho a participar en las decisiones que los afectan (art. 3).

En **México**, los derechos de propiedad comunal y ejidal sobre tierras, y la integridad de las tierras de los grupos indígenas son reconocidos por la Constitución (art. 27). De esa manera, se prevé restituciones de aguas a núcleos de población y una serie de nulidades en lo referente a derechos constituidos o traspasados previos a la fecha de la misma. Las leyes de reforma agraria han contenido disposiciones o normas sobre dotaciones de aguas a núcleos indígenas (Ley Agraria, art. 106).

La Ley de Equilibrio Ambiental (LEE) asegura los derechos de las comunidades, incluidas las indígenas, a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sustentable de recursos naturales, y la protección y usos de la biodiversidad (art. 15).

Uno de los objetivos de esta Ley es promover una mayor equidad social en la distribución de costos y beneficios de la política ambiental (art. 21).

El decreto que reforma los artículos 1º, 2º, 4º, 18º y 115º de la Constitución de los Estados Mexicanos del 25 de abril del 2001 establece en su art. 2º, parr. A, entre otros, que la Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para “...conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos por la Constitución, ... y acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Sin embargo, en los acuerdos de San Andrés, y en la formulación jurídica elaborada desde 1996 por la Comisión de Concordia y Pacificación (conocida como ley Cocopa) entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), se estableció el reconocimiento explícito y claro de los Pueblos Indios (“aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país al iniciarse la colonización y antes que se establecieron las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicos, culturales y políticas de parte de ellas”<sup>23</sup>). Este reconocimiento otorga a los pueblos indígenas, puesto que se reconocen como sujetos políticos, la facultad de autodeterminarse y organizar su vida conformidad con sus propias costumbres y visiones, y “ ...

---

acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidas éstas como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponde a la nación” (art. 4, párr.). Y, dentro de sus tierras, y territorios “... el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa. Las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los municipios que reconozcan su pertenencia a un pueblo indígena tendrán la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones” (art. 115, párr. IX).

Ésta es la parte medular de la ley de COCOPA. El Congreso Mexicano por el contrario, no ha aprobado esos acuerdos más que en forma relativa, produciéndose un impasse difícil de resolver, y razón por la cual tanto el EZLN como la mayoría de las organización indígenas de México desconocen formalmente la Reforma Constitucional sobre Derechos y Cultura Indígena.

## 5. Esperando el reverso del derecho: las legislaciones nacionales en América Latina

Una revisión somera de la legislación sobre los pueblos indígenas nos indica que en la gran mayoría de los países de la región existe un reconocimiento al carácter diferencial de los grupos indígenas, así como de sus derechos territoriales y socioculturales. Ahora bien, el dilema está en que hoy, la situación mundial hace cada vez más difícil defender efectivamente los pueblos indígenas de una política neoliberal. A la vez, esta amenaza a la diversidad crea un sinnúmero de crecientes colectividades en todos los continentes que aspiran a la supervivencia cultural y al ejercicio de derechos conexos; incluso, mucho de sus aspirantes y militantes sostienen que esta aspiración no contradice el fondo del paradigma liberal.

Ha de preguntarse, ¿cómo se explica entonces el desamparo y la desprotección de la gran mayoría de los pueblos indígenas cuando tratan de poner en práctica sus derechos? Aquí van algunas posibles respuestas a esta incertidumbre:

**Primero**, la historia de la legislación del Estado hacia los grupos indígenas no tiene en cuenta las tradiciones ni la realidad indígena. Lo más cercano en el marco legal europeo a la realidad indígena es el derecho consuetudinario y aún éste no está incorporado ni codificado en el derecho constitucional, ni en el civil, en los países andinos. Como consecuencia, los pueblos indígenas no encuentran en la práctica una debida protección legal en los instrumentos del Estado que actualmente, por ejemplo no reconoce la propiedad colectiva de una fuente, ni la propiedad comunitaria.

**Segundo**, la asimilación a o la integración en la sociedad nacional ha sido desde luego un importante criterio de la legislación de los Estados latinoamericanos respecto a los indígenas. Esa actitud etnocentrista de las legislaciones nacionales asumía inclusive un carácter paternalista<sup>24</sup>. Sin lugar a duda ha cambiado de apariencia la tendencia asimilacionista, pero en su lugar ha parecido una tendencia que trata de incorporar al indígena a la sociedad moderna y al mercado en particular vía el desarrollo<sup>25</sup>. Clara es la aún marcante existencia de marcos normativos que regulan formas de propiedad y manejo de recursos contrarios a la tradición económica y culturales de los indígenas. De esa manera se dan por ejemplo legislaciones indígenas -como la chilena- que fomentan el cooperativismo en formas que ni son las tradicionales ni las más apropiadas para las comunidades, así como la atomización individual del titular de la propiedad colectiva en el seno de las comunidades indígenas, lo que resulta totalmente opuesta a las tradiciones

---

<sup>24</sup> Algunas Constituciones de los países latinoamericanos consideraban al indígena como un "niño", sin las responsabilidades ni los derechos de los ciudadanos "adultos" (véase más detalles sobre este tema en: Tresierra, 2000).

<sup>25</sup> En Chile, por ejemplo, los planes elaborados por la CONADI para el desarrollo de las etnias del Norte Grande, promueven un *desarrollo con identidad*, sobre la base de formas de autorganización y administración de las comunidades indígenas, que actúen en el marco de un desarrollo sustentable. Los planes estratégicos de desarrollo de las etnias andinas (aymarás y atacameños) de 1996, parten de la premisa teórica de procesos culturales - propios o dirigidos externamente - de toma de decisiones, en el marco del modelo de modernización chileno. En ello tiene validez la elaboración de un nuevo modelo de desarrollo indígena, que parta como contrapuesto al de una identidad nacional -que tiende a la progresiva marginalización legal y económica de las minorías indígenas- y valore diferencialmente a éstas, en su identidad étnica histórica, cultural y religiosa. Un modelo contrapuesto, integrado e integrador, a la monótona ola de liberalización propiciada por el Estado, puede tener validez como *"una opción democrática, respetuosa de los derechos humanos, participativa, con equidad, integrado e integrador"* (CONADI 1996b:117).

indígenas<sup>26</sup>. En fin, hay problemas de foros de defensa y medios de acceso para los pueblos indígenas

**Tercero**, aún siendo adecuada la legislación a menudo no se aplica. En todos los países de la región se encuentran actores de interés privado, los "poderes fácticos" según Bourdieu (1998), que con suficientes recursos e influencia se esfuerzan por aparentar el cumplimiento de la ley con formalismos de un "tecnicismo legal"<sup>27</sup> pero vacíos de conocimientos de la realidad, incluso se cuenta con la debilidad política de las comunidades indígenas. Un buen ejemplo son las obras de infraestructura para un canal moderno que sea manejado por expertos legales y ingeniero técnicos que persiguen por un lado la forma precisa de cumplir con la ley "hidráulica" o por otro lado de cumplir con los objetivos técnicos del proyecto. Esta práctica de intervención muestra la falta de comprensión derecho consuetudinario y la racionalidad indígena-campesina. Por lo tanto, el proceso de diseño técnico, normativo y organizativo tiene una función central en el desarrollo de sistemas participativas que no sólo son más equitativas y justas, sino también más sostenibles y productivos (Boelens/ Dávila, 1998).

**Cuarto**, todavía existe un gran número de áreas que requiere legislación. En el ámbito del agua resaltan, la carencia de derecho indígena exclusivo o prioritario en las cuencas hidrográficas y la gestión de las aguas subterráneas en áreas de población indígena. El avance de los mercados de agua en el comercio internacional y la amenaza de la privatización de las empresas y entidades públicas ligadas a la gestión del agua, hace necesario establecer una estrecha relación con los pueblos indígenas. La contradicción es aún más confusa y disfuncional cuando dicho Estado vende sus concesiones de propiedad a terceros (empresas sanitarias, por ejemplo) en territorios "reconocidos y protegidos" por las leyes indígenas. Llamam la atención estas contradicciones al revisar varios textos normativos<sup>28</sup> sobre los recursos naturales y el derecho indígena por ejemplo, que a veces simplemente son utilizados para no cumplir con lo dispuesto a favor de los indígenas.

**Quinto**, es muy raro que los pueblos indígenas o sus movimientos pueden acceder de forma plana y libre a "la ley". Los sistemas de información y educación en América Latina son absolutamente caducos y limitados, y carecen de transparencia, participación, investigación y reflexión. Un sistema así descrito no permite estar al tanto de los avances legislativos a favor o en contra de los pueblos indígenas, ni cuenta con personal calificado

---

<sup>26</sup> A pesar de lo anterior, la *Ley Indígena* de Chile de 1993, por ejemplo otorga validez al derecho consuetudinario indígena sólo en caso de litigios entre miembros de una misma etnia - y aún aquí sólo en el marco de la Constitución Política (*Ley Indígena* 1993, art. 54). Este aspecto lleva a que se produzcan numerosos conflictos tanto a nivel institucional - *Ley Indígena* y *Ley de Medio Ambiente* por una lado, contra el *Código de Aguas* y el *Código de Minería* por el otro -, como a nivel socioeconómico - creciente migración campo-ciudad de los indígenas y marginalización general del sector campesino. Finalmente, la posibilidad de adquirir libremente "*acciones*" de agua, tiene como consecuencia la postergación de la demanda de derechos comunales (indígenas) de agua frente a los derechos privados - en este caso, los derechos de las empresas mineras y forestales. También los planes de *desarrollo con identidad* diseñados por las organizaciones indígenas carecen así de eficiencia (Gentes, 2001).

<sup>27</sup> Que cumplen con la letra de la ley, pero no con el espíritu de la misma respecto a la justicia, equidad y los derechos indígenas propiamente tales.

<sup>28</sup> Así que en Chile por ejemplo la relativamente débil legislación indígena del 1993 se considera una "letra muerta", ya que no acogió, por ejemplo la estrategia legal indígena expresada en el Borrador de Ley de 1991 de normar la exclusividad de las concesiones de agua, lo que constituía una elaboración jurídica respecto a las propuestas que originalmente se plantearon (y plantean) en las reuniones indígenas, de exigir la propiedad y dominio de los recursos naturales, lo que no era complejo de lograr en período de transición a la democracia, sino francamente inviable en el marco del edificio jurídico chileno (véase Toledo Llancaqueo, 1996).

o fondos suficientes para recoger legislaciones (consuetudinarias), interpretarlas y aplicarlas a servicio de las comunidades indígenas.

**En resumen**, las normas legales, civiles y/o constitucionales existentes no son ni serán suficientes para garantizar la propiedad o derechos de uso de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y de los recursos naturales en ellos contenidos. Por lo general, las prácticas establecidas de los Estados nacionales en la región ponen de manifiesto que los criterios utilizados reflejan las prioridades (y como resultado la superioridad) del Estado más que la realidad de los indígenas. Esa omnipotencia y ceguera de "ley del más fuerte" hace que en situaciones de cambio de las comunidades indígenas y de su entorno, se encuentran a menudo defectos, vacíos legales, duplicidades y ambigüedades en la legislación actual. Ahora, el reto se presenta por un lado en lograr la resolución de las contradicciones legales, y en la aplicación adecuada de las normas jurídicas existentes por parte de las instituciones públicas. Por otro lado, las organizaciones indígenas deben desarrollar y fortalecer una continua capacidad adecuado de analizar las legislaciones y negociar con el Estado y los privados para poder resolver estas contradicciones. En este proceso permanente de conflicto y diálogo surgen, por un lado nuevas prácticas sociales, por otro un ámbito de colaboración obligada, basados en negociación y enfrentamiento duro, y "con identidad".

## **6. La tendencia de derechos indígenas de uso de agua prioritarios o exclusivos en otras regiones**

El tema de los derechos y usos ancestrales es extremadamente relevante para los pueblos indígenas, sobre todo, cuando estos derechos se basan en normas consuetudinarios o en acuerdos o leyes del país en donde los pueblos indígenas se radican (Jouravlev y Lee 1998).

Algunos países han asumido compromisos firmes de considerar los intereses y derechos de agua de las comunidades aborígenes y los usos originarios. **Los Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelandia** y algunos países del **Pacífico Sur (Fiji, Papua Nueva Guinea)**<sup>29</sup> ofrecen ejemplos considerables (aunque ambivalentes). Por ejemplo la consideración de los intereses maoríes en Nueva Zelandia es un principio básico del proceso de planificación de agua por parte de las instituciones públicas.

No obstante, estos hechos no deben llevar a la visión precipitada que los intereses y preocupaciones de las comunidades locales han sido prioritarias al momento de planificar y ejecutar el aprovechamiento o uso del agua. En general, la indiferencia por los derechos consuetudinarios locales se ha identificado como uno de los factores principales de los conflictos vinculados con los esfuerzos de desarrollo fallados en algunas partes del mundo (Solanes y Getches, 1998).

---

<sup>29</sup> En las islas Solomon, por ejemplo, la tierra y su uso respectivo pertenece tradicionalmente a los miembros de una tribu o un clan familiar (*lineage*) encabezado por un líder o vocero familiar (*chief o elders*). La autoridad reconoce el derecho de los primeros propietarios del uso de la tierra como un derecho ancestral y no simplemente histórico. El aspecto religioso se toma en cuenta en las políticas de territorialización y desarrollo regional. Se afirmó el poder local de los chiefs a través de capacitación y participación y de esa manera el derecho consuetudinario tribal pudo ser incorporado en parte en el derecho público principalmente en temas de solución de conflictos, distribución de recursos y jurisdicción. Queda claro que también en las islas Solomon el (aún débil) consenso entre derecho público y derecho consuetudinario tribal ha surgido y surge permanentemente a través del diálogo y el conflicto de dos normas jurídicas (una escrita y fija, la otra oral y flexible) de dos culturas que se consideran esencialmente distintas (véase Ben, y.o, 1979).

