

# DERECHO DE AGUAS 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 América Latina, las “culturas de agua” y las “identidades hidráulicas locales” forman parte importante en el desarrollo de un manejo racional y una distribución sustentable del recurso hídrico. Tanto que en la ponencia final de las conclusiones del Foro del Agua en La Hogue de 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 usualmente omitidos en el proceso de una visión global del agua”. El siguiente documento conceptual tiene como objetivo contribuir para una mejor comprensión de los derechos indígenas, sensibilizar la toma de decisiones al respecto, a los cambios legales y de políticas requeridas, y contribuir al reconocimiento adecuado de las normas indígenas con respecto a la gestión de aguas en sus pueblos y comunidades. El estudio es interdisciplinario con el fin de poder fomentar un aprendizaje mutuo e intercambiar los avances y estrategias entre los países respectivos sobre las fortalezas, debilidades y oportunidades en cada nación, y para fortalecer la acción interinstitucional e interandina al respecto. El estudio también es comparativo ya que incluye las experiencias y avances de otras regiones en que se han elaborado análisis similares, y 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 an equitable distribution of the water resources. However, not all law- and policy-making actors and institutions are aware of this fact. 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”. The session concluded that their is an urgent need to correct the imbalance of mainstream thinking by actively integrating indigenous women and men in subsequent phases, starting with the Framework for Action. The aim of this paper is to present a conceptual document for the WALIR project’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 rights and water management rules in national legislation.

## 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 ges-

1 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, y coordinado por la Universidad de Wageningen, Países Bajos, y las Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile.

2 Dr. phil. en Ciencias Políticas y Sociales, Magíster en Antropología de la Universidad Libre de Berlín. Se desempeña actualmente como docente en la Uni-

versidad Academia de Humanismo Cristiano, 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) (igentes@academia.cl; igentes@eclac.cl).

3 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.

tión de uso integrado del agua 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 cómo el conocimiento tradicional de sus pueblos fue visto como inferior en el sistema político, legal y científico imperante y cómo sus argumentos son una y otra vez descartados por las Cortes y otras instituciones"<sup>4</sup>.*

Definitivamente, la "voz de los vencidos" 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 tornamos la vista hacia 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 en cuenta las regulaciones de las comunidades indígenas-campesinas<sup>6</sup> locales para gestionar sus sistemas

de agua, estos generalmente solo se refieren a intenciones más bien estratégicas, ya que lo que se busca por parte de las políticas públicas según algunos líderes indígenas es institucionalizar las organizaciones indígenas y tratarlas como cuerpos sociales estáticos, lo que no corresponde a las realidades y estrategias diarias de las comunidades andinas (Llancaqueo, 1996).

En reconciliación con esta lógica indígena parece evidente que, al no existir mínimamente sistemas claros de reconocimiento de usos y derechos indígenas, la eventual referencia a sistemas de gestión se encuentra con un objeto muy debilitado.

Atrevémonos a dar un paso más lejos: 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 Andes. 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 integración de usos y costumbre tradicionales del agua por parte de los pueblos indígenas pareciera causar problemas estructurales a la leyes nacionales vigentes, ya que desconocen cuando los efectos negativos del uso y explotación de aguas –sea por comunidades indígenas, ciudades o actividades comerciales o mineras– se interfieran recíprocamente. Es obvio que será necesaria una instancia a nivel 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 tradicionales de comunidades indígenas se ven destruidos por

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

5 Ibid.

6 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.

las actividades mineras y el crecimiento urbano desordenado (véase Castro, 1991, Sabatini/ Sepúlveda, 1997).

Justo este tema es de suma importancia, ya que por un lado sobre todo la población indígena y campesina se ve confrontada con una creciente escasez del agua, mayor pobreza y conflictos sobre la distribución o contaminación de sus recursos hídricos, que en parte son causados por la negación y discriminación de formas adecuadas de gestión y capacidades apropiadas de regulación; por el otro, parece vislumbrarse una mayor apertura en el clima político actual para un cambio en las legislaciones existentes. Son espacios de reconciliación que deben ser aprovechados para reclamar mayor atención a los marcos normativos aún existentes y practicados en las comunidades indígenas y 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 actual y consuetudinario. En este sentido, se asumen varios compromisos; primero, se pretende 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 tradicional 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, la cultura tradicional indígena identifica 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 también se ha afirmado que los bienes comunes son los más vulnerables, como enseña el ejemplo de las islas Solomon (véase Ben, 1979);

- b) recursos naturales como el agua, si bien es cierto no es un recurso de libre uso en las comunidades indígenas, está sometido 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.

En cuanto a la *defensa o legitimización de la propiedad común de recursos naturales* también vislumbran dos factores esenciales:

- a) si las actividades de un grupo de usuarios de recursos imponen costos sobre otro grupo (familiar) se negocia una solución dentro del régimen común que permite internalizar externalidades como enseña el ejemplo de muchas tribus en la selva amazónica (véase Kean, 1996);
- b) si los usuarios del agua no tienen los recursos (económicos, logísticos o infraestructurales) para delimitar áreas privadas o si hoy el gobierno regional no puede apoyar un sistema judicial para hacer cumplir los derechos de propiedad (ancestral), los regímenes de propiedad común proveen posibles soluciones para la administración, estableciendo reglas dentro y entre los usuarios. Ejemplo son la organización social de los pueblos Kuna en Panamá, y algunos pueblos andinos como Cabanaconde en Perú (véase Gelles, 2000).

7 Sofistiquemos con este objetivo el esquema desarrollado por Kean (1996:10-5) para los grupos indígenas del bosque tropical amazónico.

8 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 varios 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 solo en el papel o fueron institucionalizadas desde arriba por agencias estatales u organismos de desarrollo (véase Dourojeanni, 2001a).

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 del uso de los recursos naturales. Contrariamente a los sistemas de valores y creencias occidentales, no existe un límite claro que separe lo humano de lo "natural"<sup>9</sup>. El uso y la conservación se convierten así 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).

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 creencias y valores y no necesariamente en instituciones formales, que, de un punto de vista jurídico, deben ser formalizados en el contexto. Uno de los valores básicos de muchos grupos y comunidades indígenas es la idea de compartir y restringir la acumulación de bienes, tanto de origen económico como de origen social, como enseñan el convivir de las tribus amazónicas (Kean, 1996). Por otra parte, la autonomía de la comunidad es un valor clave que garantiza el acceso "libre" —en términos económicos— a los recursos naturales. En cada comunidad las relaciones con otras agrupaciones humanas y con la naturaleza es responsabilidad de grupos pequeños de parien-

tes, esto es muy obvio en el caso del manejo de recursos hídricos en los Andes.

En definitiva, las comunidades indígenas tampoco son recalcitrantes a factores de cambio, tanto de carácter endógeno, como de carácter exógeno. Por ejemplo, en el caso del agua, hay un mercado de agua establecido y el hecho que hoy día, hasta en las regiones más apartadas de los países andinos, se paga por el uso de un derecho de agua, se suma a la problemática de que, también a nivel local, se compiten varios marcos normativos para el control de recursos, lo que hace difícil a las políticas encargadas: i) detectar la posible razón por la cual funciona o no funciona un determinado sistema de gestión integral; ii) una vez determinadas las razones que hacen surgir los conflictos entre usuarios (y su naturaleza) mediar correctamente y proponer vías de solución sociocultural y geográficamente adecuadas; y iii) definir con miras a largo plazo una normativa legal "justa", que tome en cuenta el factor indígena local y que concluya la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico.

