
recursos naturales e infraestructura



Derecho al agua de los pueblos indígenas en América Latina

Ingo Gentes



NACIONES UNIDAS



457500079

Serie Recursos Naturales e
Infraestructura, N° 38
Diciembre 2001 C.1

División de Recursos Naturales e Infraestructura

Santiago de Chile, diciembre de 2001

Este documento fue preparado por Ingo Gentes, Consultor de la División de Recursos Naturales e Infraestructura.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

LC/L.1673-P I

ISBN: 92-1-321970-9

ISSN: 1680-9017

Copyright © Naciones Unidas, diciembre de 2001. Todos los derechos reservados

Nº de venta: S.01.II.G.213

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Introducción	7
I. La (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales: el agua, el subsuelo, las riberas, las tierras	11
A. El derecho de uso de los recursos naturales por los pueblos indígenas	13
B. El reconocimiento legal de los usos y costumbres indígenas y las políticas de los recursos hídricos.....	14
C. La regularización de los derechos indígenas de agua en algunos países de la región	16
D. La tendencia de derechos indígenas de uso de agua prioritarios o exclusivos en otras regiones.....	21
II. Los derechos indígenas a nivel internacional respecto de las protección de los recursos naturales	25
A. El Convenio No. 169: hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas.....	26
B. El derecho consuetudinario indígena: En torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas y los derechos sobre el agua	28
III. Las esferas de la justicia y la equidad en la protección de los derechos indígenas sobre los recursos naturales	31
A. Un derecho de agua individual y/o un derecho comunitario colectivo de agua. la postura indigenista	32

B.	Problemas de la incorporación de los derechos derivados de usos consuetudinarios de agua en materias de la políticas públicas.....	33
C.	La complejidad del derecho de aguas en las comunidades indígena–campesinas	35
D.	El derecho en la gestión indígena–campesino del agua	37
E.	El agua como parte del hábitat y los derechos consuetudinarios in situ	38
IV.	Vías de reconciliación entre derecho consuetudinario indígena y principios modernos de la gestión integral del agua.....	41
V.	Conclusiones	45
	Recomendaciones, criterios sustantivos y procedimientos para la elaboración de un catastro del reconocimiento de los derechos y los usos y costumbres indígenas consuetudinarias del agua	45
	Bibliografía	49
	Serie Recursos Naturales e Infraestructura: números publicados.....	55

Índice de cuadros

Cuadro 1	Los derechos de agua en términos concretos.....	38
----------	---	----

Resumen

En América Latina las demandas por un status de propiedad específico para las tierras y aguas indígenas, 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” . 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 que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. Esto es una característica del derecho general de la región, y no una discriminación específica.

Las comunidades indígenas a lo largo de América Latina recién ahora están conscientes de un derecho específico al agua, que hay que pedir e inscribir. 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 actividades mineras y el crecimiento urbano.

Los países de la región no han efectuado aún un análisis del tema de los derechos de usos de agua de sus pueblos indígenas. Las propuestas de legislación reciente parecieran indicar que los pueblos indígenas no han recibido las mismas prioridades operativas que, por ejemplo sus contrapartes en Estados Unidos o Canadá. Las decisiones judiciales en Estados Unidos han acordado en forma operativa otorgarle una prioridad al derecho de agua indígena, que el derecho

vigente respeta y hace aplicar. Con esto, el sistema estadounidense corrobora los elementos tradicionales de la conjunción derecho, política y economía: declarar derechos de propiedad claros y precisos y autoridades dispuestas a, y capaces de hacerlos respetar, y de aplicarlos, aún coercitivamente. Esa forma de una discriminación positiva no ocurre en la América Hispana donde enfrentamos la situación de sistemas legales disfuncionales y, en caso de conflicto, poco operativos.

Ahora, ante la ausencia o insuficiencia de normativa nacional, el tema de la normativa internacional del derecho indígena adquiere gran importancia. El centro de estas normas lo constituye hoy en día el Convenio sobre Pueblos Indígenas Tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT. Prácticamente todas las Constituciones políticas nacionales recientes con respecto a los pueblos indígenas se inspiran en el Convenio 169. El Convenio 169 detalla una serie de derechos indígenas en cuanto a la equidad en la gestión integral de recursos naturales.

Lamentablemente los gobiernos regionales elaboran facultades administrativas y de planificación, sin una definición clara de los derechos consuetudinarios indígenas a un nivel operativo y a un nivel de decisión colectiva, obligaciones de interesados y del gobierno, ni de medios sustantivos y procedimientos para su defensa. El resultado son situaciones de indefinición y ambigüedad que no sólo crean incertidumbre e inseguridad social, sino además no se traducen en el respeto efectivo de los intereses protegidos.

Introducción

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 indígenas¹ en torno al agua y la gestión 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 practicas han sido ignorados en el proceso de una visión global del agua (...) Este es un problema recurrente para los pueblos indígenas quienes están frecuentemente obligados a enfrentar asuntos vitales en términos dictados por otros. Muchos compartieron su experiencia sobre como el conocimiento tradicional de sus pueblos fue visto como inferior en el sistema político, legal y científico imperante y como sus argumentos son una y otra vez descartados por las Cortes y otras instituciones."²

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,

¹ Entendemos el término "pueblo indígena" en el presente documento o como colectividades originarias, o de reciente construcción – como resultado de la colonización autóctona 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.

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

"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."³

Si se torna la vista hacia la mayoría de los países latinoamericanos en cuestión se puede observar 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-campesinas⁴ locales para gestionar sus sistemas de agua, estos generalmente sólo se refieren a intenciones más bien estratégicas y no participativas reales, ya que lo que se busca por parte de las políticas públicas según algunas organizaciones indígenas es institucionalizarlas y tratarlas como cuerpos sociales estáticos, lo que no corresponde a las realidades y estrategias diarias de las comunidades indígenas (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 integral de agua se encuentra con un objeto muy debilitado.

Las leyes, los tribunales y las políticas de gestión de los recursos hídricos desconocen en gran parte las prácticas y principios fundamentales de las organizaciones de usuarios en los países andinos, por ejemplo. 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.

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 interfieren 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 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, y conflictos sobre la distribución⁵ 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 lado, parece vislumbrarse una mayor apertura en el clima político actual para un cambio en las

³ Ibid.

⁴ 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.

⁵ La gravedad de la comercialización de agua demuestra la nueva Ley de Exportación de Aguas declarado de prioridad nacional y aprobado por la Cámara de Diputados el 19 de noviembre de 2001. La ley contempla en un total de siete artículos los estudios, prospección, aprovechamiento y comercialización de recursos hídricos para el sudoeste del Departamento de Potosí. A pesar de que en su artículo 5 establece que "para efectos de comercialización de los recursos hídricos se ejecutarán en estricta sujeción a las normas vigentes de preservación de medio ambiente, recursos naturales, de impacto ambiental y socio-cultural de las comunidades indígenas y campesinas", la ley tiene varias falencias. El más importante, no define las condicionalidades para las transferencias que debieron salir de la ley, sólo por referencias a otras leyes. La misma ley no establece las condiciones respecto de ambiente, los usos de facto y economías existentes, los derechos de terceros, los procedimientos para la información directa a potenciales afectados, etc. Este impacto puede llegar a traer grandes problemas para los usuarios locales, en su gran mayoría pertenecientes a grupos indígenas.

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 pretende definir y aclarar las bases jurídicas y culturales de la gestión del agua y del derecho indígena actual y consuetudinario. Primero, se pretende contribuir al entendimiento de los derechos indígenas y a su necesaria 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.

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

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, éste es un hecho reconocido y obvio. Resulta siempre una sorpresa 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.

En las últimas décadas avanzan las inscripciones de derechos de agua a manos de no indígenas, la expansión de 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 aguas.

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 defensa de los derechos sobre la tierra y sus recursos forman parte de las exigencias básicas del movimiento indígena. Sin embargo, en América Latina las demandas por un *status* de propiedad específico para las tierras indígenas, que las resguarde de cualquier tipo de despojo, han sido traducidas legalmente en normativas sobre la propiedad del suelo o del agua, respectivamente, y no en una normativa conjunta que entienda ambos "recursos" como "recursos unidos" o "complicados". Por un lado, 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 que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. Esto, por otro lado, es una característica del derecho general de la región, y no una discriminación específica.

En suma, cuando se habla de defensa y reconocimiento estructural de los derechos indígenas sobre estos recursos, es imprescindible distinguir entre el reclamo de **dominio**, y la exigencia de cláusulas especiales que regulen las **concesiones de uso o aprovechamiento** de recursos en ámbitos indígenas. Al respecto, en el movimiento indígena chileno por ejemplo, se han planteado ambas posiciones⁶:

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 éstos 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-naciones⁷; por lo tanto, las propuestas jurídicas pasan por una nueva constitución estatal plurinacional que reconozca esos derechos originarios.

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 *status* 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.

⁶ 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).

⁷ 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.)

A 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 manejo⁸: bienes indivisibles, como el recurso de la biodiversidad, y actividades tales como la protección de cuencas⁹ son, por un lado mejor manejados a escala de la gestión integral de cuenca en vez de a escala del recurso dividido; por otro lado también se ha afirmado que los bienes comunes son los más vulnerables, como enseña el ejemplo de las islas Solomon (véase Ben, 1979); y Papua Nueva Guinea y el fuerte mal uso de sus florestas. 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 legitimación de la propiedad común de recursos naturales** también vislumbran dos factores esenciales: 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); 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)

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"¹⁰. 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 híbrida¹¹, son un componente esencial para mediar en los conflictos entre los humanos y otras criaturas (Tresierra 2000:7).

⁸ Sofisticemos con este objetivo el esquema desarrollado por Kean (1996:10-5) para los grupos indígenas del bosque tropical amazónico.

⁹ En la actualidad, muchas propuestas legales, políticas e institucionales -gubernamentales o no- en los países de la región 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 concretaron verdaderas plataformas de gestión democrática y multisectorial, ni muchos menos niveles que integren las experiencias de las comunidades indígenas en la gestión del recurso hídrico. A menudo existen sólo en el papel o fueron institucionalizadas desde arriba por agencias estatales u organismos de desarrollo (véase Dourojeanni, 2001a).

¹⁰ 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, por ejemplo en los Andes debe ser investigada cuidadosamente según caso de estudio.

¹¹ 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

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 parientes, 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 un lado, en el caso del agua, hay un mercado de agua establecido y el hecho que hoy día, hasta en las regiones más apartados 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 recurso. Por otro lado, también hay un impacto muy fuerte en la sociedad y los grupos indígenas en el tema de la justa distribución del agua y el amparo de sus derechos, autodenominados "ancestrales". Las comunidades indígenas a lo largo de América latina recién están consciente de un derecho específico al agua, que hay que inscribir, normar y que es transferible cuando este ultimo ha sido enajenado o está siendo amenazado por la desprotección efectiva y real. A esto se junta la desintegración de las comunidades indígenas en el entorno político como entidades horizontalmente participativas con las políticas nacionales, justamente en el tema de las tomas de decisiones sobre un proyecto de desarrollo económico.