En **Nueva Zelanda** los usuarios y otros interesados en el recursos hídrico pueden participar en audiencias o consultas públicas destinadas a analizar y cuestionar políticas públicas, programas, proyectos y legislación vigente. Aunque el mecanismo se destina fundamentalmente a abrir espacios de participación, su sola existencia no signifique que vayan a participar todos los interesados o sectores mayoritariamente afectados como sectores poblaciones marginados o discriminados, entre ellos hay que considerar los pueblos indígenas actuales.

Resulta interesante y fructífero comparar sistemas jurídicos en cuanto al, derecho de usos de agua por parte de los pueblos originarios. Por ejemplo existe una notable diferencia de manera en que se regulan los derechos de la población indígena en América Hispana y en **Estados Unidos**. En este país las decisiones judiciales han acordado en forma operativa otorgarle una prioridad al derecho indígena, que el derecho vigente respeta y hace aplicar. No obstante, su aplicación no ha justificado las preocupaciones que los derechos indígenas van a desbancar los usos de facto establecidos de los no-indígenas. Getches (2002) pone énfasis al hecho que actualmente menos de treinta tribus ha podido determinar la extensión de sus derechos territoriales, y de aquellos, sólo muy pocos han puesto en práctica algunos de sus derecho reconocidos. En definitiva, los grupos no-indígenas no se han visto afectados adversamente por los usos de aguas indígenas.

O sea, por un lado, el sistema estadounidense declara derechos de propiedad claros y precisos y autoridades dispuestos a, y capaces de hacerlos respetar, y de aplicarlos, aún coercitivamente (véase Solanes, 1998). Por otro lado, la doctrina de un derecho prioritario es fuerte en teoría y débil en práctica, ya que ha generado poderosas fuerzas políticas y financieras que se oponen a cualquier forma de desarrollo indígena (Getches, 2002). Por lo tanto, también para los grupos indígenas en EE.UU lograr mayor justicia y equidad, depende no sólo de un marco legal generoso, sino también de un modo justo y razonable de utilizar y regular los recursos hídricos.

También en **Canadá** los derechos de las poblaciones autóctonas han sido especialmente considerados y protegidos. Así, por ejemplo, últimamente los jueces canadienses han resuelto que los tratados y leyes deben interpretarse en forma equitativa, amplia y liberal con un cierto amparo de los habitantes originarios. Lo que si, este reconocimiento parte de la premisa que los grupos indígenas a, en caso de disputa por agua o tierra, deben buscar vías de cohabitación y consensuación con las partes involucradas.

En 1973, como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema en el caso Calder –que reconoció el título aborígen como un derecho aplicable- se iniciaron las políticas de reivindicaciones territoriales globales de los pueblos indígenas canadienses, a fin de resolver las cuestiones relativas a los derechos y los títulos indígenas en aquellos lugares de Canadá sobre los cuales no se habían firmado tratados históricos de cesión de territorios<sup>30</sup>. A partir de ahí, el enfoque de las políticas públicas se ha centrado en negociar los tratados de reivindicación territorial a fin de lograr arreglos completos y definitivos sobre las reivindicaciones de territorios y recursos por parte de los indígenas. Esto también significa que las partes indígenas “cedan, transfieren y abdicquen” los derechos ancestrales

---

<sup>30</sup> Entre 1760 y 1923 se concluyeron aproximadamente 70 tratados históricos entre la Corona y los pueblos originarios. Un objetivo de la Corona en los acuerdos de „paz y amistad“ del período previo a la Confederación era facilitar el comercio y asegurar alianzas militares, el otro objetivo era clarificar los títulos indígenas territoriales a fin de delimitar territorios para asentamientos pacíficos. Los tratados son documentos constitucionales vigentes que establecen el marco para las relaciones permanentes entre la Corona y los pueblos indígenas (véase Dewar, 2002).

a la tierra y los recursos a cambio de los derechos establecidos en el acuerdo. La técnica alternativa de abdicación, aprobado en el acuerdo de Nisga'a (2000)<sup>31</sup> y otras técnicas jurídicas actualmente investigadas que consiguen certidumbre y definición.

El cambiante marco jurídico en **Canadá** se demuestra también en la reforma constitucional de 1982 (Sección 35, 1) que reconoce y afirma los derechos ancestrales y emanados de tratados de los aborígenes de Canadá. En otras palabras, desde 1983, año que entró en vigor la reforma, los convenios de reivindicaciones territoriales están protegidos por la ley constitucional como tratados modernos. Los derechos acordados por los convenios no pueden ser infringidos por la Corona injustificadamente.

En suma, la política canadiense que se formuló en 1973, tiene por objeto ofrecer un proceso extrajudicial de solución de controversias a fin de atender a las obligaciones legales que surgiesen del incumplimiento de obligaciones de un tratado o la administración incorrecta de tierras y otros activos en virtud de la Ley relativa a los indígenas. Las quejas del pasado de los pueblos indígenas canadiense –por tierra y agua, por ejemplo- se atienden en procesos específicos de solución de reivindicaciones.

En cuanto al tema de los recursos hídricos nos consta que, en general, en **América del Sur** no se ha efectuado aún un análisis detallado del tema de los derechos de usos de agua de los pueblos indígenas. No obstante, las propuestas de legislación reciente, más los sucesos de los últimos años, junto con resoluciones judiciales en la región, parecieran indicar que los pueblos indígenas no han recibido las mismas prioridades operativas que, por ejemplo, sus contrapartes de los Estados Unidos o Canadá (véase el proyecto de ley de aguas del Perú; Latin American Weekly Report, 1994; Enriquez Vásquez y Real López, 1992).

El proyecto WALIR efectuará una investigación comparativa sobre la situación de los derechos indígenas al agua en EE.UU. No obstante, veamos de manera breve algunos rasgos de la **legislación norteamericana** sobre las tierras y los recursos de los indígenas.

Los derechos indígenas presentan una situación especial en la legislación norteamericana. La Corte Suprema en un pleito de comienzos del siglo (1908)<sup>32</sup> estableció que cuando el gobierno reserve tierras para los grupos indígenas, también deberá reservar suficiente agua de fuentes disponibles para cumplir con el propósito del terreno reservado. En otras palabras, en caso de que el gobierno no crea un terreno reservado para capacitar que los indígenas se hagan agricultores (*peasants*), la acción resulta en una reserva implícita de suficiente agua para cumplir con un propósito agrícola. Esto, comúnmente es conocido como la doctrina de **derechos reservados** (*reserved rights*) o la **doctrina Winter**. Esta doctrina ha sido extendida a terrenos reservados para propósitos nacionales, como parques, bosques, refugios para la vida silvestre y bases militares. El propósito de

---

<sup>31</sup> El Convenio Nisga'a 2000 es el primer convenio canadiense que incluye autogobierno según la política de derechos inherentes. Según especialistas del Ministerio de Justicia de Canadá hay posibilidades de concluir en los próximos 5 años hasta 10 convenios finales de autogobierno que afectan a unas 50 comunidades (véase Thomson, 2002).

<sup>32</sup> Winter vs. United States 207 US 564, 1908, Supreme Corte of the United States of America. La Corte de Justicia de Estados Unidos ha sustentado en aquel entonces que "... sería extrema creer ... que ... (El Congreso) tomó de los indios los medios para continuar sus viejos hábitos de vida ... y sin embargo no les dejó el poder de cambiar a hábitos nuevos (ver Resources, The Newsletter of the Canadian Institute of Resource Law, No. 18, Spring 1987: Richard Barlett, Prior and Paramount Aboriginal Water Rights in Canada.

reservar el área particular determina la cantidad de agua que el gobierno implícitamente reservó<sup>33</sup> (Ingram y Brown , 1998).

Los derechos indígenas de agua reservada, o sea un derecho exclusivo o un derecho prioritario entonces, consideran tener una fecha de prioridad que es la fecha de la ley o el tratado que creó el territorio reservado. Desde que la mayoría de territorios reservados a indígenas fue apartada en el siglo XIX, esto les da a las tribus autóctonas derechos de aguas prioritarios a la mayoría de los usuarios no indígenas. Por lo tanto, los derechos indígenas reservados o exclusivos tienen un alto valor significativo en términos jurídicos. Por ejemplo en los estados federados del oeste de estados unidos, las tribus tienen derecho a mucha agua que ya utilizan otros, como consecuencia muchos usuarios de agua temen que las tribus entorpecen el *modus vivendi* por hacer valer sus derechos prioritarios (ver Solanes/Getches (1998:72).

En la práctica, sin embargo, falta a las tribus en la mayoría de los casos suficiente financiamiento para construir presas u otras instalaciones que necesitan para utilizar sus derechos de agua. Hasta tiempos recientes, no se sabían las cantidades exactas de derechos de aguas que tenían las tribus para sus terrenos reservados. Recientemente se ha comenzado a litigar en muchos casos para cuantificar y regularizar los derechos indígenas reservados.

No hay que olvidar que es relativamente fácil regularizar los derechos indígenas cuando se puede distinguir zonas reservadas, como en la amazonia en los países andinos, pero es más complicado en los Andes, donde no existen, o donde la diversidad del derecho local y su muchas veces asimetría con el derecho nacional hace difícil establecer elementos normativos de la gestión local del agua.

Un método sugerido para evitar perturbaciones de usos existentes por no indígenas mientras se respetan los derechos indígenas es, según Solanes y Getches (1998), permitir que las comunidades indígenas transfieren sus derechos a usos fuera del terreno reservado, a través de venta o alquiler. De esta manera las tribus reciben remuneración por derechos que no necesitan o no pueden desarrollar<sup>34</sup>. En diversos países andinos, sin embargo, esta posibilidad de transferencia a otra cuenca, territorio, sistema o comunidad, se encuentra fuertemente contestada por las organizaciones indígenas y campesinas. Argumentan que esto les quitaría su posibilidad de satisfacer sus necesidades futuras, y así pone en peligro la convivencia.

---

<sup>33</sup> Estos derechos se basan en la ejecución de un tratado o acuerdo entre una tribu indígena y el gobierno federal, el cual implícita o explícitamente reservaba derechos para el uso del agua. El ejercicio, sin embargo se complicó más cuando terminó el reconocimiento oficial de las tribus californianas a mediados del siglo XX y con el consiguiente aumento en la importancia del gobierno estatal en California. Berry (1998) menciona que en la actualidad existen 24 tribus indígenas federalmente reconocidas con tierras en reservas indígenas en California, todas ellas en el sur del estado. Los temas relacionados con los derechos hídricos, sus respectivos principios fundamentales y sus diversas concepciones y expresiones legales, son hoy objeto de gran debate, debido a la creciente necesidad de este recurso y su escasa disponibilidad.

<sup>34</sup> La CONAIE en Ecuador, por ejemplo, insiste que dicha venta o arriendo, sólo se puede efectuar por decisión colectiva, es decir, cuando por lo menos alrededor de 75% de la comunidad están de acuerdo. Caso contrario se pondrá en peligro la sobrevivencia de los demás que no quieren que los derechos de agua se transfieren o se transan.

## 7. El derecho consuetudinario indígena: En torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas

El término **derecho consuetudinario** viene de una categoría del derecho romano, la *veterata consuetudo*. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría **derecho** se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término **costumbres**, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra **consuetudinario** fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.

Se llama **derecho consuetudinario** a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados. Un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las "políticas de integración" a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas (Yrigoyen, 2000).

Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado éste término en relación con pueblos indígenas muchas veces en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización, o incluso en países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina "el derecho" (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado.

En contradicción a esto último, el derecho de los pueblos (la ley viviente) no puede, ni debe ser simplemente identificado con el derecho consuetudinario. Como explican Benda-Beckmann y Spier (1998) usualmente no hay sólo leyes consuetudinarias en los pueblos y no toda ley del pueblo es consuetudinaria. Según los autores, el término **derecho consuetudinario** es por lo general usada bajo dos significados. El primer significado es una caracterización descriptiva de reglas, que han sido aceptadas y usadas por comunidades locales y nacionales por mucho tiempo. En el segundo sentido, la ley consuetudinaria se refiere a un sistema de reglas legales "oficializadas" jurídicamente por los formuladores de leyes y que ha sido denominado **derecho consuetudinario**. Con esto queda a la vista que la "gente local" no es la única categoría de actores que clasifican y nombran las reglas como pertenecientes a este sistema. El **derecho consuetudinario** en la mayoría de los sistemas legales es también una categoría cuyas características y contenido sustantivo son definidos por los juristas, los jueces y otros expertos. En la literatura antropológica legal, por tanto, se ha hecho común distinguir entre el **derecho consuetudinario de la gente local** y el **derecho consuetudinario de los abogados**.

Hasta aquí hemos examinado la manera como el derecho positivo del Estado ha llegado a reconocer la identidad cultural de los pueblos indígenas, y organizado la protección jurídica de sus derechos y valores fundamentales. Queda por examinar lo que para un jurista es sin duda el desarrollo más importante del tema: ¿puede el orden jurídico del Estado aceptar la vigencia de un sistema de derecho indígena, integrado al sistema de derecho positivo, constituido esencialmente por normas de derecho consuetudinario a través de las cuales los pueblos indígenas y sus miembros ajustan su comportamiento y

saldan sus litigios? En caso afirmativo, ¿qué alcances puede tener este orden jurídico local, y a partir de qué punto éste deberá someterse a un sistema de derecho – y de control de la legalidad – de jerarquía superior? Por otro lado, ¿es posible reconocer la variedad de derechos locales dentro de un sistema único nacional? ¿Y es aceptable y estratégicamente interesante para los movimientos indígenas e campesinos buscar un reconocimiento dentro de un marco legal positivista (y políticamente superior), o mas bien deben luchar por un reconocimiento en términos propios?

La discusión tiene raíces históricas, que aunque sea muy esquemáticamente conviene recordar: los pueblos indígenas son preexistentes a los Estados Nacionales, lo mismo que a la conquista española, la que sin embargo había reconocido a las autoridades locales de las comunidades indígenas. En lo que concernía a los asuntos exclusivamente internos de dichas comunidades el derecho que se aplicaba no era el español sino el de aquéllas. Este criterio recién comenzó a cambiar con la llegada de los Borbones al trono español, pero sólo se afirmó definitivamente después de la Independencia, con la adopción del modelo jurídico napoleónico. Como ya se indicó, este último no reconoció la diferencia étnica y cultural, imponiendo un sólo sistema de derecho para toda la población, o a la sumo elaborando leyes especiales de corte *indigenista* para aplicarlas a las comunidades indígenas, en espera de su *reducción* al entorno jurídico general. Apenas parece necesario advertir la diferencia que puede existir entre una ley especial *indigenista*, emanada del Estado, y el derecho propio de los pueblos indígenas, elaborado por la propia vivencia cultural de ellos.