## 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 derechos sobre el subsuelo del predio ni sobre las aguas (subterráneas) ni las riberas ni las especies que en ella residen (Llancaqueo, 1996; Gelles, 1998, Sierra, 2001). Entre los pueblos indígenas del continente, este 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 que buscar una alternativa a la demanda absoluta de la territorialidad que se ve muy compleja desde un punto de vista político.

Es evidente que la *territorialidad*, clave de la supervivencia y la política indígena, no es 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). Hoy, ante el empuje de las políticas neoliberales avanzan las inscripciones de derechos de agua a manos de no indígenas, la expansión de

9 Al menos, de manera general, parece el caso en las estrategias políticas de las organizaciones indígenas. No obstante esta característica general, existen muchas familias y comunidades indígenas que distinguen en la vida práctica claramente entre lo humano y lo natural. Esta (co)existencia real en los Andes debe ser investigada cuidadosamente según caso de estudio.

10 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 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.

plantaciones forestales, la constitución de concesiones mineras en tierras indígenas, el patentamiento de germoplasma, el rediseño regional, con grandes obras viales, industriales e hidroeléctricas, y acuerdos transnacionales (TLC, ALCA) que moldean los nuevos espacios de participación indígena efectiva, y se reduce o se anula el control efectivo que las comunidades indígenas pueden tener sobre sus territorios.

A la vez, sin descuidar la estrategia jurídica mayor –la de un reconocimiento constitucional– los pueblos indígenas chilenos por ejemplo usan el actual ordenamiento legal para proteger parte de las aguas indígenas, y también parte del subsuelo. De no mediar una política diligente en estas materias, a la hora de los derechos reconocidos –si es que alguna vez llega– habrá pocos recursos efectivamente bajo control indígena (véase Cuadra, 1999).

El tema de la territorialidad indígena y la defensa de los derechos sobre la tierra y sus recursos forma parte de las exigencias básicas del movimiento indígena. Sin embargo, en América Latina las demandas por un estatus 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”. Aún existe 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 positivista que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares.

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, se han planteado ambas posiciones<sup>11</sup>:

a) La primera posición reclama el dominio indígena sobre todos los recursos de los territorios indígenas: suelo, subsuelo, riberas, agua, bosques, cualquiera sea el régimen actual bajo el

cual estos se encuentren (dominio estatal, público o privado no indígena). El fundamento de esta postura es que los pueblos indígenas y sus derechos territoriales son anteriores a la formación de los Estados-naciones<sup>12</sup>; por lo tanto, las propuestas jurídicas pasan por una nueva Constitución estatal plurinacional que reconozca esos derechos originarios.

b) La otra posición puede aceptar o no el dominio estatal o la condición de bien público de lagunas y recursos, asumiendo que es improbable cambiar ese estatus 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. Se comparte el fundamento de la postura anterior, pero se agregan razones de un “pragmatismo y realismo político”. Las propuestas se fundamentan como medidas de protección de grupos y zonas vulnerables, discriminación positiva, resguardo de equilibrio ecológico. A su vez, las estrategias jurídicas concretas pueden ser fuertes, como exigencia de la exclusividad de concesión, o débiles, como la solicitud de derecho preferente o prioritario, pasando por prohibiciones de concesión en determinadas zonas y recursos.

### 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,

12 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 nación, ni del discurso ideológico del Estado en los términos planteados por Benedict Anderson: como parte de una sociedad imaginada (véase Anderson, Benedict: *Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993).

11 En Chile, el 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 Aylwin, 1997; Bengoa, 2000).

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 ni 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 y se hayan obtenido avances importantes en el tema saneamiento básico en muchos países latinoamericanos: el agua es vida también para el poder económico, y es fundamental para controlar la subsistencia de este sector, si uno lo enfrenta desde la visión neoliberal y global. Para el estado mayor mundial del agua, resulta así necesario que el agua sea tratada como un bien económico, pretendiendo que es la manera más eficaz para luchar eficientemente contra la penuria y el acelerado incremento en su valor<sup>13</sup>.

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”) po-

drá garantizar el equilibrio entre la oferta y una demanda en 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 sobre grandes distancias, de acuerdo a las reglas del libre comercio y en el marco de la libre competencia, permitirá no solo obtener (muchas) ganancias, sino asimismo eliminar los conflictos<sup>15</sup>. Esta visión no considera que un precio justo –para las comunidades indígenas-campesinas– no es necesariamente el precio del mercado, lo que pueda agilizar incluso más los conflictos en las regiones y comunidades remotos en los Andes, incluso puede impedir, por ejemplo, en gran parte la autogestión existosa 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 en la regulación de su manejo, uso y distribución, va en absoluto contrasentido de la “ideología indígena-campesina” y de los derechos locales (véase Schlager/Ostrom, 1995).

Tanto en la antropología o sociología jurídica, como en general en los tratados que de alguna manera tratan el derecho indígena se ha buscado entender, describir y calificar dichos sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad se impone utilizando 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>16</sup>”. Sin embargo, en la

13 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).

14 La Asociación Mundial del Agua (*Global Water Partnership*, GWP) organismo formado en 1996, representa una red internacional abierta a todas las organizaciones involucradas en la gestión de los recursos hídricos. Los Principios de Dublín de 1992 formaron la base para la constitución del GWP, cuyas actividades se implementan en el área que corresponde a los Comités Regionales de Asesoría Técnica (*Regional Technical Advisory Committees*, RTACs). SAMTAC es el Comité Técnico de Asesoría Técnica para América del Sur (*South American Technical Advisory Committee*, SAMTAC) que se constituyó formalmente en octubre de 1998. 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.

15 No pretendemos entrar más en detalle en el polémico tema de los mercados de agua. A este respecto, se podrá consultar *La charte sociale de l'eau*, redactada por la Academia del Agua, en Francia, así como los trabajos de la Comisión Agua y Ética de la UNESCO.

16 Sin lugar a dudas, 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

mayoría de las propuesta de reforma constitucional que hicieron los pueblos indígenas se habla solamente de “derecho indígena<sup>17</sup>”. Hay 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 que son formas tradicionales 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” esta solo 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 solo 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 idea que está en la base es la concepción “monista” del derecho que identifica Derecho con Estado y asume que en un Estado solo cabe un derecho o sistema jurídico válido, el estatal. Los demás sistemas normativos no son vistos como tales sino como prácticas puntuales. La doctrina vigente distingue tres ti-

pos de *costumbres* con 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>18</sup>.

La utilización del término compuesto *usos y costumbres* tiene una raíz europea. Durante el proceso de imposición 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, solo 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 solo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español. 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 al 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

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).

17 Interpretándolo como el conjunto de normas y leyes tradicionales que regulan la vigencia y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas.

18 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).

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.

Como veremos más adelante, existe en parte una tendencia a normar los *usos y costumbres* indígenas según la visión monista de la ley, y se hace el intento de crear un marco normativo nuevo e independiente, paralelo al sistema legal establecido, que entregue a los pueblos y comunidades indígenas un personería en igualdad de derecho al concepto jurídico positivo<sup>19</sup>.