En suma, estos desequilibrios funcionales y operativos hacen 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 determinados las razones que hacen surgir los conflictos entre usuarios (y su naturaleza) mediar correctamente y proponer vías de solución sociocultural y geográficamente adecuadas; 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; y iv) medir y regular el impacto entre comunidades indígenas y la economía global.

B. El reconocimiento legal de los usos y costumbres indígenas y las políticas de los recursos hídricos

Las Constituciones Políticas de los países latinoamericanos forman parte de una lógica inclusoria, es decir, consideran que los recursos naturales son del Estado y como el Estado representa a toda la sociedad, los recursos naturales son para el beneficio de todos. Pero resulta que este beneficio no llega a todos 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 poder económico, y es fundamental para controlar la subsistencia de este sector, si uno lo enfrenta desde la visión neoliberal y global. Resulta así necesario que el agua sea tratada como un bien económico,

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.

pretendiendo que es la manera más eficaz para luchar eficientemente contra la penuria y el acelerado incremento en su valor¹².

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)¹³, la fijación de un precio de mercado para el costo total de las prestaciones proporcionadas (el supuesto "precio justo") podrá garantizar el equilibrio entre la oferta y una demanda en 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, permitiría no sólo obtener (muchas) ganancias, sino asimismo eliminar los conflictos¹⁴. Esta visión, por un lado, no considera que un precio justo –para las comunidades indígena–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 exitosa de los sistemas de riego en los Andes (véase Beccar, y.o., 2001). Por otro lado, estos mismo usuarios también deben tomar en cuenta las regulaciones de los mercados, en los sistemas probados como el mencionado. En este los derechos que afectan a los indígenas no son de transacción libre.

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"¹⁵. Sin embargo, en la mayoría de las propuesta de reforma constitucional que hicieron los pueblos indígenas se habla solamente de "derecho indígena"¹⁶. 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.

¹² 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).

¹³ 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 Dublin, 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.

¹⁴ 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.

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

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

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

La costumbre: Este término alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La doctrina vigente distingue tres tipos de **costumbres** con 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 castigada¹⁷.

La utilización del término compuesto **usos y costumbres** tiene una raíz del derecho romano. Durante el proceso colonial en América Latina se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la "ley divina y natural". Sólo se permitieron los **usos y costumbres** indígenas que no violasen la "ley divina y natural", no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios, pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español. 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.

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

Los recursos hídricos forman parte de una política de estado y economía, donde las formas rentables y mercantiles de manejo de agua son priorizadas de facto frente a los sistemas de gestión comunal, de la propiedad común de los recursos que si bien busca fines de lucro (restringidos y limitados), se basa principalmente en el apoyo mutuo y recíproco de los **usos y costumbres** en torno al agua. Por ello es necesario reafirmar legalmente los derechos resultantes de usos y costumbres indígenas y de la equidad, tal como enseña el caso de los derechos indígenas norteamericanos (véase cap. 5).

C. La regularización de los derechos indígena de agua en algunos países de la región

La situación indígena en el continente, en general, es muy crítica. Algunas comunidades se quejan de que las tierras que se les han otorgado no sólo no son agrícolamente aptas sino que además son depredadas sistemáticamente por industrias madereras, extractores de recursos biológicos, mineros y petroleros, camiones y otras. Además de los conflictos entre etnias, se

¹⁷ 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).

interpreta las leyes vigentes como desfavorable a los usos y costumbres indígenas, ya que no se aplican correctamente y los trámites de aplicación son confusos y lentos. Uno de los argumentos más fuertes de las comunidades indígenas es el proceso constante de pérdida de sus territorios y recursos naturales por defectuarse una protección legal. Esto es obvio si se comparan las regiones de América Latina con los de Norteamérica y Canadá de protección de aguas y tierras y otros recursos indígenas.

Para los comunidades indígenas de la zona andina por ejemplo 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 necesidad y demanda de los pueblos indígenas de amparar y proteger sus derechos e iniciaron cautelosamente procesos de regularización de los derechos indígenas de agua, siguiendo la base del derecho vigente. A continuación presentaremos algunos casos a modo de ejemplos demostrativos:

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

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

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

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

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

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

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

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

Además los ciudadanos son parte legítima para deducir acciones en protección del patrimonio público, el que incluye valores económicos, artísticos, estéticos e históricos (ley 4717, 29/6/65). La ley 7347/85 regula la acción civil pública por daños al ambiente, a derechos estéticos, históricos, turísticos y paisajísticos. La competencia es local y el objeto es la reparación de daños y obligaciones de remediar (hacer) o cesar (no hacer) actividades. Incluye también acciones cautelares.

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

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

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

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

La Ley Indígena No. 19.253 establece el deber social y estatal de proteger la tierra indígena, velar por su adecuada explotación, equilibrio ecológico y proponder su ampliación (art. 1). La ley define las tierras indígenas y establece para las mismas un régimen jurídico especial (arts. 12/19). Su régimen de alienación y gravámenes está sujeto a limitaciones con el fin de proteger a los indígenas y sus terrenos. También se establece un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, entre cuyos objetivos figura la financiación de la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener aguas (art. 20). Tierras y derechos adquiridos con el fondo, no pueden ser enajenados por veinticinco años¹⁸.

¹⁸ Sin embargo, a nuestro juicio, hay una carencia de sintonía valorativa entre los usos ancestrales de las aguas y las normas del Código del ramo que dificultan la vigencia efectiva de tales normas, aparte de que el derecho positivo no explicita sus propias definiciones. Así por ejemplo, el artículo 20 se refiere a las „aguas indígenas“ sin definir las en ninguno de sus acápites, al revés de lo ocurre con las tierras indígenas. Por deducción debe llegarse a la conclusión de que son las aguas que pueden ser utilizadas por los indígenas y sus comunidades cumpliéndose los requisitos que la ley señala en los artículos que hacen referencia a ella y que no violen las disposiciones del Código de Aguas de 1981 (véase también Parsons Alvarez, 2001)

La Corporación nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) tiene entre sus funciones de defensa jurídica de los indígenas en conflictos sobre tierras y aguas, y ejerce las funciones de conciliación y arbitraje en estos conflictos; además de expandir sus patrimonios en relación con agua; y promover adecuada explotación de tierras indígenas y su equilibrio ecológico (art. 39). Además la costumbre indígena entre miembros de la misma etnia, constituirá derecho.

Conforme a la Ley 19.253 sólo las “etnias nortinas” tienen reconocimiento especialmente vinculados al agua. Así, Aymarás, Atacameños y las demás comunidades del norte de Chile tienen un reconocimiento de la necesidad de salvaguardar sus derechos ancestrales de varias comunidades indígenas, como los referidos a bofedales y vegas, entre otros (art. 63)¹⁹.

Esto se complementa con la necesidad de proteger especialmente las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas. Las aguas dentro de terrenos de la comunidad indígena se reconocen como propiedad comunitaria, sin perjuicio de los derechos inscritos de terceros. No se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre fuentes que abastecen las aguas de las comunidades indígenas sin garantizar en forma previa el normal abastecimiento de aguas de las propiedades afectadas (art. 64). En cuanto a las comunidades se procurará establecer zonas especiales de pesca (art. 74).

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

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

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

Más allá de lo establecido, la ley 21/1991 aprueba el Convenio 169, por el cual se reconocen una serie de derechos indígenas (véase cap. 6).

La ley 160/94 prevé que en el Consejo de Reforma Agraria y de Desarrollo Rural Campesino se sienten dos representantes de organizaciones indígenas nacionales legalmente constituidas y reconocidas con las comunidades indígenas beneficiándose del Fondo de Cofinanciación para la inversión rural. El Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA) es responsable de promover el deslinde de los resguardos indígenas y de las tierras de comunidades negras y de su constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración. Los indígenas participan de la Junta

¹⁹ En la legislación nacional chilena, especialmente en el Código de Aguas y la ley Indígena, existe una marcada debilidad para la protección de los derechos hídricos de los pueblos hídricos. Incluso en zonas de mayor densidad de población indígena como la IX región las aguas indígenas han estado desprotegidas y la posibilidad de acceder a ellas de forma permanente y continuo hoy es casi nula. Asimismo llama la atención que la Ley de Bases del medioambiente chilena no obligue a los proyectos de plantaciones forestales a estudios de impacto ambiental, estimando los posibles efectos también en zonas de mayor población indígena, no sólo al momento de la plantación o la cosecha sino también durante el crecimiento y madurez de las plantaciones, momento en que requiere mayor demanda de agua. Como consecuencia, algunas exigencias de la CONAF van en la dirección de estatuir en una nueva versión del Código de Aguas un **Mínimo Hídrico Cultural** (véase Díaz gacitua y Elgueta Riquelme, 2001), o sea, según los autores, definir una cantidad suficiente de agua cuyo usos sea reservado para el desarrollo sustentable de las economías y culturas indígenas. Ello exige a la Política nacional de Recursos Hídricos dimensionar este caudal pensando en un desarrollo integral de recursos hídricos a largo plazo

Directiva del Instituto. INCORA está facultado para adquirir tierras y para mejorar la situación indígena. Puede delimitar tierras de resguardo indígena y comunidades negras constituyendo, ampliando y saneando las mismas. Estos predios se entregan título gratuito a las autoridades tradicionales o los cabildos indígenas y se hará titulación con el fin de mejorar la calidad de vida indígena, previéndose incluso que las tierras frecuentadas por grupos seminómadas sólo pueden ser utilizadas para resguardos, conforme a legislación vigente. El INCORA participa en la delimitación de las tierras que siguen sujetas a las condiciones de la función social y ecológica de la propiedad (Solanes y Getches, 1998).

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

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

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

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

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

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

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

La ley de equilibrio ambiental asegura derechos de las comunidades, incluidas las indígenas, a la protección, preservaban, uso y aprovechamiento sustentable de recursos naturales y la protección y usos de la biodiversidad, conforme a la ley (LEE, art. 15).

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

El decreto que Reforma los artículos 1º, 2º, 4º, 18º y 115º de la Constitución de los Estados Mexicanos del 25 de abril del 2001 establece en su art. 2º, parte. A, entre otros, que la Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre

determinación y, en consecuencia, a la autonomía para "...conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos por la Constitución, ... y acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley"²⁰.

D. La tendencia de derechos indígenas de uso de agua prioritarios o exclusivos en otras regiones

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

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).

Algunos países han asumido compromisos firmes de considerar los intereses y derechos de agua de las comunidades aborígenes y los usos originarios. **Los Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelandia** y algunos países del **Pacífico Sur (Fiji, Papua Nueva Guinea)**²¹ ofrecen ejemplos considerables. Por ejemplo la consideración de los intereses maoríes en Nueva Zelandia es un principio básico del proceso de planificación de agua por parte de las instituciones públicas.