El examen de las reformas constitucionales recientes muestra como nos vamos orientando progresivamente hacia la **coexistencia de múltiples sistemas jurídicos**, uno de ellos, el positivo, creado de **arriba hacia abajo** por el Estado, y los otros, los indígenas, elaborado **de abajo hacia arriba** por los propios pueblos indígenas, sobre la base de los valores con los cuales se identifican. El empleo de la palabra **reconocimiento** no puede ser más apropiado, pues todo indica que los pueblos indígenas siempre se han sentido más identificados con su propio sistema de derecho que con el de derecho positivo, atribuyendo al primero una legitimidad que existe aún cuando el derecho consuetudinario indígena no tenga cabida dentro de la pirámide jurídica positiva.

Acotemos que, como lo muestran numerosos estudios sobre las costumbres jurídicas indígenas, todas las evidencias indican que una gran variedad de los sistemas de derecho consuetudinario son aceptados y respetados *de facto* por los pueblos indígenas, aun en ausencia de disposiciones legales o constitucionales del derecho positivo que le reconozcan efecto jurídico alguno (Sierra, 2001).

De esta manera, no es tan simple decir que sólo resta que las constituciones políticas respeten esta realidad, reconociendo efectos legales al derecho consuetudinario indígena y estableciendo sus normas de cohabitación con el sistema de derecho positivo. Existen muchos sistemas de derecho consuetudinario, hasta contradictorios, incluso a veces en la misma zona, que interactúan y se traslapan.

Veamos algunos ejemplos de reformas constitucionales en los países de la región, en pro de la inclusión jurídica-legal del derecho local indígena-campesina.

La Constitución de **Bolivia**, por ejemplo, dispone que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a

sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. Las de **Colombia** y **Ecuador** contienen reglas análogas. La del **Paraguay** prescribe que los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución, y añade que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Se trata, en suma, de disposiciones que establecen principios muy claros; sin embargo a nadie se oculta que su aplicación concreta requiere una tarea de jurisprudencia que puede ser harto ardua. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de **Colombia** es en ese sentido bastante ilustrativa. Esta jurisprudencia precisó los alcances del artículo 246 de la Constitución de dicho país, cuyo texto es así: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, **siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional**". Interpretando esta disposición la Corte Constitucional declaró que es constitucionalmente viable que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena; pero también el Estado, en última instancia, quiere sostener el derecho de sancionar por actos que no se sancionan en la comunidad. Si bien hay autores que ven en este hecho una casi **federalización del derecho** (Bronstein, 1998), también resulta evidente, que el Estado, primero monopoliza el derecho de intervención, y segundo, respeta los derechos humanos universales.

## **8. ¿Un derecho de agua individual o un derecho comunitario colectivo de agua?**

En relación a la legislación sobre los recursos hídricos se producen grandes contradicciones entre ley (escrita) y costumbre (vivida) y usos (practicados). Es decir, existen disposiciones que claramente establecen la prevalencia del Estado como propietario del recurso, al mismo tiempo que se aprueba legislación que reconoce los derechos sobre el recurso por parte de las comunidades indígenas. Así, por ejemplo, en el Perú el Estado es el propietario y supremo dispensador y regulador en el uso y la administración de las aguas y no hay ni "propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas"<sup>35</sup> A las comunidades andinas y amazónicas peruanas no les ha sido reconocido el derecho de dominio sobre el agua en sus territorios, bajo ninguna de las formas en que ésta se presenta (abrevaderos, ríos navegables, lagos o lagunas, o otras corrientes menores etc.). Sin embargo, la Ley de Comunidades Nativas garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas y se concluye que las aguas también forman parte del espacio territorial indígena<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> En la Ley de Aguas del Perú de 1969, y adoptado en la Constitución Política de 1979, se hace referencia a que el Estado tiene "dominio sobre todas las aguas del país y que este dominio es "inalienable e imprescriptible, y de que no hay ni propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas". En la postura de la constitución de 1993, todavía vigente pero a punto de ser reformada, se establece, no obstante, que los recursos naturales son de patrimonio de la nación.

<sup>36</sup> En la Ley de Comunidades Nativas del Perú, en su artículo 10 dice que "El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades Nativas ...". Y según la misma legislación peruana se concluye que las aguas también forman parte del espacio territorial indígena. Sin embargo, la Constitución de 1993 señala que 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 (art. 66). El objetivo, de este mecanismo es, según Castillo (2001), concesionar los recursos para el sector privado financie y desarrolle los proyectos de inversión y aprovechamiento. En

Ninguna legislación de los recursos hídricos en los países andinos representa en la actualidad el derecho consuetudinario local ni ofrece un marco regulatorio apropiado que considere la función tanto social como reproductiva y económica del agua (Dourojeanni, 2001b). En cambio los dirigentes indígenas reclaman y propenden al manejo local y colectivo del agua, concediendo autoridad a los niveles locales y promoviendo la autogestión (Boelens y Dávila, 1998).

Existen varias concepciones indígena-campesinas sobre el manejo y uso del agua que pueden ser titulados equitativos y sustentables. Estas reglas y concepciones se refieren no solamente a los sistemas de riego, sino que abordan todos los ámbitos de una cultura hídrica local, que en su esencia es particular en las necesidades (colectivas) y exclusivo en la demanda de un derecho (comunitario). Por otra parte hay un proceso de políticas públicas en marcha a fin de regularizar estos derechos "ancestrales" en derechos concretos y individualizados, pero sí con una opción de transacción mercantil limitada en rigor de favorecer el desarrollo sostenible de las comunidades.

¿Cuáles son las propuestas que surgen del ámbito indígena para lograr este tipo de (etno)desarrollo rural? Dado que las tierras<sup>37</sup>, las aguas, el subsuelo y riberas de los territorios indígenas se rigen por normas de propiedad específicas, se precisa que todas las legislaciones incorporen el sentido del derecho comunitario colectivo de los pueblos indígenas a cada uno de los recursos, como un derecho exclusivo, prioritario y activo (Toledo Llancaqueo, 1996).

En suma, las comunidades indígenas en los Andes reclaman tanto el derecho a la igualdad (de acceso, manejo y uso del agua) como el derecho a la diversidad: lo cual en la práctica no es una contradicción, ya que por una parte surge el reclamo por más justicia e igualdad con respecto a la distribución de agua y de otros beneficios entre los distintos grupos y sectores de la sociedad, y por otra, el reclamo de que la distribución interna se basa en decisiones autónomas, los derechos indígena-campesinos consuetudinarios, las formas organizativas propias, según las concepciones particulares sobre equidad y justicia en cada cultura hídrica local (Boelens, 1999).

## **9. Problemas de la incorporación de los derechos derivados de usos consuetudinarios de agua en materias de la políticas públicas**

En los países de la región, las intervenciones gubernamentales sobre las leyes relacionadas con los recursos naturales, o más específicamente de los recursos hídricos, de los pueblos indígenas, desarrollaron una política en la que se asumía que estos sistemas consuetudinarios y administrativos tenían que ser sustituidos por leyes y políticas de agua "modernas".

Vimos en secciones anteriores la tendencia por parte de los gobiernos latinoamericanos a crear regímenes legales de propiedad privada modelados e inspirados en los sistemas legales europeos, y declarando como propiedad estatal grandes extensiones de recursos naturales. Las leyes locales preexistentes, si es que han sido reconocidas, eran y son vistas como un obstáculo para el desarrollo del país. No obstante, uno de los temas

---

consonancia con esta disposición, el actual proyecto de ley de aguas, por ejemplo, también faculta a la administración a otorgar concesiones de aguas con el carácter de derecho real.

<sup>37</sup> No obstante, hay que considerar que el reparto de las tierras individuales dentro de las comunidades es una práctica común en las comunidades indígena-campesinas a lo largo de los Andes.

más importantes de las políticas nacionales que regulan el acceso y el manejo de recursos naturales es la búsqueda de regímenes de propiedad adecuados, que aseguren un uso más eficiente y un manejo sostenible de los recursos naturales y una distribución del acceso a los recursos más justa y equitativa (Benda-Beckmann y.o, 1998).

En todos los países de la región, preferencialmente en las áreas rurales, se observa algunas formas de pluralismo legal en relación al manejo y uso de los recursos naturales. El proyecto WALIR también pretende plantear una revisión de la políticas legislativas sobre los recursos hídricos, es decir, hacer la pregunta sobre el quehacer de los agentes sociales con el derecho positivo. Como bien constatan Guevara y Urteaga (2002) y Griffith(1992) habrá que enfocar, más allá de los dictados y deseos oficiales, el hecho que la ley positiva adquiere una constelación de significados sociales que sólo puede apreciarse cuando se abandona el instrumentalismo clásico y se presta atención a la función social que las normas estatales adquieren. Bajo esta perspectiva, el derecho no es un sistema racional de planificación y diseño de la vida social. Es un fenómeno cultural y un producto social, construido por agentes sociales y estatales que despliegan su estrategias empleando el razonamiento y las herramientas legales disponibles, o como resumen Guevara y Urteaga (2002), “el derecho prescribe, proscribire y recrea la realidad social”, y en un contexto de pluralidad legal, las normas estatales adquieren significado al momento de su interpretación, aplicación y manipulación en los espacios sociales involucrados.

Históricamente hablando, se puede manifestar que mientras más se involucraba el Estado en el control y la explotación de la gente, de su trabajo y de sus recursos naturales, más eran sustituidas oficialmente ‘sus leyes’ por la ley estatal, como parte de un proceso de institucionalización gradual que aún sigue en marcha.

Ahora bien, tanto la legislación gubernamental como local sólo adquieren significado en cuanto al manejo de los recursos naturales, cuando la gente orienta sus decisiones y comportamientos hacia estas reglas. Esta situación de pluralismo legal puede complicar el cuadro para las políticas públicas en general, ya que al obedecer una regla de la ley estatal frecuentemente se contraviene a otra ley local o consuetudinaria. Por lo tanto, en contextos legales plurales, siempre se enfrenta el problema de un tipo de reglas legales que en su interpretación práctica entran en relación con otras reglas y factores no legales. Por lo tanto, es necesario distinguir entre las construcciones legales de derechos y las relaciones sociales reales que vinculan derechos de individuos, grupos o asociaciones con el acceso definido a los recursos.

El derecho consuetudinario y sus definiciones de derecho al manejo y uso de los recursos naturales no nos dicen cómo están realmente distribuidos los recursos entre la población. Esta distinción es importante. Si no se realiza, no hay lugar para la búsqueda de las relaciones entre las formas legales o los tipos de relaciones de propiedad y las manifestaciones concretas de las relaciones de propiedad en la vida social y económica. Tampoco es posible tratar adecuada y sistemáticamente las cuestiones relacionadas con los derechos hídricos y su distribución (Guillet, 1995).

Sin lugar a dudas, respecto de la equidad en la distribución de aguas, las reglas equitativas (sean consuetudinarias u oficiales) no necesariamente llevan a una práctica (más) equitativa y (más) justa.

En un sentido normativo, las consideraciones del derecho consuetudinario local deben ser reconocidas en sus reglas y prácticas reales y existentes. Pero también hay que

tomar en cuenta que la prioridad de reglas y prácticas locales pueden llegar a manifestar, primero un desequilibrio en cuanto a la distribución y el manejo y uso eficiente y beneficioso, y segundo, una estratificación social, ya que con frecuencia los colonos originales (familias de usuarios) poseen derechos más fuertes sobre porciones mayores de recursos naturales que los recién llegados, o viceversa (Benda-Beckmann y.o., 1998).

En este sentido, las diferencias locales en cuanto al poder político y económico son cruciales para comprender los mecanismos de decisión. Los que carecen de poder e influencia tienen mucho mayor dificultad que los poderosos para movilizar las instituciones legales, sean o no estatales para defender sus intereses en una fuente.

Con razón Benda-Beckmann (1998) advierten que las ciencias sociales, al calor de la defensa de la gente oprimida, se olvidan fácilmente que esa gente puede estar tan oprimida por sus propias elites como por las instituciones gubernamentales.

Por lo tanto, un alegato general en pro del "desarrollo basado en derechos comunitarios" sin contemplar la organización interna de las comunidades, ni el funcionamiento de sus leyes, debe ser tratado con mucha precaución.

Como consecuencia, el problema para la política nacional del agua reside en conjugar adecuadamente temas, a veces, tan contradictorios como la equidad, la sostenibilidad y el crecimiento económico. Por lo tanto, es muy difícil incorporar los derechos consuetudinarios al agua de los indígenas como leyes activas (de acción) y no pasivas (de protección) de una manera equitativa, sostenible y justa en las legislaciones vigentes. Según nuestro modo de ver, hay dos opciones: una que deja la constelación sociopolítica más o menos intacta creando derechos indígenas de agua (exclusivos o prioritarios) acordes con las legislaciones existentes, la otra, cambios fundamentales en la manera de legislar y distribuir sobre la tierra y el agua, lo que podrá enfrentar obstáculos políticos aún más grandes.

Uno de los dilemas de los sistemas de derechos consuetudinarios es que los legisladores y jueces gubernamentales actuales, incluso si lo desearan, encontrarían que es casi imposible incorporar tales leyes locales consuetudinarias. Incluso más, la historia colonial ha demostrado que es extremadamente difícil, si no imposible, incorporar la ley consuetudinaria dentro del sistema legal estatal operante sin cambiarla de manera fundamental (Cambelotti, 1999).