Sin embargo, no hay que dejar de lado 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 gubernamentales y poderes fácticos neoliberales. En este sentido, el reconocimiento de los usos y costumbres y su menor regulación en las políticas hídricas de inspiración neoliberal, dan luces acerca de las nuevas formas de configuración del poder (económico) en los países latinoamericanos, probablemente un poder más sutil que sigue las reglas "democráticas del mercado de agua" y que está principalmente orientado a administrar la vida de los sujetos individualizados y socialmente aislados.

Los recursos hídricos forman parte de una política de poder y capitalista, donde indudablemente las formas rentables y mercantiles de manejo de agua son y serán siempre priorizadas de facto frente a los sistemas de gestión comunal, 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 lo tanto, es preciso 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 indígenas-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 INDÍGENAS DE AGUA

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 los pueblos andinos las aguas 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, siendo inconcebible la apropiación privada ni de las tierras ni de las aguas.

Ahora bien, algunos Estados nacionales en la región también han tenido conciencia de la "deuda histórica" con los pueblos indígenas e iniciado un proceso de regularización de los derechos indígenas de agua, siguiendo la base del derecho vigente. 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).

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 otra, las normas que regulan el uso del recurso al interior de cada comunidad (Cuadra, 1999).

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

19 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 ribateos políticos ni al cálculo de interés sociales" (ibis., 1993:17).

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 con igualdad de condiciones en los trabajos de construcción y mantención de las obras comunes, rituales y ceremonias.

Si se aplican y se extienden los Códigos o Leyes de Agua con rigor en las comunidades indígenas-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 innegables desde un punto de vista de la gestión equitativa del agua y la sostenibilidad del eco-

sistema, son inconcebibles desde un punto de vista de la territorialidad, la propiedad colectiva y comunitaria y la cosmovisión de los pueblos andinos.

## 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 creciente de 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 este 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>20</sup>. Sin lugar a dudas ha

20 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).

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>21</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 indígenas<sup>22</sup>. En fin, hay problemas de foros de defensa y medios de acceso para los pueblos indígenas.

Tercero, aun 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>23</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 de cumplir con los objetivos técnicos del proyecto. Esta práctica de intervención muestra la falta de comprensión del 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 participativos que no solo son más equitativos y justos, 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 ligadas a la gestión del agua, hacen 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. Llamen la atención estas contradicciones al revisar varios textos normativos<sup>24</sup> sobre los recursos naturales y el

21 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 autoorganización y administración de las comunidades indígenas, que actúen en el marco de un desarrollo sustentable. Los planes estratégicos de desarrollo de las etnias andinas (aimaras 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 estas, 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).

22 A pesar de lo anterior, la *Ley Indígena* de Chile de 1993, por ejemplo otorga validez al derecho consuetudinario indígena solo en caso de litigios entre miembros de una misma etnia y aún aquí solo 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 un 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).

23 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.

24 Así que en Chile por ejemplo la relativamente débil legislación indígena del 1993 se considera “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).

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 puedan 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 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 encuentren 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, las organizaciones indígenas deben desarrollar y fortalecer una continua capacidad 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, entonces, nuevas prácticas sociales, y 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 consuetudinarias o en acuerdos o

leyes del país en donde los pueblos indígenas se radican (Jourvaley 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 Zelanda y algunos países del Pacífico Sur (Fiji, Papúa Nueva Guinea)<sup>25</sup> ofrecen ejemplo considerables. Por ejemplo, la consideración de los intereses maoríes en Nueva Zelanda 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).

En Nueva Zelanda los usuarios y otros interesados en el recurso 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 significa que vayan a participar todos los interesados o sectores mayoritariamente afectados como pobladores 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

25 En las islas Solomon, por ejemplo, la tierra y su uso respectivo pertenece tradicionalmente a los miembros de una tribu o un clan (*lineage*) encabezado por un líder o vocero (*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).

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. Con esto, el sistema estadounidense corrobora otro de los elementos tradicionales de la conjunción derecho, política y economía: declarar *derechos de propiedad claros y precisos y autoridades dispuestos a, y capaces de hacerlos respetar, y de aplicarlos, aun coercitivamente* (véase Solanes, 1998).

También en *Canadá* los derechos de las poblaciones autóctonas han sido especialmente considerados y protegidos. Así por ejemplo los jueces canadienses han resuelto que los tratados y leyes deben interpretarse en forma equitativa, amplia y liberal en favor de los habitantes autóctonos.

En cuanto al tema de los recursos hídricos nos consta que, en general, América del Sur no ha efectuado aún un análisis detallado del tema de los derechos de usos de agua de sus pueblos indígenas. No obstante, las propuestas de legislación reciente, más los sucesos en 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 en Estados Unidos o Canadá (véase el proyecto de ley de aguas del Perú; *Latin American Weekly Report*, 1994; Enríquez Vásquez y Real López, 1992).

Veamos de manera breve 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>26</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 reservar el área particular determina la cantidad de agua que el gobierno implícitamente reservó<sup>27</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 entorpezcan 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 pueden 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

26 *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 extremo 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.

27 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.

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>28</sup>.

## 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 solo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría *derecho* se entiende que no solo se trata de prácticas aisladas como el término *costumbres*, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Solo que la palabra *consuetudinario* fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.

Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado este 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. Y 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 Tribuales 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 solo mientras no afectase las “políticas de integración” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas (Yrigoyen, 2000).

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 solo 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 paralelo, y a partir de qué punto este deberá someterse a un sistema de derecho –y de control de la legalidad– de jerarquía superior?

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 tradicionales de las comunidades indígenas. En lo que concernía a los

28 La CONAIE en Ecuador, por ejemplo, insiste que dicha venta o arriendo solo 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 transfieran o se transen.

asuntos exclusivamente internos de dichas comunidades el derecho que se aplicaba no era el español sino el de aquellas. Este criterio recién comenzó a cambiar con la llegada de los Borbones al trono español, pero solo 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 solo sistema de derecho para toda la población, o a lo 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 cómo nos vamos orientando progresivamente hacia la *coexistencia de dos 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 aun 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 la gran variedad de los sistemas de derecho consuetudinario es aceptado y respetado *de facto* por los pueblos indígenas aun en la 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 solo 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.

Con ese objeto la Constitución de *Bolivia* 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 jurisprudencial 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; interpretación que equivale a una *cuasi federalización del derecho*, lo que podríamos considerar como algo verdaderamente revolucionario si se la coteja con los principios jurídicos del constitucionalismo decimonónico (Bronstein, 1998).

## 8. UN DERECHO DE AGUA INDIVIDUAL Y/O UN DERECHO COMUNITARIO COLECTIVO DE AGUA. LA POSTURA INDIGENISTA

En relación a la legislación sobre los recursos hídricos se producen grandes contradicciones entre ley (escrita) y costumbre (viva) y usos (practicados). Es decir, existen disposiciones que claramente establecen la prevalencia del Estado como propietario del recurso, al mismo tiempo que se aprueba la 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 adminis-

tración de las aguas y no hay ni "propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas"<sup>29</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 esta se presenta (abrevaderos, ríos navegables, lagos o lagunas, 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>30</sup>.