En **Nueva Zelandia** los usuarios y otros interesados en el recurso hídrico pueden participar en audiencias o consultas públicas destinadas a analizar y cuestionar políticas públicas, programas,

²⁰ Sin embargo, en los acuerdos de San Andrés, y en la formulación jurídica elaborada desde 1996 por la Comisión de Concordia y Pacificación (conocida como ley Cocopa) entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), se estableció el reconocimiento explícito y claro de los Pueblos Indios (... "aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país al iniciarse la colonización y antes que se establecieron las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas de parte de ellas"²⁰). Este reconocimiento otorga a los pueblos indígenas, puesto que se reconocen como sujetos políticos, la facultad de autodeterminarse y organizar su vida conformidad con sus propias costumbres y visiones, y "... acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidas éstas como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponde a la nación" (art. 4, parr.V). Y, dentro de sus tierras, y territorios "... el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas, de acuerdo a las circunstancias particulares y específicas de cada entidad federativa. Las comunidades indígenas como entidades de derecho público y los municipios que reconozcan su pertenencia a un pueblo indígena tendrán la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones" (art. 115, parr. IX). Ésta es la parte medular de la ley de COCOPA. El Congreso Mexicano por el contrario, no ha aprobado esos acuerdos más que en forma relativa, produciéndose un impasse difícil de resolver, y razón por la cual tanto el EZLN como la mayoría de las organizaciones indígenas de México desconocen formalmente la Reforma Constitucional sobre Derechos y Cultura Indígena.

²¹ En las islas Solomon, por ejemplo, la tierra y su uso respectivo pertenece tradicionalmente a los miembros de una tribu o un clan familiar (*lineage*) encabezado por un líder o vocero familiar (*chief* o *elders*). La autoridad reconoce el derecho de los primeros propietarios del uso de la tierra como un derecho ancestral y no simplemente histórico. El aspecto religioso se toma en cuenta en las políticas de territorialización y desarrollo regional. Se afirmó el poder local de los chiefs a través de capacitación y participación y de esa manera el derecho consuetudinario tribal pudo ser incorporado en parte en el derecho público principalmente en temas de solución de conflictos, distribución de recursos y jurisdicción. Queda claro que también en las islas Solomon el (aún débil) consenso entre derecho público y derecho consuetudinario tribal ha surgido y surge permanentemente a través del diálogo y el conflicto de dos normas jurídicas (una escrita y fija, la otra oral y flexible) de dos culturas que se consideran esencialmente distintas (véase Ben. y.o. 1979).

proyectos y legislación vigente. Aunque el mecanismo se destina fundamentalmente a abrir espacios de participación, y su sola existencia no signifique que vayan a participar todos los interesados o sectores mayoritariamente afectados como sectores poblaciones marginados o discriminados, entre ellos hay que considerar los pueblos indígenas actuales.

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 1973, como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema en el caso Calder –que reconoció el título aborígen como un derecho aplicable- se iniciaron las políticas de reivindicaciones territoriales globales de los pueblos indígenas canadienses, a fin de resolver las cuestiones relativas a los derechos y los títulos indígenas en aquellos lugares de Canadá sobre los cuales no se habían firmado tratados históricos de cesión de territorios²². A partir de ahí el enfoque de las políticas públicas se ha centrado en negociar los tratados de reivindicación territorial a fin de lograr arreglos completos y definitivos sobre las reivindicaciones de territorios y recursos por parte de los indígenas. Esto también significa que las partes indígenas “cedan, transfieren y abdicuen” los derechos ancestrales a la tierra y los recursos a cambio de los derechos establecidos en el acuerdo. La técnica alternativa de abdicación, aprobado en el acuerdo de Nisga’a (2000)²³ y otras técnicas jurídicas actualmente investigadas que consiguen certidumbre y definidad.

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

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

En cuanto al tema de los recurso 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

²² Entre 1760 y 1923 se concluyeron aproximadamente 70 tratados históricos entre la Corona y los pueblos originarios. Un objetivo de la Corona en los acuerdos de „paz y amistad“ del período previo a la Confederación era facilitar el comercio y asegurar alianzas militares, el otro objetivo era clarificar los títulos indígenas territoriales a fin de delimitar territorios para asentamientos pacíficos. Los tratados son documentos constitucionales vigentes que establecen el marco para las relaciones permanentes entre la Corona y los pueblos indígenas (véase Dewar, Barry (2002): *Reivindicaciones globales y autogobierno en Canadá*, en Seminario Nuevas Relaciones entre Estado y Pueblos Indígenas: La Experiencia Internacional. Santiago de Chile, Universidad de Chile).

²³ El Convenio Nisga’a 2000 es el primer convenio canadiense que incluye autogobierno según la política de derechos inherentes. Según especialistas del Ministerio de Justicia de Canadá hay posibilidades de concluir en los próximos 5 años hasta 10 convenios finales de autogobierno que afectan a unas 50 comunidades (véase Thomson, George (2002): *La evolución del derecho aborígen en Canadá*, en Seminario Nuevas Relaciones entre Estado y Pueblos Indígenas: La Experiencia Internacional. Santiago de Chile, Universidad de Chile).

Canadá (véase el proyecto de ley de aguas del Perú; Latin American Weekly Report, 1994; Enriquez Vásquez y Real López, 1992).

Resulta interesante y fructífero comparar sistemas jurídicos en cuanto al, derecho de usos de agua por parte de los pueblos originarios. Por ejemplo existe una notable diferencia de manera en que se regulan los derechos de la población indígena en América Hispana y en **Estados Unidos**. En este país las decisiones judiciales han acordado en forma operativa otorgarle una prioridad al derecho indígena, que el derecho vigente respeta y hace aplicar. 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, aún coercitivamente** (véase Solanes, 1998).

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)²⁴ 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. La Corte de Justicia de Estados Unidos ha sustentado en aquel entonces que "... sería extrema creer ... que ... (El Congreso) tomó de los indios los medios para continuar sus viejos hábitos de vida ... y sin embargo no les dejó el poder de cambiar a hábitos nuevos (ver Resources, The Newsletter of the Canadian Institute of Resource Law, No. 18, Spring 1987: Richard Barlett, Prior and Paramount Aboriginal Water Rights in Canadá).

En otras palabras, en caso de que el gobierno cree 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. Un marco reglamentario de esta magnitud primero, reconoce tanto el derecho al agua como el derecho a la tierra de las comunidades indígenas locales, y segundo les otorga un derecho claro y preciso, dentro de normas obligatorias que son el un uso racional y beneficioso. Esto, comúnmente es conocido como la doctrina de **derechos reservados** (*reserved rights*) o la **doctrina Winter**. Esta doctrina básica 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 reservó²⁵ (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

²⁴ Winter vs. United States 207 US 564, 1908, Supreme Corte of the United States of America. La Corte de Justicia de Estados Unidos ha sustentado en aquel entonces que "... sería extrema creer ... que ... (El Congreso) tomó de los indios los medios para continuar sus viejos hábitos de vida ... y sin embargo no les dejó el poder de cambiar a hábitos nuevos (ver Resources, The Newsletter of the Canadian Institute of Resource Law, No. 18, Spring 1987: Richard Barlett, Prior and Paramount Aboriginal Water Rights in Canada).

²⁵ 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.

consecuencia muchos usuarios de agua temen que las tribus entorpecen el *modus vivendi* por hacer valer sus derechos prioritarios (ver Solanes/Getches (1998:72).

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

No hay que olvidar que es relativamente fácil regularizar los derechos indígenas cuando se puede distinguir zonas reservadas, como en la amazonia en los países andinos, pero es más complicado en los Andes. Esto requiere un proceso fáctico, normativo y técnico especial²⁶.

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 desarrollar²⁷.

²⁶ El tema de la regulación de los derechos indígenas al agua en los Andes requiere antes de entrar en el debate sobre el marco normativo legal, primero resolver el dilema sobre quienes son grupos indígenas y quienes no, y segundo reconocer que legislar sobre un recurso natural debe ser resultado de una experiencia social y ambiental. Por lo demás, la gran virtud de la ley, que es su claridad y precisión, se está perdiendo en nuestros días ante la manía legisferante (o justmanente no legisferante) de los poderes públicos. La legislación de agua contemporánea o sus modificaciones propuestas en muchos países de la región es tan copiosa, a veces tan desordenada y hasta contradictoria, que su conocimiento y su aplicabilidad factible resulta cada vez más difícil. Frente a estas normas, muchas veces desprestigiadas, una sólida, espontánea costumbre, adquiere un prestigio y, cosa singular, una claridad y justeza remarcables (véase también Borda, 1976).

²⁷ La CONAIE en Ecuador, por ejemplo, insiste que dicha venta o arriendo, sólo se puede efectuar por decisión colectiva, es decir, cuando por lo menos alrededor de 75% de la comunidad están de acuerdo. Caso contrario se pondrá en peligro la sobrevivencia de los demás que no quieren que los derechos de agua se transfieren o se transan.

II. Los derechos indígenas a nivel internacional respecto de la protección de los recursos naturales

El derecho internacional aborda el tema de los derechos indígenas de agua dentro del marco más general de los derechos humanos, cuya piedra fundamental es la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, adoptada en 1948. La Declaración contiene dos principios altamente pertinentes para la defensa de los derechos indígenas, a saber la igualdad y la no discriminación; sin embargo, no posee carácter vinculante. Sí lo tienen, en cambio, otros instrumentos internacionales de la ONU, como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 1948 – que algunos pueblos indígenas han invocado, alegando que ser víctimas de genocidio cultural o etnocidio- así como las dos convenciones adoptadas en 1966, conocidas como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos en vigor desde 1976. Los dos pactos prohíben la discriminación basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen social o nacional, propiedad o el nacimiento. A ellos se debe añadir la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965. Aun cuando ninguno de dichos instrumentos se refiere específicamente a los derechos de los pueblos indígenas como tales, éstos pueden invocarlos –y así lo han hecho- cuando son víctimas de persecución o discriminación (Stavenhagen, 1990a, b).

Más específicamente se puede invocar el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que no se debe negar, a las personas que pertenecen a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, "el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". Sin embargo, se observa que esta disposición presenta tres dificultades: en primer lugar no define lo que se entiende por **minoría**; a ello corresponde agregar que los pueblos indígenas en América Latina se resisten a ser considerados como **minorías** y de hecho en algunos países son **mayorías** en términos demográficos. En segundo lugar, el texto no afirma derechos, pues esta redactado en términos negativos (no se debe negar). En tercero, no reconoce derechos a las minorías como tales, sino a las **personas que pertenecen a las mismas**, siendo así que los grupos indígenas insisten en el reconocimiento de sus derechos colectivos como **pueblos**.

No obstante estas insuficiencias, esta disposición ha sido objeto de un seguimiento que no está desprovisto de interés para los pueblos indígenas, a cargo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de la cual depende la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en cuyo seno se ha constituido un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Este Grupo ha elaborado un Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, con miras a su adopción por la Asamblea General de la ONU; sin embargo su discusión previa en la Comisión de Derechos Humanos se encuentra estancada.

Además de los dos pactos de la ONU, que se dirigen al conjunto de los habitantes del planeta, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo se han elaborado normas internacionales que tratan específicamente de los derechos de los pueblos indígenas. Las más importantes son el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales 1957 (núm. 107), y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169). Aún cuando, al haber sido revisado, el Convenio 107 está cerrado para nuevas ratificaciones, se mantiene como fuente de obligaciones con respecto a los países que no lo han denunciado y tampoco han ratificado el Convenio 169, como Chile, por ejemplo.