Pero lo que sí sería útil y recomendable en la actualidad es reconocer los derechos concretos al agua de las comunidades indígenas en conjunto con las tierras, y donde no las hay o donde no han sido reconocidos decirlo claro y explícitamente. De esa manera se podría elaborar un catastro de demandas y necesidades indígenas al agua, factor esencial para la implementación de una gestión integral de recursos hídricos.

## **10.La complejidad del derecho de aguas en las comunidades indígena-campesinas**

El derecho de aguas que hoy en día rige en las comunidades indígena-campesinas, por ejemplo en el sector de riego comunitario en las alturas de los Andes, se debe comprender a partir y en términos de un conflicto sociohistórico entre formas burocráticas (individualizadas) de administrar el agua y formas locales (comunitarias y colectivas). Estas formas locales de "hacer derecho" han sido constituidas por la historia, la cultura y la

tecnología andina, y parten de una lógica interna que mantiene su propia racionalidad comunicativa, que sugiere diseños para la vida y la estructura de la práctica social.

Esos modelos han creado una dinámica étnica muy específica que logra condicionar la intervención de entes estatales, o sea la legitimación histórica de las políticas del Estado en el ámbito del manejo del agua ha sido aplicada a partir del grado de etnicidad y de prácticas sociales de la comunidad andina, donde han sido reformuladas las "políticas oficiales" en términos de convivencia comunitaria, modos de irrigación distributivo y recíproco, y de la propiedad comunitaria (Gelles, 2000; Mitchell y Guillet, 1993).

Ahora bien, si los derechos a los que nos referimos son derechos locales o derechos consuetudinarios, no establecidos por el sistema jurídico formal sino por las organizaciones locales que se ocupan del aprovechamiento de agua, ¿cómo y a partir de qué práctica se puede establecer una definición adecuada de lo que son los derechos de agua y, sobre todo, cómo se pueden precisar pautas sobre cómo ayudar a la formulación, creación y reproducción de estos derechos en las diferentes zonas de la región andina?

De acuerdo a Gerbrandy y Hoogendam (1998:81-5) y Boelens (1998:87-92) la importancia de los derechos formales (legales) automáticamente se confronta con una complejidad de problemas conceptuales sobre lo que son o pueden ser los derechos al agua, porque en contraposición a los derechos formales -que deben ser iguales para todos los ciudadanos o situaciones hidrológicas en un país-, los derechos locales consuetudinarios suelen ser específicos para cada lugar (y a veces por cada grupo social) y, por ende, difieren de un sistema a otro a veces significativamente.

No obstante la aparente dificultad de definir (o codificar) un derecho consuetudinario local al agua propiamente tal, se pueden establecer al menos cuatro elementos conceptuales en torno de dichos derechos.

1. Los derechos al agua son expresiones de relaciones sociales, que definen quienes pueden y quienes no pueden utilizar el agua. De ahí que los derechos al agua tienden a ser dinámicos y en gran partes flexibles, y están íntimamente relacionados con los grupos sociales de los que emergen. Tanto la diversidad simétrica, por ejemplo al interior de las comunidades y grupos indígenas, como la diversidad asimétrica, por ejemplo entre un *ayllu* o un grupo de comunidades y la sociedad burocrática o mayor de un pueblo, es la causa elemental para que hasta el día de hoy existan diferentes formas de manejo al agua.
2. A lo largo y ancho de los Andes los derechos al agua normalmente consisten en una faja de derechos, entre los cuales, indudablemente, destaca el derecho al uso y acceso directo de los canales y otras fuentes, pero en la que igualmente tiene importancia intrínseca el derecho a participar en la toma de decisiones sobre la gestión, en su conjunto, la admisión de nuevos usuarios (por ejemplo inmigrantes afuerinos) y la enajenación a terceros (en formas de sanciones o limitaciones). Si bien a menudo se identifican los derechos al agua como el derecho al uso de una determinada cantidad de agua de una fuente, esta suele ser considerada una interpretación restringida. No hay que olvidar, que es la participación en las tareas múltiples de manutención, en los cargos y fiestas rituales en torno a la renovación cíclica y comunitario, en total, el conjunto de actividades que defina explícitamente un derecho al uso del agua, por ejemplo de un grupo familiar. Otro concepto que hay que redefinir a partir del usos local del agua es el de la propiedad (Gerbrandy y Hoogendam, 1998:84).

Los derechos al agua en sistemas de riego campesino, por ejemplo, no pueden ser interpretados bajo el singular concepto de la propiedad (de su titular), que conjuga los derechos de usufructo, de decisiones sobre la gestión y hasta de enajenación de un solo. En los sistemas de riego en los Andes que veremos más adelante no existe una propiedad del agua a un nivel individual o familiar, tal como lo define la legislación vigente o la visión modista positiva. Si bien individuos o familiares pueden reclamar el aprovechamiento de una parte del agua, no pueden decidir sobre su uso en el tiempo y en el espacio sin concertar previamente con los demás usuarios. Hay muchos ejemplos de esa "política de convivencia" en los altos Andes peruanos y bolivianos (Gelles, 2000). Así, el agua es un recurso pleno de aspectos colectivos, lo que hace que una gran parte de las facultades normalmente relacionados con la propiedad de un cierto bien, no se presenten a nivel individual o familiar sino que están relacionados con el concepto de usuarios (efectivos y beneficiarios en términos ecoculturales). Como máximo, un usuario, como por ejemplo la "cabeza familiar" puede tener el derecho de participar en la toma de las decisiones o ser elegido y cumplir el cargo de un juez de agua local.

3. Existen obligaciones insoslayables que se deben cumplir para mantener el derecho al agua. En los Andes, por lo general, estas obligaciones están directamente vinculadas a la reproducción de la vida comunitaria, al sistema de riego como tal. Hay una estrecha relación entre la gestión de agua y las demás funciones sociales que se cumplen en las comunidades indígena-campesinas y, a la vez, es una expresión de la visión holística, de cooperación, gestión de recursos y formas de seguridad social propias y comunitarias. Dicho de otro modo, los usuarios de un sistema de riego no sólo se encuentran y se interrelacionan como regantes sino también y, a veces primordialmente, como parientes, vecinos, copropietarios, comuneros o deudores, etc.
4. Las diversas interrelaciones entre usuarios explican también la necesaria flexibilidad que se halla en la aplicación de obligaciones y sanciones vinculadas al respectivo incumplimiento de la "normativa legal local". Aunque existe una lista de sanciones para infracciones de todo tipo (como por ejemplo la ausencia en trabajos de mantenimiento de la acequia o del canal de riego, el incumplimiento de cargo o el continuo endeudamiento de cuotas de agua), en la práctica parece ser igualmente común que su aplicación dependa de la situación, de la persona y la infracción misma, para darse o no<sup>38</sup>.

Otra vez todo depende de las decisiones colectivas, que abundan en su expresión legal en flexibilidad y circunstancialidad y que difícilmente están guiadas por reglas fijas.

---

<sup>38</sup> Gelles (2000) comenta, de manera muy meticulosa, el caso del pueblo Cabanaconde/Perú, al interior de Arequipa, donde a pesar de la existencia de varios sistemas de gestión de agua superpuestas e interrelacionadas, y a pesar de un continuo empeño por parte del Estado de implementar únicamente el sistema de tarifas de agua y modernizar del riego con instalaciones de grande presas y canales modernos, los sistemas de manejo de agua tradicionales (preincaico, incaico, colonial y republicano) no han podido ser alternados en su función sociocultural, y mucho más los habitantes recurren a dichos sistemas y sus elegidos representantes (jueces de agua) siempre y cuando el sistema estatal demuestra negligencias o se aplica un sistema de cumplimiento del pago por el agua demasiado rígido y disfuncional. También hay que mencionar casos de "cohecho" y corrupción a nivel personal (por ejemplo, de adquirir más agua de un juez, de no tener que pagar la cuota, de robar el agua por la noche) pero estas infracciones generalmente se descubren al rato y los culpables se sancionan.

## 11. El derecho en la gestión indígena-campesina del agua

Para distinguir los diferentes elementos que componen la malla de derechos al agua a nivel local en los Andes, utilizaremos un esquema elaborado por Schlager y Ostrom (1992) y ampliado por Gerbrandy/Hoogendam (1998) y Boelens/Davila (1998), que diferencia derechos en dos niveles de acciones: el nivel operativo y el nivel de decisión colectiva.

El nivel operativo se refiere sobre todo al derecho de usufructuar de una parte del recurso (hídrico). En el presente caso de estudio, al uso de una fracción del flujo de agua durante un tiempo definido. Otro derecho en este nivel, es el de usos de canales, lagunas o arroyos para poder conducir el agua hacia la zona de riego, no importando si eso sucede dentro o fuera de la comunidad de origen. En caso de derivación de un canal, obligatoriamente los usuarios que quieren regar en esta comunidad, deben trabajar también en la manutención de los canales de esa comunidad.

El nivel de decisión colectiva se refiere a que los derechos están vinculados a la participación en las decisiones colectivas que se toman respecto a los tres elementos fundamentales para el funcionamiento del sistema:

- a) el deber de participar en las decisiones sobre la gestión del recursos hídrico en el sistema que implica la regulación de usos interno y su conservación;
- b) el derecho y deber a participar en las decisiones sobre el acceso de los usuarios al sistema del recurso, en las que se define quiénes pueden y quienes no pueden utilizar el agua y si se puede transferir o transar este derecho a terceros (por ejemplo por herencia o compraventa) y según qué modo se debe hacer dicha transacción;
- c) el derecho y deber a sancionar y enajenar todos los anteriores derechos, lo que implica la transferencia total del uso y manejo del recurso a otros usuarios.

De acuerdo a Gerbrandy y Hoogendam (1998:105), Ostrom y Schlager (1995) y Beccar et al (2001), se pueden resumir y ampliar estos diferentes tipos de derechos y deberes al uso de agua en la siguiente gráfica (Beccar et al, 2001):

**Recuadro: Los derechos de agua en términos concretos**

Cuando se habla de derechos de agua, suele referirse a una faja de derechos, que incluye:

<b>Derechos operativos</b>	<b>Derecho de participar en la toma de decisiones colectivas</b>
Derecho de uso de una parte del flujo de agua	Derecho de participar en la decisión sobre la gestión: Definir los detalles del reparto de agua, fechas de largadas, caudales, cargos en la organización, etc.
Derecho de uso de la infraestructura de conducción y distribución para conducir el agua hacia un terreno definido	Derecho de participar en la decisión sobre la inclusión/exclusión de miembros: Definir quiénes pueden y quiénes no pueden ser miembros del sistema
Derecho de ser elegido y ocupar cargos en la organización del sistema para ejecutar las decisiones con respecto al reparto del agua y la gestión del sistema	Derecho de participar en la decisión sobre el cambio o la ampliación del sistema hidráulico y la tecnología de riego
	Derecho de participar en la decisión sobre el enajenamiento de los derechos de uso del agua, de la fuente o de la infraestructura hidráulica

Sin embargo, para el análisis exhaustivo de los derechos al agua en las comunidades indígena-campesinas es necesario diferenciar entre los derechos individuales o familiares<sup>39</sup> y los derechos colectivos<sup>40</sup> al agua.

Los sistemas de riego en las comunidades indígenas andinas son sistemas de "acción colectiva" (Boelens, 1998), dado que una familia sola no puede construir ni mucho menos mantener la infraestructura necesaria, o administrar el agua y defender y proteger su acceso frente a otros usuarios. Dentro de estos sistemas de riego, son los *ayllu* y las familias individuales -no necesariamente de carácter netamente colectivo- que mantienen el sistema agrícola productiva y suelen tener el derecho al uso de una parte de la fuente, y a participar en las tomas de decisiones colectivas. Es por eso que según Gerbrandy y Hoogendam (1998:106) no es adecuado hablar de derechos colectivos en la gestión interna de un sistema de riego, ya que aún cuando los derechos individuales no están definidos en cantidades exactas, el usufructo sigue siendo individual.

Lo clave es que ese usufructo individual no es un derecho absoluto sino parte de un contexto de decisiones colectivas sobre la gestión del sistema de riego, lo que tiene influencia en lo que uno puede hacer con el agua perteneciente a su derecho. Solamente a

<sup>39</sup> En general el término derecho individual al agua en los Andes, de ninguna es comparable con un derecho titular que prescriben las legislaciones de agua, ya que se refiere primero a los derechos familiares, de los *ayllu*, en contraste con el nivel colectivo del grupo de usuarios: Por consecuencia, este derecho individual o familiar no se refiere a derechos individuales propiamente tales, es decir de un miembro específico de la familia.

<sup>40</sup> Ver por ejemplo Yoder y Martín (1998) sobre el caso de Nepal, donde en la mayoría de los casos el derecho al agua es un derecho colectivo de la comunidad, implicando su acción colectiva organizada. El Código Civil de Nepal reserva derechos prioritarios para los que inviertan en sistemas de irrigación, lo que causa un variada de conflictos en cuanto a la correcta negociación y asignación de agua. El sistema estatal de conciliación entra en vigor cuando por el accesos una construcción hidráulica moderna, como una presa o un canal moderno, entran en conflicto dos o más comunidades y el gobierno del distrito tiene que velar por una distribución justa y apropiada, tomando en cuenta las áreas de tierra de los respectivos lugares.

partir de que otros grupos o comunidades colectivas reconocen este sistema normativo, podemos hablar de un derecho colectivo constituido.

En suma, el derecho en la gestión indígena-campesina es un derecho individual o familiar en un contexto de decisiones colectivas.

## **12. Riego y distribución de agua en las comunidades indígenas andinas**

En la mayor parte del área agrícola de los Andes, el agua de riego es y ha sido un medio de producción indispensable, tanto para asegurar la producción en ambientes impredecibles y con economías campesinas a "pequeña escala" de condiciones difíciles, como para aumentar e intensificar la producción, mediante la diversificación de cultivos o la duplicación de siembras y cosechas.

En los sistemas de riego el agua cumple una importante función sociocultural, constituyéndose un elemento vital vinculado con la coherencia de la familia y sociedad andina, que se expresaba en los múltiples ritos y fiestas que se realizan alrededor del riego. Esta función sociocultural guarda una relación directa con el rol productivo del agua en los sistemas de riego.