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). Las organizaciones indígenas rechazan en su conjunto la noción de un mercado de agua, que en consecuencia significaría una individualización de los derechos de agua<sup>31</sup> y la acelerante y agravante división de los usuarios a nivel local. A 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).

Hay varias concepciones indígenas-campesinas sobre el manejo y uso del agua que pueden ser tituladas equitativas y sustentables. Estas reglas y concepciones se refieren no solamente a los sistemas de riego, sino 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).

Dado que las tierras<sup>32</sup>, las aguas, el subsuelo, y riberas de los territorios indígenas se rigen

por normas de propiedad específicas, 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 de 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 un lado el reclamo por más justicia e igualdad con respeto a la distribución de agua y de otros beneficios entre los distintos grupos y sectores de la sociedad, y por el otro, el reclamo de que la distribución interna se basa en decisiones autónomas, los derechos indígenas-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 CONSUECUDINARIOS DE AGUA EN MATERIAS DE 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 capítulos anteriores la tendencia por parte de los gobiernos latinoamericanos de crear regímenes legales de propiedad privada modelados e inspirados sobre los sistemas legales europeos, y declarando como propiedad estatal grandes extensiones de recursos naturales. Las leyes locales preexistentes, si es que hayan sido reconocidas, eran y son vistas como un obstáculo para el desarrollo del país. No obstante, uno de los temas 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 pueden ver algunas formas de pluralismo legal en relación con el manejo y uso de los recursos naturales.

Históricamente hablando, se puede manifestar que mientras más se involucraba el Estado en el control y la explotación de la gentes, de su

29 En la Ley de Aguas del Perú de 1969, y adoptada 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 imprescindible, y de que no hay ni propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas".

30 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.

31 Además, una privatización individualizadora de los derechos de agua genera una contradicción intrínseca: por la desarticulación e individualización de la organización colectiva, los usuarios —que en su calidad de derechohabientes individuales, son incapaces de manejar el sistema general— tienden a recurrir a instituciones de apoyo "para que se encarguen".

32 No obstante, hay que considerar que el reparto de las tierras individuales dentro de las comunidades es una práctica común en las comunidades indígenas-campesinas a lo largo de los Andes.

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 solo 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 el obedecer una regla de la ley estatal frecuentemente significa contravenir otra ley local o consuetudinaria. Por lo tanto, en contextos legales plurales, siempre uno se enfrenta al problema del significado relativo de un tipo de reglas legales en su interpretación práctica en relación con otros, aparte de la cuestión que juegan otros factores no legales. Por lo tanto, hay que distinguir entre las construcciones legales de los derechos y las relaciones sociales reales que conectan los derechos de individuos, grupos o asociaciones con el acceso a los recursos concretos y demarcados.

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).

Por ejemplo, respecto de la equidad en la distribución de aguas, las reglas equitativas (sean consuetudinarias u oficiales) no necesariamente llevan a una práctica equitativa y 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/y 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) advierte 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.

El problema para la política de agua está 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: las mejores marginales que dejan la constelación sociopolítica más o menos intacta creando derechos indígenas de agua (exclusivos o prioritarios) en acorde a las legislaciones existentes, o cambios fundamentales en la manera de legislar y distribuir sobre la tierra y el agua, lo que podrá enfrentarse a 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).

## 10. LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO DE AGUAS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS-CAMPESINAS

El derecho de aguas que hoy en día rige en las comunidades indígenas-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, una que surge de 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 (ver Gelles, 2000; Mitchel y Guillet, 1993).

Ahora bien, si los derechos a los que nos referimos son derechos locales y/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 puede precisar pautas sobre cómo se podría 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 a dichos derechos.

1. Estos derechos parecen manifestar antes que una relación entre la persona y el bien, expresiones concretas. Más bien, los derechos al agua son expresiones de relaciones sociales, que definen quiénes pueden y quiénes no pueden utilizar el agua. De ahí que los derechos al agua tienden a ser dinámicos y en gran parte 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 asimé-

trica, 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 al agua.

2. Si bien a menudo se identifican los derechos al agua como el derecho al uso de una determinada cantidad de agua de una fuente, eso suele ser considerado una interpretación restringida. 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 migrantes afuerinos) y la enajenación a terceros (en formas de sanciones o limitaciones). Sin olvidar la participación en las tareas múltiples de mantención, en los cargos y fiestas rituales en torno a la renovación cíclica y comunitario, conjunto de actividades que definen explícitamente un derecho al uso del agua, por ejemplo de un grupo familiar. Otro concepto que hay que redefinir a partir del uso 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 conjunciona los derechos de usufructo, de decisiones sobre la gestión y hasta de enajenación de uno solo. En los sistemas de riego en los Andes que veremos más adelante no existe una propiedad de 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 si no están relacionados con el concepto de usuarios (efectivos y beneficiosos 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 tradicional.

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 indígenas-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 solo 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 con su 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 tradicional o el continuo endeudamiento de cuotas de agua), en la práctica parece ser igualmente común que su aplicación depende de la situación, de la persona y la infracción misma, para darse o no<sup>33</sup>.

Otra vez todo depende de las decisiones co-

lectivas, que abundan en su expresión legal en flexibilidad y circunstancialidad y que difícilmente están guiadas por reglas fijas.

## 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 y sofisticaremos un esquema elaborado por Schlager y Ostrom (1992) 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 esos sucede dentro de la propia 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 mantención 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 derecho y deber a participar en las decisiones sobre la gestión del recurso hídrico en el sistema que implica la regulación del uso 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 quienes 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 que 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 en la siguiente gráfica (Beccar *et al.*, 2001):

33 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 (pre-incaico, incaico, colonial y republicano) no han podido ser alternados en su función sociocultural, y mucho más los habitantes recurren a dichos sistemas y sus elididos 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.

## CUADRO LOS DERECHOS DE AGUA EN TÉRMINOS CONCRETOS

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

Derechos operativos	Derecho de participar en la toma de decisiones colectivas
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 indígenas-campesinas es necesario diferenciar entre los derechos individuales o familiares<sup>34</sup> y los derechos colectivos<sup>35</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 usua-

rios. Dentro de estos sistemas de riego, son los ayllu y las familias individuales –no necesariamente de carácter netamente colectivo– que mantienen el sistema agrícola productivo 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 Gerbrandt y Hoogendam (1998:106) no es adecuado hablar de derechos colectivos en la gestión interna de un sistema de riego, ya que aun 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 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 asegu-

34 En general, el término derecho individual al agua en los Andes, de ninguna manera es comparable con un derecho titular que prescriben las legislaciones de agua, ya que se refiere primero a los derechos familiares, de los ayllus, 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.

35 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 una variada de conflictos en cuanto a la correcta negociación y asignación de agua. El sistema estatal de conciliación entra en vigor cuando por el acceso 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.

rar 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 ese 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 indígenas-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, varias operaciones 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 e 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 de 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 una "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 e 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 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.

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 es un 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, dondequiera que las comunidades controlen su vida comunal.

Los derechos de una comunidad indígena y su justificación, 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>36</sup>, lleva a la importante cuestión de cuál de ellos tiene mayor legitimidad para estructurar la gestión de los sistemas de riego y resolver los conflictos entre los usuarios.