En fin, dentro de los instrumentos internacionales de nivel regional se debe recordar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, también conocida como Pacto de San José. Esta convención tampoco trata específicamente de los derechos de los indígenas, pero su órgano de monitoreo –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– ha abordado el tema relacionándolo con la discriminación. Existe rica y variada información sobre la manera cómo la Comisión ha llamado la atención de los gobiernos sobre prácticas violatorias de esta Convención, en perjuicio de los pueblos indígenas (véase Stavenhagen, 1997).

Ahora, ante la ausencia o insuficiencia de normativa nacional, el tema de la normativa internacional del derecho indígena adquiere gran importancia. El centro de estas normas constituye hoy en día el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT. Prácticamente todas las Constituciones políticas nacionales recientes con respecto a los pueblos indígenas se inspiran en el Convenio 169. No obstante, tanto los acuerdos internacionales como las legislaciones nacionales de los países en la región demuestran ser leyes proteccionistas, o sea, parten de una visión pasiva y retardada de la cultura de los pueblos indígenas, la que merece una protección por parte de los Estados.

A. El Convenio No. 169: hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas

El Convenio No. 169 de 1989 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a

mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven. El tratado internacional surgió tras haber observado que en muchas partes del mundo esos pueblos no podían gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión. El Convenio No. 169 en ese sentido es una revisión parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (n. 107).

El Convenio 169 abarca tanto aspectos laborales como no laborales, pero es ante todo un instrumento internacional sobre Derechos Humanos. Uno de sus objetivos es la realización en el orden nacional de acciones positivas encaminadas a corregir disparidades materiales y de desarrollo que existen entre los pueblos indígenas y el resto de la sociedad nacional. Por cierto que su impacto no se puede visualizar en el corto plazo, aunque sí ya se pueden identificar muchos de sus efectos en el orden jurídico nacional, pues como se verá más adelante prácticamente todas las reformas constitucionales recientes que abordan el tema de los derechos indígenas se inspiran en este Convenio. Además, la peculiaridad del sistema de monitoreo de las normas de la OIT permite abrir un diálogo entre la OIT y las autoridades nacionales, a través del cual se pueden evaluar los esfuerzos y las medidas que toman los Estados Miembros de la OIT para dar cumplimiento a sus disposiciones.

Varios puntos resaltan el interés a nivel de las Naciones Unidas de darle mayor prestigio y poder al uso del derecho consuetudinario o derecho indígena propiamente tal. Junto con la invasión de las tierras ancestrales, una de las agresiones mayores que enfrentan los pueblos indígenas es el despojo de sus recursos naturales, que han sido y siguen siendo objeto de la codicia de poderosos intereses económicos, lo que se encuentra en el origen de episodios sangrientos y dolorosos. En muchos casos el hábitat de numerosas comunidades indígenas ha sufrido daños irreparables y las empresas de exploración y explotación de dichos recursos han sido responsables de la destrucción del modo de vida, cuando no del etnocidio de sus integrantes. En particular, han sido las comunidades selváticas que más han sufrido esta agresión, pero no son las únicas. En tiempos más recientes, gracias a la movilización de los propios indígenas, a la conciencia que se está adquiriendo de la necesidad de preservar el entorno ecológico, y al poder de los medios de comunicación, este despojo ya ha dejado de ser cubierto por el manto del silencio, y se asiste a una saludable reacción²⁷.

El Convenio 169 detalla una serie de derechos indígenas en cuanto a la equidad en la gestión integral de recursos naturales, incluidos la preservación de las instituciones, los bienes y su medio ambiente (art. 4); la participación libre en políticas y programas que les conciernen (art. 6); el derecho a decidir sobre las tierras que ocupan o utilizan (art. 7); el respeto a su derecho consuetudinario (art. 8); el derecho a la protección legal eficaz (art. 12); el respeto a los valores asociados a tierras y territorios, lo que implica la totalidad del hábitat o regiones que los pueblos interesados ocupan. También incluye el reconocimiento de la propiedad y posesión de las tierras que ocupan tradicionalmente (art. 14), con garantía y procedimientos adecuados para su determinación, protección y defensa (art. 14), con derechos a participar en utilizar, administrar y conservar los recursos existentes en sus tierras; con cuyos recursos los derechos indígenas deberán especialmente protegerse; previéndose que cuando los recursos sean propiedad del estado se

²⁷ Sobre este tema conviene recordar las disposiciones del Convenio 169 (art., 15):

"1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades."

consultará a los indígenas; con el agregado de que *siempre que sea posible*²⁸ participarán en los beneficios de explotación, o serán equitativamente compensados (art. 15).

Se garantiza además el derecho de permanencia en sus tierras, con excepciones (art. 16); respetándose los medios consuetudinarios de transferencia de derechos, consultándose los cuando se discutan transferencias fuera de la comunidad y protegiéndolos de explotaciones externas que puedan aprovecharse de su inexperiencia en cuestiones legales, a efectos de arrogarse la propiedad, posesión y uso de tierras que les pertenecen (art. 17). Se establece además que las leyes deberán sancionar intrusiones no autorizadas en tierras de pueblos interesados, y que los programas agrarios deben prever la expansión de estas tierras a fines de garantizar la subsistencia o la expansión numérica (art. 19).

B. El derecho consuetudinario indígena: En torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas y los derechos sobre el agua

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

Se llama **derecho consuetudinario** a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados. Un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y 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 sólo 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

²⁸ Apenas parece necesario añadir que el enfoque con que abordemos esta cuestión tiene un impacto importantísimo sobre la autonomía que se reconocerá al derecho indígena. Aquí nos podemos topar con posiciones maximalistas, minimalistas e intermedias. Para los minimalistas la validez del sistema de derecho consuetudinario indígena estaría limitada a asuntos menores, de interés interno de la comunidad que podrían ser resueltos según principios y a través de procedimientos que *mutatis mutandi* serían semejantes a una justicia de paz lega. En un sentido opuesto se podría sostener que se debe maximizar la autonomía del derecho indígena, sobre todo cuando afecta a relaciones internas entre los miembros de la comunidad interesada, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo (vease Bronstein, 1998).

El *quid* de la cuestión consiste por lo tanto en identificar cuáles son concretamente aquellas reglas de derecho positivo que tienen primacía sobre el derecho consuetudinario, o puesto de otra manera en identificar aquellas prácticas o instituciones de derecho consuetudinario a las que se negaría validez por motivos de incompatibilidad con la Constitución o la ley.

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**."

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 aún en la ausencia de disposiciones legales o constitucionales del derecho positivo que le reconozcan efecto jurídico alguno (Sierra, 2001).

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).



III. Las esferas de la justicia y equidad en la protección de los derechos indígenas sobre los recursos naturales

Sin duda, las leyes indígenas nacionales antes comentadas constituyen un avance en el reconocimiento de derechos indígenas. Sin embargo, en lo esencial sigue sin reconocerse a través de ella el derecho consuetudinario (local) de los pueblos indígenas como un derecho activo, aplicado y aplicable. También resalta el contraste que ha existido y sigue existiendo entre el avance en esta materia a nivel internacional y el casi estancamiento a nivel de algunos países de la región (Aylwin, 1997).

El reconocimiento de estos derechos, y por tanto, del pluralismo jurídico al interior de un país, no constituye una tarea fácil, ni teórica ni prácticamente. Éste pasa por el reconocimiento y la aceptación por parte de las sociedades de los países en la región que primero, efectivamente haya una diversidad étnica y cultural en el país que ha sido en gran medida negada, segundo, que esta diversidad signifique un aporte intrínseco a la cohesión social y nacional y no un amenaza a la unidad, y tercero, para lograr la diversidad cultural hay que cambiar las reglas de juego, utilizando el derecho nacional (en conjunto con sus legislaciones nacionales como la de agua) no como herramienta que acelera el proceso de homogeneización sino como herramienta que hace posible avanzar hacia esferas de justicia y equidad entre sociedad nacional y pueblos indígenas.

Ahora también hay que marcar una nueva tendencia en las formas de intervenciones "estatales" en los países de la región desde los años ochenta²⁹, no solamente en el tema indígena, sino también en áreas como la economía o el medio ambiente.

En las sociedades neoliberales latinoamericanas esta nueva institucionalidad se caracteriza por una combinación de iniciativa privada y subsidiaridad pública en las áreas de economía y sociedad, lo que las Constituciones actuales garantizan mediante la extensión y fortalecimiento tanto de los derechos privados como del Poder Judicial. Las legislaciones de agua son un muy buen ejemplo para esta "cohesión público-privado" en materias jurídicas.

Uno de los resultados importantes de la nueva institucionalidad bajo órdenes estrictamente neoliberales, a tener presentes en una estrategia jurídica indígena, es el cambio trascendente en la relación judicial-administrativa. Hoy en día el poder judicial tienen una responsabilidad más activa y más independiente en el control de la administración, sobre todo en materias de derecho de propiedad. El mecanismo jurídico más importante al respecto es el recurso de protección, mediante el cual cualquier persona puede recurrir a las Cortes de Apelaciones para reivindicar el cumplimiento de leyes, o de determinados derechos constitucionales cuando estén amenazados por actos administrativos, o de particulares³⁰ (Toledo Llancaqueo, 1996).

Hay aquí una opción para los pueblos indígenas de incorporar su derecho consuetudinario como un elemento fundamental de una normativa, para luego ser representado "legalmente" en la jurisprudencia nacional. En una institucionalidad tal, muchos asuntos que antes no habrían llegado, llegan y llegarán al sistema judicial y la judicatura tendrá a menudo que entrar a fondo dichos asuntos, en la función de zanjar conflictos y trazar la frontera entre derechos y deberes.

Y, finalmente, los gobiernos de turno, la administración, no pueden ir más allá de lo que la legislación les mandare cumplir en materias de protección de derechos indígenas y promoción del desarrollo. Pero tampoco pueden no cumplir lo que las leyes y la Constitución establecen.

Los sistemas normativos de los pueblos indígenas andinos son construcciones culturales cuya vigencia revela sin duda su eficacia para la regulación y el control social, y su capacidad para adecuarse a los procesos sociales (Sierra, 2001). Son, en grandes rasgos, sistemas normativos contemporáneos, dinámicos, con una enorme capacidad para incorporar elementos nuevos y para renovar y cambiar sus tradiciones, y ante la expresión de supervivencias prehispánicas que suelen ser vistas como atávicas; los sistemas son producto de una historia de dominación ante la cual han debido que responder, adaptarse, o resistir. Esto explica la actual hibridez cultural de los pueblos indígenas y sus "estrategias de entrar y salir de la modernidad" (García Canclini, 1992).

A. 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 (vivido) y usos (practicados). Es decir, existen disposiciones que claramente establecen la prevalencia del Estado como propietario del recurso, al mismo tiempo que

²⁹ Por ejemplo la Constitución Política Chilena de 1980 es ejemplar para el nuevo rol protagónico del Poder Judicial. Este rol nuevo se basa en el temor y rehuso de los constitucionalistas del 80 frente al "estatismo" y su intervención en muchas áreas de la economía y la sociedad y formaba parte del rediseño neoliberal del país. Hoy día, la institucionalidad vigente ha puesto el país en un posición intermedia entre la tradición anglosajona -un fuerte rol judicial en materias de política pública- y europea continental -subordinar el poder judicial a los demás poderes del Estado. Los procesos de reformas judiciales están avanzando debido a la caducidad normativa y reguladora de muchas legislaciones. Las grandes tradiciones jurídicas antes mencionadas toman un rol activo en este proceso de ordenamiento legal, así que por ejemplo el nuevo derecho de procesamiento penal que ya se aplica a nivel experimental en algunas regiones fue asesorada por jueces y especialistas alemanes, y en rigor se trata de una copia sofisticada del derecho de procesamiento penal alemán actual.