El riego en la comunidad andina puede ser un factor de conflicto social, pero también es un eje fundamental de la participación campesina y la movilización social, viéndole por es e lado, **el agua también constituye un elemento cohesionador de los grupos**. El acceso y el aprovechamiento del agua requiere de acuerdo y trabajos colectivos, ya que individuos aislados no pueden manejar y sostener equilibradamente los sistemas de riego debido a su gran complejidad. En las zonas andinas, dadas sus difíciles condiciones, las comunidades indígena-campesinas se ven obligados a trabajar colectivamente para acceder a las aguas, construir y convivir con la infraestructura y administra los sistemas de riego (Gerbrandy y Hoogendam, 1999).

Por lo tanto y como consecuencia, varios cooperaciones de desarrollo nacional e internacional en conjunto con los usuarios y regantes insisten hoy en día que no se debe diseñar ni construir sistemas de riego en forma separada de la organización local de riego. Efectivamente, la participación indígena-campesina en todas las fases del sistema es fundamental, puesto que de esta forma se logran mayores niveles de consenso y concertación de los diversos actores y pueden mitigarse posibles conflictos sociales (Boelens, 1999).

Tanto en los sistemas antiguos, como en los sistemas nuevos recientemente construidos o en proceso de construcción en los andes ecuatorianos por ejemplo, el sistema de riego no solamente es un proyecto económico y una obra de ingeniería o sea física, con una organización social determinada y implementada por un ente externo y socialmente "superior"; es una "construcción social" (Boelens, 1999) en la que grupos humanos con interés divergentes a veces, se juntan para construir y colaborar en la infraestructura, y de esa práctica social luego se definirán las normas de uso del riego, siempre se acuerdo a la situación y lógica específica de la zona y de sus pobladores.

De acuerdo a esta normatividad del riego, los derechos y obligaciones que los regantes han creado a lo largo y ancho de los Andes a través de acuerdos y consensos, durante la construcción y la utilización del sistema, establecen el marco fundamental, que

también puede ser considerado un "red de seguridad social" que asegura la sostenibilidad del funcionamiento del sistema de manera coherente.

Este es un punto intrínseco para los proyectos de desarrollo que, antes que nada, deben apoyar a la creación y la consolidación de los derechos como una actividad (social) prioritaria, fortaleciendo de esa manera la acción colectiva y la participación efectiva en la gestión del sistema.

En consecuencia, uno de los principios fundamentales en el riego andino es el continuo **proceso de creación y interpretación de derechos en la construcción, adaptación y rehabilitación de los sistemas** (Boelens, 1998).

Para los usuarios, la participación en la realización de obras de riego es una inversión, en términos de mano de obra, aporte intelectual, cuotas, reuniones, etc. Recién esa "inversión familiar" crea los derechos de cada uno a participar en la distribución del agua, y a decidir colectivamente sobre la fuente disponible. Por eso es tan importante, por un lado, comprender que la "exclusión social" de una verdadera participación indígena-campesina en la creación y construcción de la infraestructura, impide a lo largo un proceso ordenado de creación y conservación de derechos locales y organizaciones mancomunadamente aceptadas y sostenibles.

Por otro lado, la existencia de diferentes sistemas normativos para el riego y la gestión del agua en total, se evidencia cuando estudiamos los conflictos sobre el derecho de usar una fuente entre diferentes grupos sociales.

También en los sistemas antiguos de riego, los derechos fueron creados históricamente durante la construcción, la implementación y la gestión del sistema de riego. El riego andino muchas veces es una práctica antigua y es y fue básicamente una cuestión comunal, aunque hayan existido sistemas de riego muy grandes, por ejemplo en costa norte del Perú., hace aproximadamente 1.000 años (Sherbondy, 1998). Actualmente en casi todos los Andes, el trabajo comunal a gran escala está dividido en secciones y es asignado a grupos comunales locales.

En ciertas comunidades andinas todavía, los derechos de una comunidad indígena y la justificación de sus "aguas sagradas" están basadas en una creencia y un discurso actual que los antepasados han emergido de ellas y de que tienen esas fuentes y a las tierras regadas como una especie de fondo sagrado que pueden usar con tal de cumplir sus obligaciones ante ellas (véase Mitchell y Guillet, 1993).

Los españoles procedieron a la distribución de agua según normas legales, ligadas a la tenencia de la tierra y otorgaron autoridad sobre la disposición de recursos y mano de obra a encomenderos y otras autoridades propias y nombradas, pasando por encima de las estructuras normativas locales de los indígenas. Sin embargo, se supone que dentro de los sistemas de riego, durante mucho tiempo seguía vigente parte de las normas consuetudinarias de distribución y organización anteriormente existentes, sobre todo en caso de conflictos sobre agua, cuando los españoles, como los nuevos usuarios, recurrían a la legislación oficial para ganar el litigio (Gerbrandy y Hoogendam, 1998).

La coexistencia y codeterminación andina (véase Golte, 1980; Golte y Cadena, 1983) simultánea de diferentes sistemas normativos<sup>41</sup>, lleva a la importante cuestión de

---

<sup>41</sup> Gelles (2000) menciona para Cabanaconde/ Perú que en la memoria y práctica de historia local siguen vigente varios sistemas de distribución y repartición de agua. Por un lado, el sistema dual incaica de los sayas (ansaya - urinsaya), por otro lado el sistema español instrumentalizado por los patricios poderosos, "el

cuál de ellos tiene mayor legitimidad para estructurar la gestión de los sistemas de riego y resolver los conflictos entre los usuarios.

### **13.El agua como parte del hábitat y los derechos consuetudinarios in situ**

Hasta ahora hemos hablado de derechos de agua y las decisiones colectivas como el derecho a usufructuar una parte del agua de una fuente, pero ésta es una interpretación muy reducida.

Autores como Schlager y Ostrom (1992) hablan no obstante del fajo de derechos en la gestión del agua, para analizar regímenes de derechos de propiedad para el uso de recursos naturales. El poder diferenciar estos derechos, posibilita estipular con mayor detalle el contenido de un derecho al agua en cierto lugar y en cierta época. También posibilita examinar si existen diferentes tipos de derecho a una fuente y, por ende, grupos de usuarios con distintas competencias en un solo sistema de riego, por ejemplo.

Lamentablemente los gobiernos de los países andinos desarrollan cuidadosamente facultades administrativas y de planificación, sin una definición clara de estos derechos consuetudinarios a un nivel operativo y de decisión colectiva, ni de obligaciones de los interesados y del gobierno, ni de los medios substantivos y procedimientos para su defensa.

De acuerdo a Solanes y Getches (1998:20), de ello derivan situaciones de indefinición y ambigüedad que no sólo crean incertidumbres e inseguridad social, sino también no se traducen en el respeto efectivo de los interesados protegidos.

Otro problema asociado es que en general las legislaciones no reconocen **usos consuetudinarios no apropiativos**, como actividades pesqueras en lagos. Hay que destacar que el derecho consuetudinario (indígena) y el reconocimiento de derechos de usos consuetudinarios son dos cosas distintas. No basta, hablando legalmente, reconocer idealmente una estructura de derecho consuetudinario. Se deben además, según Solanes y Getches (1998), reconocer los derechos específicos que resultan de una estructura, o compensarlos.

Hay varios casos en los países andinos donde supuestamente proyectos de desarrollo apropiado de aguas, con otorgamientos formales de títulos, derivan en la destrucción de usos consuetudinarios con efectos negativos para la subsistencia y las pequeñas economías locales de grupos relevantes de población<sup>42</sup>. El caso más frecuente es la destrucción de hábitat pesqueros en pro de derechos de riego y energía. Los usos consuetudinarios destruidos no son considerados en evaluaciones de proyectos ni mucho menos compensados.

---

modelo de canto", que fue reconocido por la República (1821-1933) y finalmente el modelo estatal "monetarizado". Como si fuera poco, se junta un sistema informal de acceso libre y incontrolado durante la época de lluvia. Ese "triple modelo actual" ha creado en más de un caso conflictos por concentración y abuso de poderes locales y regionales, robo de agua y "cohecho" institucional.

<sup>42</sup> En Laguna Vera, del sistema Acahy, en Paraguay, se efectuaron derivaciones para riego de arroz que destruyeron la economía de la población local, que practicaba pesca en forma consuetudinaria y economía local y su balance con elementos ecológicos ha sido sumamente estudiado en Africa (Río Senegal, Cabora Bassa, Río Nilo) este tema es relativamente ignorado en América Latina y el Caribe.

## **14.Externalidades y disfuncionalidades de un derecho de agua exclusivo o prioritario**

En los Andes, no cabe duda de que el riego puede ser considerado como un eje fundamental de la gestión de los recursos naturales a nivel de la cuenca hidrográfica (Métais, y.o., 1998). El agua es el elemento que une o desune a todos los usuarios de diferentes pisos ecológicos y grupos sociales (indígenas y mestizos), a través de las asociaciones de regantes. Muchas veces son estas organizaciones las que negocian soluciones y acuerdos con las entidades exteriores, es decir estatales nacionales, aunque están a menudo en pleno conflicto con ellos.

A más de la ausencia de las políticas de apoyo a las agriculturas familiares indígenas y una política prioritaria para los centros de inversión (hidroenergía, minería y aguas sanitarias) a nivel estatal, existe todavía una confusión en el ámbito legal-funcional sobre los derechos (*de iure*) y las obligaciones (*de facto*) de los usuarios de los distintos recursos naturales, así como los mecanismos y responsables del control a nivel local del cumplimiento de las normas legislativas y reglamentarias. Vimos en el capítulo anterior que numerosas leyes relativas se sobreponen, sin que se establezca claramente la responsabilidad del control de las normas establecidas, incluso más, hay tendencias preocupantes en los sectores mineros de aprovecharse de la coyuntura ecológica y renegarse de su responsabilidades a través de una "cara verde" creada e inventada por consultoras de imagen (Padilla, 2000).

Pero los conflictos por el acceso y el uso del agua no solamente se dan, hoy en día, a nivel macro de las comunidades versus las empresas (trans)nacionales sino también a un nivel micro entre los diferentes actores que usan los recursos de un mismo territorio, sean ellos los pequeños agricultores mestizos, los campesinos indígenas, las haciendas o los centros poblados. Y también muy a menudo las agriculturas indígena-campesinas se encuentran acusadas por los otros de "ser responsables de la degradación de los recursos naturales", por ser agriculturas pioneras que tienden en algunas partes - por ejemplo la sierra ecuatoriana- a extender la frontera agrícola en las zonas de altura, donde se encuentran gran parte de las vertientes de agua.

No obstante, estas aseveraciones no consideran las condiciones estructurales, históricamente constituidas, en las que se encuentran estas agriculturas y la ausencia de políticas públicas en su favor (Arroyo, 1998).

Lamentablemente estas situaciones conflictivas se agudizan sobremanera por la disminución sensible de los caudales, especialmente en verano, cuando haya una explotación cada vez mayor de los páramos (por cultivos y pastoreo), que en muchos casos no pueden cumplir con su papel de reservorio del agua por el secamiento de los pantanos. En cambio, en invierno, el agua de escorrentía, que ya no es retenida, ocasiona fuertes daños en la infraestructura de los canales.

Para la nueva corriente académica de la *public philosophy* los futuros modelos sociales pasarán por el conflicto y el diálogo entre los diferentes actores (Taylor, 1993; Walzer, 1993). En estos modelos también se establecerán reglas, por ejemplo sobre el acceso y el uso del agua o de la tierra, que son indispensables para mantener un sistema equitativo y sostenible, tanto a nivel local como nacional.

Un sistema anárquico de gestión al agua produciría la sobreexplotación y la distribución injusta del sistema de recursos, ya que en un modelo prototipo así todos juntos -según sus necesidades y según sus posibilidades- extraen tantas unidades del recurso que estiman conveniente y ya no se puede hablar de usos sostenibles del sistema (Gerbrandt y Hoogendam, 1999). Es lo que Hardin (1968) denominó "la tragedia de los comunes": Un uso demasiado libre y no regulado del agua, si bien no afecta a la fuente, sí suele causar desigualdades en el acceso y los usos, pleitos en su distribución y problemas de participación en el mantenimiento de la infraestructura. Es importante reconocer, sin embargo, que muy distinto de la hipótesis de Hardin, los sistemas de gestión de agua en las comunidades indígena-campesinas no pueden caracterizarse como "sistemas de acceso libre", sino que son sistemas que funcionan bajo un régimen de propiedad colectiva, en los cuales se suelen tener reglas claras de acceso y reparto.

Una política equilibrada de manejo y usos de agua debe comprender que, por ejemplo, el acceso al agua para las comunidades altas es también una condición esencial para la protección de las fuentes de agua y no, como contrariamente se ha manifestado, para la destrucción de las fuentes. El interés de los actores indígena-campesinos en proteger las zonas altas, verdaderos reservorios de agua para la producción, no es solamente cuestión de "concientización" (Máteis, y.o. 1998). Dependen, entonces, en primer lugar, de un acceso justo y seguro al recurso, concertado con los otros usuarios del territorio; y, en segundo lugar, del desarrollo de sistemas de producción intensivos que incentivarán a los regantes a proteger las fuentes de las cuales dependen sus ingresos económicos y la sostenibilidad de todo el sistema de recursos hídricos (Dourojeanni, 2001c; División de Recursos Naturales y Energía, 1987).