Las formas de apariencia del agua en los Andes como la lluvia, los ríos y arroyos, los manantiales, los reservorios o lagunas, las vegas o bofedales y el granizo han creado una "cultura y visión hídrica" por el hecho de que la tecnología andina es colectiva, tanto en su organización como en su aprovechamiento, permite que el uso de la tecnología contribuyera en forma vital a la (re)producción social de conocimientos y habilidades. El carácter colectivo de la tecnología andina también se expresa en su accesibilidad pública, para quienquiera usarla, y en un espacio para reproducir y confirmar las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza (Gerbrandy y Hoogendam, 1998:58).

### 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 esa es una interpretación muy reductiva.

Autores como Schlager y Ostrom (1992) hablan no obstante del fajo de derechos en la gestión de agua, para analizar regímenes de derechos de propiedad para el uso de recursos naturales. El poder diferencia 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 elaboran cuidadosamente facultades administrativas y de planificación, sin una definición clara de estos derechos consuetudinarios a un nivel operativo y un nivel de decisión colectiva obligaciones de interesados y del gobierno, ni de medios substantivos y procedimentales para su defensa.

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

Como vimos anteriormente existe una notable diferencia en la manera que se regulan los derechos de la población indígena en América Hispana y en Estados Unidos. En este último país las decisiones judiciales han acordado en forma operativa darle una prioridad al derecho indígena que el derecho vigente respeta y hace aplicar.

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 desarrollos apropiados de aguas, con otorgamientos formales de títulos, resultan en la destrucción de usos consuetudinarios con efectos negativos para la subsistencia y las pequeñas economías locales de grupos relevantes de población. 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.

36 Gelles (2000) menciona para Cabanaconde/Perú que en la memoria y práctica de historia local siguen vigentes varios sistemas de distribución y repartición de agua. Por un lado, el sistema dual incaica de los sayas (anansaya-urinsaya), por otro, el sistema español instrumentalizado por los patricardos poderosos, "el modelo de canto", que fue reconocido por la República (1821-1933) y finalmente el modelo estatal "monetizado". 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.

#### 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, que son en la actualidad las organizaciones claves para mantener una cohesión social hacia entidades exteriores, es decir estatales nacionales, pero que en la realidad cotidiana están a menudo en pleno conflicto entre 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 consultores 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 indígenas-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 hay 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.

Vimos que 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 del 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 sostenible del sistema (Gerbrandy 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 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 indígenas-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 indígenas-campesinos en proteger las zonas altas, verdaderos reservorios de agua para la producción, no es solamente cuestión de "concientización" (Métais, 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, la necesidad de fortalecer y capacitar las organizaciones indígenas-campesinas para nuevos espacios de negociación –por ejemplos la privatización de los mercados de agua venideros y/o ya existentes–, paralelamente a una demanda creciente de las organizaciones indígenas-campesinas sobre los recursos hídricos, indica algunas pistas de futuros conflictos y por consecuencia de búsqueda de consenso entre los diferentes actores:

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 indígenas-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 indígenas-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 transfronterizas, 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 a 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 queso”, 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 –aun en cantidades reducidas, pero bien protegidas– un rol de control, mediación y goce prioritario; permitiría también desarrollar nuevas alternativas productivas en el zona alta, y consecuentemente, limitar la presión sobre los recursos hídricos y disminuiría 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. 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 indígenas-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. El compromiso con la supervivencia de los pueblos indígenas y la solidaridad entre sus miembros hace que las inversiones colectivas no necesariamente se basen en motivos económicos ni ecológicos, 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. La mayoría de los conflictos y problemas sobre el agua, como el de la participación, se solucionan dentro de la comunidad o del grupo mismo (Verweij, 1998). En este sentido la gestión integrada es el conjunto de actividades y medios necesarios para lograr un objetivo determinado. Una gestión que en los Andes parte de una organización dual de los sistemas de producción: una producción diversificada tomando en cuenta el mercado y el autoconsumo, y una producción netamente para el mercado (Golte y Cadena, 1983).
11. 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 uso 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).

12. 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 de la misma agua— hay que buscar e 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—, ya que esta 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 los derechos de decisión sobre la gestión del sistema de agua están en manos "externas" (estatales) y que esta manipulación incentiva únicamente la monopolización del poder de decisión por la elites y los sectores acomodados y la desarticulación de los sistemas indígenas-campesinas.

## 15. VÍAS DE RECONCILIACIÓN ENTRE DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA Y PRINCIPIOS MODERNOS DE LA GESTIÓN DEL AGUA

Resumiendo capítulos anteriores, nos damos cuenta de la tensión entre los sistemas consuetudinarios (locales) del agua y el sistema positivo, de las distintas nociones que hacen del dominio público y privado, y la idea diferente de la propiedad y sus atribuciones.

Ahora, si tomamos el lineamiento global acerca del desarrollo sustentable y sus características esenciales debemos preguntarnos cómo se podría 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 un lado, 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 otro, los derechos consuetudinarios (exclusivos o prioritarios) como vimos anterior-

mente traen algunos problemas al interior de la misma gestión regio-local, pero también en coexistencia con la gestión nacional de aguas, como por ejemplo en caso de acceso a territorios vecinales, derechos tradicionales a aguas o cuencas subterráneas, derechos tradicionales a cuencas en períodos de sequía, casos de sobreexplotación por demandas crecientes de agricultores, nuevos canales o acueductos cruzan y cortan rutas tradicionales de divisiones tradicionales, derechos tradicionales que conjugan con nuevos principios de gestión integral y se 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 muchas veces trascienden meras reglas de conveniencia o práctica. A veces están firmemente basadas en la religión o la cosmovisión y predestinan de alguna manera la práctica social; derechos consuetudinarios a veces crecen 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 prueba de la existencia de derechos consuetudinarios es una tarea difícil para los juristas, debido a su carácter dinámico y flexible, los abogados deben recurrir más a la asertación que la prueba para demostrar su vigencia; en general los 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 apropiada 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 semiautónomos, con mucha interacción de estrategias, aun cuando nuevos proyectos de inversión (transnacional) implican la alineación de territorios indígenas (Saunders, 1991).

En términos de los principios modernos de la gestión del agua, la objeción básica para los derechos y valores consuetudinarios es que unidades familiares o ayllus no tendrán que cumplir obligaciones comunitarias al mantener su derecho histórico al agua, por lo que pueden dominar varios procesos productivos del uso al agua, lo que en ciertos casos puede causar situaciones

de exclusión hacia otros miembros de la comunidad o hacia mestizos o migrantes. Estas deficiencias están directamente vinculadas con el hecho que el derecho consuetudinario surge del factor de la costumbre, más del acuerdo o de la legislación.

Ahora pudimos constatar que en general las comunidades indígenas-campesinas intactas practican varios sistemas legales y de gestión, y solo 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 promociona en muchas partes de la región una mejor gestión de agua.

Así 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>37</sup> de aislar y codificar estos elementos de un derecho consuetudinario indígena que son esenciales para la existencia perpetua de los estilos de vida tradicionales y asegurar que 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. Este principio está muy cerca a la legislación que califican por ejemplo la ley común de derechos riberanos, cuando aseguran a terratenientes vecinales el derecho continuo de tomar agua para uso doméstico o de irrigación, o para cualquier uso agregado se somete a un permiso administrativo, el cual no riberanos también deben solicitar.