³⁰ Así por ejemplo consta la Constitución Política de Chile en su art. 20.

se aprueba legislación que reconoce los derechos sobre el recurso por parte de las comunidades indígenas. Así por ejemplo en el Perú el estado es el propietario y supremo dispensador y regulador en el uso y la administración de las aguas y no hay ni "propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas"³¹ A las comunidades andinas y amazónicas peruanas no les ha sido reconocidos el derecho de dominio sobre el agua en sus territorios, bajo ninguna de las formas en que ésta se presenta (abrevaderos, ríos navegables, lagos o lagunas, o otras corrientes menores etc.). Sin embargo, la Ley de Comunidades Nativas garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas y se concluye que las agua también forman parte del espacio territorial indígena³².

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

Dado que las tierras³³, 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 e 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 indígena-campesinos consuetudinarios, las formas organizativas propias, según las concepciones particulares sobre equidad y justicia en cada cultura hídrica local (Boelens, 1999).

B. Problemas de la incorporación de los derechos derivados de usos consuetudinarios de agua en materias de la políticas públicas

En los países de la región, las intervenciones gubernamentales sobre las leyes relacionadas con los recursos naturales, o más específicamente de los recursos hídricos, de los pueblos

³¹ En la Ley de Aguas del Perú de 1969, y adoptado en la Constitución Política de 1979, se hace referencia a que el Estado tiene "dominio sobre todas las aguas del país y que este dominio es "inalienable e imprescindible, y de que no hay ni propiedad privada ni derechos adquiridos sobre ellas".

³² 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.

³³ No obstante, hay que considerar que el reparto de las tierras individuales dentro de las comunidades es una práctica común en las comunidades indígena-campesinas a lo largo de los Andes.

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 vistos 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).

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

Ahora bien, tanto la legislación gubernamental como local sólo adquieren significado en cuanto al manejo de los recursos naturales, cuando la gente orienta sus decisiones y comportamientos hacia estas reglas.

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 adecuadamente y sistemáticamente las cuestiones relacionadas con los derechos hídricos y su distribución (Guillet, 1995).

Sin lugar a duda, 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.

Como consecuencia el problema para la política nacional de agua está en conjugar adecuadamente temas, a veces, tan contradictorias 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 marea de legislar y distribuir sobre la tierra y el agua, lo que podrá enfrentarse obstáculos políticos aún más grandes.

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

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

C. La complejidad del derecho de aguas en las comunidades indígena-campesinas

El derecho de aguas que hoy en día rige en las comunidades indígena-campesinas, por ejemplo en el sector de riego comunitario en las alturas de los Andes se debe comprender a partir y en términos de un conflicto sociohistórico entre formas burocráticas (individualizadas) de administrar el agua y formas locales (comunitarias y colectivas). Estas formas locales de "hacer derecho" han sido constituidas por la historia, la cultura y la tecnología andina, y parten de una lógica interna que mantiene su propia racionalidad comunicativa, 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 puede 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 quienes pueden y quienes 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 asimétrica, por ejemplo entre un *ayllu* o un grupo de comunidades y la sociedad burocrática o mayor de un pueblo, es la causa elemental para que hasta el día de hoy existan diferentes formas 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 considerada 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 de los usos locales del agua es el de la propiedad (Gerbrandt 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 relacionadas con la propiedad de un cierto bien, no se presenten a nivel individual o familiar sino están relacionadas con el concepto de usuarios (efectivos y beneficiarios en términos eco-culturales). 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 sólo se encuentran y se interrelacionan como regantes sino también y, a veces primordialmente, como parientes, vecinos, copropietarios, comuneros o deudores, etc.
4. Las diversas interrelaciones entre usuarios explican también la necesaria flexibilidad que se halla en la aplicación de obligaciones y sanciones vinculadas 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 mantención 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 no³⁴.

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

³⁴ 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 grandes presas y canales modernos, los sistemas de manejo de agua tradicionales (preincaico, incaico, colonial y republicano) no han podido ser alternados en su función sociocultural, y mucho más los habitantes recurren a dichos sistemas y sus elegidos representantes (jueces de agua) siempre y cuando el sistema estatal demuestra negligencias o se aplica un sistema de cumplimiento del pago por el agua demasiado rígido y disfuncional. También hay que mencionar casos de "cohecho" y corrupción a nivel personal (por ejemplo, de adquirir más agua de un juez, de no tener que pagar la cuota, de robar el agua por la noche) pero estas infracciones generalmente se descubren al rato y los culpables se sancionan.

D. 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 recursos hídrico en el sistema que implica la regulación del usos interno y su conservación;
- b. el derecho y deber a participar en las decisiones sobre el acceso de los usuarios al sistema del recurso, en las que se define 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.

Sin embargo, para el análisis exhaustivo de los derechos al agua en las comunidades indígena–campesinas es necesario diferenciar entre los derechos individuales o familiares³⁵ y los derechos colectivos³⁶ al agua.

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

³⁵ En general el término derecho individual al agua en los Andes, de ninguna es comparable con un derecho titular que prescriben las legislaciones de agua, ya que se refiere primero a los derechos familiares, de los 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.

³⁶ Ver por ejemplo Yoder y Martín (1998) sobre el caso de Nepal, donde en la mayoría de los casos el derecho al agua es un derecho colectivo de la comunidad, implicando su acción colectiva organizada. El Código Civil de Nepal reserva derechos prioritarios para los que inviertan en sistemas de irrigación, lo que causa un variada de conflictos en cuanto a la correcta negociación y asignación de agua. El sistema estatal de conciliación entra en vigor cuando por el accesos una construcción hidráulica moderna, como una presa o un canal moderno, entran en conflicto dos o más comunidades y el gobierno del distrito tiene que velar por una distribución justa y apropiada, tomando en cuenta las áreas de tierra de los respectivos lugares.

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

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

Cuadro 1

LOS DERECHOS DE AGUA EN TÉRMINOS CONCRETOS

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

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.

E. 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 ésa es una interpretación muy reductora.

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 sólo 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 población³⁷. El caso más frecuente es la destrucción de hábitats pesqueros en pro de derechos de riego y energía. Los usos consuetudinarios destruidos no son considerados en evaluaciones de proyectos ni mucho menos compensados.

³⁷ En Laguna Vera, del sistema Acahy, en Paraguay, se efectuaron derivaciones para riego de arroz que destruyeron la economía de la población local, que practicaba pesca en forma consuetudinaria y economía local y su balance con elementos ecológicos ha sido sumamente estudiado en Africa (Río Senegal, Cabora Bassa, Río Nilo) este tema es relativamente ignorado en América Latina y el Caribe.

IV. Vías de reconciliación entre derecho consuetudinario indígena y principios modernos de la gestión integral de agua

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

Ahora, si tomamos el lineamiento global acerca del desarrollo sustentable y sus características esenciales debemos preguntarnos como se podría limitar o redefinir dichas atribuciones a la propiedad para acercarnos a la noción del derecho consuetudinario vigente, y viceversa como se podría acercar el derecho consuetudinario al derecho positivo codificado.

Debemos estar consciente, 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 lado, los derechos consuetudinarios (exclusivos o prioritarios) como vimos anteriormente 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 la 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 aguaductos 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 recurso hídricos, son: derechos consuetudinarios muchas veces trascienden meros reglas de conveniencia o práctica. A veces están firmemente basado 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 aprobación de la existencia de derechos consuetudinarios es un tarea difícil para los juristas, debido a sus carácter dinámico y flexible los abogados deben recurrir más la asertación que la prueba para demostrar su vigencia; en general derechos de agua adquiridos bajo la noción de un sistemas consuetudinario no son títulos transmisible o alienables de la tierra adyacente, en este caso agua y tierra conforman una unidad territorial; la mayoría de los sistemas consuetudinarios reconocen un derecho comunitario acerca de la tierra (y por consecuencia acerca del agua) en vez de un derecho individual, en otras palabras la tierra apropia a la gente, y no viceversa; el tema de la negociación con pueblos indígenas, tribus o clanes acerca de un desarrollo es un largo y pre proceso entre dos campos normativos semi-autónomos, con mucha interacción de estrategias, aún cuando nuevos proyectos de inversión (transnacional) implican la alineación de territorios indígenas (Saunders, 1991).

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 ciertas situaciones puede causar situaciones de exclusión hacia otros miembros de la comunidad o hacia mestizos o migrantes. Esta deficiencias están directamente vinculados 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 indígena-campesinas intactas practican varios sistemas legales y de gestión, y sólo en muy pocos casos de conflictos se recurre a entes externos para lograr un tipo de consenso o de conciliación. En términos y principios modernos de un manejo equitativo, justo y sustentable del agua el derecho consuetudinario 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 propuestas³⁸ 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 se permanezcan en el "dominio comunitario colectivo" sin posibilidad de interferir por parte de la burocracia. Todos los usos empleados, o por otros proyectos necesitados (por ejemplo de riego) de la comunidad en total deben ser asignados por el dominio público. Estos permitiría a toda la comunidad disfrutar de los beneficios en los mismos términos que la unidad familiar. Este principio esta muy cerca a la legislación que califican por ejemplo la ley común de derechos riberanos, cuando aseguran a terratenientes vecinales el derecho continuo

³⁸ Véase la propuesta de Sandford (1989) para las tribus aborígenes de Australia.

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 usos 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 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 en enfrentar temas como la compensación por el extravío a la venta obligada de agua, por lo que se defina 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 duda debilita o fragmenta la estrategia comunitaria de un derecho y uso colectivo en caso de disputas. Por consecuencia, los derechos individuales tienen que ser súbditos a los derechos colectivos.

En este sentido 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, y incluso preferidos por los sistemas liberales de agua, como el chileno por ejemplo (véase Gentes, 2001).

Ahora si se incorporan comisiones "consuetudinarios" 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 recuperable –acción que parece imposible realizar debido a la tremenda variedad de costumbres, y la contradicción entre costumbres detallados de indígenas-; hay que limitar la posibilidad de compensación a los casos de daño y adquisición compulsiva que interfiere con los derechos arraigados; se puede obtener los derechos consuetudinarios codificados a través de un trámite inmediato simple y sin costo alguno, salvo que hay razones de la propia práctica de la gestión de agua que lo impiden; los sistemas de propiedad, administración y control deben ser lo más flexibles posibles para que pueden reflejar el derecho consuetudinario o existir *paralelamente*; las autoridades consuetudinarios locales deben estar incorporado 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 si, tendrían asegurado sus derechos colectivos comunitarios, demostrando que un cambio de la noción de propiedad en las legislación vigente, 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 indígena-campesinas en Bolivia, puede ser el manejo y el usos del agua como un recursos 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 si, se debe tener flexibilidad en la manera de formular y aplicar reglas y formas organizativas propias, y no definirlos 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 sólo un sistema de derecho consuetudinario local de agua puede contribuir a la formación de una escuela de abogados, los cuales siempre querrán defender su prototipo de derecho consuetudinario.