O sea, existe la necesidad de fortalecer y capacitar las organizaciones indígena-campesinas para nuevos espacios de negociación -por ejemplo la privatización de los mercados de agua venideros y/o ya existentes. Paralelamente se produce una demanda creciente de las organizaciones indígenas-campesinas sobre los recursos hídricos, lo que indica algunas pistas de futuros conflictos y, por consecuencia la búsqueda de consenso entre los diferentes actores. Algunos temas centrales de conflicto y negociación en el futuro próximo serán :

1. El conflicto del agua para consumo humano o para riego va a obligar a sentarse en la mesa de diálogo a quienes son usuarios de sistemas de riego -indígenas, campesinos, agricultores, haciendas, empresas- y los pobladores urbanos que exigen una mayor cobertura de agua potable. En este sentido, organismos estatales, como el Municipio en conjunto con las comunidades indígena-campesinas juegan un papel importante llamados a buscar los consensos que permitan los acuerdos sobre quienes aportan para cubrir las demandas de agua de consumo humano.
2. Un derecho exclusivo o prioritario de las comunidades indígena-campesinas creará conflictos de envidia y celos por parte de los agricultores y afuerinos, por eso se sugiere mejor formular un derecho colectivo comunitario que no excluya a nivel local los pobladores mestizos o migrantes sino que sea altamente incluyentes y una contraoferta viable y sustentable dentro del modelo estatal actual.
3. Los futuros tratados mineros (por ejemplo entre Argentina y Chile) demuestran que la presión de los centros mineros sobre los recursos naturales (tierra y agua, principalmente) aumentará y paralelamente disminuirán o estancarán las capacidades de entidades locales y nacionales de "respuesta", ya que la política de prioridad

económica o ya se asentó o se asentará en las legislaciones nacionales, y las políticas públicas futuras serán cada vez más "políticas de hermandad" entre el capital privado y la mano (invisible) del estado (*private public partnership*, ppp). Además algunos países -como Chile- ya dependen en gran medida de las aguas tranfronterizas, el origen de la mayor parte de los recursos de agua para la actividad minera venidera no se encontrará dentro de su territorio (véase Petrella, 2001; Sabatini y Sepúlveda, 1997).

4. Con respecto esto último es notable -incluso reconocido por agentes del Banco Mundial (véase García, 1998)- que la mayoría de los proyectos hidroeléctricos todavía se enuncian sin tener debidamente en cuenta la relación con las cuencas y sus habitantes en que están situados, ni mucho menos con los respectivos derechos originarios locales que están siendo ignorados. La pregunta es si un mercado de agua proclamado es la herramienta correcta para cumplir una visión de manejo integrado de los recursos hídricos en la cual cada proyecto sea considerado desde la perspectiva de los sistemas hidrológicos, económicos, sociales y ambientales y en la cual se tengan debidamente en cuenta las necesidades de agua de una fuente determinada para todos los usos beneficiosos, incluidos los ecológicos.
5. La conservación de las partes altas y de las cuencas hidrográficas se vuelve una urgencia, pues en este espacio se "corta el queque", ya que se ubican casi la totalidad de las fuentes de agua que dotan de este recurso a las haciendas, pueblos y centros mineros. La conservación de estas fuentes parte del hecho de obligar (legalmente) y de sentir (socialmente) beneficiosos y sustentables en su existencia (Dourojeanni, 2001b).
6. De acuerdo a Máteis y.o. (1998:101) se debe otorgar a las comunidades de agua -aún en cantidades reducidas, pero bien protegidas- un rol de control, mediación y goce prioritario; permitiría también desarrollar nuevas alternativas productivas en la zona alta, y consecuentemente, limitar la presión sobre los recursos hídricos y disminuiría la el abandono y la migración progresiva de las zonas altas. El tema de "conservar (recursos) a cambio de devolución (de recursos y derechos)" es el otro aspecto que obligará a la negociación y al diálogo.
7. Los cambios en el contexto político, tecnológico y económico demandan nuevas formas de gestión e institucionalidad, pero no hay consenso sobre la dirección de este cambio institucional. Existen propuestas que enfatizan que la organización alrededor de la gestión y uso de agua requiere más que una institución estable alrededor de arreglos colectivos a nivel local. Tiene que haber una claridad sobre linderos y la calidad de miembros, una equivalencia proporcional entre beneficios y costos, arreglos de elección comunitaria colectiva, seguimiento y supervisión, sanciones graduales, mecanismos de solución de conflictos reconocidos y un reconocimiento mínimo del derecho (consuetudinario) a organizarse.
8. Hay una interrelación entre las actividades de riego y las demás actividades colectivas de las comunidades indígena-campesinas. Puesto que todas estas actividades se relacionan entre sí, es muy difícil exigir derechos exclusivos o prioritarios de carácter excluyente, hablar de inversiones en riego como inversiones separadas del entorno sociolegal local, como tampoco es fácil desvincular las reglas en torno al riego de todas las demás reglas de la comunidad. El futuro enfoque de manejo de recursos hídricos debe ser más holístico que el actual pensamiento institucional. Se requiere, sin lugar a dudas, de detallar las reglas y derechos consuetudinarios, según caso de estudio (véase Williams, 1983).

9. Las inversiones colectivas no necesariamente se basen en motivos económicos, es decir, en consideración directa del costo-beneficio-externalidades de la inversión. Las observaciones de los comuneros más bien apuntan al deseo de sobrevivencia de la colectividad (comunitaria o familiar) y, en función de esto, la seguridad existencial como razón principal para mejorar los recursos y derechos colectivos existentes o buscar otros. En esto existe la flexibilidad "para paliar y enfrentar" procesos de empobrecimiento (económico) y enajenación (cultural y legal) y convertirlos en procesos de adaptación (de recursos y estrategias modernas) y adquisición (reconocimiento cultural y legal) con formas y sistemas locales, colectivos y comunitarios (Mena, 1998).
10. Así que la llegada de nuevas infraestructuras del sistema hidráulico (lagunas, canales, parcelas cerradas, atajados, etc.) que vienen a cruzar y manchar el territorio de la comunidad indígena-campesina, también implica una nueva zonificación del territorio de la comunidad y como consecuencia final un cambio en el uso de la tierra y del agua. La apropiación del espacio rural cambia, de repente comuneros asociados o comuneros individuales, empiezan a ejercer derechos sobre el usos de la tierra y el agua, donde antes no se hacía. En algunos casos estas apropiaciones y derechos de usos no tienen sustento legal ni consuetudinario, por ejemplo en el caso de que se trate de tierras de ex haciendas no hay todavía una idea clara sobre las consecuencias de la introducción de las fuentes para la nueva relación de propiedad dentro de las comunidades (véase Oré, 1998).
11. Los usuarios de una fuente a lo largo de los andes mantienen una **reciprocidad contractual** (Boelens, 1999) para sostener un sistema de riego, así que justamente a nivel de las cuencas hidrográficas -donde más conflictos surgen debido a competencias mercantiles, intereses divergentes, poderes diferenciales y usos distintos del mismo agua- hay que buscar y incentivar la mutua colaboración, ya que un efecto paradójico -tanto de un derecho exclusivo o prioritario como de una privatización e individualización de los derechos de agua es muchas veces la monopolización del poder de decisión por la elites y los sectores acomodados y la desarticulación de los sistemas indígena-campesinos. La individualización en zonas de escasos recursos productivos y humanos desanima la inversión personal y colectiva en el sistema y su sostenimiento, ya que los mismos usuarios no-derechohabientes notan que los derechos de decisión sobre la gestión del sistema de agua están en manos "externos" (estatales o privados).

## **15. Vías de reconciliación entre derecho consuetudinario indígena y principios modernos de la gestión del agua**

Hasta aquí dejamos constancia de la tensión entre los sistemas consuetudinarios (locales) del agua y del derecho formado, de las distintas nociones que hacen del dominio publico y privado, y de la idea diferente de la propiedad y sus atribuciones. Esta tensión se produce en la medida que no hay un reconocimiento claro y explícito de los derechos al agua de las comunidades indígenas en América Latina.

Ahora, si tomamos el lineamiento global acerca del desarrollo sustentable y sus características esenciales debemos preguntarnos cómo se podrían limitar o redefinir dichas atribuciones a la propiedad para acercarnos a la noción del derecho consuetudinario

vigente, y viceversa, cómo se podría acercar el derecho consuetudinario al derecho positivo codificado.

Debemos estar conscientes, por una parte, de que la codificación de un derecho consuetudinario en *strictu sensu*, será inmanejable tanto logística como administrativamente, más allá de la falta de compromiso gubernamental de enfrentar dicha tarea en los países de la región. Y, por otra, los derechos consuetudinarios (exclusivos o prioritarios) como vimos anteriormente traen algunos problemas en el interior de la misma gestión regional-local, pero también en coexistencia con la gestión nacional de aguas, como por ejemplo en caso de acceso a los territorios vecinales, derechos consuetudinarios a aguas o cuencas subterráneas, derechos consuetudinarios a cuencas en períodos de sequía, casos de sobreexplotación por demandas crecientes de agricultores, nuevos canales o aguaductos que cruzan y cortan rutas tradicionales y divisiones tradicionales, o derechos locales que conjugan con nuevos principios de gestión integral y niegan o rechazan la colaboración a nivel local, etc.

Ahora bien, las características de los sistemas legales consuetudinarios en general, en cuanto al manejo y uso de los recursos hídricos, son: derechos consuetudinarios que muchas veces trascienden las meras reglas de conveniencia o práctica, o que a veces están firmemente basados en la religión o la cosmovisión y predeterminan de alguna manera la práctica social; derechos consuetudinarios que a veces surgen de una histórica rivalidad o celos, por ejemplo entre comunidades familiares y hacendados; el derecho consuetudinario es dinámico lo que trae a nivel del manejo adecuado de las cuencas a veces muchos problemas para los abogados; derechos consuetudinarios son inexactos, por ejemplo en cuanto a la limitación de las responsabilidades y cuantificación de derechos de uso; la aprobación de la existencia de derechos consuetudinarios es un tarea difícil para los juristas, debido a su carácter dinámico y flexible los abogados deben recurrir más a la aserción que a la prueba para demostrar su vigencia; en general derechos de agua adquiridos bajo la noción de un sistema consuetudinario no son títulos transmisibles o alienables de la tierra adyacente, en este caso agua y tierra conforman una unidad territorial; la mayoría de los sistemas consuetudinarios reconocen un derecho comunitario acerca de la tierra (y por consecuencia acerca del agua) en vez de un derecho individual, en otras palabras la tierra apropia a la gente, y no viceversa; el tema de la negociación con pueblos indígenas, tribus o clanes acerca de un desarrollo es un largo y precavido proceso entre dos campos normativos semi-autónomos, con mucha interacción de estrategias, aún cuando nuevos proyectos de inversión (transnacional) implican la alineación de territorios indígenas (Saunders, 1991).

Ahora bien, pudimos constatar que en general las comunidades indígenas-campesinas intactas practican varios sistemas legales y de gestión, y sólo en muy pocos casos de conflictos se recurre a entes externos para lograr un tipo de consenso o de conciliación. En términos y principios modernos de un manejo equitativo, justo y sustentable del agua el derecho consuetudinario promueve en muchas partes de la región una mejor gestión de agua.

De modo que, ¿será posible la coexistencia de ambas normativas? O más bien, ¿puede sacar provecho una de la otra?

Con respecto a los derechos de agua, hay propuestas<sup>43</sup> de aislar y codificar estos elementos de un derecho consuetudinario indígena que son esenciales para la existencia perpetua de los estilos de vida locales y asegurar que se permanezcan en el "dominio comunitario colectivo" sin posibilidad de interferir por parte de la burocracia. Todos los usos empleados, o por otros proyectos necesitados (por ejemplo de riego) de la comunidad en total deben ser asignados por el dominio público. Esto permitiría a toda la comunidad disfrutar de los beneficios en los mismos términos que la unidad familiar.

Cualesquiera usos extensivos tendrían que ser sancionados por la administración. En este sentido, las comunidades podrían cumplir un rol de vigilancia combinado, que garantizaría el manejo integral sostenible, con un uso beneficioso y eficiente, que permitiría la manutención del ecosistema y los procesos de producción.

Ahora bien, muchas propuestas mencionan que cualquier tipo de arreglo requiere un inventario de los derechos consuetudinarios que prevalecen en determinados casos de un derecho de uso del agua. Para abogados que favorecen una lectura positivista de la ley **los derechos consuetudinarios tanto como los derechos no-consuetudinarios deben definir su límite**, en términos cuantificables y legítimos, y sus limitaciones, en términos administrativos. Esto traería varios problemas consigo, como pudimos observar en los capítulos anteriores.

Según esta visión, las constituciones o legislaciones de agua que permiten un derecho de aprovechamiento de agua individual pueden incluso tener factores a favor para las comunidades indígenas, pero, sin lugar a duda debilita o fragmenta la estrategia comunitaria de un derecho y uso colectivo en caso de disputas.

Por lo contrario, varias propuestas populares en los países andinos mencionan que los derechos individuales tienen que ser subditos a los derechos colectivos (Toledo, 1996; Mitchell y Guillet 1993; Crespo, 2001)

Las estrategias de la gestión de agua, que proclaman muchas organizaciones de usuarios indígenas enfocan generalmente la confianza y la cooperación entre y con las comunidades indígenas. Factores como el consenso, la (re)conciliación y sanciones graduales internas también son indispensables para la gestión integral de agua, e incluso preferidos por los sistemas liberales de agua, como el chileno por ejemplo (véase Gentes, 2001).

En la discusión sobre el reconocimiento de los derechos indígenas y consuetudinarios surgen varios interrogantes y temas centrales de reflexión, como por ejemplo:

¿declarar y arraigar o no la máxima cantidad posible de elementos de la costumbre que actualmente se ejercen o que serán recuperables? –acción que parece imposible realizar debido a la tremenda variedad de costumbres, y a la contradicción entre costumbres detalladas de indígenas y principios de políticas de aguas nacionales-; ¿se podrá obtener los derechos consuetudinarios codificados a través de un trámite inmediato simple?; ¿los sistemas de propiedad, administración y control deben ser lo más flexibles posibles para que puedan reflejar el derecho consuetudinario?; ¿cómo se pueden integrar las autoridades consuetudinarias locales desde un principio en las estructuras de la gestión integrada del agua?; ¿la gestión integrada del agua debería seguir permanentemente los acuerdos de la

---

<sup>43</sup> Véase la propuesta de Sandford (1989) para las tribus aborígenes de Australia. Es importante mencionar que las regiones y pueblos indígenas y campesinos no son comparables, y que la propuesta de Sandford tiende a ser muy "tradicionalista", "estática" y "positivista".

discusión comunitaria, la capacitación a nivel local y el entrelazamiento con las estructuras comunitarias locales? etc.