Incluso cuando derechos consuetudinarios sobre el control de la extracción de un cuenca hidrográfica existen, estos podrían ser garantizados por ley.

Cualquier uso extensivo tendría que ser sancionado 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 mantención del ecosistema y los procesos de producción.

Ahora bien, cualquier tipo de arreglo requiere un inventario que los derechos consuetudinarios que prevalecen en determinados casos de un derecho de uso al agua. Haciendo esto, significa

37 Véase la propuesta de Sandford (1989) para las tribus aborígenes de Australia.

que de algún modo, *los derechos consuetudinarios deben definir su límite*, en términos cuantificables y legítimos, y sus limitaciones, en términos administrativos. Esta tarea ayuda a enfrentar temas como la compensación por el extravío a la venta obligada de agua, por lo que se definen claramente las aplicaciones de los elementos del derecho consuetudinario entre el dominio privado.

En este sentido 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, ya que la multitud de los derechos de los titulares de agua inscritos asegura la compensación, pero sin lugar a dudas debilita o fragmenta la estrategia comunitaria de un derecho y uso colectivo en caso de disputas. Por consecuencia, los derechos individuales tienen que ser supeditados a los derechos colectivos.

Así, la estrategia de la gestión de agua enfocará más el punto de ganar la confianza y la cooperación de 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).

Ahora, si se incorporan comisiones "consuetudinarias" a nivel local en tareas de supervisión y mejoramiento de la gestión hay que seguir algunos principios claves:

Hay que declarar y arraigar 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 la contradicción entre costumbres detalladas de indígenas—; hay que limitar la posibilidad de compensación a los casos de daño y adquisición compulsiva que interfiere con los derechos arraigados; se pueden obtener los derechos consuetudinarios codificados a través de un trámite inmediato simple y sin costo alguno, salvo que haya razones de la propia práctica de la gestión de agua que lo impidan; los sistemas de propiedad, administración y control deben ser lo más flexibles para que puedan reflejar el derecho consuetudinario o existir paralelamente; las autoridades consuetudinarias locales deben estar incorporadas siempre y desde un principio en las estructuras de la gestión integrada del agua; la gestión integrada del agua debe seguir permanentemente los acuerdos de la discusión comunitaria, la capacitación a nivel local y el entrelazamiento con las estructuras comunitarias locales.

La única "desventaja", en términos económicos, que tendría este sistema para los derechohabientes consuetudinarios es que si bien tendrían derecho a la compensación, no podrán participar en el mercado de atribuciones de títulos de agua que se explotarán en el futuro. Pero sí tendrían asegurados sus derechos colectivos comunitarios, demostrando que un cambio de la noción de propiedad en las legislaciones vigentes, de la *individual libre* hacia una *colectiva limitada* significa un aporte indispensable para la puesta a prueba de un desarrollo sustentable de los recursos naturales (Sandford, 1989).

En el capítulo anterior vimos que la alternativa a un derecho de agua individual planteada por las organizaciones indígenas-campesinas en Bolivia, puede ser el manejo y el uso del agua como un recurso de propiedad o derecho comunitario (véase Bustamante, 1995).

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 son receptibles a nuevos insumos burocráticos, 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. Lo que sí se debe tener es flexibilidad en la manera de formular y aplicar reglas y formas organizativas propias, y no definir las en detalle.

Los derechos consuetudinarios de agua, una vez reconocidos y codificados explícitamente, 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, hay que tener claro que un solo 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. En general la coexistencia de ambos sistemas —estatal moderno y consuetudinario— es viable, y no debe asustar como demuestran algunos ejemplos exitosos en otros lugares del mundo<sup>38</sup>.

38 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 zanjas en Filipinas.

## A MODO DE CONCLUSIÓN:

## RECOMENDACIONES, CRITERIOS SUSTANTIVOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA ELABORACIÓN DE UN CATASTRO DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS CONSUECUDINARIOS DE AGUA

En cuanto a la temática indígena una primera tabla de recomendaciones para la elaboración de un catastro de derechos indígenas de los recursos naturales codificados, debería considerar los siguientes aspectos (véase Solanes y Getches, 1998; Bronstein, 1998):

1. Las leyes de agua existentes deben incorporar el principio de los derechos consuetudinarios indígenas que también deben ser reconocidos por todas las legislaciones, 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. Los pueblos indígenas siempre deben ser consultados, tener representación y poder de decisión en la realización de obras hidráulicas de interés general que afecta su hábitat, y en caso que estas obras no permitan el respeto de los usos y costumbres indígenas, los grupos deberán ser compensados.
3. Los pueblos indígenas podrán pedir siempre y en cualquier momento la inscripción de los derechos consuetudinarios y su formalización, y si los mismos derechos hubieran sido otorgados a terceros esta concesión será anulable. Los derechos deben ser susceptibles de expansión, en la medida en que las condiciones y el número de la población indígena cambie. Si no se hiciera lugar a la nulidad, las comunidades indígenas deben ser compensadas. El monto de la compensación deberá reflejar no solo el valor pecuniario, sino también su relevancia a afectos de la subsistencia de las comunidades indígenas. Los obligados al pago serán conjunta y solidaria-

mente los beneficiarios de los derechos, el Estado y el los titulares (en forma colectiva y comunitaria) de la autoridad de aguas.

4. 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 incluye la de pedir todas las medidas precautorias a que haya lugar a efectos de proteger los derechos indígenas.
5. En áreas donde habitan indígenas, la autoridad debe relevar e inscribir de oficio los usos y derechos con derivación o en flujo que los asisten. La violación de esta obligación representa violación de los deberes del funcionario público y hacen directamente responsable al titular de la administración de aguas por los daños y perjuicios que hubieren lugar.
6. 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. En caso de duda se estará a favor de los indígenas.

Los derechos y usos indígenas *in situ* deben ser reconocidos por legislación de aguas. Para eso será necesario codificar el tipo, la forma y la cantidad del derecho como un derecho de propiedad comunitaria, que solo podrá ser sancionado si no respetan su uso efectivo, beneficioso y equitativo; mecanismos que serán claves a futuro en la implementación de una gestión integrada de recursos hídricos<sup>39</sup>. Para controlar dichos usos estarán encargados tanto el funcionario público (p.e. juez "nacional" de aguas) como la o las autoridad(es) local(es) tradicional(es) (p.e. juez "tradicional y local" de aguas o/y representante(s) de la comisión local de riego).

## LITERATURA

- 1) Aguilar León, Carlos. *Análisis de la ley de aguas vigente en Ecuador y su aplicabilidad.- La nueva propuesta de Ley de Aguas.*
- 2) Arroyo Castillo, Aline, *El agua, fuente de vida pero también de conflictos: una expe-*

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 tallados para las necesidades socioeconómicas específicas de la localidad: Además, los dos sistemas son virtualmente imposibles de ser copiados en otro lugar, no obstante comparten las atribuciones intrínsecas de una derecho comunitario del recurso hídrico.