Esta tendencia de nidificación (*nesting*) se puede disminuir de manera que se regula y especifica dichos usos de los derechos consuetudinarios. 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 mundo³⁹.

³⁹ Saunders (1991:10) menciona dos éxitos ilustres de coexistencia de derechos consuetudinarios y sistemas legales modernos en la gestión de agua: las *huertas* en España y las *zanjeras* en las Filipinas. Ambos sistemas han sobrevivido por varios siglos en la coexistencia con normas legales de sistemas nacionales, incluso los dos son sistemas de reglas complicadas y detalladas, en términos de régimen de participación, control y balance, aspectos que son tallado para las necesidades socioeconómicas específicas de la localidad: Además las dos sistemas está virtualmente imposible ser copiado en otro lugar, no obstante comparten las atribuciones intrínsecas de un derecho comunitario del recurso hídrico.

V. Conclusiones

A. Recomendaciones, criterios sustantivos y procedimientos para la elaboración de un catastro del reconocimiento de los derechos y los usos y costumbres indígenas consuetudinarios de agua

Parece que en el tema indígena, algunos de los países bajo estudio elaboran cuidadosamente facultados administrativos y de planificación, sin una definición clara de los derechos y obligaciones de todos sectores interesados (pe. minería, agricultura, hidroeléctrica o maderera) y del gobierno, no de medios sustantivos y procedimientos para su defensa. El resultado son situaciones de indefinición y ambigüedad que no sólo crean incertidumbres e inseguridad legal, pero además no se traducen en el respeto efectivo de los intereses protegidos. Esto abre puertas a consideraciones interesantes sobre el rol de la ley y el de la administración. Problemas recientes en la región de conocimiento público, hablan de la importancia del tema (Getches y Solanes, 1998).

En los capítulos anteriores destacamos la notable diferencia en la manera en que se regulan los derechos de los pueblos indígenas en América Latina y en los Estados Unidos, especialmente en los estados federados del oeste americano. Es de esencial importancia, que en este país las decisiones judiciales han acordado en forma operativa altísima prioridad al derecho indígena que el derecho vigente respeta y hace

aplicar. Con esto, el sistema estadounidense corrobora otro de los elementos tradicionales de la conjunción derecho, política y economía: derechos de propiedad claros y precisos y autoridades dispuestas a, y capaces de hacerlos vigentes, y de aplicarlos, aún coercitivamente (Locke, 1980).

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

En suma, 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 otorga 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 sólo el valor pecuniario, sino también su relevancia a afectos de la subsistencia de las comunidades indígenas. Los obligados al pago serán conjunta y solidariamente los beneficiarios de los derechos, el estado y el los titulares (en forma colectiva y comunitaria) de la autoridad de aguas.
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.

7. 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 sólo podrán ser sancionadas si no respetan un usos efectivo, beneficioso, y equitativo; mecanismos que serán claves a futuro en la implementación de una gestión integrada de recursos hídricos⁴⁰. Para controlar dicho 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).

⁴⁰ 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 (Global Water Partnership, GWP): Water for the 21st Century: Vision to action. Buenos Aires, 2000.

Bibliografía

- Aguilar León, Carlos, (2000) “Análisis de la ley de aguas vigente en Ecuador y su aplicabilidad.- La nueva propuesta de Ley de Aguas.”
- Arroyo Castillo, Aline (1999) “El agua, fuente de vida pero también de conflictos: una experiencia de gestión del riego con comunidades campesinas de los Andes ecuatorianos”, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 18-44.
- Aylwin, José (1997) “Derecho consuetudinario indígena en el derecho internacional, comparado y en la legislación chilena”, en: Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología, Valdivia, 1995, Tomo I, p. 189-97.
- Bauer, Carl (1997) “Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile, en: World Development, Vo. 25, No. 5, p. 639-56.
- Beccar, Lily/Boelens, Rutgerd/Hoogendam, Raul (2001) Derechos de agua y acción colectiva en el riego comunitario. En: *Derechos de Agua y Acción Colectiva*, Instituto de Estudios Peruanos & P. Universidad Católica, Lima.
- Beck, Robert E. (Ed.) (1991) “Water and Water Rights”. Vol. IV, Chapter 37 (Reserved Water Rights). Charlottesville/ Virginia, The Michie Company.
- Bellah, Robert Nelly (1991) *The good society*. New York, Knopf.
- Ben, Waita (y.o.) (1979) *Land in Solomon Islands*. Solomon Islands, University of South Pacific/ Institute of Pacific Studies.
- Benda–Beckmann, Franz von/Benda–Beckmann, Keebet von/Spiertz, Joep (1998) *Equity and legal pluralism: taking customary law into account in natural resource policies*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): *Searching for equity* (dto), p. 57-69.
- Bengoa, José (2000) “La emergencia indígena en América Latina”. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.

- Berry, Kate (1998) “*Values, Ideologies and Equity in Water Distribution. Historical Perspectives from Coastal California, United States*”, en: Bolens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 189-200.
- Boelens, Rutgerd/Dávila, Gloria (Ed.) 1998a Searching for equity.- Conceptions of justice and equity in peasant irrigation. Assen/ Netherlands, Van Gorcum.
- Boelens, Rutgerd (1999) “*La gestión concertada de los recursos hídricos y el desarrollo del riego campesino andino: un proceso fundamentado en enfrentamientos y negociación*” en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 137-176.
- Boelens, Rutgerd/Dourojeanni, Axel/Durán, Alfredo/Hoogendam, Paul (2001) *La gestión de usos múltiples del agua y el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios*. En: *Derechos de Agua y Acción Colectiva*, Instituto de Estudios Peruanos & P. Universidad Católica, Lima.
- Bourdieu, Pierre/Wacquant, Loic (2000) “*La lingua franca de la revolución neoliberal: una nueva vulgata planetaria*”, en: Le Monde Diplomatique, Edición Chilena, No. 4, diciembre, p. 22-4.
- Bronstein, Arturo S.(1998) “*Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión*”. San José de Costa Rica, OIT, Equipo Técnico Multidisciplinario (ETM).
- Bustamante, Rocío (1995) “*Normas de la gestión y gestión de las normas en sistemas de riego campesinos.- Estudio de los usos, costumbres y legislación en los sistemas de riego tradicional de Tiquipaya. Cochabamba*”, Tesis de Licenciatura en Derecho, PEIRAV/ UMSS:
- Cambellotti, Carlos Alejandro (1998) “*El desarrollo de las reformas judiciales en Latinoamérica.- La justicia regional a fin de milenio*”. Buenos Aires.
- Castanier, Homero/Terán, Fernando (1998b) “*Water law and equity in irrigation projects: the ecuadorian case*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 286-297.
- CEPAL (2001) “Tendencias actuales de la gestión del agua en América Latina y el Caribe (Avances en la implementación contenidas en el capítulo 18 del Programa 21). *Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas*.
- CICDA/ CESA/ SNV/ CAMAREN (1996) “*El riego en la comunidad andina – Una construcción social*” Video & Folleto. Quito, ImpreFEPP.
- Clavero, Bartolomé (1994) “*Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*”. México Ed. Siglo, XXI.
- Clavero, Bartolomé/Ama llunku, Abya Yala. (2000) “*Constituyencia indígena y código ladino por América*” Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Crespo F., Carlos, (2001) “*Agua, usos y costumbres y "africanización" del manejo de la pobreza*” . Oxford, Brookes University, Paper.
- Cuadra Lizana, Manuel (1999) “*Los derechos de agua de prioridad ancestral de las comunidades atacameñas del Norte de Chile*”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, No. 1, enero-junio, Santiago de Chile, p. 85-94.
- Cubillos P., Gonzalo (1994) “*Bases para la formulación de leyes referidas a recursos hídricos. Santiago de Chile*”, CEPAL, División de Recursos Naturales y Energía.
- Chihuailaf, Elicura (1999) “*Recado confidencial a los chilenos*”. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.
- Díaz Gacitua, Miguel/Elgueta Riquelme, Raúl (2001) “*La Protección y Uso de las Aguas entre los Mapuches de la Araucanía. Problemas y Perspectivas para el Desarrollo Indígena*, en: Anales del III Encuentro de las Aguas, Panel 2: Políticas y Estrategias para el Desarrollo del Recurso Hídrico, Santiago de Chile”, MOP/ MINAGRI/ IICA.
- Díaz-Polanco, Héctor (2000) “*Los dilemas de la diversidad, en: Anales del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el Tercer Milenio*”. Arica, Universidad de Chile et al.
- División de Medio Ambiente y Desarrollo (1998) “*Recomendaciones de las reuniones internacionales sobre el agua*”: de Mar del Plata a Paris. Santiago de Chile, CEPAL.
- División de Recursos Naturales y Energía (1987) “*La pequeña cuenca de montaña en la gestión del desarrollo y en la conservación de los recursos naturales*”. Santiago de Chile, CEPAL.
- División de Recursos Naturales y Energía (1993) “*Políticas de gestión integral del agua y políticas económicas*”. Santiago de Chile, CEPAL.
- División de Recursos Naturales y Energía (1995) “*Mercados de derechos de agua: entorno legal*”. Santiago de Chile, CEPAL.