Definitivamente, la alternativa a un derecho de agua individual, planteada por las organizaciones indígena-campesinas en Bolivia por ejemplo, puede ser el manejo y el uso del agua como un recurso de propiedad o derecho comunitario (véase Bustamante, 2002).

Al respecto existen planteamientos que defienden que estos derechos son perfectamente codificables y viables dentro de un sistema legal "moderno", ya que respetan tanto los derechos del mundo externo como también hacia adentro de la "unidad consuetudinaria local". Incluso, mantienen que son receptibles a cambios institucionales, ya que en su esencia se trata de derechos que se han formado después de largos procesos de conflictos, superposiciones y adaptaciones a los distintos ámbitos legales y sociohistóricos. Varias propuestas mencionan la importancia de tener flexibilidad en la manera de formular y aplicar reglas y formas organizativas propias, y no definir las en detalle (CICDA y.o., 1996; Boelens, 1999)

Los derechos consuetudinarios de agua, según otros planteamientos, proponen una forma de codificación formal, requieren como todos los demás sistemas de uso, un marco formal de participación local en la estructuración de un régimen de agua, un monitoreo y sanciones legales conformes tanto a la eficiencia local como a la eficiencia pública (Saunders, 1991).

En fin, si se pretende apropiarse derechos consuetudinarios en regímenes formales de agua, existe el problema de que un sólo un sistema de derecho consuetudinario local de agua puede contribuir a la formación de una escuela de abogados, los cuales siempre querrán defender su "prototipo de derecho consuetudinario". Esta tendencia de nidificación (*nesting*), ¿se puede disminuir de manera que se regula y especifica dichos usos de los derechos consuetudinarios?. Esta interrogante importante debe ser considerada, y tienen que ver con la pregunta más general: ¿es viable la coexistencia y co-codificación de ambos sistemas -estatal positivo y consuetudinario-?. Los defensores de esta idea antepone algunos ejemplos exitosos en otros lugares del mundo<sup>44</sup>.

### **A modo de conclusión:**

#### **Interrogantes para la elaboración de un catastro del reconocimiento de los derechos y los usos y costumbres indígenas consuetudinarios de agua**

Pareciera que en el tema indígena, algunos de los países bajo estudio elaboran cuidadosamente facultades administrativas y de planificación, sin una definición clara de los derechos y obligaciones de todos los sectores interesados (pe. minería, agricultura, hidroeléctrica o maderera) y del gobierno, ni de medios substantivos y procedimientos para su defensa. El resultado son situaciones de indefinición y ambigüedad que no sólo crean incertidumbres e inseguridad legal, sino que además no se traducen en el respeto efectivo de los intereses protegidos. Esto abre las puertas a consideraciones interesantes sobre el rol

---

<sup>44</sup> Saunders (1991:10) menciona dos éxitos ilustres de coexistencia de derechos consuetudinarios y sistemas legales modernos en la gestión de agua: las *huertas* en España y las *zanjeras* en las Filipinas. Ambos sistemas han sobrevivido por varios siglos en la coexistencia con normas legales de sistemas nacionales, incluso los dos son sistemas de reglas complicadas y detalladas, en términos de régimen de participación, control y balance, aspectos que son tallado para las necesidades socioeconómicas específicas de la localidad: Además las dos sistemas está virtualmente imposible ser copiado en otro lugar, no obstante comparten las atribuciones intrínsecas de un derecho comunitario del recurso hídrico.

de la ley y de la administración. Problemas recientes en la región, que son de conocimiento público, hablan de la importancia del tema (Getches y Solanes, 1998).

En los capítulos anteriores destacamos la notable diferencia entre la manera cómo se regulan los derechos de los pueblos indígenas en América Latina y en los Estados Unidos, especialmente en los estados federados del oeste americano. Es de esencial importancia que en este país las decisiones judiciales han acordado en forma operativa altísima prioridad al derecho indígena que el derecho vigente respeta y hace aplicar. Con esto, el sistema estadounidense corrobora otro de los elementos tradicionales de la conjunción derecho, política y economía: derechos de propiedad claros y precisos y autoridades dispuestas a, y capaces de hacerlos vigentes y de aplicarlos, aun coercitivamente (Locke, 1980).

Otro problema asociado se presenta en América Latina, tal como hicimos vislumbrar en secciones anteriores, donde en general las legislaciones de agua no reconocen los usos consuetudinarios no apropiativos, como actividades pesqueras en lagos. Y más allá de esto último, una vez destruidos los usos consuetudinarios no son ni considerados en evaluaciones de proyectos hídricos ni mucho menos compensados.

Debido a esta gravante problemática, el programa WALIR quiere desarrollar en los próximos estudios recomendaciones y puntos de reflexión, entre otros con respecto a los siguientes interrogantes y aspectos (véase Solanes y Getches, 1998; Bronstein, 1998):

1. ¿En qué medida las leyes de agua existentes deberían incorporar el principio de los derechos consuetudinarios indígenas, en la medida que serán aplicables para, i) el caso de usos consuntivos y a efectos de preservación de usos en flujo; ii) actividades como pesca, navegación, caza, o usos de abrevaderos, manantiales, vegas y bofedales, y iii) actividades que no requieren derivación.
2. ¿Cómo se podrá garantizar la consulta de los pueblos indígenas, su representación y su poder de decisión en la realización de obras hidráulicas de interés general cuando éstos afectan su hábitat?, ¿cómo y en que caso estas obras deberían significar una compensación para los grupos indígena-campesinos?
3. ¿Es necesario que una ley prescriba que los pueblos indígenas podrán siempre y en cualquier momento pedir la inscripción de los derechos consuetudinarios y su formalización, y si los mismos derechos hubieran sido otorgados a terceros esta otorga será anulable?, ¿es factible considerar que los derechos deben ser susceptibles de expansión, en la medida en que las condiciones y el número de la población indígena cambie? Hay autores que insisten que si no se hiciera lugar a la nulidad, las comunidades indígenas deben ser compensadas. Según esta visión, el monto de la compensación deberá reflejar no sólo el valor pecuniario, sino también su relevancia a afectos de la subsistencia de las comunidades indígenas. Los obligados al pago serán conjunta y solidariamente los beneficiarios de los derechos, el estado y el los titulares (en forma colectiva y comunitaria) de la autoridad de aguas (Solanes y Getches, 1988).
4. ¿Cómo enfrentar el tema de la representación legal de las comunidades indígenas o cualquiera de sus miembros elegidos?, ¿podrán hacer valer estas acciones conforme a la legislación nacional, en sede administrativa o judicial a su elección? Esta facultad tendría que incluir, por consecuencia, la de pedir todas las medidas precautorias a que

haya lugar a efectos de proteger los derechos indígenas. ¿Las políticas públicas actuales estarán dispuestos a iniciar este proceso administrativo?

5. ¿Qué hacer con las áreas donde habitan mayoritariamente indígenas?; ¿la autoridad debe relevar e inscribir de oficio los usos y derechos con derivación o en flujo que los asisten? Cómo sancionar, en caso de no-cumplimiento de esa norma? Se hará responsable el funcionario público o el titular de la administración de aguas por los daños y perjuicios que hubieren lugar?
6. Las organizaciones indígena-campesinas exigen que los procedimientos para implementar estos procesos deberán garantizar durante todos los trayectos legislativos la audiencia, participación, la defensa de los derechos y la prueba constante de la mantención de los derechos y usos. ¿Habrá que establecer alguna instancia mayor que velará sobre la justa y equitativa distribución de las aguas?
7. Un argumento nuevo de algunos abogados es que también los derechos y usos indígenas *in situ* deberían ser reconocidos por legislación de aguas. Para eso será necesario, guste o no, codificar el tipo, la forma y la cantidad del derecho como un derecho de propiedad comunitaria, que sólo podrán ser sancionadas si no respetan un usos efectivo, beneficioso, y equitativo<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Véase al respecto los Principios de Dublín (1992) y la Visión del Comité Técnico Asesor para América del Sur (South American Technical Advisory Committee, SAMTAC) de la Asociación Mundial del Agua (Global Water Partnership, GWP): Water for the 21<sup>st</sup> Century: Vision to action. Buenos Aires, 2000.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar León, Carlos**  
2000 Análisis de la ley de aguas vigente en Ecuador y su aplicabilidad.- La nueva propuesta de Ley de Aguas.
- Anderson, Benedict** (1993): Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo. México, Fondo de Cultura Económica.
- Arroyo Castillo, Aline**  
1999 *El agua, fuente de vida pero también de conflictos: una experiencia de gestión del riego con comunidades campesinas de los Andes ecuatorianos*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 18-44.
- Aylwin, José**  
1997 *Derecho consuetudinario indígena en el derecho internacional, comparado y en la legislación chilena*, en: Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología, Valdivia, 1995, Tomo I, p. 189-97.
- Bauer, Carl**  
1997 *Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile*, en: World Development, Vol. 25, No. 5, p. 639-56.
- Beccar, Lily/  
Boelens, Rutgerd/  
Hoogendam, Raul**  
2001 Derechos de agua y acción colectiva en el riego comunitario. En: *Derechos de Agua y Acción Colectiva*, Instituto de Estudios Peruanos & P. Universidad Católica, Lima.
- Beck, Robert E.** (Ed.)  
1991 Water and Water Rights. Vol. IV, Chapter 37 (Reserved Water Rights). Charlottesville/ Virginia, The Michie Company.
- Bellah, Robert Nelly**  
1991 The good society. New York, Knopf.
- Ben, Waita** (y.o.)  
1979 Land in Solomon Islands. Solomon Islands, University of South Pacific/ Institute of Pacific Studies.
- Benda-Beckmann, Franz von/  
Benda-Beckmann, Keebet von/  
Spiertz, Joep**  
1998 *Equity and legal pluralism: taking customary law into account in natural resource policies*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 57-69.
- Bengoa, José**  
2000 La emergencia indígena en América Latina. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.
- Berry, Kate**  
1998 *Values, Ideologies and Equity in Water Distribution. Historical Perspectives from Coastal California, United States*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 189-200.
- Boelens, Rutgerd/  
Dávila, Gloria** (Ed.)  
1998a Searching for equity.- Conceptions of justice and equity in peasant irrigation. Assen/ Netherlands, Van Gorcum.
- Boelens, Rutgerd**  
1999 *La gestión concertada de los recursos hídricos y el desarrollo del riego campesino andino: un proceso fundamentado en enfrentamientos y negociación*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 137-176.
- Boelens, Rutgerd/  
Dourojeanni, Axel/  
Durán, Alfredo/  
Hoogendam, Paul**  
2001 La gestión de usos múltiples del agua y el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios. En: *Derechos de Agua y Acción Colectiva*, Instituto de Estudios Peruanos & P. Universidad Católica, Lima.
- Boelens, Rutgerd/ Hoogendam, Paul**  
2001 Derechos de agua y acción colectiva. Lima, Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- Bourdieu, Pierre/  
Wacquant, Loic**  
2000 *La lingua franca de la revolución neoliberal: una nueva vulgata planetaria*, en: Le Monde Diplomatique, Edición Chilena, No. 4, diciembre, p. 22-4.

- Bronstein, Arturo S.**  
 1998 Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión. San José de Costa Rica, OIT, Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM).
- Bustamante, Rocio**  
 1995 Normas de la gestión y gestión de las normas en sistemas de riego campesinos.- Estudio de los usos, costumbres y legislación en los sistemas de riego tradicional de Tiquipaya. Cochabamba, Tesis de Licenciatura en Derecho, PEIRAV/ UMSS:
- Bustamante, Rocio**  
 2002 Legislación del agua en Bolivia. Cochabamba, Centro Andino para la Gestión y Uso del Agua (UMSS).
- Cambellotti, Carlos Alejandro**  
 1999 El desarrollo de las reformas judiciales en Latinoamérica.- La justicia regional a fin de milenio. Buenos Aires.
- Castanier, Homero/**  
**Terán, Fernando**  
 1998b *Water law and equity in irrigation projects: the ecuatorian case*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 286-297.
- Castillo, Laureano del**  
 2001 El largo camino hacia una ley de aguas. Documento base de la conferencia electrónica sobre la legislación de aguas: Propuestas para el desarrollo rural. Lima, 12 de diciembre al 3 de octubre. ([www.agualtiplano.net](http://www.agualtiplano.net)).
- CEPAL**  
 2001 Tendencias actuales de la gestión del agua en América Latina y el Caribe (Avances en la implementación contenidas en el capítulo 18 del Programa 21). Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas.
- CICDA/ CESA/ SNV/ CAMAREN**  
 1996 El riego en la comunidad andina.- Una construcción social. Video & Folleto. Quito, ImpreFEPP.
- Clavero, Bartolomé**  
 1994 Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América. México, Editorial Siglo XXI.
- Clavero, Bartolomé**  
 2002 Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Crespo F., Carlos**  
 2002 Agua, usos y costumbres y "africanización" del manejo de la pobreza. Oxford, Brookes University, Paper.
- Cuadra Lizana, Manuel**  
 1999 *Los derechos de agua de prioridad ancestral de las comunidades atacameñas del Norte de Chile*, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, No. 1, enero-junio, Santiago de Chile, p. 85-94.
- Cubillos P., Gonzalo**  
 1994 Bases para la formulación de leyes referidas a recursos hídricos. Santiago de Chile, CEPAL, División de Recursos Naturales y Energía.
- Chihuailaf, Elicura**  
 1999 Recado confidencial a los chilenos. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.
- Dewar, Barry**  
 2002 *Reivindicaciones globales y autogobierno en Canadá*, en Seminario Nuevas Relaciones entre Estado y Pueblos Indígenas: La Experiencia Internacional. Santiago de Chile, Universidad de Chile
- Díaz Gacitua, Miguel/**  
**Elgueta Riquelme, Raúl**  
 2001 *La Protección y Uso de las Aguas entre los Mapuches de la Araucanía. Problemas y Perspectivas para el Desarrollo Indígena*, en: Anales del III Encuentro de las Aguas, Panel 2: Políticas y Estrategias para el Desarrollo del Recurso Hídrico, Santiago de Chile, MOP/ MINAGRI/ IICA.
- Díaz-Polanco, Héctor**  
 2000 *Los dilemas de la diversidad*, en: Anales del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el Tercer Milenio. Arica, Universidad de Chile et al.
- División de Medio Ambiente y Desarrollo**  
 1998 Recomendaciones de las reuniones internacionales sobre el agua: de Mar del Plata a París. Santiago de Chile, CEPAL.
- División de Recursos Naturales y Energía**  
 1987 La pequeña cuenca de montaña en la gestión del desarrollo y en la conservación de los recursos naturales. Santiago de Chile, CEPAL.