39 Véase al respecto la Visión del Comité Técnico Asesor para América del Sur (South American Technical Advisory Committee, SAMTAC) de la Asociación Mundial del Agua (Golbal Water Partnership, GWP): Water for the 21st Century: Vision to action. Buenos Aires, 2000.

- riencia de gestión del riego con comunidades campesinas de los Andes ecuatorianos, en: Ruralter, Nº 18, La Paz, pp. 18-44.
- 3) Aylwin, José, *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. pp. 189-97.
  - 4) Bauer, Carl Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile, en: World Development, Vol. 25, Nº 5, pp. 639-56.
  - 5) Beccar, Lily/Boelens, Rutgerd/Hoogendam, Raúl, "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.
  - 6) Beck, Robert E. (Ed.) *Water and Water Rights*. Vol. IV, Chapter 37 (Reserved Water Rights). Charlottesville/ Virginia, The Michie Company.
  - 7) Bellah, Robert Nelly, *The good society*. New York, Knopf.
  - 8) Ben, Waita (y.o.), *Land in Solomon Islands*. Solomon Islands, University of South Pacific/ Institute of Pacific Studies.
  - 9) Benda-Beckmann, Franz von/Benda-Beckmann, Keebet von/Spiertz, Joep, *Equity and legal pluralism: taking customary law into account in natural resource policies*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 57-69.
  - 10) Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.
  - 11) Berry, Kate, *Values, Ideologies and Equity in Water Distribution. Historical Perspectives from Coastal California, United States*, en: Bolens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 189-200.
  - 12) Boelens, Rutgerd/Dávila, Gloria (Ed.) 1998a *Searching for equity.- Conceptions of justice and equity in peasant irrigation*. Assen/ Netherlands, Van Gorcum.
  - 13) Boelens, Rutgerd, *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, pp. 137-176.
  - 14) Boelens, Rutgerd/Dourojeanni, Axel/Durán, Alfredo/Hoogendam, Paul, "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.
  - 15) Bourdieu, Pierre/Wacquant, Loic, *La lingua franca de la revolución neoliberal: una nueva vulgata planetaria*, en: Le Monde Diplomatique, Edición Chilena, Nº 4, diciembre, pp. 22-4.
  - 16) Bronstein, Arturo S., *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).
  - 17) Bustamante, Rocío, *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:
  - 18) Cambellotti, Carlos Alejandro, *El desarrollo de las reformas judiciales en Latinoamérica. La justicia regional a fin de milenio*. Buenos Aires.
  - 19) Castanier, Homero/Terán, Fernando, 1998b *Water law and equity in irrigation projects: the ecuadorian case*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 286-297.
  - 20) CEPAL, *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.
  - 21) CICDA/ CESA/ SNV/ CAMAREN, *El riego en la comunidad andina. Una construcción social*. Video & Folleto. Quito, ImpreFEPP.
  - 22) Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*. México Ed. Siglo, XXI.
  - 23) Clavero, Bartolomé, Ama llunku, Abya Yala. *Constituyencia indígena y código ladino por América*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
  - 24) Crespo F, Carlos, *Agua, usos y costumbres y "africanización" del manejo de la pobreza*. Oxford, Brookes University, Paper.
  - 25) Cuadra Lizana, Manuel, *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, pp. 85-94.
  - 26) Cubillos P, Gonzalo, *Bases para la formulación de leyes referidas a recursos hídricos*. Santiago de Chile, CEPAL, División de Recursos Naturales y Energía.
  - 27) Chihuailaf, Elicura, *Recado confidencial a los chilenos*. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.
  - 28) Díaz-Polanco, Héctor, *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.

- 29) División de Medio Ambiente y Desarrollo, *Recomendaciones de las reuniones internacionales sobre el agua: de Mar del Plata a París*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 30) División de Recursos Naturales y Energía, *La pequeña cuenca de montaña en la gestión del desarrollo y en la conservación de los recursos naturales*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 31) División de Recursos Naturales y Energía, *Políticas de gestión integral del agua y políticas económicas*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 32) División de Recursos Naturales y Energía, *Mercados de derechos de agua: entorno legal*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 33) Dourojeanni, Axel (Ed.), *Amancer en los Andes*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 34) Dourojeanni, Axel/Jouravlev, Andrei, *El código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad*. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, N° 3.
- 35) Dourojeanni, Axel, *Debate sobre el Código de Aguas de Chile*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 36) Dourojeanni, Axel, *Procedimientos de gestión para el desarrollo sustentable*. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Manuales N° 10.
- 37) Dourojeanni, Axel (2001a). *Crisis de gobernabilidad en la gestión integrada del agua en América Latina*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 38) Dourojeanni, Axel (2001b). *Gestión integrada de recursos hídricos y del medio ambiente*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 39) Dourojeanni, Axel (2001c). *Temas relevantes para mejorar la capacidad de gestión del uso múltiple del agua*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 40) Enríquez Vásquez, M./Real López, B., *Vida por petróleo: El caso del parque nacional Yasuni ante los tribunales*. Quito, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales.
- 41) Etzioni, Amitai, *The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society*. New York, Basic Books.
- 42) Fernández Osco, Marcelo, *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.
- 43) García, Luis E., *Manejo integrado de los recursos hídricos en América Latina y el Caribe*. Washington D.C, Banco Mundial, N° ENV-123.
- 44) García Canclini, Néstor, *Culturas híbridas*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- 45) Gelles, Paul, *Competing cultural logics: state and 'indigenous' models in conflict*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): *Searching for equity (dto)*, pp. 256-267.
- 46) Gelles, Paul, *Water and Power in Highland Perú.- The Cultural Politics of Irrigation and Development*. New Brunswick/ New Jersey/ London, Rutgers University Press.
- 47) Gelles, Paul/Boelens, Rutgerd, *Water, Community, and Identity: The Politics of cultural and agricultural Production in the Andes*. Amsterdam. CEDLA- Centre for Education and Documentation on Latin America.
- 48) Gentes, Ingo, *"Agua es vida": Comunidades indígenas de agua y minera en el Norte Grande/ Chile*. Berlin, Wissenschaftlicher Verlag.
- 49) Gentes, Ingo, *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.
- 50) Gerbrandy, Gerben/Hoogendam, Paul, *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.
- 51) Gerbrandy, Gerben/Hoogendam, Paul, *La complejidad del derecho al agua en Totorani, y su significado para una propuesta ley de agua*, en: *Ruralter*, N° 18, La Paz, p.45-75.
- 52) Getches, David, *Water law. Chapter VIII (Federal and Indian reserved Rights)*. St. Paul, West Publishing Co.
- 53) Golte, Jürgen, *La racionalidad de la organización andina*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- 54) Golte, Jürgen/Cadena, Marisol de la, *La co-determinación de la organización social andina*, en: *Allpanchis*, N° 22, Año 13, Vol. 19, Cusco, pp. 7-34.
- 55) González-Villareal, Fernando/Solanes, Miguel, *The Dublin Principles for Water as reflected in a comparative Assessment of institutional and legal Arrangements for Integrated Resources Management*. Stockholm, Golbal Water Partnership (GWP).
- 56) Guillet, David W., *Covering Ground.- Communal Water Management and the State in the Peruvian Highlands*. Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- 57) Habermas, Jürgen, *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, en: Habermas, Jürgen: *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona, Paidós, pp. 131-72.
- 58) Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*. Barcelona, Paidós.
- 59) Habermas, Jürgen, *La constelación post-nacional*. Barcelona, Paidós.