- Dourojeanni, Axel (Ed.) (1997) *"Amancer en los Andes"* Santiago de Chile, CEPAL.
- Dourojeanni, Axel/Jouravlev, Andrei (1998) *"El código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad"*. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 3.
- Dourojeanni, Axel (1999) *"Debate sobre el Código de Aguas de Chile"*. Santiago de Chile, CEPAL.
- Dourojeanni, Axel (2000) *"Procedimientos de gestión para el desarrollo sustentable"*. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Manuales No. 10.
- Dourojeanni, Axel (2001a) *"Crisis de gobernabilidad en la gestión integrada del agua en América Latina"*. Santiago de Chile, CEPAL.
- Dourojeanni, Axel (2001b) *"Gestión integrada de recursos hídricos y del medio ambiente"*. Santiago de Chile, CEPAL.
- Dourojeanni, Axel (2001c) *"Temas relevantes para mejorar la capacidad de gestión del uso múltiple del agua"*. Santiago de Chile, CEPAL.
- Enríquez Vásquez, M./Real López, B. (1992) *"Vida por petróleo: El caso del parque nacional Yasuni ante los tribunales"*. Quito, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales.
- Etzioni, Amitai (1996) *"The New Golden Rule.- Community and Morality in a Democratic Society"*. New York, Basic Books.
- Fernández Osco, Marcelo (2000) *"La ley del Ayllu: Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (Justicia Mayor y Justicia Menor) en comunidades aymaras"*. La Paz, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia.
- García, Luís E. (1998) *"Manejo integrado de los recursos hídricos en América Latina y el Caribe"*. Washington D.C, Banco Mundial, No. ENV-123.
- García Canclini, Nestor (1992) *"Culturas híbridas"*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- Gelles, Paul (1998) *"Competing cultural logics: state and 'indigenous' models in conflict"*, en: Boelens, R./Dávila, G. (Ed.): *Searching for equity* (dto), p. 256-267.
- Gelles, Paul (2000) *"Water and Power in Highland Peru.- The Cultural Politics of Irrigation and Development"*. New Brunswick/ New Jersey/ London, Rutgers University Press.
- Gelles, Paul/ Boelens, Rutgerd (2001) *"Water, Community, and Identity: The Politics of cultural and agricultural Production in the Andes"*. Amsterdam. CEDLA- Centre for Education and Documentation on Latin America.
- Gentes, Ingo (2000) *"Agua es vida": Comunidades indígenas de agua y minera en el Norte Grande/ Chile*. Berlin, Wissenschaftlicher Verlag.
- Gentes, Ingo (1998) *"Culturas étnicas en/o conflicto: el Código de Aguas y las Comunidades Indígenas en el Norte Grande/ Chile"*, en: *Revista Américas*, Año 4, Tomo 16, Viena/ Caracas.
- Gerbrandy, Gerben/Hoogendam, Paul (1998) *"Aguas y acequias.- Los derechos al agua y la gestión campesina de riego en los Andes bolivianos"*. La Paz, Centro de Información para el Desarrollo (CID)/ Plural Editores.
- Gerbrandy, Gerben/Hoogendam, Paul (1999) *"La compeljidad del derecho al agua en Totorani, y su significado para una propuesta ley de agua"*, en: *Ruralter*, No. 18, La Paz, p.45-75.
- Getches, David (1990) *"Water law. Chapter VIII"* (Federal and Indian reserved Rights). St. Paul, West Publishing Co.
- Golte, Jürgen (1980) *"La racionalidad de la organización andina"*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- Golte, Jürgen/Cadena, Marisol de la (1983) *"La codeterminación de la organización social andina"*, en: *Allpanchis*, No 22, Año 13, Vol. 19, Cusco, p. 7-34.
- Gonzalez-Villareal, Fernando/Solanes, Miguel (1999) *"The Dublin Principles for Water as reflected in a comparative Assessment of institutional and legal Arrangements for Integrated Resources Management."* Stockholm, Global Water Partnership (GWP).
- Guillet, David W. (1995) *"Covering Ground.- Communal Water Management and the State in the Peruvian Highlands"*. Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- Habermas, Jürgen (1993) *"¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?"*, en: Habermas, Jürgen: *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona, Paidós, p. 131-72.
- Habermas, Jürgen (1999) *"La inclusión del otro"*. Barcelona, Paidós.
- Habermas, Jürgen (2000) *"La constelación post-nacional"*. Barcelona, Paidós.
- Hardin (1968) *"The tragedy of the commons"*, en: *Science*, No. 162, p. 1243-48.
- Hardt, Michael/Negri, Antonio (2000) *"Empire"*. Cambridge/ London, Harvard University Press.

- Hendriks, Jan (1998) “*Water as private property.- Notes on the case of Chile*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 297-312.
- Howe, Charles (1997) “*Protecting public values under tradable water permit systems: efficiency and equity considerations*”, en: Seminar on Economic Instruments for Integrated Water Resources Management: Privatization, Water Markets and Tradable Water Rights. Proceedings, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- Huizer, Gerrit (1998) “*The imposition of western values and the peasants struggle for equity*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 46-56.
- Ingram, Helen/Brown, F. Lee (1998) “*Commodity and Community Water Values. Experiences from the U.S. Southwest*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 114-120.
- Jouravlev, Andrei S./Lee, Terence R. (1998) “*Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua*”. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Medio Ambiente y Desarrollo No.6.
- Jouravlev, Andrei (2000) “*Water utility regulation; issues and options for Latin America and the Caribbean*”. Santiago de Chile, CEPAL.
- Latin American Weekly Report (1994) “*Two dead as protests against end of land reform spread through Ecuador*”. Londres, Latin American Newsletter, 30 de junio.
- Larbi Bouguerra, Mohamed (1998) “*El agua bajo la amenaza conjunta de la contaminación y de los mercados*”. Paris, Le Monde Diplomatique, agosto.
- Locke, J.(1980) “*Ensayo sobre el Gobierno Civil*”. Madrid, España, Edición Aguilar.
- MacKean, Michael A.(1997) “*Common Property: What is it, what is it good for and what makes it work?*” Indiana, Indiana University, International Forestry Resources and Institutions Research Program Working Paper 24.
- Mazalta, Marie (1999) “*Las organizaciones internacionales y la privatización del agua*”, en: Encuentro Internacional del Agua, 9-12 de junio, Cochabamba, ponencia inédita.
- Mena V., Xavier (1998) “*The rights of indigenous peoples over their territories and natural resources*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 70-78.
- Métais, Sarah/Zaharia, Hélène/Apollin, Frédéric/Robalino, Telmo (1999) “*Manejo de los recursos naturales: hacia una gestión concertada de los recursos naturales a nivel territorial.- El caso de la sierra ecuatoriana*”, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 77-106.
- Mitchell, William P./Guillet, David (Hg.) (1993) “*Irrigation at High Altitudes: The Social Organization of Water Control Systems in the Andes*”. Washington, American Anthropological Association.
- Núñez E., Pablo (2001) “*Historia de riego en Ecuador*”: Visión general. Cochabamba, ponencia presentada en el “Encuentro sobre las Aguas”, CICDA.
- Ploeg, Jan Douwe van der (1998) “*Peasants and Power*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed): Searching for equity (dto), p. 39-45.
- Oré, María Teresa (1998) “*From agrarian reform to privatisation of land and water: the case of the peruvian coast*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 268-278.
- Pacari, Nina (1998) “*The ecuadorian water legislation and policy analysed from the indigenous-peasant point of view*”, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (dto), p. 279-285.
- Padilla, César (Ed.) (2000) “*El pecado de la participación ciudadana.- Conflictos ambientales en Chile*”. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)/ HIVOS/ Holanda.
- Parsons Alvarez, Franklin (2001) “*Las aguas en la ley indígena*”, en: Actas de las IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo Económico, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.
- Petrella, Riccardo (2001) “*Fuertes presiones privatizadoras: la nueva conquista del agua*”, en: Le Monde Diplomatique, Edición Chilena, No. 5, enero-febrero, p. 8-9.
- Rawls, John (1993) “*La teoría de la justicia*”. México, Fondo de Cultura Económica.
- Rex, John (1996) “*Ethnic Minorities in the Modern Nation State.- Working Papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration*”. Warwick-Londres, Macmillan Press.
- Sabatini, Francisco/Sepúlveda, Claudia (Ed.) (1997) “*Conflictos Ambientales.- Entre la Globalización y la Sociedad Civil*”. Santiago de Chile, LOM Ediciones.
- Salomon, Frank (1994) “*The Huarochiri Manuscript: A Testament of Ancient and Colonial Andean Religio*”. Austin, University of Texas Press.

- Sandford D., Clark (1989) *“Reconciling customary law and modern principles of water management”*. Ponencia Universidad de Alicante/Valencia, III Congreso Mundial de Derecho y Administración de Aguas.
- Saunders, J. Owen (1995) *“Accomodation of traditional uses within codified water laws.”* Discussion Paper. Hanoi, Workshop No. 2: Preparatory Organizational and Legal Studies.
- Schlager, Eric/Ostrom, Elinor (1996) *“Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis”*, en: Land Economics, p. 249-62.
- Sierra, María Teresa (2001) *“Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas”*, en: Memoria, No. 147, mayo, México.
- Solanes, Miguel (1998) *“Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublin”*, en: Revista de la CEPAL, No. 64, Santiago de Chile, p. 165-85.
- Solanes, Miguel (2001) *“Comentarios al anteproyecto de Ley de Aguas del Perú”*. Santiago de Chile, CEPAL, agosto (documento inédito).
- Solanes, Miguel/Dourojeanni, Axel (1995) *“Mercados de derechos de aguas”*, en: Debate Agrario, No. 21, Lima, p. 15-36.
- Solanes, Miguel/Getches, David (1998) *“Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico”*. Washington, BID/Cepal.
- Stavenhagen, Rodolfo/Iturralde, Diego (Ed.) (1990a) *“Entre la Ley y la Costumbre.- El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. México, Instituto Indigenista Interamericano.*
- Stavenhagen, Rodolfo (1990b) *“Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional”*, in: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Hg.) Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.- Manual de Conferencias. San José, IIDH/ CAPEL, S. 221-58.
- Stavenhagen, Rodolfo (1997) *“Las Organizaciones Indígenas: Actores Emergentes en América Latina”*, in: Revista de la CEPAL, No. 62, Santiago de Chile, S. 61-73.
- Subercaseaux, Bernardo (1999) *“Chile o una loca historia”*. Santiago de Chile, LOM-Ediciones.
- Taylor, Charles (1993) *“El multiculturalismo y la política del reconocimiento”*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Toledo Llancaqueo, Victor (1999) *“Todas las aguas, el subsuelo, las riberas, las tierras”*.- Notas acerca de la (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos Naturales y contribución a una política de defensa. Temuco.
- Tresierra, Julio C. (2000) *“Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical”*. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Verweij, Michiel J.(1999) *“Una organización campesina experimentando con agua”*, en: Ruralter, No. 18, La Paz, p. 107-136.
- Verdugo Ramírez de Arellano, Ignacio (1998) *“Legislación ambiental en el ámbito de la minería”*. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA).
- Walzer, Michael (1993) *“Las esferas de la justicia.- Una defensa del pluralismo y la igualdad”*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Williams, Stephen (1983) *“The requirement of beneficial use as a cause o waste in water resource development”*, en: Natural Resources Journal, No. 1, Albuquerque, Nuevo México, University Of New México, enero.
- Yoder, Robert/Martin, Edward (1998) *“Water rights and equity issues. A case from Nepal”*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (ed.): Searching for equity (dto), p. 133-142.
- Young, Robert A. (1986) *“Why are there so few transactions among water users”*, en: American Journal of Agricultural Economics, No. 5, Menasha, Wisconsin, diciembre.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2000) *“Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”*. Guatemala, Fundación Myrna Mack.
- Brown Fernández, Ernesto/Saldivia Medina, Juan Eduardo (2000) *“Informe nacional sobre la gestión del agua en Chile”*. Santiago de Chile, enero del 2000.
- Galárraga-Sánchez, Remigio H.(2000) *“Informe nacional sobre la gestión del agua”* en Ecuador. Quito, 15 de febrero de 2000.
- Mattos R., Roger/Crespo, Alberto (2000) *“Informe nacional sobre la gestión del agua en Bolivia”*. La Paz, 19 de enero.
- Núñez Timoteo, Nelly (2000) *“Informe nacional sobre agua potable y saneamiento.- Situación y perspectivas al año 2025”*. Lima, 18 de enero.