**División de Recursos Naturales y Energía**

1993 Políticas de gestión integral del agua y políticas económicas. Santiago de Chile, CEPAL.

**División de Recursos Naturales y Energía**

1995 Mercados de derechos de agua: entorno legal. Santiago de Chile, CEPAL.

**Dourojeanni, Axel (Ed.)**

1997 Amanecer en los Andes. Santiago de Chile, CEPAL.

**Dourojeanni, Axel/**

**Jouravlev, Andrei**

1998 El código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 3.

**Dourojeanni, Axel**

1999 Debate sobre el Código de Aguas de Chile. Santiago de Chile, CEPAL.

**Dourojeanni, Axel**

2000 Procedimientos de gestión para el desarrollo sustentable. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Manuales No. 10.

**Dourojeanni, Axel**

2001a Crisis de gobernabilidad en la gestión integrada del agua en América Latina. Santiago de Chile, CEPAL.

**Dourojeanni, Axel**

2001b Gestión integrada de recursos hídricos y del medio ambiente. Santiago de Chile, CEPAL.

**Dourojeanni, Axel**

2001c Temas relevantes para mejorar la capacidad de gestión del uso múltiple del agua. Santiago de Chile, CEPAL.

**Enríquez Vásquez, M./**

**Real López, B.**

1992 Vida por petróleo: El caso del parque nacional Yasuni ante los tribunales. Quito, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales.

**Etzioni, Amitai**

1996 The New Golden Rule.- Community and Morality in a Democratic Society. New York, Basic Books.

**Fernández Osco, Marcelo**

2000 La ley del Ayllu: Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (Justicia Mayor y Justicia Menor) en comunidades aymaras. La Paz, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia.

**García, Luís E.**

1998 Manejo integrado de los recursos hídricos en América Latina y el Caribe. Washington D.C, Banco Mundial, No. ENV-123.

**García Canclini, Nestor**

1992 Culturas híbridas. Buenos Aires, Editorial Sudamericana.

**Gelles, Paul**

1998 *Competing cultural logics: state and 'indigenous' models in conflict*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 256-267.

**Gelles, Paul**

2000 Water and Power in Highland Peru.- The Cultural Politics of Irrigation and Development. New Brunswick/ New Jersey/ London, Rutgers University Press.

**Gelles, Paul/**

**Boelens, Rutgerd**

2001 *Water, Community, and Identity: The Politics of cultural and agricultural Production in the Andes*. Amsterdam. CEDLA- Centre for Education and Documentation on Latin America.

**Gentes, Ingo**

2000 "Agua es vida": Comunidades indígenas de agua y minera en el Norte Grande/ Chile. Berlin, Wissenschaftlicher Verlag.

**Gentes, Ingo**

2001 *Culturas étnicas en/o conflicto: el Código de Aguas y las Comunidades Indígenas en el Norte Grande/ Chile*, en: Revista Américas, Año 4, Tomo 16, Viena/ Caracas.

**Gerbrandy, Gerben/**

**Hoogendam, Paul**

1998 Aguas y acequias.- Los derechos al agua y la gestión campesina de riego en los Andes bolivianos. La Paz, Centro de Información para el Desarrollo (CID)/ Plural Editores.

**Gerbrandy, Gerben/**

**Hoogendam, Paul**

1999 *La complejidad del derecho al agua en Totorani, y su significado para una propuesta ley de agua*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p.45-75.

- Getches, David**  
1990 Water Law. Chapter VIII (Federal and Indian reserved Rights). St. Paul, West Publishing Co.
- Golte, Jürgen**  
1980 La racionalidad de la organización andina. Lima, Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- Golte, Jürgen/**  
**Cadena, Marisol de la**  
1983 *La codeterminación de la organización social andina*, en: Allpanchis, No 22, Año 13, Vol. 19, Cusco, p. 7-34.
- Gonzalez-Villareal, Fernando/**  
**Solanes, Miguel**  
1999 The Dublin Principles for Water as reflected in a comparative Assessment of institutional and legal Arrangements for Integrated Resources Management. Stockholm, Global Water Partnership (GWP).
- Griffith, John**  
1992 *Legal Pluralism and the Social Working of Law*, en: Brouwer, Bob (Ed.) Coherence and Conflict in Law. Deventer/ Boston, Kluiver Law and Taxation Publishers, p. 151-76.
- Guevara Gil, Armando/ Urteaga Crovetto, Patricia**  
2002 Legislación de recursos hídricos y derechos indígenas. El caso del Perú. Borrador para el Proyecto WALIR (Water Law and Indigenous Rights). Lima, enero.
- Guillet, David W.**  
1995 Covering Ground.- Communal Water Management and the State in the Peruvian Highlands. Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- Habermas, Jürgen**  
1993 *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, en: Habermas, Jürgen: Escritos sobre Moralidad y Eticidad. Barcelona, Paidós, p. 131-72.
- Habermas, Jürgen**  
1999 La inclusión del otro. Barcelona, Paidós.
- Habermas, Jürgen**  
2000 La constelación post-nacional. Barcelona, Paidós.
- Hardin**  
1968 *The tragedy of the commons*, en: Science, No. 162, p. 1243-48.
- Hardt, Michael/**  
**Negri, Antonio**  
2000 Empire. Cambridge/ London, Harvard University Press.
- Hendriks, Jan**  
1998 *Water as private property.- Notes on the case of Chile*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 297-312.
- Howe, Charles**  
1997 *Protecting public values under tradable water permit systems: efficiency and equity considerations*, en: Seminar on Economic Instruments for Integrated Water Resources Management: Privatization, Water Markets and Tradable Water Rights. Proceedings, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- Huizer, Gerrit**  
1998 *The imposition of western values and the peasants struggle for equity*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 46-56.
- Ingram, Helen/**  
**Brown, F. Lee**  
1998 *Commodity and Community Water Values. Experiences from the U.S. Southwest*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 114-120.
- Jouravlev, Andrei S./**  
**Lee, Terence R.**  
1998 Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Medio Ambiente y Desarrollo No.6.
- Jouravlev, Andrei**  
2000 Water utility regulation; issues and options for Latin America and the Caribbean. Santiago de Chile, CEPAL.
- Latin American Weekly Report**  
1994 Two dead as protests against end of land reform spread through Ecuador. Londres, Latin American Newsletter, 30 de junio.
- Larbi Bouguerra, Mohamed**  
1998 El agua bajo la amenaza conjunta de la contaminación y de los mercados. Paris, Le Monde Diplomatique, agosto.

- Locke, J.**  
1980 Ensayo sobre el Gobierno Civil. Madrid, España, Edición Aguilar.
- MacKean, Michael A.**  
1997 Common Property: What is it, what is it good for and what makes it work? Indiana, Indiana University, International Forestry Resources and Institutions Research Program Working Paper 24.
- Mazalta, Marie**  
1999 *Las organizaciones internacionales y la privatización del agua*, en: Encuentro Internacional del Agua, 9-12 de junio, Cochabamba, ponencia inédita.
- Mena V., Xavier**  
1998 *The rights of indigenous peoples over their territories and natural resources*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 70-78.
- Métais, Sarah/**  
**Zaharia, Hélène/**  
**Apollin, Frédéric/**  
**Robalino, Telmo**  
1999 *Manejo de los recursos naturales: hacia una gestión concertada de los recursos naturales a nivel territorial.- El caso de la sierra ecuatoriana*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 77-106.
- Mitchell, William P./**  
**Guillet, David (Hg.)**  
1993 *Irrigation at High Altitudes: The Social Organization of Water Control Systems in the Andes*. Washington, American Anthropological Association.
- Núñez E., Pablo**  
2001 Historia de riego en Ecuador: Visión general. Cochabamba, ponencia presentada en el "Encuentro sobre las Aguas", CICDA.
- Ploeg, Jan Douwe van der**  
1998 *Peasants and Power*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed): Searching for equity (dto), p. 39-45.
- Oré, María Teresa**  
1998 *From agrarian reform to privatization of land and water: the case of the peruvian coast*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 268-278.
- Pacari, Nina**  
1998 *The ecuadorian water legislation and policy analysed from the indigenous-peasant point of view*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (dto), p. 279-285.
- Padilla, César (Ed.)**  
2000 El pecado de la participación ciudadana.- Conflictos ambientales en Chile. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)/ HIVOS/ Holanda.
- Parsons Alvarez, Franklin**  
2001 *Las aguas en la ley indígena*, en: Actas de las IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo Económico, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.
- Petrella, Riccardo**  
2001 *Fuertes presiones privatizadoras: la nueva conquista del agua*, en: Le Monde Diplomatique, Edición Chilena, No. 5, enero-febrero, p. 8-9.
- Rawls, John**  
1993 La teoría de la justicia. México, Fondo de Cultura Económica.
- Rex, John**  
1996 *Ethnic Minorities in the Modern Nation State.- Working Papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration*. Warwick-Londres, Macmillan Press.
- Rivera Cusiquanqui, Silvia**  
1984 La voz de los oprimidos pero no vencidos. La Paz, hisbol.
- Sabatini, Francisco/**  
**Sepúlveda, Claudia (Ed.)**  
1997 *Conflictos Ambientales.- Entre la Globalización y la Sociedad Civil*. Santiago de Chile, LOM Ediciones.
- Salomon, Frank**  
1994 *The Huarochiri Manuscript: A Testament of Ancient and Colonial Andean Religion*. Austin, University of Texas Press.
- Sandford D., Clark**  
1989 Reconciling customary law and modern principles of water management. Ponencia Universidad de Alicante/Valencia, III Congreso Mundial de Derecho y Administración de Aguas.

- Saunders, J. Owen**  
1995 Accomodation of traditional uses within codified water laws. Discussion Paper. Hanoi, Workshop No. 2: Preparatory Organizational and Legal Studies.
- Schlager, Eric/**  
**Ostrom, Elinor**  
1996 *Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis*, en: Land Economics, p. 249-62.
- Sierra, María Teresa**  
2001 *Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas*, en: Memoria, No. 147, mayo, México.
- Solanes, Miguel**  
1998 *Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublin*, en: Revista de la CEPAL, No. 64, Santiago de Chile, p. 165-85.
- Solanes, Miguel**  
2001 Comentarios al anteproyecto de Ley de Aguas del Perú. Santiago de Chile, CEPAL, agosto (documento inédito).
- Solanes, Miguel/**  
**Dourojeanni, Axel**  
1995 *Mercados de derechos de aguas*, en: Debate Agrario, No. 21, Lima, p. 15-36.
- Solanes, Miguel/**  
**Getches, David**  
1998 Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico. Washington, BID/Cepal.
- Stavenhagen, Rodolfo/**  
**Iturralde, Diego (Ed.)**  
1990a Entre la Ley y la Costumbre.- El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. México, Instituto Indigenista Interamericano.
- Stavenhagen, Rodolfo**  
1990b *Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional*, in: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Ed.) Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.- Manual de Conferencias. San José, IIDH/ CAPEL, S. 221-58.
- Stavenhagen, Rodolfo**  
1997 *Las Organizaciones Indígenas: Actores Emergentes en América Latina*, in: Revista de la CEPAL, No. 62, Santiago de Chile, S. 61-73.
- Subercaseaux, Bernardo**  
1999 Chile o una loca historia. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.
- Taylor, Charles**  
1993 El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México, Fondo de Cultura Económica.
- Thomson, George**  
2002 *La evolución del derecho aborígen en Canadá*, en: Seminario Nuevas Relaciones entre Estado y Pueblos Indígenas: La Experiencia Internacional. Santiago de Chile, Universidad de Chile
- Toledo Llancaqueo, Víctor**  
1999 Todas las aguas, el subsuelo, las riberas, las tierras.- Notas acerca de la (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos Naturales y contribución a una política de defensa. Temuco.
- Tresierra, Julio C.**  
2000 Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Verweij, Michiel J.**  
1999 *Una organización campesina experimentando con agua*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 107-136.
- Verdugo Ramírez de Arellano, Ignacio**  
1998 Legislación ambiental en el ámbito de la minería. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA).
- Walzer, Michael**  
1993 Las esferas de la justicia.- Una defensa del pluralismo y la igualdad. México, Fondo de Cultura Económica.
- Williams, Stephen**  
1983 *The requirement of beneficial use as a cause o waste in water resource development*, en: Natural Resources Journal, No. 1, Albuquerque, Nuevo México, University Of New México, enero.
- Yoder, Robert/Martin, Edward**  
1998 *Water rights and equity issues. A case from Nepal*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (dto), p. 133-142.

**Young, Robert A.**

1986 *Why are there so few transactions among water users*, en: American Journal of Agricultural Economics, No. 5, Menasha, Wisconsin, diciembre.

**Yrigoyen Fajardo, Raquel**

2000 Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala, Fundación Myrna Mack.

#### **Informes Nacionales sobre la Gestión del Agua:**

**Brown Fernández, Ernesto/**

**Saldivia Medina, Juan Eduardo**

2000 Informe nacional sobre la gestión del agua en Chile. Santiago de Chile, enero del 2000.

**Galárraga-Sánchez, Remigio H.**

2000 Informe nacional sobre la gestión del agua en Ecuador. Quito, 15 de febrero de 2000.

**Mattos R., Roger/**

**Crespo, Alberto**

2000 Informe nacional sobre la gestión del agua en Bolivia. La Paz, 19 de enero.

**Núñez Timoteo, Nelly**

2000 Informe nacional sobre agua potable y saneamiento.- Situación y perspectivas al año 2025. Lima, 18 de enero.