- 60) Hardin, *The tragedy of the commons*, en: Science, N° 162, pp. 1243-48.
- 61) Hardt, Michael/Negri, Antonio, *Empire*. Cambridge/ London, Harvard University Press.
- 62) Hendriks, Jan, *Water as private property. Notes on the case of Chile*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 297-312.
- 63) Howe, Charles, *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).
- 64) Huizer, Gerrit, *The imposition of western values and the peasants struggle for equity*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 46-56.
- 65) Ingram, Helen/Brown, F. Lee, *Commodity and Community Water Values. Experiences from the U.S. Southwest*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 114-120.
- 66) Jouravlev, Andrei S./Lee, Terence R., *Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua*. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Medio Ambiente y Desarrollo N° 6.
- 67) Jouravlev, Andrei, *Water utility regulation; issues and options for Latin America and the Caribbean*. Santiago de Chile, CEPAL.
- 68) Latin American Weekly Report, *Two dead as protests against end of land reform spread through Ecuador*. Londres, Latin American Newsletter, 30 de junio.
- 69) Larbi Bouguerra, Mohamed, *El agua bajo la amenaza conjunta de la contaminación y de los mercados*. Paris, Le Monde Diplomatique, agosto.
- 70) MacKean, Michael A., *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.
- 71) Mazalta, Marie, *Las organizaciones internacionales y la privatización del agua*, en: Encuentro Internacional del Agua, 9-12 de junio, Cochabamba, ponencia inédita.
- 72) Mena V., Xavier, *The rights of indigenous peoples over their territories and natural resources*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 70-78.
- 73) Métais, Sarah/Zaharia, Hélène/Apollin, Frédéric/Robalino, Telmo, *Manejo de los recursos naturales: hacia una gestión concertada de los recursos naturales a nivel territorial. El caso de la sierra ecuatoriana*, en: Ruralter, N° 18, La Paz, pp. 77-106.
- 74) Mitchell, William P./Guillet, David (Hg.), *Irrigation at High Altitudes: The Social Organization of Water Control Systems in the Andes*. Washington, American Anthropological Association.
- 75) Núñez E., Pablo, *Historia de riego en Ecuador: Visión general*. Cochabamba, ponencia presentada en el "Encuentro sobre las Aguas", CICDA.
- 76) Ploeg, Jan Douwe van der, *Peasants and Power*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 39-45.
- 77) Oré, María Teresa, *From agrarian reform to privatisation of land and water: the case of the peruvian coast*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), pp. 268-278.
- 78) Pacari, Nina, *The ecuadorian water legislation and policy analysed from the indigenous-peasant point of view*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (dto), pp. 279-285.
- 79) Padilla, César (Ed.), *El pecado de la participación ciudadana. Conflictos ambientales en Chile*. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)/ HIVOS/ Holanda.
- 80) Petrella, Ricardo, *Fuertes presiones privatizadoras: la nueva conquista del agua*, en: Le Monde Diplomatique, Edición Chilena, N° 5, enero-febrero, pp. 8-9.
- 81) Rawls, John, *La teoría de la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica.
- 82) Rex, John, *Ethnic Minorities in the Modern Nation State.- Working Papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration*. Warwick-Londres, Macmillan Press.
- 83) Sabatini, Francisco/Sepúlveda, Claudia (Ed.), *Conflictos Ambientales.- Entre la Globalización y la Sociedad Civil*. Santiago de Chile, LOM Ediciones.
- 84) Salomon, Frank, *The Huarochiri Manuscript: A Testament of Ancient and Colonial Andean Religion*. Austin, University of Texas Press.
- 85) Sandford D., Clark, *Reconciling customary law and modern principles of water management*. Ponencia Universidad de Alicante/Valencia, III Congreso Mundial de Derecho y Administración de Aguas.
- 86) Saunders, J. Owen, *Accommodation of traditional uses within codified water laws*. Discussion Paper. Hanoi, Workshop N° 2: Preparatory Organizational and Legal Studies.
- 87) Schlager, Eric/Ostrom, Elinor, *Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis*, en: Land Economics, pp. 249-62.

- 88) Sierra, María Teresa, *Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas*, en: Memoria, N° 147, mayo, México.
- 89) Solanes, Miguel, *Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublín*, en: Revista de la CEPAL, N° 64, Santiago de Chile, pp. 165-85.
- 90) Solanes, Miguel, *Comentarios al anteproyecto de Ley de Aguas del Perú*. Santiago de Chile, CEPAL, agosto (documento inédito).
- 91) Solanes, Miguel/Dourojeanni, Axel,  *Mercados de derechos de aguas*, en: Debate Agrario, N° 21, Lima, pp. 15-36.
- 92) Solanes, Miguel/Getches, David, *Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico*. Washington, BID/Cepal.
- 93) Stavenhagen, Rodolfo/Iturralde, Diego (Ed.), (1990a) *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano.
- 94) Stavenhagen, Rodolfo, (1990b) *Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional*, en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Hg.) Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Manual de Conferencias. San José, IIDH/ CAPEL, S. 221-58.
- 95) Stavenhagen, Rodolfo, *Las Organizaciones Indígenas: Actores Emergentes en América Latina*, in: Revista de la CEPAL, N° 62, Santiago de Chile, S. 61-73.
- 96) Subercaseaux, Bernardo, *Chile o una loca historia*. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.
- 97) Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica.
- 98) Toledo Llancaqueo, Víctor, *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.
- 99) Tresierra, Julio C., *Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical*. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- 100) Verweij, Michiel J., *Una organización campesina experimentando con agua*, en: Rural-ter, N° 18, La Paz, pp. 107-136.
- 101) Verdugo Ramírez de Arellano, Ignacio, *Legislación ambiental en el ámbito de la minería*. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA).
- 102) Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia.- Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México, Fondo de Cultura Económica.
- 103) Williams, Stephen, *The requirement of beneficial use as a cause o waste in water resource development*, en: Natural Resources Journal, N° 1, Albuquerque, Nuevo México, University Of New México, enero.
- 104) Yoder, Robert/Martin, Edward, *Water rights and equity issues. A case from Nepal*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (dto), pp. 133-142.
- 105) Young, Robert A., *Why are there so few transactions among water users*, en: American Journal of Agricultural Economics, N° 5, Menasha, Wisconsin, diciembre.
- 106) Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack.

#### INFORMES NACIONALES SOBRE LA GESTIÓN DEL AGUA:

- 107) Brown Fernández, Ernesto/Saldivia Medina, Juan Eduardo, Informe nacional sobre la gestión del agua en Chile. Santiago de Chile, enero del 2000.
- 108) Galárraga-Sánchez, Remigio H., Informe nacional sobre la gestión del agua en Ecuador. Quito, 15 de febrero de 2000.
- 109) Mattos R., Roger/Crespo, Alberto, Informe nacional sobre la gestión del agua en Bolivia. La Paz, 19 de enero.
- 110) Núñez Timoteo, Nelly, Informe nacional sobre agua potable y saneamiento. Situación y perspectivas al año 2025. Lima, 18 de enero.