NACIONES UNIDAS



Serie

recursos naturales e infraestructura

Números publicados

1. Panorama minero de América Latina a fines de los años noventa, Fernando Sánchez Albavera, Georgina Ortiz y Nicole Moussa (LC/L.1253-P), N° de venta S.99.II.G.33 (US\$10.00), 1999. [www](#)
2. Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado, Miguel Solanes (LC/L.1252-P), N° de venta S.99.II.G.35 (US\$10.00), 1999. [www](#)
3. El código de aguas de Chile: entre la ideología y la realidad, Axel Dourojeanni y Andrei Jouravlev (LC/L1263-P), N° de venta S.99.II.G.43 (US\$10.00), 1999. [www](#)
4. El desarrollo de la minería del cobre en la segunda mitad del Siglo XX, Nicole Moussa, (LC/L.1282-P), N° de venta S.99.II.G.54. (US\$10.00), 1999. [www](#)
5. La crisis eléctrica en Chile: antecedentes para una evaluación de la institucionalidad regulatoria, Patricio Rozas Balbontín, (LC/L.1284-P), N° de venta S.99.II.G.55 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
6. La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: un nuevo espacio para el aporte del Grupo de Países Latinoamericanos y Caribeños (GRULAC), Carmen Artigas (LC/L.1318-P), N° de venta S.00.II.G.10 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
7. Análisis y propuestas para el perfeccionamiento del marco regulatorio sobre el uso eficiente de la energía en Costa Rica, Rogelio Sotela (LC/L1365-P), N° de venta S.00.II.G.34 (US\$ 10.00), 1999. [www](#)
8. Privatización y conflictos regulatorios: el caso de los mercados de electricidad y combustibles en el Perú, Humberto Campodónico, (LC/L1362-P), N° de venta S.00.II.G.35 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
9. La llamada pequeña minería: un renovado enfoque empresarial, Eduardo Chaparro, (LC/L.1384-P), N° de venta S.00.II.G.76 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
10. Sistema eléctrico argentino: los principales problemas regulatorios y el desempeño posterior a la reforma, Héctor Pistonesi, (LC/1402-P), N° de venta S.00.II.G.77 (US\$10.00), 2000. [www](#)
11. Primer diálogo Europa-América Latina para la promoción del uso eficiente de la energía, Huberto Campodónico (LC/L.1410-P), N° de venta S.00.II.G.79 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
12. Proyecto de reforma a la Ley N°7447 "Regulación del Uso Racional de la Energía" en Costa Rica, Rogelio Sotela y Lidette Figueroa, (LC/L. 1427-P), N° de venta S.00.II.G.101 (US\$10.00), 2000. [www](#)
13. Análisis y propuesta para el proyecto de ley de "Uso eficiente de la energía en Argentina", Marina Perla Abruzzini, (LC/L. 1428-P), N° de venta S.00.II.G.102 (US\$ 10.00), 2000. [www](#)
14. Resultados de la reestructuración de la industria del gas en la Argentina, Roberto Kozulj (LC/L.1450-P), N° de venta S.00.II.G.124 (US\$10.00), 2000. [www](#)
15. El Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo (FEPP) y el mercado de los derivados en Chile, Miguel Márquez D., (LC/L.1452-P) N° de venta S.00.II.G.132 (US\$10.00), 2000. [www](#)
16. Estudio sobre el papel de los órganos reguladores y de la defensoría del pueblo en la atención de los reclamos de los usuarios de servicios públicos, Juan Carlos Buezo de Manzanedo R. (LC/L.1495-P), N° de venta S.01.II.G.34 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
17. El desarrollo institucional del transporte en América Latina durante los últimos veinticinco años del siglo veinte, Ian Thomson (LC/L.1504-P), N° de venta S.01.II.G.49 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
18. Perfil de la cooperación para la investigación científica marina en América Latina y el Caribe, Carmen Artigas y Jairo Escobar, (LC/L.1499-P), N° de venta S.01.II.G.41 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
19. Trade and Maritime Transport between Africa and South America, Jan Hoffmann, Patricia Isa, Gabriel Pérez (LC/L.1515-P), N° de venta S.00.G.II.57 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
20. La evaluación socioeconómica de concesiones de infraestructura de transporte: caso Túnel El Melón - Chile, Francisco Ghisolfo (LC/L.1505-P), N° de venta S.01.II.G.50 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
21. El papel de la OPEP en el comportamiento del mercado petrolero internacional, Ariela Ruiz-Caro (LC/L.1514-P), N° de venta S.01.II.G.56 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)

22. El principio precautorio en el derecho y la política internacional, Carmen Artigas (LC/L.1535-P), N° de venta S.01.II.G.80 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
23. Los beneficios privados y sociales de inversiones en infraestructura: una evaluación de un ferrocarril del Siglo XIX y una comparación entre esta y un caso del presente, Ian Thomson (LC/L.1538-P), N° de venta S.01.II.G.82 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
24. Towards a theory of the small firm: theoretical aspects and some policy implications (LC/L.1415-P), Red de reestructuración y competitividad, Marco R. Di Tommaso, Sabrina Dubbini, N° de venta E.00.II.G.86, (US\$10.00), 2000. [www](#)
25. La congestión del tránsito urbano: causas y consecuencias económicas y sociales, Ian Thomson y Alberto Bull (LC/L.1560-P), S.01.II.G. . [www](#)
26. Reformas del sector energético, desafíos regulatorios y desarrollo sustentable en Europa y América Latina, Wolfgang Lutz. (LC/L. 1563-P), S.01.II.G.106. [www](#)
27. Administración del agua en América Latina y el Caribe en el umbral del siglo XXI, Andrei Jouravlev (LC/L.1564). S.01.II.G.109. [www](#)
28. Tercer Diálogo Parlamentario Europa-América Latina para la promoción del uso eficiente de la energía. Humberto Campodónico (LC/L.1568-P), S.01.II.G.111. [www](#)
- 29 Water management at the river basin level: Challenger in Latin America, Axel Dourojeanni (LC/L.1568-P), N° de venta E.01.II.G.126(US\$10.00), 2001. [www](#)
- 30 Telemática: un nuevo escenario para el transporte automotor, Gabriel Pérez (LC/L.1583-P), N° de venta S.01.II.G.134 (US\$10.00), 2001. [www](#)
- 31 Fundamento y anteproyecto de ley para promover la eficiencia energética en Venezuela, Vicente García Dodero, Fernando Sánchez-Albavera (LC/L.1594-P), N° de venta S.01.II.G.135 (US\$10.00), 2001. [www](#)
- 32 Fundamento marítimo regional y de cabotaje en América Latina y el Caribe: el caso de Chile, Jan Hoffmann (LC/L.1598-P), No de venta S.01.II.G.139 (US\$10.00), 2001. [www](#)
- 33 Mejores prácticas de transporte internacional en la Américas: Estudio de casos de exportaciones del Mercosur al Nafta, José María Rubiato (LC/L.1615-P), N° de venta S.01.II.G.154 (US\$ 10.00), 2001. . [www](#)
- 34 La evaluación socioeconómica de concesiones de infraestructura de transporte: Caso acceso norte a la ciudad de Buenos Aires, Argentina, Francisco Ghisolfo (LC/L.1625-P), N° de venta S.01.II.G.162 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 35 Crisis de gobernabilidad en la gestión del agua (Desafíos que enfrenta la implementación de las recomendaciones contenidas en el Capítulo 18 del Programa 21), Axel Dourojeanni y Andrei Jouravlev (LC/L.1660-P), N° de venta S.01.II.G.202 (US\$ 10.00), 2001. [www](#)
- 36 Regulación de la Industria de Agua Potable: Volúmen I: Necesidades de información y regulación estructural, (LC/L 1671-P), N° de venta S.01.II.G.206 (US\$10.00), Vol. II: Regulación de las conductas, Andrei Jouravlev, (LC/L 1671/Add. 1-P), N° de venta S.01.II.G.210 (US\$10.00), 2001 [www](#)
- 37 Minería en la zona internacional de los fondos marinos. Situación actual de una compleja negociación, Carmen Artigas, (LC/L. 1672-P), Nro. de venta S.01.II.G.207 (US\$ 10,00), 2001. . [www](#)
- 38 Derecho al agua de los pueblos indígenas de América Latina, Ingo Gentes, (LC/L 1673-P), Nro. de venta S.01.II.G. (US\$ 10,00), 2001. [www](#)

Otros títulos elaborados por la actual División de Recursos Naturales e Infraestructura y publicados bajo la Serie Medio Ambiente y Desarrollo

1. Las reformas energéticas en América Latina, Fernando Sánchez Albavera y Hugo Altomonte (LC/L.1020), abril de 1997. [www](#)
- 2 Private participation in the provision of water services. Alternative means for private participation in the provision of water services, Terence Lee y Andrei Jouravlev (LC/L.1024), mayo de 1997 (inglés y español). [www](#)
- 3 Procedimientos de gestión para un desarrollo sustentable (aplicables a municipios, microrregiones y cuentas), Axel Dourojeanni (LC/L.1053), septiembre de 1997 (español e inglés). [www](#)
- 4 El Acuerdo de las Naciones Unidas sobre pesca en alta mar: una perspectiva regional a dos años de su firma, Carmen Artigas y Jairo Escobar (LC/L.1069), septiembre de 1997 (español e inglés).
- 5 Litigios pesqueros en América Latina, Roberto de Andrade (LC/L.1094), febrero de 1998 (español e inglés).
- 6 Prices, property and markets in water allocation, Terence Lee y Andrei Jouravlev (LC/L.1097), febrero de 1998 (inglés y español). [www](#)

- 9 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina". La industria del gas natural y las modalidades de regulación en América Latina, Humberto Campodónico (LC/L.1121), abril de 1998. [www](#)
- 10 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina". Guía para la formulación de los marcos regulatorios, Pedro Maldonado, Miguel Márquez e Iván Jaques (LC/L.1142), septiembre de 1998.
- 11 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina". Panorama minero de América Latina: la inversión en la década de los noventa, Fernando Sánchez Albavera, Georgina Ortiz y Nicole Moussa (LC/L.1148), octubre de 1998. [www](#)
- 12 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina". Las reformas energéticas y el uso eficiente de la energía en el Perú, Humberto Campodónico (LC/L.1159), noviembre de 1998.
- 13 Financiamiento y regulación de las fuentes de energía nuevas y renovables: el caso de la geotermia, Manlio Coviello (LC/L.1162), diciembre de 1998.
- 14 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina". Las debilidades del marco regulatorio eléctrico en materia de los derechos del consumidor. Identificación de problemas y recomendaciones de política, Patricio Rozas (LC/L.1164), enero de 1999. [www](#)
- 15 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina". Primer Diálogo Europa-América Latina para la Promoción del Uso Eficiente de la Energía (LC/L.1187), marzo de 1999.
- 16 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la energía en América Latina". Lineamientos para la regulación del uso eficiente de la energía en Argentina, Daniel Bouille (LC/L.1189), marzo de 1999.
- 17 Proyecto CEPAL/Comisión Europea "Promoción del uso eficiente de la Energía en América Latina". Marco Legal e Institucional para promover el uso eficiente de la energía en Venezuela, Antonio Ametrano (LC/L.1202), abril de 1999.

• El lector interesado en números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile. No todos los títulos están disponibles.

• Los títulos a la venta deben ser solicitados a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, publications@eclac.cl.

[www](#): Disponible también en Internet: <http://www.eclac.cl>

Nombre:.....

Actividad:.....

Dirección:.....

Código postal, ciudad, país:

Tel.: Fax: E.mail:

